BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 956

(Ano XII)

(02/05/2020)

ISSN - 1984-0454

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

BRASÍLIA - 2020

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA *(DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado.*

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.*

CAMILA ALENCAR COIMBRA: *Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.*

País: ***Brasil***. Cidade: ***Brasília – DF***. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

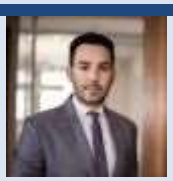
Boletim Conteúdo Jurídico
Publicação semanal em formato digital
Circulação: Livre. Acesso aberto e gratuito

www.conteudojuridico.com.br

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Acidente no trajeto do trabalho volta a ser considerado acidente de trabalho
29/04/2020 | João Badari, 05.

ARTIGOS

Recurso extraordinário e repercussão geral: propostas para o enfrentamento do acúmulo de processos sobrestados no âmbito do Supremo Tribunal Federal
01/05/2020 | Felipe Almeida Garcia Santos. 08.

Infiltração de agentes e ação controlada aplicadas à lavagem de dinheiro
01/05/2020 | Leonardo de Tajaribe Ribeiro Henrique da Silva Junior, 47.

Quando a realidade é explicada pelo "Mito"
01/05/2020 | Jonas Faviero Trindade, 51.

Meio ambiente
01/05/2020 | Elda Costa dos Santos Macedo, 55.

Aspectos fundamentais do garantismo penal
30/04/2020 | César Augusto Ferreira São José, 61.

Uma ode à ineficiência
30/04/2020 | Adovaldo Dias de Medeiros Filho, 69.

Egressos
30/04/2020 | Elda Costa dos Santos Macedo, 75.

Pandemia viral e o confronto decisório na ADPF 347 sob a ótica das decisões estruturais
30/04/2020 | Milena Márcia de Almeida Alves, 80.

O Estado juiz e legislador: uma análise histórica
30/04/2020 | Atos Henrique Fernandes, 90.

Isenção de imposto de renda para trabalhador ativo: o caso da ADI 6.025 no contexto do RE nº 566.471/RN
29/04/2020 | Elder Soares da Silva Calheiros, 109.

Colaboração Premiada
29/04/2020 | Gabriel Moreira Medrado, 120.

Direito sistêmico como método eficaz e eficiente de resolução consensual de conflitos: do trato mais humanitário na autocomposição de litígios.
29/04/2020 | Jefferson Luiz Catarino De Morais Filho, 136.

Quarentena e divórcios: reflexões sobre Direito de Família e feminismo
29/04/2020 | Mirela Reis Caldas, 155.

Em Xiam, capital da província de Shaanxi, China, foi registrado um elevado número de pedidos de divórcio nas últimas semanas, contabilizado desde 1º de março, fim do período de confinamento no país....
Breves Anotações Sobre a Destituição do Poder Familiar à Luz do Estatuto da Criança e do Adolescente.
28/04/2020 | Ana Cristina Teixeira Barreto, 163.

Publicidade velada infantil em vídeos no youtube: análise à luz da legislação brasileira
28/04/2020 | Amanda Lima Gomes, 190.

Ata notarial como meio de prova
28/04/2020 | Thaís Fávaro Tomaz, 207.

Alienação Parental
28/04/2020 | Michelle Amaro de Souza, 226.

A (im) possibilidade de sucessão legítima após a destituição do poder familiar
27/04/2020 | Caroene Alane Pinheiro Gomes, 239.

A aplicação da condição de preponderância da atividade societária empresarial para a incidência e cobrança do ITBI
27/04/2020 | Felipe Augusto Silva Custódio, 259.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A inconstitucionalidade da instrução subsidiária pelo juiz processual penal: princípios da imparcialidade, princípio da separação dos poderes/funções, princípio do in dubio pro reo e princípio da presunção de inocência
27/04/2020 | Eduarda Pinheiro Barros, 274.

A atenção às práticas contra a liberdade sindical no Brasil
27/04/2020 | Juliana Mary Yamanaka Nakano, 296.

MONOGRAFIA

A família sob a ótica civil-constitucional: a filiação socioafetiva e as discussões sobre a sua revogabilidade
29/04/2020 | Karina Potsch Junqueira Xavier, 307.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ACIDENTE NO TRAJETO DO TRABALHO VOLTA A SER CONSIDERADO ACIDENTE DE TRABALHO

JOÃO BADARI: advogado especialista em Direito Previdenciário e sócio do escritório Aith, Badari e Luchin Advogados.

O trabalhador que sofrer um acidente durante o trajeto para o trabalho voltou a ter seus direitos acidentários garantidos. Isso porque a Medida Provisória 905/2019, chamada de MP do Contrato Verde e Amarelo, havia retirado a possibilidade de ser considerado acidente de trabalho àquele que ocorre no trajeto da ida ao serviço, ou na volta para casa. Porém, a mesma foi revogada no último dia 20 de abril e seus efeitos não tem mais força de lei. Assim , volta a prevalecer o descrito no artigo 19 da Lei nº 8.213/91, que conceitua acidente de trabalho como: *"é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho"*.

Importante lembrar que encontramos no artigo 21 da Lei nº 8.213/91 os casos equiparados a acidente de trabalho. São eles:

> *I - o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação;*
>
> *II - o acidente sofrido pelo segurado no local e no horário do trabalho, em consequência de:*
>
> *a) ato de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado por terceiro ou companheiro de trabalho;*
>
> *b) ofensa física intencional, inclusive de terceiro, por motivo de disputa relacionada ao trabalho;*
>
> *c) ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro ou de companheiro de trabalho;*
>
> *d) ato de pessoa privada do uso da razão;*
>
> *e) desabamento, inundação, incêndio e outros casos fortuitos ou decorrentes de força maior;*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

III - a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade;

IV - o acidente sofrido pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho:

a) na execução de ordem ou na realização de serviço sob a autoridade da empresa;

b) na prestação espontânea de qualquer serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito;

c) em viagem a serviço da empresa, inclusive para estudo quando financiada por esta dentro de seus planos para melhor capacitação da mão de obra, independentemente do meio de locomoção utilizado, inclusive veículo de propriedade do segurado;

d) no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado.

§ 1º Nos períodos destinados a refeição ou descanso, ou por ocasião da satisfação de outras necessidades fisiológicas, no local do trabalho ou durante este, o empregado é considerado no exercício do trabalho.

Portanto, é uma previsão legal que se um acidente ocorre quando o funcionário está se locomovendo para o trabalho, ou voltando deste, será considerado como acidente de trabalho.

O artigo 51 da MP do Contrato Verde Amarelo havia revogado a alínea "d" do inciso IV do art. 21 da Lei 8.213/1991. Com a sua revogação, o acidente ocorrido no percurso entre residência-trabalho e vice versa, não se enquadraria mais como acidente de trabalho, não gerando estabilidade ao empregado, ainda que o afastamento fosse superior a 15 dias (Súmula 378, II do TST).

Todos os direitos trabalhistas e previdenciários decorrentes deste acidente não poderiam mais serem exercidos pelo trabalhador. Por exemplo, o auxílio-doença à partir do 16º dia de afastamento seria o comum, e não o acidentário.

Isso traz reflexos previdenciários em pensões por morte, nos cálculos de benefícios, carência, etc. Também reflete nos direitos trabalhistas, como estabilidade e indenização.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A partir da publicação da MP, em 12 de novembro de 2019, as empresas não precisavam mais emitir a CAT (Comunicação de Acidente do Trabalho) e nem considerar o acidente de trajeto como acidente de trabalho, pois a referida MP tinha força de lei enquanto perdurou sua vigência.

Entretanto, considerando que a MP Medida Provisória 955/2020 trouxe a ab-rogação da Medida Provisória 905/2019, a partir de 20 de abril de 2020, o acidente de trajeto volta a ser equiparado a acidente de trabalho. Portanto, se ocorrer um acidente no curso do trabalho o trabalhador ou seus dependentes (em caso de óbito) voltam a ter seus direitos acidentários assegurados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

RECURSO EXTRAORDINÁRIO E REPERCUSSÃO GERAL: PROPOSTAS PARA O ENFRENTAMENTO DO ACÚMULO DE PROCESSOS SOBRESTADOS NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

FELIPE ALMEIDA GARCIA SANTOS: Advogado. Bacharel em Direito pela UFBA.

RESUMO: O presente artigo visa sistematizar o estudo do instituto da repercussão geral no Recurso Extraordinário, buscando propostas para as deficiências procedimentais e estruturais que ocasionam o congestionamento de processos por todo o território nacional. A pesquisa se desenvolve apresentando dados quantitativos da atuação do Supremo, apontando os principais gargalos que impossibilitam uma atuação eficiente da Corte. Posteriormente, trazemos três propostas que, a nosso ver, em muito contribuiriam para o equacionamento da sistemática de reconhecimento e julgamento da repercussão geral, o que, não se olvide, afetaria positivamente milhões de litigantes em todo o país. O método dedutivo foi o mais utilizado nessa pesquisa, a partir da leitura de fontes legislativas, bibliográficas e documentais.

PALAVRAS-CHAVE: Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Procedimento. Direito Processual Constitucional. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The present paper aims at systematize the study of the institute called general repercussion in the extraordinary appeal, analyzing its operation during the present moment and searching for answers to the structural and procedural malformations, which cause the actual congestion of processes throughout Brazil. This research develops itself by presenting some quantitative data about the Supreme Court's performance, indicating the saturation points which make it impossible to the Court to operate optimally. At last, we bring up three proposals that, we think, would very much add to equate the actual systematic of recognizing and judging of general repercussion, which would, undoubtedly, affect millions of contenders all over the country. The scientific method that was used the most during this research is the deductive one, after reading many legislative, bibliographic and documental sources.

KEYWORDS: *Constitution. Judicial branch. Supremo Tribunal Federal. Constitutional Court. Legal Nature.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Identificação e análise estatística dos "gargalos" do Supremo Tribunal Federal; 2. Propostas contra a disfuncionalidade do sistema de repercussão geral brasileiro; 2.1. Instituição de novos procedimentos de julgamento de causas com repercussão geral já reconhecida e de seleção e julgamento de

recursos com repercussão geral ainda a ser analisada; 2.2. Redução parcial das prerrogativas processuais da Fazenda Pública e do Ministério Público como forma de seleção natural dos recursos protelatórios e de combate da morosidade dos processos; 2.3. Adequação estrutural e expansão quantitativa dos NUGEP; Conclusão.

INTRODUÇÃO

Entendemos que o objetivo do legislador, ao criar o instituto da repercussão geral, foi, sem dúvida, buscar novo filtro seletivo para o conhecimento de recursos pela Corte, numa tentativa de respeitar a capacidade material dos julgadores. Nesse sentido, acreditamos que o impacto inicial da medida foi bastante positivo: em 2007, ano de implantação do instituto, o número total de processos distribuídos foi de 112.938. Em 2016, esse número caiu para 57.366.[1]

A melhora apresentada, todavia, não é suficiente. A quantidade de recursos extraordinários que chegam aos gabinetes dos Ministros ainda é enorme, e isso afeta diretamente sua capacidade de julgar em tempo hábil: são mais de 1.000 recursos extraordinários para cada membro.

Segundo informações divulgadas pelo ministro Luís Roberto Barroso, em 2014, levando em consideração a média anual de julgamento de casos de repercussão geral reconhecida, o STF pode levar mais de 12 anos para zerar o estoque [2].

Atualizando os números para 2016, calcula-se que seriam necessários mais de 9 (nove) anos (324 processos pendentes divididos por 35 julgamentos por ano) para tanto. Aliás, mesmo que usássemos o número recorde de repercussões gerais julgadas em 2014 (64), ainda assim mais de 5 (anos) anos seriam necessários para zerar o estoque (324 divididos por 62).

Desse modo, entendemos como fundamental repensar a forma de ação do tribunal nessa matéria. Nesse sentido, as soluções apontadas até o momento têm levado em conta dois fatores de grande importância: a qualidade das decisões, das quais não se pode abdicar, e a quantidade de causas julgadas, que não pode ser ignorada, sob pena de cair o sistema jurídico em total descrédito perante a sociedade civil.

A tarefa primordial é, portanto, encontrar uma solução que equilibre os fatores apontados. Isso nada mais é do que respeitar o disposto na Constituição, em especial no que tange à necessidade de uma duração razoável do processo (art. 5º, LXXVII da CF) e no próprio princípio da eficiência da Administração Pública, do qual aquele é corolário.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Pretendeu-se, então, buscar um procedimento mais eficaz a ser utilizado pelo Supremo Tribunal Federal nesses casos, um procedimento que limitasse a quantidade de repercussões gerais reconhecidas pela Corte e que delimitasse o momento em que elas seriam julgadas no mérito. Com isso, não só haveria uma resposta célere do órgão à sociedade civil, como os próprios Ministros teriam mais tempo e tranquilidade para julgar, uma vez que tudo estaria calendarizado.

Outra possibilidade é flexibilização de prerrogativas dadas à Fazenda Pública, que em muitos momentos delas se utiliza tão somente para postergar o transito em julgado do processo, sem que se vislumbre decisão em mérito a seu favor. O Estado é hoje, como se sabe, o maior litigante do país, e isso se deve em grande parte à essa cultura e rede de privilégios da Fazenda Pública.

Por fim, trazemos a situação dos Núcleos de Gerenciamento de Precedentes (NUGEP), instituídos em 2016 através de resolução do Conselho Nacional de Justiça de forma mandatória a todos os tribunais pátrios. Como muitas outras iniciativas, os NUGEP foram adotados até o momento em fração ínfima dos Tribunais brasileiros, e mesmo nos que ele existe, sua funcionalidade é duvidosa.

1 IDENTIFICAÇÃO E ANÁLISE ESTATÍSTICA DOS "GARGALOS" DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Poder Judiciário brasileiro passa, atualmente, por severa crise de funcionalidade, crise essa que parece ter se acentuado após o início do processo de redemocratização, há três décadas.

De acordo com dados disponibilizados no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, em 1989, ano imediatamente subsequente à promulgação da nova Constituição Federal, 14.721 processos foram protocolados na Corte, tendo apenas 6.622 deles sido distribuídos.[3]

Ao longo dos anos, os números aumentaram até o ápice, ocorrido em 2007, quando 127.535 foram protocolados e 116.216 distribuídos. Essa massa de ações direcionadas ao Supremo diminuiu gradativamente a partir de 2007, com a entrada em vigência da repercussão geral. De todo modo, os números ainda assustam: em 2016, foram protocolados 90.865 processos, dos quais 33.499 foram inadmitidos logo no juízo de admissibilidade por questões formais.[4]

Alguns são os fatores que podem ter desencadeado essa situação: uma conjunção da abertura democrática, do dever fundamental que tem o Estado de prestar a jurisdição no território nacional e, em última análise, da cultura brasileira de excesso de litigiosidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Some-se a isso o processo de globalização e a introdução da tecnologia na vida do cidadão comum, a permitir maior conhecimento dos seus direitos e das formas de acessá-lo, e a chamada *crise do Judiciário* resta configurada.

Essa crise não demorou a atingir, como se vê pelos números acima demonstrados, o Supremo Tribunal Federal, instância originalmente planejada para conhecer causas de largo impacto, a reclamar cognição plena e exauriente da corte.

Na medida em que essa realidade começa a interferir na capacidade do STF de exercer seu mister constitucionalmente estabelecido, qual seja, deliberar sobre as questões que verdadeiramente interessam ao país e construir os precedentes que servirão de orientação para os tribunais de primeira e segunda instâncias, é necessário que se realize um estudo minucioso das causas e das possíveis soluções para o problema.

Nesse sentido, o atual Ministro do Tribunal Luís Roberto Barroso, em estudo publicado em 2014 [5], apresentou aqueles que seriam os principais "gargalos", ou óbices ao bom funcionamento da Corte. São pontos de atuação do Supremo Tribunal Federal onde a quantidade de processos se acumula, e sobre os quais os procedimentos previstos em lei, Regimento Interno ou mesmo a prática da corte não têm logrado êxito em otimizar a prestação jurisdicional.

Apresentamos agora os pontos trazidos por Barroso, mas sem nos limitarmos a mencioná-los, colacionamos dados estatísticos que baseiam a preocupação do Ministro, mostrando em números como o trabalho no Supremo fica prejudicado diante da falta de fluidez decorrente do atual estado de coisas.

1.1 IDENTIFICAÇÕES DOS "GARGALOS" QUE ATRAPALHAM O BOM FUNCIONAMENTO DA CORTE

São basicamente três os fatores apontados por Barroso: (a) o volume de *habeas corpus*; (b) o congestionamento do plenário; e (c) o acúmulo de processos com repercussão geral reconhecida. Tratemos cada um de forma isolada:

1.1.1 Alto Volume De Habeas Corpus

A ação de *habeas corpus* está prevista no artigo 5º, inciso LXVIII da Constituição Federal de 1988[6]. É instituto antigo, previsto inicialmente pelo Código Criminal de 1832 e constitucionalizado pela primeira vez em 1891, ainda que alguns entendam, como fez Pontes de Miranda, que o instrumento já estava implicitamente previsto na Constituição de 1824.[7]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nas primeiras décadas após ser colocado no ordenamento jurídico, o *habeas corpus* era utilizado como remédio tutelar de praticamente todos os direitos subjetivos, de modo que a interpretação extensiva dessa disposição constitucional ficou conhecida como "doutrina brasileira do *habeas corpus*" [8]. Somente após a aprovação da emenda constitucional de 1926 é que se limitou o seu cabimento à proteção da liberdade de locomoção.

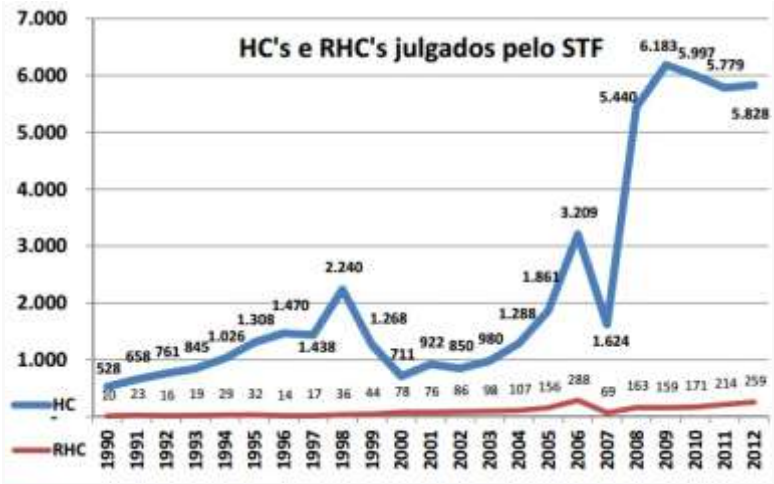
Em apenas um período histórico do Brasil houve limitação à utilização do *habeas corpus*. Isso ocorreu durante o regime militar, quando o governo totalitário editou o famoso Ato Institucional nº 5, em 13 de dezembro de 1968. Segundo o artigo 10 dessa norma, ficava "suspensa a garantia do *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular." [9]

A proibição do *habeas corpus* durante o regime ditatorial demonstra sua importância e relevância histórica, como instrumento de garantia de direitos que os militares não podiam tolerar. Tanto é assim que, tão logo a redemocratização do país teve lugar, essa ação passou novamente a ser prevista.

A partir da redemocratização, aliás, esse instrumento voltou a passar por um surto de utilização, em especial perante o Supremo Tribunal Federal. Conforme demonstrou o relatório final do projeto *Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus nos Tribunais Superiores*, realizado pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro [10], no período entre 1990 e 2012, as ações de *habeas corpus* cresceram 397%, totalizando 6,8% de todos os casos julgados pelo STF em 2012 (foram 4.846 ações, perdendo em quantidade apenas para os recursos extraordinários e agravos de instrumento).

O recurso ordinário de *habeas corpus*, por sua vez, cresceu ainda mais: cerca de 1.170%, apesar dessa modalidade representar meros 0,28% dos julgamentos do STF em 2012 (259 recursos), como mostra o gráfico abaixo.

FIGURA 2 – **GRÁFICO HCS E RHCS JULGADOS PELO STF**



Fonte: AMARAL et al. (2014, p. 31)[11]

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, pouco tem se movimentado para conter essa enxurrada de ações: entre as poucas medidas tomadas, colocam-se os enunciados de súmulas acerca do tema editadas nos anos de 1984[12] e 2003[13]. Contraditoriamente, também em 2003 foi criada uma nova possibilidade de impetração de *habeas corpus*, ampliado ainda mais as "portas de acesso" ao Supremo por meio dessa classe de ação, apesar da falta de previsão constitucional para tanto.

Trata-se da Súmula 691, segundo a qual: "Compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de *habeas corpus* contra decisão de turma recursal de juizados especiais criminais". Apenas em 2007 a corte revogou esse entendimento.

Nota-se, por conseguinte, que a questão por trás da enorme quantidade de *habeas corpus* a atormentar o STF, nos dias de hoje, é a sua amplitude. A tarefa sobre a qual se deve debruçar o Supremo não é tanto a de interpretar o texto descrito na Constituição, mas sim de construir um entendimento doutrinário e jurisprudencial sólido acerca da aplicabilidade do *habeas corpus*, de modo a assegurar eficácia para essa garantia, sem, todavia, tornar inviável a atuação do Supremo Tribunal Federal.

Apesar da relevância do tema, por motivos de recorte do objeto da pesquisa, nos absteremos de tratá-lo com mais profundidade neste trabalho.

1.1.2 Congestionamento Do Plenário

Outro fator que compromete a funcionalidade da atuação do Supremo Tribunal Federal é a grande quantidade de processos congestionados esperando pelo julgamento no Tribunal Pleno da Corte.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Segundo informações disponíveis no sítio eletrônico do Supremo, em dezembro de 2016 existia uma fila de 828 processos já liberados pelos relatores, todos eles aguardando um lugar na pauta do plenário. [14]

Diferentemente do que ocorre com as ações de habeas corpus, alguns passos já foram dados rumo à resolução deste último problema. Entre eles, a aprovação da Emenda Regimental nº 49, em 28 de maio de 2014 [15], que transferiu do plenário para a turma a competência para julgar as seguintes matérias: a) recebimento de denúncia ou queixa; b) ações penais contra deputados e senadores (à exceção dos presidentes das casas), ministros de Estado, comandantes das Forças Armadas, membros dos tribunais superiores, membros do TCU, chefes de missão diplomática de caráter permanente; c) ações contra o CNJ e o CNMP; e d) reclamações. [16]

Além das modificações efetuadas pela Emenda nº 49/2014, os ministros decidiram ainda, na mesma sessão, transferir do plenário para a turma o julgamento dos mandados de segurança, mandados de injunção e dos habeas data. Foram ainda transferidas para a turma o julgamento de ações envolvendo litígios entre Estados estrangeiros e a União, além dos conflitos federativos.

Com essas modificações, nas palavras de Luís Roberto Barroso, consumou-se uma "revolução profunda e silenciosa na dinâmica de atuação do plenário, cujas competências ficarão cingidas às de uma corte constitucional: julgar, essencialmente, as ações diretas e as repercussões gerais". [17]

O ministro Barroso, aliás, propõe algumas outras providências capazes de desafogar o plenário, de modo que ele se reserve tão somente à análise das questões mais importantes. São elas:

- julgamento em plenário virtual das medidas cautelares em ações diretas que tenham sido concedidas há mais de 5 (cinco) anos, por proposta do relator. Ato contínuo, caso três ministros discordassem da proposta, iria a matéria para julgamento no plenário físico.

- julgamento em plenário virtual dos agravos regimentais e embargos de declaração, atualmente julgados em listas.

- julgamento também em plenário virtual das ações diretas de inconstitucionalidade contra leis estaduais em que as questões se repetem – geralmente envolvendo provimento em cargos públicos sem concurso ou alguma outra inconstitucionalidade flagrante -, uma vez que a decisão consiste em mera reafirmação da jurisprudência do Tribunal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Importante notar que a atual presidente do STF, Ministra Cármen Lúcia, vem atuando no sentido de descongestionar o plenário através de novas medidas, como a averiguação de ações em espera de pautas que já deveriam ter sido direcionadas para a turma, bem como o agrupamento de processos por tema. [18] Essa segunda medida, em especial, nos parece interessante, uma vez que, quando os processos estão agrupados de acordo com o tema, se torna possível pautá-los em conjunto e, por conseguinte, julgá-los de forma mais eficiente.

Propostas com essas são da maior relevância, na medida em que tornar o Plenário do STF funcional, livre de questões irrelevantes ou repetitivas, significa potencializar sua capacidade para deliberar sobre as questões que de fato importam para o país. A partir disso, mais precedentes podem ser gerados, proporcionando maior segurança jurídica e eficiência na prestação jurisdicional.

Contudo, também aqui não entraremos em detalhes, haja vista não se tratar do cerne objeto desta pesquisa.

1.1.3 Acúmulo de Processos com Repercussão Geral Reconhecida

Como já trazido em capítulo antecedente, o instituto da repercussão geral foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro através da Emenda Constitucional nº 45/2004, condicionando a admissibilidade do recurso extraordinário à demonstração de existência, no caso sob judice, de "questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa" (artigo 1.035, § 1º do CPC). O não reconhecimento da repercussão geral exige, segundo a norma, manifestação de dois terços dos membros do STF. [19]

O objetivo do legislador foi, por óbvio, buscar novo critério limitador para o conhecimento de recursos pela corte, de modo a respeitar a capacidade material dos julgadores e seus gabinetes. Nesse sentido, podemos dizer que o impacto inicial da medida foi bastante positivo: em 2007, ano de implantação do instituto, o número total de processos distribuídos foi de 112.938. Em 2016, esse número caiu para 57.366.[20]

Especificamente em relação aos recursos extraordinários, em 2008, ano subsequente à implantação do filtro, o número de recursos distribuídos foi de 21.742. Em 2015, último ano em que esse número foi disponibilizado pelo site do Supremo, caiu para 11.567. [21]

A despeito da melhora que os números demonstram, a quantidade de recursos extraordinários que chegam aos gabinetes dos ministros ainda é enorme, a ponto de afetar sua capacidade de julgar em tempo hábil: são mais de 1.000 recursos extraordinários para cada membro.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Joaquim Falcão, Pablo de Camargo Cerdeira e Diego Werneck Arguelhes procederam, em pesquisa realizada na Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, uma ampla coleta de dados acerca dos padrões processuais desenvolvidos no âmbito do STF [22]. Sua conclusão foi no sentido de que o Tribunal se comporta simultaneamente como três "cortes" distintas, fundidas em apenas uma instituição: *corte constitucional*, *recursal* e *ordinária*.

Em resumo, o STF se comporta como *corte constitucional* quando se ocupa do controle de constitucionalidade concentrado, apreciando, por exemplo, as ações declaratórias de constitucionalidade, as ações diretas de inconstitucionalidade, entre outras.

Por sua vez, age como *corte recursal* quando julga as ações que chegam ao Tribunal em decorrência do questionamento de decisões tomadas por outras instâncias judiciais relativamente à matéria constitucional. Ou seja, quando atua no exercício do controle difuso de constitucionalidade.

Por fim, revela-se como *corte ordinária* nos momentos em que aprecia causas que não se adequam a nenhuma das categorias tratadas acima, como nos casos em que trabalha como "tribunal de instância única no caso individual". Exemplos são os processos movidos contra membros do Congresso Nacional.

Como se percebe do quadro desenhado pelos autores, os recursos extraordinários correspondem apenas a uma das categorias de competência do Supremo Tribunal Federal, enquanto atua como corte recursal, também apenas uma de suas funções.

Se apenas nesse fragmento de realidade cada ministro já se encontra sem capacidade material de exercer efetivamente sua jurisdição, que dirá quando se somar todas as classes processuais de sua competência? A realidade é preocupante, e isso justifica trabalhos como este, em que se buscam propostas no sentido de viabilizar a atuação do mais importante Tribunal do Brasil.

Isso justifica também a preocupação demonstrada por Luís Roberto Barroso, quando afirmou que, atualmente, o Supremo Tribunal Federal consome a maior parte dos seus recursos humanos e materiais para lidar com um "imenso varejo de miudezas", deixando de julgar ou atrasando o julgamento de muitos casos que efetivamente possuem repercussão geral. [23]

Aliás, como o Ministro já afirmou, mesmo após a criação da repercussão geral, com o objetivo de tornar mais funcional a atuação da corte, "mantiveram-se a estrutura burocrática, os bloqueios processuais e a vasta jurisprudência defensiva que

haviam sido concebidos para lidar com o espantoso volume de processos existentes." [24] Isso deve mudar o mais rapidamente possível.

Para tanto, importa analisar estatisticamente a sistemática de repercussão geral, comportando o período temporal entre 03.05.2007, data de entrada em vigor da Emenda Regimental nº 21/2007 que estabeleceu as normas necessárias à execução das disposições legais e constitucionais sobre o instituto, tornando-o aplicável, e dezembro de 2016: [25]

a) Nº de processos submetidos ao exame de RG: 940
b) Nº de processos com RG negada: 300
c) Nº de processos com RG reconhecida: 640
d) Nº de processos com RG julgados: 316
e) Nº de processos com RG pendentes de julgamento: 324

Dividindo-se o número total de processos com repercussão geral reconhecida e mérito julgado pelo número de anos já passados entre a entrada em vigor do instituto e 2016, último ano com dados disponíveis, chegamos à média de 35 processos com repercussão geral reconhecida julgados a cada ano. Abaixo está a quantidade anual de processos julgados:

a) 2008: 27 processos

b) 2009: 26 processos

c) 2010: 24 processos

d) 2011: 38 processos

e) 2012: 12 processos

f) 2013: 46 processos

g) 2014: 62 processos

h) 2015: 44 processos

i) 2016: 37 processos

O Ministro Barroso, em pesquisa realizada em 2014, asseverou que, se tomássemos por referência a média anual de julgamento de processos com repercussão geral admitida, seriam necessários mais de 12 (doze) anos para julgamento do estoque de repercussões gerais já reconhecidas. [26]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Atualizando os números para 2016, seriam necessários mais de 9 (nove) anos (324 processos pendentes divididos por 35 julgamentos por ano) para tanto. Aliás, mesmo que usássemos o número recorde de repercussões gerais julgadas em 2014 (64), ainda assim mais de 5 (anos) anos seriam necessários para zerar o estoque (324 divididos por 62).

É interessante perceber que, desde que o Ministro fez a pesquisa, no início de 2014, o número de repercussões gerais reconhecidas pendentes de julgamento de mérito permaneceu praticamente o mesmo: 330 contra 324 no último ano. Isso se justifica pelo aumento no número de recursos distribuídos no período 2013-2016, em especial no ano de 2014, como se vê abaixo:

FIGURA 3 – **DISTRIBUIÇÃO DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS POR SEMESTRE**

Fonte: Secretaria Geral da Presidência do Supremo Tribunal Federal

A lentidão para que esses julgamentos ocorram se agrava ainda mais em decorrência do sistema de sobrestamento de processos previsto pelo art. 1.036, § 1º do CPC. Segundo esse dispositivo, todos os processos pendentes que tramitem no Estado ou na região e que sejam referentes à controvérsia, cuja análise de repercussão geral se encontre pendente de julgamento no STF, serão suspensos até o pronunciamento definitivo da corte.

Esse problema, aliás, se acentuou ainda mais com a chegada do novo Código de Processo Civil. No Código antigo, somente os recursos com controvérsia idêntica à analisada pelo STF teriam seu andamento sobrestado. Pela nova sistemática, todos os processos correlatos, quaisquer que sejam suas naturezas, serão afetados.

O resultado disso foi uma explosão de processos sobrestados em pouco menos de um ano de vigência da nova norma processual: segundo as informações

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

disponíveis no sítio do tribunal, atualmente, aguardam julgamento 1.514.448 processos com repercussão geral sobrestados na origem, contra 570.139 processos apenas três anos antes. [27]

Diante dessa realidade, necessário se faz repensar o *modus operandi* do Tribunal nessa matéria. As soluções apontadas até o momento têm levado em conta dois fatores de grande importância: a qualidade das decisões, das quais não se pode abdicar, e a quantidade de causas julgadas, que não pode ser ignorada sob pena de cair o sistema jurídico em total descrédito diante da sociedade civil.

Achar uma solução que equilibre os fatores apontados, contudo, não é tarefa das mais fáceis. E é desse modo que se justifica a presente pesquisa: análises detalhadas da questão apresentada são em baixo número na doutrina nacional, ainda que o problema já perdure por algumas décadas. Urge, portanto, buscar um procedimento mais eficaz a ser utilizado pelo Supremo Tribunal Federal nesses casos, ou mesmo propor mudanças na estrutura da corte que viabilizem sua funcionalidade. O que não se pode, efetivamente, é aceitar a situação atual.

Para os fins específicos desta pesquisa, iremos nos aprofundar na análise deste último "gargalo" identificado por Barroso, qual seja, o acúmulo de processos com repercussão geral reconhecida.

2 PROPOSTAS CONTRA A DISFUNCIONALIDADE DO SISTEMA DE REPERCUSSÃO GERAL BRASILEIRO

Assim como Paulo Ricardo Schier, entendemos que a crítica pela crítica vira denuncismo, ou mesmo uma mera tentativa de delatar o Direito enquanto ideologia, resultando numa secundarização dos seus temas.[28]

Por isso, como o próprio título do trabalho sugere, o objetivo central desta pesquisa é propor soluções para o excesso de processos sobrestados, em todo o país, em decorrência de recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida pelo STF, mas ainda pendentes de julgamento.

Não resta dúvida que o enorme contingente de processos que atormenta o Poder Judiciário termina por frear o desenvolvimento e o crescimento da economia e, acima de tudo, gera desconfiança e críticas na população. No mesmo sentido, a falta de resolução em tempo hábil de um processo, pendente de resolução em decorrência de recurso sobrestado nas instâncias superiores, é deveras danosa para a sociedade.

Por isso tudo é que trazemos aqui algumas soluções que ajudariam na resolução do problema de forma menos onerosa possível para o Erário, passando:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

- pelo equacionamento da repercussão geral através da limitação no conhecimento de novas repercussões gerais, estabelecimento de momentos específicos para escolha das repercussões gerais a serem reconhecidas, além de novos procedimentos para julgamento de novas repercussões gerais e das repercussões já reconhecidas anteriormente.

- por uma reformulação da hermenêutica do Supremo Tribunal Federal sobre os privilégios processuais da Fazenda Pública, possível a curtíssimo prazo, e;

- numa perspectiva estrutural, pela adequação estrutural e expansão quantitativa dos Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (NUGEP), de modo a tornar possível a padronização de procedimentos administrativos decorrentes de julgamentos de repercussão geral, de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência.

Esperamos que as propostas sejam levadas em conta, sendo esse o próprio objetivo da pesquisa acadêmica: atentar a comunidade para novas formas de pensar e de proceder, visando uma maior eficácia na consecução dos objetivos escolhidos.

2.1. INSTITUIÇÃO DE NOVOS PROCEDIMENTOS DE JULGAMENTO DE CAUSAS COM REPERCUSSÃO GERAL JÁ RECONHECIDA E DE SELEÇÃO E JULGAMENTO DE RECURSOS COM REPERCUSSÃO GERAL AINDA A SER ANALISADA

As propostas a serem analisadas neste tópico tomam como base aquelas apresentadas por Luís Roberto Barroso no "I Colóquio sobre o STF: Homenagem ao centenário de Victor Nunes Leal", evento promovido pela Associação dos Advogados de São Paulo e pelo Instituto Victor Nunes Leal, em 25 de agosto de 2014. [29]

A análise a ser realizada aqui, contudo, não se limita às ideias trazidas pelo Ministro àquela ocasião. Utilizamos também artigos científicos publicados em resposta ao trabalho de Barroso e ideias nossas para (re)construir e esquematizar a proposta a ser apresentada, que, ao nosso ver, é fundamental para equacionar o sistema de repercussão geral no Supremo.

Sendo assim, dividimos o tópico em quatro partes, de modo que fique claro em que etapa e de qual forma a mudança irá impactar no procedimento. São elas: (a) limitação ao conhecimento de novas repercussões gerais; (b) estabelecimento de momentos específicos para escolha das repercussões gerais a serem reconhecidas; (c) mudança procedimental no julgamento de novas repercussões gerais, e, por fim; (d) novos procedimentos para julgamento das repercussões já reconhecidas anteriormente.

Antes de adentrarmos em sua análise, todavia, é importante ressaltar que as modificações aqui sugeridas não pressupõem qualquer inovação legislativa, senão apenas alteração em algumas práticas do STF e emendas ao Regimento Interno.

2.1.1 Limitação ao Conhecimento de Novas Repercussões Gerais

A proposta original de Barroso sugere limitar o número de repercussões gerais a serem reconhecidas para apenas 10 a cada semestre (completando 20 a cada ano). Para chegar a esse número, o Ministro tomou como base o número de membros da Corte (eliminando o presidente, já que esse não recebe distribuição de processo), de modo que cada membro teria a relatoria de uma repercussão geral por semestre, bem como a média de julgamento de casos de repercussão geral que, à época, era de 27 processos ao ano.

Entendemos que essa quantidade deve ser maior. Primeiro, porque a quantidade de recursos extraordinários julgados pelo Supremo aumentou desde lá, alcançando a atual média de 35 (trinta e cinco) processos ao ano. Segundo, porque realmente acreditamos que 20 (vinte) processos anuais é uma quantidade pequena, tendo em vista o recente contexto democrático brasileiro, ainda instável e necessitado de mais de precedentes obrigatórios, a tornar o sistema mais seguro do ponto de vista jurídico.

Nada impede, também, que vá ocorrendo um aumento gradual nesse número de repercussões a serem julgadas, na medida em que as repercussões gerais mais antigas forem sendo equacionadas.

Quanto à regra da igualdade de distribuição de recursos pelos ministros, entendo-a como não essencial. Isso, porque não existe qualquer prejuízo no fato de um ministro ficar incumbido de relatar mais de um processo dotado de repercussão geral. Se o problema recair na quantidade de trabalho, basta compensar o magistrado sobrecarregado quando da distribuição de outras espécies de processo.

Proposta interessante neste sentido é a de Rodrigo Barioni, para quem seria tecnicamente mais preciso fixar o número de casos de repercussão geral a serem selecionados a partir do conhecimento do número total de casos da Corte e de sua adequada capacidade de trabalho. [30]

Para tanto, seria possível aos ministros utilizarem-se dos dados estatísticos disponibilizados pelo próprio STF, de modo a identificar um número ideal de casos a serem julgados a cada semestre. Assim, ao invés de haver uma quantidade fixa de processos a serem julgados no semestre, o próprio Supremo, em reunião também semestral, definiria a quantidade de processos que deveriam ser julgados no semestre subsequente, tomando como base os dados coletados. Dessa maneira, o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

STF poderia se adaptar às mudanças que porventura aumentem ou diminuam o tempo para os julgamentos.

Para complementar, deveria ainda ser estabelecido um número mínimo de processos a serem julgados por semestre, de modo que a eventual sobrecarga dos ministros, em face de outros assuntos de sua competência, não elimine totalmente a obrigação de avançar no julgamento dos recursos extraordinários. Essa quantidade poderia ser aquela inicialmente proposta por Barroso, de 10 julgamentos semestrais.

2.1.2 Estabelecimento de Momentos Específicos para Escolha das Repercussões Gerais a Serem Reconhecidas

Outro ponto que deve ser tratado é o momento em que as repercussões gerais são reconhecidas. Na *práxis* atual do STF, os relatores recebem os recursos que passaram pelo juízo de admissibilidade genérico e, tão logo possuam uma posição sobre a existência de repercussão geral no caso, colocam-no no Plenário Virtual para que seja votado no prazo de 20 dias. Note-se que não há nesse procedimento qualquer controle quantitativo das repercussões gerais decididas: os ministros apenas votam na medida em que vão chegando.

A ideia para combater essa falta de controle é conjugar o critério qualitativo, relativo à importância da matéria trazida no recurso [31], com um critério de ordem quantitativa, estabelecendo uma quantidade de processos que o Tribunal pode julgar dentro de determinado prazo.

Em suma, o que se propõe é que somente os recursos extraordinários mais importantes de cada safra devem ser selecionados. Esse processo de escolha deverá ser feito semestralmente, em sessão plenária, juntando todos os recursos interpostos naquele lapso temporal.

Exemplificando, imagine-se que se estabeleça que 30 repercussões gerais serão reconhecidas a cada semestre. Dessa forma, todo dia 10 de junho seriam selecionados 30 recursos extraordinários dotados dessa repercussão geral *qualificada**[32]**,* que, por sua vez, deveriam ser julgados no mérito também no prazo de seis meses. Assim, em 10 de dezembro já seria possível escolher mais 30 recursos extraordinários dotados de repercussão geral, uma vez que os anteriores já teriam sido julgados.

Uma questão importante é o aumento na quantidade de recursos que seriam excluídos da apreciação meritória, por conta da falta de repercussão geral. Isso se torna especialmente preocupante na medida em que, como visto anteriormente, da decisão denegatória de repercussão geral não cabe qualquer recurso (artigo 326 do RISTF e 1.035, caput do CPC), implicando num "efeito dominó" que acabará por

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

excluir da apreciação do Supremo todos os processos sobrestados que versem sobre aquela temática, bem como os que poderiam ser propostos no futuro.

Como ressalta Rodrigo Barioni, "dentre os casos não selecionados, haverá alguns que veiculam questões constitucionais com duvidosa repercussão geral" [33]. São aqueles casos que, embora não possuam, naquele momento, qualificação suficiente para permitir seu julgamento, poderiam ser selecionados pelo STF em outras circunstâncias. Ou seja, são causas que poderiam ter sua repercussão geral reconhecida, caso fossem analisadas dentro de outra safra de processos.

Desse modo, entendemos que seria mais arrazoado o Supremo Tribunal Federal selecionar, a cada safra, aqueles recursos que, embora não tenham sido escolhidos naquele momento, possam o ser numa análise futura.

Utilizando a divisão feita por Barioni, os recursos extraordinários passariam a ter três hipóteses de *status* dentro do STF: *(a) casos com repercussão geral reconhecida*; *(b) casos com repercussão geral negada*; e *(c) casos de repercussão geral sobrestada.*

Esses processos com repercussão geral sobrestada poderiam, a nosso ver, ser analisados em mais duas sessões semestrais. Caso não fossem selecionados, após essas três tentativas, teriam seu status rebaixado para "repercussão geral negada", com todas as consequências que essa negativa acarreta.

2.1.3 Mudança Procedimental no Julgamento das Novas Repercussões Gerais

Quanto ao procedimento de julgamento de novas repercussões gerais, duas questões devem ser objeto de análise: (a) a data de julgamento dos recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida; e (b) a data da sustentação oral desses casos.

Quanto aos julgamentos (hoje colocados na pauta pelo Presidente), passaria a existir um cronograma pré-fixado de julgamento, sempre definido com pelo menos seis meses de antecedência.

Assim, se na sessão de dezembro de 2016 fossem reconhecidas 30 repercussões gerais, todos esses processos seriam julgados a partir de agosto de 2017. Luís Roberto Barroso explica o modelo por ele imaginado:

> *Acho que o modelo ideal funcionaria assim: a Repercussão Geral 1 (RG1) seria julgada como o primeiro processo da pauta de 4a feira, dia 5 de agosto de 2015. A Repercussão Geral 2 (RG2) seria julgada como o primeiro processo da pauta de 4a feira, dia 19 de agosto. E assim por diante. [34]*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Funcionando dessa forma, os ministros do STF teriam mais de seis meses para se prepararem para os casos importantes, eliminando (em tese) os famigerados pedidos de vista. Do mesmo modo, os advogados não precisariam viajar várias vezes para Brasília para esperar o julgamento, que nunca se sabe ao certo quando vai ocorrer.

É importante ressaltar que essa fixação de datas pode trazer também algumas complicações do ponto de vista prático. A nomeação de novo ministro, após as sustentações orais em determinado processo, é um desses casos, assim como a aposentadoria de um ministro e a subsequente demora do Presidente da República em indicar outro. Além disso, existe a possibilidade de recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida serem distribuídos para esse novo ministro, ainda não nomeado. Essa situação complicaria a confecção de calendário, uma vez que não dá para saber ao certo quando a nomeação será feita. Todas essas questões devem ser debatidas em detalhes no futuro, caso se adote o procedimento aqui proposto.

Em relação às datas de sustentação oral, a mesma lógica dos julgamentos seria seguida, só que com lapso temporal menor entre o momento do reconhecimento da repercussão geral e a data da sustentação. Por exemplo, o caso que tivesse a repercussão geral reconhecida em dezembro de 2016, e com julgamento a ser realizado a partir de agosto de 2017, teria a sustentação oral realizada a partir de fevereiro de 2017.

Percebe-se nitidamente nessa proposta a influência que o período de exercício da advocacia dentro do STF exerceu sobre Barroso, sabendo ele mais do que ninguém como a regra geral prevista no Código de Processo Civil, pela qual as sustentações orais devem acontecer logo após a exposição da causa pelo relator, já na própria sessão de julgamento (artigo 937), acaba por limitar substancialmente a contribuição para a formação dos votos, que costuma ser preparada pelos ministros com grande antecedência.

Essa sistemática, a nosso ver, valoriza o contraditório efetivo, na medida em que as partes ganham a oportunidade de efetivamente contribuir para a formação do pensamento do julgador.

2.1.4 Novos Procedimentos para Julgamento das Repercussões já Reconhecidas Anteriormente

Quanto às repercussões gerais mais antigas, a ideia é realizar uma espécie de "varredura" daqueles recursos que não justificam a movimentação da máquina judiciária do STF, seja por não possuir os pressupostos processuais necessários, seja por tratarem de matérias de baixa relevância.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Como ressalta Barroso, quando em 2007 iniciou-se a prática da repercussão geral, "em razão da falta de familiaridade com a sua sistemática, inúmeras repercussões gerais foram concedidas em matérias de baixa relevância ou de jurisprudência já pacificada no tribunal".

No mais das vezes, a própria inaptidão dos ministros com o novo procedimento gerou reconhecimentos de repercussão geral por simples falta de votos suficientes para compor o quórum de oito votos necessários para a recusa.

Assim, propõe-se que o Supremo trabalhe em três frentes para solucionar esse acúmulo de processos. Todas elas demandam apenas pequenas alterações no Regimento Interno da Corte.

Primeiro, os relatores dos processos com repercussão geral reconhecida fariam uma lista daqueles recursos que, entre todos os que compõem seu acervo, devem ser submetidos a um *julgamento breve*. São aqueles processos de natureza simples, que não demandam cognição exauriente por parte do julgador, e que nem mesmo deveriam ter passado pelo filtro da repercussão geral.

A ideia de Barroso é que, nesses casos, o relator apresente seu relatório e voto em até 20 minutos. O primeiro ministro divergente teria o prazo de 15 minutos para se manifestar, e os demais teriam cinco minutos cada para proferir seus votos. As sustentações orais seriam feitas nos moldes do artigo 937 e os *amici curiae* poderiam se manifestar somente por escrito, através do próprio Plenário Virtual.

Outra proposta é que cada relator de processos com repercussão geral reconhecida busque dentro de seu acervo aqueles que versam sobre temas já pacificados pela jurisprudência dominante do STF. Nesses casos, a partir da intelecção do artigo 323-A do RISTF, seria feito o julgamento por meio eletrônico.

Apesar dessa possibilidade só ter sido incluída no Regimento em 2010, nada impede que se aplique às repercussões gerais reconhecidas anteriormente, haja vista tratar-se de norma de caráter procedimental.

Por fim, naqueles casos em que claramente não há qualquer repercussão geral, ou em que a questão veiculada não é constitucional, os relatores poderiam submeter, através questão de ordem ao Plenário, a retirada do reconhecimento de repercussão geral. São casos que nem deveriam ter passado pelo primeiro juízo de admissibilidade, realizado no tribunal de origem, mas que, por algum motivo, galgaram espaço até chegar à Corte.

Entendemos que as modificações aqui apontadas em muito contribuiriam para modificar o quadro atual do controle difuso exercido pelo Supremo. Como já se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

pontuou, mantendo-se a média de julgamentos atual, seriam necessários mais de 9 (nove) anos para zerar o estoque de repercussões gerais. Pior, o número de processos sobrestados na origem só aumenta: hoje são incríveis 1.514.448 processos aguardando o pronunciamento do STF sobre os temas com repercussão geral.

Assim, a partir de um melhor gerenciamento dos recursos extraordinários e de seus julgamentos, o Tribunal ganhará em celeridade, qualidade e transparência na sua jurisdição, afetando positivamente todo o Poder Judiciário e a vida das pessoas que dependem de sua atividade.

2.2 REDUÇÃO PARCIAL DAS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO FORMA DE SELEÇÃO NATURAL DOS RECURSOS PROTELATÓRIOS E DE COMBATE DA MOROSIDADE DOS PROCESSOS

Por fim, propomos uma redução parcial das denominadas prerrogativas processuais da Fazenda Pública e do Ministério Público.

Acreditamos que duas dessas prerrogativas devem ser extintas do ordenamento jurídico: o prazo em dobro para recorrer previsto no art. 183 do CPC/15, além da inexigência de preparo, positivada no artigo 1007, § 1º do mesmo *Codex*.

Ressalte-se que não há pretensão de realizar, aqui, um estudo exaustivo sobre tais prerrogativas, uma vez que isso iria de encontro ao próprio objeto do trabalho. Assim, nessa parte final de pesquisa, apenas se busca trazer uma proposta viável de solução do problema central, sem maiores divagações acerca de conceitos acessórios.

A maior parte da doutrina se utiliza, como base argumentativa para defender o uso ilimitado e indiscriminado das prerrogativas processuais pelo Estado, dos chamados princípios balizadores da Administração Pública. Entendem que a supremacia e a indisponibilidade do interesse público devem preponderar, via de regra, sobre o interesse privado. [35]

Haveria então uma prevalência do princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o princípio da Isonomia, já que o interesse público seria sempre dotado de superioridade em relação aos interesses de caráter individual. Isso, assumindo que a Administração Pública representaria os interesses da coletividade e, desse modo, teria o direito de impor obrigações a terceiros, de maneira a beneficiar todos.

Feita essa introdução, importa agora fazer uma importante distinção entre as chamadas *prerrogativas* e os *privilégios*. As primeiras, nas palavras de Willis Santiago Guerra, "seriam compreendidas como posições de vantagens justificadas pelo caráter

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

objetivo do valor que preservam, assim como pela amplitude do interesse da dificuldade envolvidas na espécie". Privilégios, por sua vez, seriam "vantagens indevidas, por não terem base razoável, lógica ou mesmo justificável, relacionando-se quase sempre com uma proteção subjetiva e direcionada".[36]

Tratando do tema, Ada Pellegrini Grinover explica que:

> *Tanto as prerrogativas como os privilégios, no direito atual, só podem admitir-se por exceção, em razão da diversidade de posições subjetivas, dentro do ordenamento jurídico. Ambos — prerrogativas e privilégios — constituem, assim, exceções ao regime comum: a diferença entre elas está em que o privilégio é instituído visando à proteção de interesses pessoais, enquanto a prerrogativa decorre do interesse público. [37]*

Os conceitos de privilégios e prerrogativas em muito se imbricam com a nova formulação de interesse público que tem sido trazida pela doutrina, dividindo-o em interesse primário e secundário.

Nessa construção, o interesse primário se concretizaria nas finalidades próprias e constitucionalmente estabelecidas que o Estado deva promover. Cuida-se dos interesses que abrangem toda a sociedade, aqueles que fundamentam a própria existência do Estado, como é o caso da justiça, do bem-estar social, da segurança, entre outros.

Por outro lado, o interesse secundário teria por escopo apenas o interesse da pessoa jurídica de direito público em si mesmo, enquanto parte de uma relação jurídica, atuando em nome e pelo interesse do Erário. Seria o interesse particular do próprio Estado, quando representado pelas suas pessoas jurídicas: União, Estados membros, Municípios e suas Autarquias, entre outras.

Celso Antônio Bandeira de Mello, tratando dessa distinção, afirma que os primários seriam "os interesses da coletividade como um todo", enquanto que os secundários seriam aqueles interesses "que o Estado (pelo só fato de ser sujeito de direitos) poderia ter como qualquer outra pessoa, isto é, independentemente de sua qualidade de servidor de interesses de terceiros: os da coletividade". [38]

Nessa formulação do interesse público, entendemos que as prerrogativas da Fazenda Pública - em grande parte dos casos em que são aplicadas enquadram-se no conceito de interesse público secundário, sendo utilizadas como meras prerrogativas - visam preservar ao máximo o Erário e tornar confortável o litígio para o Estado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A supremacia do interesse público diz respeito aos interesses da coletividade, os quais deve a Administração Pública representar. Somente visando o benefício de todos se justifica a possibilidade dela impor obrigações a terceiros, motivo pelo qual, existindo conflito entre interesse público e o interesse particular, o primeiro deve sempre prevalecer. [39]

Desse modo, algumas das prerrogativas atribuídas ao Estado, enquanto parte litigante, devem ser repensadas na atualidade. Isso, em respeito não só aos princípios da supremacia do interesse público e da isonomia, como também aos princípios da eficiência e da duração razoável do processo. [40]

A primeira delas é o prazo em dobro para recurso. Como se sabe, o Código de Processo Civil, promulgado em 2015, modificou a disciplina dos prazos atinentes às entidades públicas previstas anteriormente no artigo 188 do CPC/73. [41]

De acordo com o novo artigo 183, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público passaram a gozar de "prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal".

Houve, desse modo, unificação dos prazos da Fazenda Pública pelo novo CPC, sendo contados todos em dobro a partir de agora. Na prática, apenas houve redução do prazo para contestar, que antes era computado em quádruplo.

Não questionamos aqui o novo prazo em relação à apresentação de contestação pelo Poder Público: acreditamos que o prazo dobrado se justifica, na medida em que é patente a maior dificuldade do ente público e da administração indireta em formular sua defesa.

Por outro lado, após esse ponto, que de fato é decisivo para a formação do processo que envolve matéria fática, não mais parece se justificar o aumento de prazos recursais, uma vez que a principal dificuldade para o exercício da ampla defesa já foi suprida com a contestação e as exceções porventura trazidas ao processo.

José Roberto de Moraes explica que Alfredo Buzaid, patrono do CPC/73, assentava seu pensamento igualitário na premissa de que prazos diferenciados só existiriam para privilegiar o servidor público e nem sempre de forma eficiente e diligente; não sendo possível o legislador pressupor tal ânimo decadente, não se justificava nenhuma diferenciação.[42]

Desse modo, a conclusão que se chega é de que as prerrogativas processuais somente poderiam ser consideradas constitucionais quando a Administração Pública

(Fazenda Pública) estiver em juízo representando, de fato, o interesse da coletividade (interesse público primário).

Mas como ter certeza de que a Administração está agindo de tal modo? Para tanto, adotamos a solução trazida por Willis Santiago Guerra Filho, sugerindo o retorno do instituto constante do Código de Processo Civil de 1939, denominado *sistema do prazo judicial*. [43]

No supracitado sistema, a parte deve apresentar ao juízo, de maneira fundamentada, as razões da necessidade do prazo dobrado para cada caso concreto, ficando ao arbítrio do magistrado (também de modo fundamentado) a concessão da dilação do prazo.

A fundamentação do magistrado deveria se pautar fundamentalmente nos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, entendendo-se presentes ambos quando houver: (a) adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meios menos gravoso para atingimento dos fins visados; (c) proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre ônus imposto e o benefício trazido para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos do cidadão. [44]

Com base nesses elementos, deve o magistrado buscar garantir a real necessidade de concessão de prazo diferenciado, evitando criar um quadro anti-isonômico no processo. Todavia, uma vez cumpridos esses requisitos, as prerrogativas se configuram como legítimas.

Sobre o tema, Gustavo Binenbojm assevera que três condições seriam necessárias para que se considerem as prerrogativas da Fazenda Pública legítimas, sob o prisma constitucional[45]. São elas:

- a compreensão do princípio da isonomia, isto é, a discriminação criada em desfavor dos particulares seja apta a viabilizar o cumprimento pelo Estado dos fins que lhe foram cometidos pela Constituição e pela lei;

- o grau ou medida da compreensão da isonomia, isto é, a extensão da discriminação criada em desfavor dos particulares deve observar o limite do estritamente necessário e exigível para viabilizar o cumprimento pelo Estado dos fins que lhe foram cometidos pela Constituição ou pela lei;

- por fim, o grau ou medida do sacrifício imposto à isonomia deve ser compensado pela importância da utilidade gerada, numa análise prognóstica de custos para os particulares e benefícios para a coletividade como um todo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Note-se que, apesar de haver com esse procedimento um óbvio acréscimo no trabalho dos juízes - na medida em que seria necessária a análise individualizada de cada caso em que a Fazenda Pública fosse parte acreditamos que esse acréscimo representará uma economia processual mais à frente.

Além disso, a possibilidade de utilização de instrumento recursal pela Fazenda Pública, com vistas a rever a decisão denegatória de dilação de prazo prolatada pelo juiz, em nada atrapalharia o regular andamento do processo, desde que não fosse possível atribuir-lhe efeito suspensivo. Assim, desde que não se sobrecarregue o primeiro grau - historicamente mais mal estruturado que os tribunais - com a análise de recursos versando sobre o tema, não há que se falar em prejuízo para a duração razoável do processo.

Isso porque, não raro, processos em que o Estado é parte são objetos de recursos em sequência, mesmo sem qualquer expectativa de êxito, objetivando tão somente protrair a satisfação do particular e resguardar o Erário pelo maior tempo possível. Tal realidade gera consequências gravíssimas, não só para quem litiga contra a Fazenda Pública, mas também para o próprio Poder Judiciário, que vive assoberbado de processos envolvendo o setor público.

Igualmente, acreditamos que não se justifica a concessão de prazos dilatados para o Ministério Público. A pura vontade do legislador de padronizar as prerrogativas para todos os que estão atuando em nome do Poder Público não parece ser suficiente para fundamentar essa situação.

O que se pode fazer, como já apontado aqui, é conceder também ao Ministério Público a possibilidade de apresentar ao juízo petição requerendo a dilação de seus prazos processuais, desde que tenha razões suficientes para tanto.

Por fim, faz-se necessário abordar outro ponto dos privilégios processuais da Fazenda Pública: o não pagamento de preparo pela Fazenda Pública.

O argumento usualmente utilizado para defender a medida é de que uma possível cobrança de preparo implicaria num contrassenso, uma vez que os recursos são todos públicos, podendo então gerar confusão patrimonial. Além disso, esbarraria no limite da imunidade recíproca [46], previsto no artigo 150, VI, alínea *a* da Constituição.

Entendemos pela extinção da previsão pelo resultado que essa ausência de pagamento de custas gera, em termos de retardo processual. Conforme assevera Fabio Periandro de Almeida Hirsch, a faculdade dada aos procuradores de, no fim do último dia do prazo dobrado, imprimir uma peça padronizada e apresentá-la no protocolo, "como forma de cumprir seu *ônus da impugnação universal* – obrigação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de recorrer de tudo o que for contrário ao Erário, ainda que desprezível -, representa uma das malversações do sistema de prerrogativas".[47]

Importante notar que as custas, para além da destinação de sua receita [48], funcionam como espécie de filtro natural dos recursos: sendo atribuído aos procuradores o pagamento de custas em cada processo que lhes é dado, o caminho natural é que se eles passem a se concentrar mais nas teses defensivas com maior possibilidade de êxito na instância superior. Além disso, a rigorosidade na seleção dos recursos também decorrerá da dificuldade natural de arregimentar as estruturas funcionais do Estado para quitação dessas despesas.

Até o momento, o que tem ocorrido é a utilização da prerrogativa de isenção de custas para perpetuar uma situação de abuso de direito, uma vez que o retardo do trânsito em julgado passa a ser um fim em si mesmo. Em não sendo possível conseguir a revisão da decisão em instância superior, ao menos se consegue postergar ao máximo a definitividade da ordem de pagamento do débito.

Não há como olvidar do paradoxo que isso gera: como pode o Estado, criado justamente para proteger os cidadãos, provocar um dano injusto e litigar até a exaustão, com o único objetivo de postergar a satisfação de prestação juridicamente devida? Onde está o interesse público primário nesse estado de coisas?

Além disso, concordamos com André Ramos Tavares [49] e Fábio Periandro Hirsch [50], no sentido de impor à parte recorrente não só o pagamento de custas, como também a prestação de caução. Dessa forma, "uma vez não admitido ou improvido o recurso, reverter-se-ia tanto em benefício da Justiça como da parte contrária, que afinal deve mais uma vez arcar com a mazela da morosidade". [51]

Ademais, para não ferir o princípio da isonomia, ambas as partes deveriam ficar sujeitas ao pagamento de caução. Entendemos como acertada a medida, uma vez que a seleção dos recursos pelo Poder Público não pode se basear no princípio da dúvida gerar a recorribilidade. Pelo contrário: o melhor (para todos) é que haja de fato uma seleção dos recursos, de modo a efetivamente se respeitar o direito do particular e desafogar a já saturada máquina do Judiciário.

2.3 ADEQUAÇÃO ESTRUTURAL E EXPANSÃO QUANTITATIVA DOS NUGEP

Em outubro de 2012, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), percebendo a falta de regulamentação quando ao procedimento de julgamento por amostragem dos recursos extraordinários, - o que gerava verdadeiro engessamento do sistema de remessa de recursos repetitivos ao Supremo - publicou a Resolução Normativa nº 160 [52], instituindo a criação do Núcleo de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos (NURER).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A ideia era que cada Tribunal da Federação instituísse seu próprio NURER, que deveria atuar ao lado dos órgãos competentes para o processamento e admissibilidade de recursos extraordinários e especiais. Com isso, esperava o CNJ racionalizar e aperfeiçoar o gerenciamento dos processos diante dos casos sobrestados, porque repetitivos, pelo STF e pelo STJ.

Entretanto, após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, em março de 2016, o CNJ se viu obrigado a ampliar a competência desses núcleos, de modo a abarcar não só os recursos repetitivos direcionados aos tribunais superiores, como também os incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas. Essa exigência consta do artigo 979, §§ 1º e 3º do novo diploma normativo.

Assim, foi publicada nova Resolução em 13 de julho de 2016, a de nº 235 [53], criando os Núcleos de Gerenciamento de Precedentes (NUGEP**)** e visando a "padronização de procedimentos administrativos decorrentes de julgamentos de repercussão geral, de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência previstos na Lei 13.105" nos 91 (noventa e um) tribunais existentes na Federação.

Essa padronização passa pelas seguintes medidas, a serem adotados pelos Núcleos:

- criação, no âmbito do CNJ, de um banco nacional de dados com informações acerca da repercussão geral, dos casos repetitivos e dos incidentes de assunção de competência ocorridos no âmbito do STF, do STJ, do TST, do TSE, do STM, dos tribunais regionais federais, dos tribunais regionais do trabalho e dos tribunais de justiça dos estados e do Distrito Federal;

- manutenção, alimentação e disponibilização do banco de dados supra referido, com informações atualizadas sobre os processos sobrestados no Estado ou na região, conforme o caso, bem como nas turmas e colégios recursais e nos juízos de execução fiscal;

- envio constante de informações ao NUGEP do CNJ, assim como a manutenção, na página do tribunal na internet, dos dados atualizados de seus integrantes, tais como nome, telefone e e-mail, com a principal finalidade de permitir a integração entre os tribunais do país;

- acompanhamento dos processos submetidos à técnica dos casos repetitivos e da assunção de competência em todas as suas fases, alimentando o banco de dados nacional;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

- acompanhamento da tramitação dos recursos selecionados pelo Tribunal como representativos da controvérsia encaminhados ao STF, ao STJ e ao TST (art. 1.036, § 1º, do CPC), a fim de subsidiar a atividade dos órgãos jurisdicionais competentes pelo juízo de admissibilidade e pelo sobrestamento de feitos, alimentando o banco de dados;

- informação acerca da publicação e o trânsito em julgado dos acórdãos dos paradigmas;

- recepção e compilação dos dados referentes aos recursos sobrestados no Estado ou na Região, conforme o caso, bem como nas turmas e colégios recursais e nos juízos de execução fiscal;

- informação ao NUGEP do CNJ acerca da existência de processos com possibilidade de gestão perante empresas, públicas e privadas, bem como agências reguladoras de serviços públicos, para implementação de práticas autocompositivas;

Entendemos que tal iniciativa do CNJ é digna de aplausos, dada a atual sistemática da repercussão geral e a dinâmica que vem sendo empregada aos casos em que esta se mostra repetitiva.

No Brasil, percebe-se que ainda está presente a equivocada ideia de que não haveria um sistema de precedentes, motivo pelo qual muitos órgãos de primeira e segunda instância do Judiciário ignoram, de forma deliberada ou por pura e simples omissão, a existência de decisões vinculativas dos tribunais superiores, prejudicando a própria funcionalidade da prática forense no país.

Entendemos, todavia, que a tendência é mesmo a consagração de um sistema de precedentes obrigatórios no Brasil, numa aproximação inevitável do nosso tradicional sistema de *civil law* com o *common law*. Aliás, como assevera Fredie Didier Jr. [54], esse acolhimento do sistema de precedentes é aparentemente inquestionável, em especial após o advento do Código de Processo Civil de 2015, que em muito alterou o tratamento do tema no nosso ordenamento jurídico.

Com base na resolução, cada tribunal teria o prazo de 90 (noventa) dias, a contar da data de publicação da resolução (13 de julho de 2016), para organizar o seu NUGEP, como unidade administrativa permanente.

Ocorre que - como infelizmente é de praxe na Administração Pública brasileira – esse prazo inicialmente imposto foi desobedecido pelos tribunais. De acordo com o último levantamento feito pelo CNJ, em novembro de 2016, apenas 22 dos 91 tribunais pátrios instalaram seus núcleos. [55]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Outra situação que preocupa é a referente à criação do banco de dados nacional com informações acerca da repercussão geral, dos casos repetitivos e dos incidentes de assunção de competência dos tribunais.

A instituição do banco de dados é, sem dúvida, a principal medida anunciada pela Resolução nº 235/16, uma vez que sua instituição possibilitará, em tese, a ampla consulta às informações de repercussão geral e demandas repetitivas, agilizando significativamente o julgamento dos processos.

Contudo, não obstante tenha sido estabelecido prazo até o final de 2016 para que o referido banco fosse disponibilizado em plataforma *online*, até o presente momento não há notícia de que o CNJ assim procedeu. Isso preocupa, tendo em vista a latente disfuncionalidade do sistema de precedentes, hoje, no Brasil.

Por fim, mesmo nos tribunais em que os NUGEP já foram (mesmo que apenas formalmente) estabelecidos, não é raro encontrar problemas operacionais no sistema disponível para o acesso público. No Tribunal de Justiça da Bahia, por exemplo, em todas as visitas que fizemos à página virtual do órgão [56], durante o período de construção deste trabalho, o link de acesso ao sistema encontrava-se disfuncional.

Os dados acima são alarmantes. É de fundamental importância que as cúpulas administrativas dos tribunais não ajam, em relação aos NUGEP, de modo meramente *pro forma*. Ou seja, não basta somente instituir os núcleos, sem se preocupar com a real efetividade do serviço, com a adequação estrutural desse órgão, com o próprio fim para o qual ele foi idealizado.

Agindo dessa maneira, os tribunais vão de encontro à própria função social do direito, que é harmonizar os direitos e garantias do homem e do cidadão, ao lado da criação de instrumentos de políticas públicas que permitam que esses direitos e garantias se efetivem no plano fático [57]. A ação *pro forma* inviabiliza essa efetividade das normas jurídicas, gerando danos e impossibilitando mudanças reais no panorama crítico vivido pelo Poder Judiciário atualmente.

Assim, configura-se urgente que os tribunais brasileiros que ainda não instituíram os NUGEP, assim como aqueles que instituíram, mas apenas de modo formal, procedam a uma adequação estrutural para possibilitar a efetivação do quanto exposto na Resolução nº 235/16 do CNJ.

Além disso, ao próprio CNJ cabe respeitar seu ato normativo, colocando em prática a construção do banco nacional de dados previsto na resolução. Com essa medida, espera-se que ocorra melhora significativa no *modus operandi* dos tribunais em relação aos casos envolvendo precedentes obrigatórios.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como base a investigação dos institutos do recurso extraordinário e da repercussão geral, de modo a esmiuçar seu funcionamento e, com base nos elementos coletados, oferecer propostas coerentes e viáveis de desafogamento do Judiciário brasileiro nessa matéria.

Desse modo, infere-se que é possível combater o acúmulo de processos sobrestados no âmbito do Supremo Tribunal Federal em decorrência de reconhecimento de repercussão geral. Para tanto, são necessárias adequações nos procedimentos utilizados pela Corte para seleção de novos casos com repercussão geral, bem como nos julgamentos dos casos novos e antigos.

Igualmente, é fundamental repensar a forma como funcionam os Núcleos de Gerenciamento de Precedentes (NUGEP): atualmente, como visto no decorrer do trabalho, eles beiram a disfuncionalidade, fugindo da proposta inicialmente projetada pelo Conselho Nacional de Justiça.

Por fim, entende-se como razoável a supressão de algumas das prerrogativas processuais da Fazenda Pública e do Ministério Público. Não se ignora que se trata de questão polêmica, já de há muito discutida em sede doutrinária. Contudo, conforme fundamentamos, não se pode simplesmente pressupor que todos os prazos em dobro para o Estado agir em juízo são necessários. De fato, alguns são, mas boa parte não pode ser assim considerada, e são esses que acabam por tornar o já saturado Poder Judiciário ainda mais moroso.

Desse modo, a concessão "caso a caso", pelo juiz, dos prazos dobrados para recorrer e de gratuidade de preparo funcionariam, a nosso ver, como uma forma de seleção daqueles recursos que realmente têm chance de revisão nas instâncias superiores, excluindo-se por seleção natural aqueles que apenas se prestam a protelar o pagamento do *quantum* devido pelo Estado ao particular.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Manoel de Arruda. A EC nº 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004. São Paulo: RT, 2005, p.74..

_____. Repercussão geral: impressões gerais e perspectivas. In: FUX, Luiz; DANTAS, Bruno; FREIRE, Alexandre (Coord.). **Repercussão geral da questão constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.107.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

AMARAL, Thiago Bottino do (coord.) et al. FGV DIREITO RIO - Centro Justiça e Sociedade – CJUS. **Relatório Final do Projeto de Pesquisa "Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus nos Tribunais Superiores**" Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2014. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/radiografia-habeas-corpus.pdf>. Acesso em 10 de janeiro de 2017.

BARIONI, Rodrigo. **Repercussão Geral**: anotações sobre as propostas formuladas pelo ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI208121,101048-Repercuss ao+geral+anotacoes+sobre+as+propostas+formuladas+pelo >. Acesso em 26 jan. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Reflexões sobre a competência e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal**. 25/08/2014. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/palestra-ivnl-reflexoes-stf-25ago2014.pdf>. Acesso em: 21/03/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Estatística do STF**. Movimentação processual. Disponível em: Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>. Acesso em: 11 jan. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados**. Constituição da República Federativa do Brasil** - 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 95/2016 e pelo Decreto Legislativo nº 186/2008. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. 510 p. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/526716/CF88_EC95_livro.pdf . Acesso em: 12 fev. 2017.

_____. **Novas competências atribuídas às Turmas devem agilizar julgamentos no STF**. 23/07/2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=271446>. Acesso em 10 de janeiro de 2017.

_____. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 829251/ES, 1ª Turma, Rel. Min. Luis Roberto Barroso, **DJE** de 12/12/2014.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Palácio do Planalto. Lei nº 13.105/2015 (Lei Ordinária) de 16/03/2015. Código de Processo Civil**. D.O.U.** de 17/03/2015, Seção 1, ano CLII, n. 51, p. 1. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=17/03/2015>. Acesso em: 20 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 228.844/SP, Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma. Julgado em 18/08/2015. **DJE** 31 ago. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcesso Andamento.asp?numero=932378&classe=ARE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 20. jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Resultados da Repercussão**. 28/07/2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=numeroRepercussao>. Acesso em 20 mar. 2016.

CARDOSO, Maurício. Justiça em Números. Brasil atinge a marca de 100 milhões de processos em tramitação na Justiça. **Conjur**. Boletim de notícias. 15 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-15/brasil-atinge-100-milhoes-processos-tramitacao>. Acesso em: 05 dez. 2016.

CARVALHO, Francisco José. **Teoria da função social do direito**. 2.ed. São Paulo: Juruá, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Demandas repetitivas e a morosidade na justiça cível brasileira.** Jul. 2011**.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/50af097ee373472788dd6c94036e22ab.pdf>.

_____. **Resolução nº 160** de 19/10/2012. Dispõe sobre a organização do Núcleo de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos no Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral, Superior Tribunal Militar, Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e nos Tribunais Regionais Federais, e dá outras providências. Disponível em: http:<//www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=973>. Acesso em: 27 jan. 2017.

_____. **Resolução nº 235** de 13/07/2016. Dispõe sobre a padronização de procedimentos administrativos decorrentes de julgamentos de repercussão geral, de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência previstos na Lei 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), no Superior Tribunal de Justiça, no Tribunal Superior Eleitoral, no Tribunal Superior do Trabalho, no Superior Tribunal Militar, nos Tribunais Regionais Federais, nos Tribunais Regionais do Trabalho e nos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, e dá outras providências.

Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3155>. Acesso em: 27 jan. 2016.

_____. **Causas repetitivas ganham núcleos próprios em 22 tribunais**. 17/11/2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83862-causas-repetitivas-ganham-nucleos-proprios-em-22tribunais?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed:%20 noticiascnj/mZae%20(NOT%C3%8DCIAS_CNJ)>Acesso em: 29 nov. 2016.

CRUZ, Gabriel Dias Marques da. STF pode levar 10 anos para zerar estoque da repercussão geral. **Rev. Consultor Jurídico,** 8 fev. 2016, p. 1-4. ISSN 1809-2829. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-08/stf-levar-10-anos-zerar-estoque-repercussao-geral>. Acesso em: 07 jan. 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. v. 3. 13. ed. ampl., rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **Relatório Supremo em números**: o múltiplo Supremo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011.

_____. **III Relatório Supremo em números**: o Supremo e o tempo. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2014.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Comentários à Constituição de 1988**. v. 1 – arts. 1º ao 43. São Paulo: Julex Livros, 1989, p. 90-91.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da fazenda pública. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 21, n. 82, abr./jun. de 1996.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida**. Ofensa reflexa à Constituição**: críticas e propostas de solução para a jurisprudência autodefensiva do Supremo Tribunal Federal brasileiro. 2007. 333p. Dissertação (Mestrado em Direito)-Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2007. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10783/1/F%C3%A1bio.pdf>. Acesso em 01 nov. 2016.

MAGRI, Berenice Soubhie Nogueira. O papel decisivo dos regimentos internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça na admissibilidade dos

recursos extraordinário e especial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. Atualizado até a EC 52/2006. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança. Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal**. Revista de informação legislativa**, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. v. 45, n. 177, p. 75-82, jan./mar. 2008.

STRECK, Lênio Luiz. Por que agora dá pra apostar no Projeto do Novo CPC!. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 21 de outubro. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>. Acesso em 5 de janeiro de 2017.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 7, p. 45-68, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72>. Acesso em: 23 mar. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Resultados da Repercussão**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudencia%RepercussaoGeral&pagina=numeroRepercussao>. Acesso em: 28 nov. 2016.

_____. Portal do STF. **Estatísticas do STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimen toProcessual.>. Acesso em: 11 jan. 2017.

_____. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina =sobrestadosrg>. Acesso em 11 de janeiro de 2017.

TAVARES, André Ramos. A repercussão geral no recurso extraordinário. In: LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús; TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro (Coord.). **Reforma do judiciário**: analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005a.

_____. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005b.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Repercussão geral no recurso extraordinário (Lei n° 11.418) e súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (Lei n° 11.417). **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v. 3, n. 14, p. 79-106, abr./maio 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/36320 >. Acesso em 15 dez. 2016.

TIMM, Luciano Benetti. TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. As recentes alterações legislativas sobre os recursos aos Tribunais Superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da Law and Economics. **Revista de Processo**, n.178, dez. 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA. **Portal TJBA**. NUGEP. Disponível em: <http://www.tjba.jus.br/nurer>. Acesso em 02 de fev. 2017.

NOTAS:

[1] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Portal do STF. **Estatísticas do STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimen toProcessual.>. Acesso em: 11 jan. 2017.

[2] BARROSO, Luís Roberto. Reflexões sobre a Competência e o Funcionamento do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://s.conjur.com.br/dl/palestra-ivnl-reflexoes-stf-25ago2014.pdf. Acesso em: 21/03/2016.

[3] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Estatísdticas do STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual.>. Acesso em 10 de janeiro de 2017.

[4] Ibid., loc. cit.

[5] BARROSO, Luis Roberto. Reflexões sobre as competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/palestra-ivnl-reflexoes-stf-25ago2014.pdf>. Acesso em 6 de janeiro de 2017.

[6] Redação: "Conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na ameaça de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[7] SILVA, op. cit., p. 447.

[8] Nesse sentido, escreveu Ruy Barbosa há mais de um século, afirmando que "o habeas corpus, hoje não está circunscrito aos casos de constrangimento corporal: o habeas corpus hoje se estende a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício pela intervenção de um abuso de poder ou de uma ilegalidade". BARBOSA, Ruy. "República: teoria e prática" apud SILVA, op. cit., p. 447.

[9] SILVA, op. cit., p. 447.

[10] AMARAL, Thiago Bottino, et al. Projeto "*Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus nos Tribunais Superiores*" Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2014. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/radiografia-habeas-corpus.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2017.

[11] AMARAL, Thiago Bottino do (coord.) et al. FGV DIREITO RIO - Centro Justiça e Sociedade – CJUS. **Relatório Final do Projeto de Pesquisa "Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus nos Tribunais Superiores**" Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2014. p. 31. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/radiografia-habeas-corpus.pdf>. Acesso em 10 de janeiro de 2017.

[12] Súmula 606, de 29/10/1984: "Não cabe habeas corpus originário para o tribunal pleno de decisão de turma, ou do plenário, proferida em habeas corpus ou no respectivo recurso".

[13] Súmulas 690, 692, 693, 694 e 695, todas de 09/10/2003.

[14] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pautainicio>. Acesso em 10 de janeiro de 2017.

[15]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Novas competências atribuídas às Turmas devem agilizar julgamentos no STF**. 23/07/2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=271446>. Acesso em 10 de janeiro de 2017.

[16] A emenda revogou partes do capítulo II do Regimento Interno, que trata das competências do plenário, assim como acrescentou hipóteses ao capítulo III, esse tratando das competências das turmas. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/EMENDAREGIMENTAL049-2014.PDF>. Acesso em 10 de janeiro de 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[17] BARROSO, op. cit., p.5.

[18] Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-23/carmen-lucia-separar-processos-pleno-stf-temas>. Acesso em 10 de janeiro de 2017.

[19] Pesquisa realizada por equipe da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro demonstra a importância desse filtro seletivo ao recurso extraordinário: nada menos do que 91,69% dos processos que chegam ao Supremo são de caráter recursal. Esse número, claro, congloba também os agravos de instrumentos e outros instrumentos previstos no CPC e no Regimento Interno da Corte. FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, op. cit.

[20] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimen toProcessual.>. Acesso em 11 de janeiro de 2017.

[21] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Resultados da Repercussão**. 28/07/2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=numeroRepercussao>. Acesso em 20 mar. 2016.

[22] FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck**.** ***Relatório Supremo em números***: o múltiplo Supremo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011.

[23] Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/imenso-varejo-de-miudezas-toma-supremo-diz-barroso/>. Acesso em 11 de janeiro de 2017.

[24] BARROSO, Luis Roberto. *Op Cit.,* p.8.

[25] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussao Geral&pagina=numeroRepercussao>. Acesso em: 11 de janeiro de 2017.

[26] BARROSO, op. cit.

[27] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Estatísticas**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=sobrestadosrg>. Acesso em 11 de janeiro de 2017.

[28] SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 21-37.

[29] BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit.*

[30] BARIONI, Rodrigo. **Repercussão Geral**: anotações sobre as propostas formuladas pelo ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI208121,101048-Repercuss ao+geral+anotacoes+sobre+as+propostas+formuladas+pelo >. Acesso em 26 jan. 2017.

[31] Critério já utilizado nesses casos pela exigência de relevância e transcendência da questão constitucional, como visto em capítulo anterior desta obra.

[32] No sentido de processos com repercussão geral mais evidente naquela determinada safra de recursos extraordinários.

[33] BARIONI, op. cit..

[34] BARROSO, op. cit..

[35] Cf. MELLO Celso Antônio Bandeira de**. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.101.

[36] Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da fazenda pública". **Revista de Processo**. a. 21, n. 82, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abr./jun. de 1996, p. 80/81.

[37] GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: José Bushatsky, 1999, p.78.

[38] MELLO. Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 63.

[39] Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho afirma que "as atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Mesmo quando age em vista de algum interesse estatal imediato, o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público". CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 20 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2012, p.25.

[40] Este último introduzido na Constituição Federal através da Emenda Constitucional nª 45/2005. A inclusão se deu pelo acréscimo do inciso LXXVIII do art. 5º.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[41] Cuja redação era: "Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público".

[42] Cf. MORAES, José Roberto de. "As prerrogativas e o interesse da fazenda pública". In: BUENO, Cássio Scarpinella; SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito processual público**: a fazenda pública em juízo. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 68-69.

[43] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p. 146-147.

[44] BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 209.

[45] ARAGÃO, Alexandre Santos de et al. **Interesses públicos versus interesse privados:** desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 156.

[46] Cf., por todos, MORAES, op. cit., p. 71/73.

[47] HIRSCH, op. cit., p. 262.

[48] Após a EC nº 45/2004, o seu produto vai para a estrutura do Poder Judiciário, na forma do art. 98, § 2º da Constituição Federal.

[49] TAVARES, op. cit., p. 146-147. Em sentido contrário à proposta: GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p. 151.

[50] HIRSCH, op. cit., p. 263.

[51] TAVARES, pp. cit., p. 151.

[52] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 160 de 19/10/2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=973> Acesso em: 27 jan. 2017.

[53] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 235 de 13/07/2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3155> Acesso em: 27 jan. 2017.

[54] DIDIER JÚNIOR; CUNHA, op. cit., p. 376.

[55] Entre os tribunais superiores, o STJ e o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) já aderiram aos núcleos. Além de Minas e Roraima, há unidades instaladas nos

tribunais de justiça da Bahia, Ceará, Distrito Federal, Goiás, Minas Gerais, Mato Grosso, Pará, Paraíba, Rondônia, Rio Grande do Sul e São Paulo. Também se adaptaram os tribunais regionais federais da 1ª (TRF1) e 5ª (TRF5) regiões e os tribunais regionais do trabalho de Minas Gerais, Bahia, Pernambuco, Goiás e Sergipe. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83862-causas-repetitivas-ganham-nucleos-proprios-em-22-tribunais>. Acesso em: 02 fev. 2017.

[56] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA. **Portal TJBA**. NUGEP. Disponível em: <http://www.tjba.jus.br/nurer>. Acesso em 02 de fev. 2017.

[57] CARVALHO, Francisco José. **Teoria da função social do direito**. 2.ed. São Paulo: Juruá, 2014, p. 122.

INFILTRAÇÃO DE AGENTES E AÇÃO CONTROLADA APLICADAS À LAVAGEM DE DINHEIRO

LEONARDO DE TAJARIBE RIBEIRO HENRIQUE DA SILVA JUNIOR: Advocacia Criminal & Consultoria Jurídica

O advento da Lei nº 13.964/19 – "Pacote Anti-Crime" – novamente mostra-se como medida demasiadamente controversa no tocante as modificações realizadas em institutos a muito tempo trabalhados pelos operadores do direito, fato este devido, talvez, ao quase centenário da legislação penal e a antiquada legislação processual vigente.

Desta feita, a hodierna legislação modificativa do ordenamento penal pátrio modificou nada menos do que 13 leis penais, destacando-se o advento do Juiz das Garantias e as alterações referentes à inclusão de norma direcionadora do procedimento a ser adotado pelos órgãos de custódia estatal para garantir a fidelidade na colheita e acondicionamento da prova.

Neste cenário, visando "aperfeiçoar" o tratamento do fato criminal, a Lei nº 13.964/19 alterou a Lei nº 9.613/98 para incluir o §6º ao Art.1º, passando o dispositivo a vigorar com a redação de que "para a apuração do crime de que trata este artigo, admite-se a utilização da ação controlada e da infiltração de agentes".

Conforme se sabe, no cenário contemporâneo a lavagem de dinheiro mostra-se como delito de relevante impacto e considerável risco à incolumidade do sistema financeiro nacional, estando ligado à diversos delitos, sobretudo aos crime denominados de "colarinho branco", os quais abarcam condutas criminosas que ofendem a administração pública e a ordem tributária como bens jurídicos tutelados, merecendo destaque as condutas de corrupção passiva e sonegação fiscal.

Apesar do bem jurídico tutelado pela lavagem de capitais ser tema atual de profundos e extensos debates de ordem acadêmica, no que determinados doutrinadores consideram a administração da justiça como bem jurídico tutelado, ao passo que outros advogam que seria tutelada a ordem econômica, e opostos defendem a ideia da pluriofensividade, filiamo-nos ao entendimento exposado pelo eminente Professor e Causídico Pierpaolo Cruz Bottini, para o qual socorremo-nos de sua cátedra:

> (...) Embora a pluriofensividade aparentemente afaste as dificuldades decorrentes da identificação de um bem exclusivamente protegido, é um ponto de fuga que enfraquece

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> o instituto e não contribui para a orientação da aplicação da lei penal.
>
> Por isso, mesmo que em parcela significativa dos casos exista realmente uma pluralidade de bens jurídicos lesionados, a norma concretizadora no tipo penal de lavagem de dinheiro tem por escopo a proteção de um único bem jurídico: a administração da justiça. A partir desse ponto, podem ser indicados critérios de leitura e aplicação da norma, assegurando, com isso, a construção de uma metodologia de interpretação coerente com desdobramentos compromissados com a premissa assumida.[i]

Nesta medida, reconhecida a relevância pragmática dos danos ocasionados pela perpetração do crime de lavagem de capitais, e considerando que este atinge seu exaurimento na reinserção dos ativos ilícitos na economia formal como se lícitos fossem, o legislador pretendeu criar mecanismos investigativos que possibilitassem a persecução criminal direcionada a identificação dos autores, partícipes e formas de execução do processo de lavagem, o qual torna-se cada vez mais sofisticado.

Deste modo, a simples modificação do Art.1º da norma regente permitiu que o órgão possuidor do ônus investigativo – polícia judiciária e ministério público – possuam em suas mãos ferramentas de persecução até então aplicadas, sobretudo, ao crime de organização criminosa, o qual se caracteriza por sua alta complexidade decorrente da divisão de tarefas, hierarquia e abrangência delitiva, algumas das vezes possuindo caráter transnacional.

Por conseguinte, o instituto da Ação Controlada está estabelecido no Art. 8º da Lei nº 12.850/13 – Lei de Organizações Criminosas -, constituindo-se, em realidade, numa espécie de flagrante retardado, conforme elucida acertadamente o Desembargador do TJSP Guilherme de Souza Nucci:

> Trata-se do retardamento da intervenção policial ou administrativa, basicamente a realização da prisão em flagrante, mesmo estando a autoridade policial diante da concretização do crime praticado por organização criminosa, sob o fundamento de se aguardar o momento oportuno para tanto, colhendo-se mais provas e informações. Assim, quando, futuramente, a prisão se efetivar, será possível atingir um maior número de envolvidos, especialmente, se viável, a liderança do crime organizado.[ii]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Desta forma, constitui-se a ação controlada em método de persecução que visa a maior eficácia na consolidação da prisão em flagrante, visando colher maiores instrumentos probatórios e deter uma quantidade maior de agentes delitivos.

No tocante à infiltração de agentes, insculpida no Art. 10 da Lei de Organizações Criminosas, de acordo com NUCCI, a infiltração de agentes:

> (...) destina-se justamente a garantir que agentes de polícia, em tarefas de investigação, possam ingressar legalmente no âmbito da organização criminosa, como integrantes, mantendo identidades falsas, acompanhando as suas atividades e conhecendo sua estrutura, divisão de tarefas e hierarquia interna. Nessa atividade, o agente infiltrado pode valer-se da ação controlada – descrita no capítulo anterior – para mais adequadamente desenvolver seus objetivos.[iii]

Nota-se que os institutos da infiltração de agentes e a ação controlada podem ser aplicados conjuntamente para maior eficiência da persecução, amoldando-se sobremaneira a já mencionada complexidade inerente à estrutura das organizações criminosas.

Isto deve-se ao fato de que as organizações criminosas se destinam, na maioria das vezes, ao cometimento de uma pluralidade de delitos, ofendendo diversos bens jurídicos e representando latente risco às instituições jurídicas e a paz social.

Contudo, a complexidade presente na mencionada forma delitiva e justificadora da aplicação dos institutos aqui mencionados não se apresenta em delitos como roubo, furto, estelionato e peculato, para mencionar apenas os delitos que geram proveito econômico, razão pela qual não se aplicam a infiltração de agentes e a ação controlada.

Deste modo, considerando que o delito de furto gera proveito econômico passível de lavagem – eis que se constitui como crime antecedente apto à lavagem de captais – caso o bem ou ativo subtraído não apresente insignificância material, poder-se-ia cogitar a utilização da infiltração de agentes e ação controlada para investigar a ocultação dos valores.

À vista disto, contextualizando-se a hipótese de um furto qualificado pelo abuso de confiança cometido por um detentor de cargo gerencial de determinada empresa no qual foram subtraídos valores que somariam cifras milionárias, o dano financeiro à empresa está evidente, assim como a ofensividade da conduta.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Todavia, indaga-se acerca da hipótese de, no exemplo exposto, poder-se aplicar a infiltração de agentes policiais sem a presença de pluralidade de agentes delituosos utilizados para a prática da lavagem, considerando que esta poderia ser efetivada pelo próprio furtador, hipótese que constitui a autolavagem do proveito econômico.

No exemplo mencionado, ainda que o processo de lavagem possa ser efetuado com a participação de mais de um agente, a infiltração ainda assim mostrar-se-ia controversa, tendo em vista o lapso temporal necessário para a eficácia da medida investigativa e sua subsidiariedade, devendo ser adotada como *ultima ratio*, apenas quando não houver outros meios idôneos para proceder com a colheita probatória.

Vislumbra-se, ainda, hipótese de distinta complexidade em relação ao contexto exemplificado, na qual determinado agente público subtrai valores de que tem a posse em razão do cargo e os remete ao exterior por meio de operação dólar-cabo, com a finalidade de ocultar sua origem lícita, reinserindo-os em seu patrimônio como lícitos.

Dessa maneira, haveria ao menos 2 - não necessariamente mais do que isto - agentes delitivos voltados à prática da lavagem do capital subtraído, com a utilização de meios transnacionais, ocorrendo, portanto, o preenchimento de um dos elementos típicos do crime de organização criminosa.

Na hipótese me comento, caso se aumente a complexidade do processo de lavagem e reinserção dos valores, com a expansão do número de agentes e estruturação da prática delitiva, tipificar-se-ia a organização criminosa, atraindo, de qualquer forma, a aplicação dos institutos debatidos.

Contata-se, à vista do exposto, que o leque de efetivação dos institutos originariamente atribuídos ao combate ao crime organizado possui um âmbito de aplicação demasiadamente restrito em delitos sob os quais não pesam a estrutura da organização criminosa, pois se constatada a baixa complexidade dos atos de ocultação do capital maculado resultariam ausentes as razões para a adoção dos métodos investigativos discutidos, sobretudo os de *ultima ratio*, e caso constate-se o alargamento da complexidade da prática de lavagem, estreitar-se-ia a prática de lavagem com a tipificação do crime de organização criminosa.

NOTAS:

[i] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários a nova lei 9.613/1998, com as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

alterações da lei nº 12.683/2012. 3ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2016. Pag.94.

[ii] NUCCI. Guilherme de Souza. Organização Criminosa. 3ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2017 Pag. 87.

[iii] NUCCI. Guilherme de Souza. Organização Criminosa. 3ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2017 Pag. 94.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

QUANDO A REALIDADE É EXPLICADA PELO "MITO"

JONAS FAVIERO TRINDADE: Mestre em Direito (UNISC). Especialista em Direito Constitucional. Especialista em Regimes Próprios de Previdência. Especialista em Teoria e Filosofia do Direito. Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Público - CEISC-UNISC

Na mitologia clássica cultuavam-se deuses, heróis e semideuses que serviam como supedâneo para a compreensão da realidade.

Na lição de Danilo Marcondes, a caracterização do mito se dá pelo "*discurso ficcional ou imaginário*". A adesão e a aceitação são pressupostos do pensamento mítico, que não demanda fundamentação. O mito, nessa perspectiva, "*não se presta ao questionamento, à crítica ou à correção*"[1].

Marilena Chaui explica que "*o mito é a narrativa sobre a origem de alguma coisa*", que era recepcionada pelos gregos como verdade, em face de uma relação de fidúcia. A autoridade do narrador daquele pensamento decorria do fato de que este havia testemunhado o objeto da narrativa, ou, ainda, teria recebido a narrativa de alguém que testemunhou. As palavras do mito são sagradas, visto que têm origem em uma revelação divina. A narrativa mítica não se importa com contradições ou com a compreensibilidade do que se afirma[2].

Os mitos eram organizados em uma cosmogonia (*cosmos* = mundo ordenado e *gonia* = geração), explicando o mundo a partir de, em regra, *histórias de famílias*[3]. Basta lembrar de Saturno, o Deus do Tempo, que com uma foice castrou seu pai - Urano - e devorava os filhos, e que, por muitos séculos, foi motivo de medo dos homens; "*o tempo que gera os dias e os anos e os destrói*"[4].

Já a cosmologia (*logia*, que vem de *logos* = pensamento racional), busca a compreensão do mundo a partir de um discurso racional[5]. A ruptura gradual com essa forma de pensar começa no século VI a.C.[6].

Séculos adiante, no projeto iluminista, destaca-se o pensamento de Immanuel Kant, ao abordar o Esclarecimento, o momento em que o homem começa a abandonar a menoridade, caracterizada pela submissão acrítica à tutela de qualquer autoridade. Ao atingir a maioridade, o indivíduo está disposto a pensar e agir por si próprio. Ocorre que para assim proceder deve-se fazer o uso público da razão – não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

será autônomo o pensar e agir a partir do individualismo desprovido de base científica. É necessário, ao se valer das razões públicas, colocar a crítica à prova de outra crítica[7].

Sem o propósito de fazer uma defesa do pensamento kantiano em sua completude, é possível, contudo, meditar acerca da temática. A banalização e o reducionismo das discussões dos mais variados temas bem demonstram a menoridade kantiana que se encontra a sociedade brasileira.

O sociólogo alemão Jürgen Habermas desenvolveu uma sofisticada matriz teórica para justificar uma democracia deliberativa, na qual a autoridade encontra-se no embate argumentativo dos participantes, e não em um dado sujeito específico[8].

Esse modelo de democracia demanda uma *ação comunicativa*, na qual são exigidas pretensões de validade em cada ato de fala, como verdade, correção, inteligibilidade e autenticidade. Quando alguma das referidas pretensões é problematizada, surge a necessidade de fundamentar, ou seja, torna-se necessária uma espécie de discurso para cada pretensão. Nesse sentido, será fundamental, para fins de legitimidade, um discurso para justificar a verdade, a correção de uma ação, a explicação de algo que não se mostra inteligível ou ainda em relação à autenticidade do agente[9].

A razão comunicativa, portanto, se contrapõe a qualquer tipo de racionalidade que busque a dominação, manipulação e objetivação do outro. Dessa forma, destoa desse modelo a fala embasada em elucubrações mirabolantes, na fuga do tema problematizado, permeando particularidades que não traduzem o objeto do assunto que está em pauta, na mera força da autoridade que se coloca como "*chefe supremo*", assim como no desprezo pelo contraditório ou pelas posições opostas, colocando, como fim último, a realização de interesses pessoais.

No Brasil, pensar na concretização de um modelo de democracia que leve em conta a racionalidade comunicativa dos falantes é um sonho distante - *mas que não deve ser abandonado*.

Democracias incipientes demandam cuidados redobrados para não ruírem. Nesse sentido, Levitzky e Ziblatt evidenciam o "*paradoxo trágico*", quando, pela via eleitoral, líderes autoritários alcançam o poder, e fazem o seguinte alerta: "*os assassinos da democracia usam as próprias instituições da democracia - gradual, sutil e mesmo legalmente - para matá-la*"[10].

Aqui os *mitos* ainda explicam a realidade e são considerados seriamente como uma possibilidade de verdade, sem necessidade de justificar seus atos. Além do mais, infelizmente, a "*mitologia brasileira contemporânea*" não apresenta a riqueza

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

inspiradora da tradição greco-romana, tampouco os narradores possuem a perspicácia de outrora.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Almiro Eduardo de. RECK, Janriê Rodrigues. Direito e Ação Comunicativa: apresentação e fundamentação da matriz linguístico-pragmática de Jürgen Habermas e suas repercussões na compreensão do Direito. Porto Alegre, HS Editora, 2013.

CHAUI, Marilena. Convite à Filosofia. 3 ed. São Paulo: Ática, 1995.

HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

KANT, Immanuel. Resposta à questão: O que é Esclarecimentos: Tradução: Márcio Pugliesi. *In*: Cognitio, São Paulo, v.13, n. 1, p. 145-154, jan/jun. 2012.

MARCONDES, Danilo. Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

NARDINI, Bruno. Mitologia: o primeiro encontro. São Paulo: Círculo do Livro, 1982.

NOTAS:

[1] MARCONDES, Danilo. Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2007, p. 19-21.

[2] CHAUI, Marilena. Convite à Filosofia. 3 ed. São Paulo: Ática, 1995, p. 29-31.

[3] CHAUI, *Op. cit.*, p. 30.

[4] NARDINI, Bruno. Mitologia: o primeiro encontro. São Paulo: Círculo do Livro, 1982, p. 14.

[5] CHAUI, *Op. cit.*, p. 25.

[6] MARCONDES, *Op. cit.*, p. 19-21.

[7] KANT, Immanuel. Resposta à questão: O que é Esclarecimentos: Tradução: Márcio Pugliesi. *In*: Cognitio, São Paulo, v.13, n. 1, p. 145-154, jan/jun. 2012.

[8] HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[9] ALMEIDA, Almiro Eduardo de. RECK, Janriê Rodrigues. Direito e Ação Comunicativa: apresentação e fundamentação da matriz linguístico-pragmática de Jürgen Habermas e suas repercussões na compreensão do Direito. Porto Alegre, HS Editora, 2013, p. 47.

[10] LEVITSKY, Steven. ZIBLATT, Daniel. Como as democracias morrem. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 19.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

MEIO AMBIENTE

ELDA COSTA DOS SANTOS MACEDO: Bacharelanda em Direito da Faculdade AGES.

O presente trabalho que tem como embasamento o Projeto Integrador que aborda sobre o tema Meio Ambiente e Urbanismo que foi desenvolvido pelos bacharelando do curso de Direito do Centro Universitário AGES, relata sobre a situação problema em uma cidade X, em que Henrique filho do prefeito, investiu em uma mineradora de carvão vegetal, a qual propiciou diversos impactos a população local, visto que, não existe fiscalização na cidade pela administração Pública e ainda a prefeitura aponta não possuir recursos advindos do Estado para atender as necessidades desse setor.

No presente caso que foi obtido como espelho, observa-se a escassez de recursos advindos do Estado, a falta de atuação do poder público e uma política de conscientização que possa garantir uma medida educativa ambiental dentro do contexto societário, aproximando a gestão municipal e o Poder Público. No tocante à implementação e efetividade de políticas de saneamento básico e gerenciamento dos resíduos sólidos urbano. Cabe ressaltar a reflexão sobre a conjuntura atual das políticas públicas que obriga, peremptoriamente, a indagação: como as políticas públicas de meio ambiente e urbanismo são formatadas no Brasil e quais legados podem ser detectados a partir do modelo de Estado aqui constituído?

Muito se discute sobre a questão do saneamento básico, ao analisar a situação do caso proposto nota-se que não há uma preocupação pertinente do prefeito da cidade x, para que amenize os impactos negativos advindos da mineradora de seu filho que infelizmente vem causando imensuráveis danos à saúde da população local daquele município. Apesar de no Brasil ser regulamentado pela Lei nº 11.445/2007 que estabelece o Plano Nacional de Saneamento Básico (Plansab). Essa legislação determina diretrizes para o conjunto de serviços, infraestruturas e instalações de: abastecimento de água potável, coleta e tratamento de esgoto, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem e manejo das águas pluviais. No entanto, as prefeituras de pequenos municípios têm dificuldade em administrar o problema, seja por falta de pessoal especializado ou por desinteresse dos prefeitos, situação que ocorre no caso em epígrafe.

Dessa forma, as políticas públicas de urbanização do meio ambiente têm a finalidade de garantir uma melhor qualidade de vida a todos, nessa expectativa, sensibilizam-se em defesa da natureza. Diante dos problemas e dificuldades que permeiam os moradores da cidade x, cabe nos ter cautela e atenção sobre a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

conscientização ao combate a desagregação da natureza nos núcleos urbano que ocorrem de forma disseminada e desordenada.

Posto isso, cabe ressaltar as consequências mais relevantes que a carência de saneamento básico podem gerar tais como: Ameaça à saúde pública, desigualdade social, poluição dos recursos hídricos, poluição urbana e improdutividade, essas são algumas das principais consequências da falta de saneamento básico.

Destarte, é necessário elencar que como preleciona o artigo 225 da CF de 88, que destaca sobre o texto de ordem sobre as questões de ação ambiental. É evidente notar, que o texto do artigo mencionado, estabeleceu que compete ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Dentre os inúmeros motivos que a carta magna elenca no citado artigo pode-se fazer uma ressalva quanto a saúde das crianças que vivem na cidade x, e que desencadearam problemas respiratórios decorrentes da produção ilegal de carvão.

Importante destacar que a Constituição não apenas protegeu o meio ambiente de pessoas físicas, mas também de pessoas jurídicas, é o que declara o artigo 225 em seu parágrafo III, impondo sanções penais e administrativas, independente da obrigação de reparar os danos causados. Entretanto, não basta apenas que existam leis para a tutela do meio ambiente, é necessário também uma conscientização por parte da sociedade, que também tenham iniciativas para cuidar desse bem comum. A ideia, enfim seria a população participar na defesa do meio ambiente, para que este fosse protegido, mas se adequando às necessidades da sociedade. E aqui, como se trata o Direito de uma ciência que se manifesta pela linguagem, é de rigor a interpretação da letra do texto constitucional. Só se pode defender e preservar aquilo que, efetivamente, existe na atualidade.

> Direito à cidade é o título do artigo 225. O direito em questão aqui diz respeito ao espaço de convivência social democrática e de realização de vida urbana digna, devendo o poder público, com este fim, instituir planos urbanísticos e outras medidas necessárias para ordenar os assentamentos urbanos e estabelecer prescrições, usos, reservas e destinos de imóveis, águas e áreas verdes para executar obras públicas e regular a fundação, conservação, reforma, melhoramento e crescimento dos núcleos urbanos. (p.125)

Com tudo, o meio ambiente constitui-se como um direito de terceira geração, visa garantir uma existência digna e embasada na isonomia, constituindo um dos pilares do Estado de Direito, onde percorre o caminho da solidariedade social, cujo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

enfoque é a coletividade, caracterizando-o como difuso e coletivo. Como pode ser visto, a falta de investimento em saneamento básico pode gerar diversas consequências. Elas agridem a população e demandam elevados recursos do governo para reparo dos danos. Investir em saneamento, significa aumentar a qualidade de vida da população e gerar crescimento econômico do país.

Diante de tal situação pode-se observar que nesse contexto, diversos foram os pilares de modificações no processo de urbanização. Elencando com isso um crescimento disseminado de desigualdade entre várias regiões do país. Tal desenvolvimento são mecanismo das cidades, bem como, da expansão populacional e atividades econômicas dos centros urbanos, nesse sentido, para Lima (2009)

> O crescimento populacional aumenta a demanda de todas as coisas que o homem precisa, as quais são recursos obtidos principalmente de organismos vivos. O uso progressivo desses recursos leva ao seu desaparecimento e, em contrapartida, a pobreza e a miséria também aumentam.

Diante desse contexto social em que busca-se a participação e efetivação de populares frente às questões político-sociais na conjuntura ambiental. É notório nos grandes centros urbanos, como os pequenos e grandes aglomerados têm se distanciado profundamente da natureza e transgredindo seus contornos elementares, efeito-adverso da urbanização mesclado com o sistema capitalista vigente.

> Tanto a palavra meio como a palavra ambiente sofrem conotações diferentes. Em cada campo estudado ela vai aparecer com um significado distinto, é a mesma palavra se adequando ao contexto, desta podendo significar meio aritmeticamente, como a metade de um inteiro, um dado contexto físico ou social, um recurso ou insumo para alcançar ou produzir algo, enquanto que ambiente representando um espaço geográfico ou social, físico ou psicológico, natural ou artificial. (MILARÉ, 2011, p. 42)

Nota-se a importância de definir o que vem a ser meio ambiente no âmbito jurídico, pois são inúmeras explicações para a mesma expressão. Não pode apenas ser observado numa visão estrita, conforme demonstrado acima, excluindo tudo o que não vem a ser natural, deve ser visto como sentido amplo, abrangendo o natural e o artificial.

> O meio ambiente natural é constituído pelo solo, pela água, pelo ar, pela energia, pela fauna e pela flora. O meio ambiente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> criado ou artificial é formado pelas edificações, equipamentos e alterações produzidos pelo homem, enfim, os assentamentos de natureza urbanística e demais construções. (MILARÉ, 2011)

Posta essa visão, entende-se que meio ambiente não é apenas o que é constituído naturalmente e sim uma mistura do natural com o criado, levando em conta que o homem modifica tudo que está ao seu redor para atender melhor às suas necessidades, e quanto mais uma cidade fica populosa, maiores serão as intervenções humanas.

> Contudo, a definição se torna mais ampla, pois "[...] vai atingir tudo aquilo que permite a vida, que a abriga e rege; não limita o campo ambiental ao homem, mas a todas as formas de vida, antecipando assim a definição federal". (MACHADO, 2012, p. 62)

Assim, não se pode observar apenas o campo ambiental, mas também como o ser humano se comporta inserido nele, o modo que vai usar desse ambiente para suprir as necessidades, para sobreviver, ressaltando que cada lugar tem uma cultura diferente, que deve ser respeitada e, por conseguinte, as leis devem ser adaptadas a isso.

Na concepção de Canotilho e Leite (2008) o individualismo existente tanto no Direito Civil, quanto no Processo Processual Civil, segundo os autores, essas áreas demandam uma transformação visceral, cuja finalidade é resguardar o bem jurídico ambiental. Nesse contexto, aquilatam:

> [...] O direito do ambiente tem uma dimensão horizontal e exige a readaptação de outras áreas do saber jurídico, para garantir o acesso adequado à justiça. A sociedade atual exige que os interesses ou direitos ambientais sejam palco de discussão na via judiciária, pois esta abertura resultará no exercício da cidadania e, como consequência, na conscientização ambiental (CANOTILHO; LEITE, 2008, p. 167).

Diante de tal afirmação, ainda que a proteção ambiental esteja protegida constitucionalmente, tão somente a inserção de um dever jurídico, ou seja, a existência no plano fático não se traduz numa realidade autêntica. Isso decorre da dicotomia do ordenamento jurídico, onde uma multiplicidade de correntes tentam corromper questões inerentes ao Estado Ambiental, objetivando atingir o nominado "ecossocialismo".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

De acordo com a norma legal, a competência dos Municípios está elencada no artigo 30 da Constituição Federal de 1988. Conforme texto constitucional o meio ambiente está inserido no agrupamento das atribuições legislativas e administrativas municipais. Os municípios possuem um papel importante na tutela ambiental, pois a sociedade e as autoridades locais têm amplo conhecimento dos problemas ambientais enfrentados naquela localidade. No entanto, percebe-se no caso em tela que o município é omisso as questões inerentes a políticas públicas e conscientização ambiental.

> A cidade no Brasil é um núcleo urbano onde estão presentes, ao mesmo tempo, um sistema político-administrativo e um econômico não-agrícola - embora às vezes diretamente relacionado com este - familiar e simbólico como sede do governo municipal, qualquer que seja a população. A característica chave da cidade no Brasil consiste no fato de ser um núcleo urbano, sede do governo municipal. (p.30)

Com a tutela ambiental inserida no rol de funcionalidade do Município, as pessoas têm contato mais próximo com representantes políticos e relacionam-se diretamente com as políticas públicas. E é nesse cenário que surgem ideias e soluções para proteção do meio ambiente. Dentre as políticas públicas ambientas, destacam-se as ações de prevenção aos impactos ambientais, sendo parte da preocupação de alguns membros da população, que buscam meios para resolvê-los. Nessa linha, é interessante a discussão de Édis Milaré (2000, p. 297): "No âmbito do município seria aconselhável associar, nas estruturas administrativas e nos planos e programas, meio ambiente e desenvolvimento urbano".

Analisando o artigo 34 da CF/88, fica claro que dentre os deveres da União, está o de preservar a autonomia municipal. Nessa vertente Paulo Affonso Leme Machado (2012, p. 442) chama a atenção ao chegar a uma afirmativa, onde diz que [...]

> O desenvolvimento de uma parte da Federação não pode ser conseguido à custa da poluição e da degradação da natureza de outra parte, mesmo que seja o mais afastado e pobre dos Municípios, merece a devida atenção e tutela.

Nesse sentido é importante frisar que em um município x, busca-se a efetividade de políticas públicas que garantam a proteção ambiental bem como o saneamento básico, decorrente do fasto crescimento populacional que deve crescer preocupando-se com sustentável ambiental. Certo é que, o risco de danos ambientais há sempre que uma cidade cresce. Não sendo diferente, na cidade x, que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

cresceu decorrente da mineradora de carvão localizada na respectiva cidade. Para evitar danos ambientes é importante conscientizar a população pois uma população devidamente informada não pratica atos que prejudicam a própria vida e as das gerações futuras.

É oportuno destacar o enfoque entorno da difícil conscientização ambiental que já vem de longa data. É evidente que no decorrer dos anos o homem ampliou consideravelmente sua visão em relação as políticas públicas de meio ambiente, no entanto, pode-se averiguar que essa é uma conquista lenta. Que apesar da letra da lei que regulamenta tal política, infelizmente muitos municípios só visam o lado financeiro. Quando na verdade a preocupação deveria ser entorno da qualidade de vida da atual geração e das futuras.

REFERÊNCIAS:

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LAGO, Paulo César. **Participação Popular e Reforma Urbana**. São Paulo: Programa de Mestrado em Direito Político e Econômico; Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2010

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente:** a gestão ambiental em foco. 7ed., rev., atual. e reform. São Paulo: Revista do Tribunais, 2011.

MORAES, Luís Carlos Silva de. **Curso de direito ambiental.** São Paulo: Atlas, 2002.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ASPECTOS FUNDAMENTAIS DO GARANTISMO PENAL

CÉSAR AUGUSTO FERREIRA SÃO JOSÉ: Especialista em Ciências Criminais pelo Centro Universitário UniFG (2018-2020). Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2017). Membro do Grupo de Pesquisa Processo Penal e Democracia, sob coordenação do Prof. Dr. Elmir Duclerc Ramalho Jr. Ex-membro do Núcleo de Assistência do Serviço de Apoio Jurídico da UFBa (Junho de 2016 - Outubro de 2017). Advogado Criminalista.

RESUMO: O presente artigo pretende enfrentar o problema da legitimidade do sistema penal a partir do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, mediante a fundamentação racional do direito penal – equivalente à sua justificação ético-política, tomada neste trabalho como um dos pressupostos do modelo garantista, o qual se buscará compreender a partir de uma revisão bibliográfica que, sem pretensões de esgotar o tema, exponha o seu desenvolvimento de maneira didática.

PALAVRAS-CHAVE: garantismo penal, utilitarismo reformado, modelo garantista.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Pressupostos ético-políticos do garantismo penal: a justificação da pena. 3. O modelo garantista. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A matriz teórica do garantismo penal, concebida pelo jurista Luigi Ferrajoli, cumpre importante papel nas pretensões de redução e contenção do poder punitivo. O autor não se furta a reconhecer a crise de legitimidade pela qual passam sistemas penais hodiernos, em particular o italiano – de seu país de origem, quanto aos seus fundamentos filosóficos, políticos e jurídicos construídos em grande parte pelo pensamento iluminista (FERRAJOLI, 2006).

Ferrajoli enxerga no Iluminismo o mérito de ter identificado uma série de garantias oponíveis ao arbítrio punitivo. No entanto, mesmo essas garantias tendo sido compreendidas constitucionalmente, são "largamente violadas pelas leis ordinárias, e mais ainda pelas práticas nada liberais por elas alimentadas" (FERRAJOLI, 2006, p. 15). Além do mais, reconhece que a legitimidade moral e política do direito penal é problemática e incerta, mesmo ao lhe serem opostos limites e garantias, por ser o direito penal em si mesmo violento e por ser a pena, de fato, uma segunda violência somada ao delito (FERRAJOLI, 2006).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim, o problema da legitimidade do sistema penal será enfrentado mediante a fundamentação racional do direito penal – equivalente à sua justificação ético-política, tomada neste trabalho como um dos pressupostos do modelo garantista [1], o qual se buscará compreender a partir de uma revisão bibliográfica que, sem pretensões de esgotar o tema, exponha o seu desenvolvimento de maneira didática.

2. PRESSUPOSTOS ÉTICO-POLÍTICOS DO GARANTISMO PENAL: A JUSTIFICAÇÃO DA PENA

O garantismo penal é pautado por uma particular compreensão de direito penal e processo penal como elementos de um sistema integrado e axiomático de garantias postas à disposição do indivíduo frente ao arbítrio punitivo estatal (DUCLERC, 2016). Conforme Duclerc (2016, p. 25), "o problema dos pressupostos ético-políticos do garantismo se confunde com a questão da justificação da pena". Põem-se em questão as razões para que a violência ilegal do delito se some à segunda violência da pena: existem razões para a imposição dessa segunda violência? Se existem, elas são justas, justificáveis ou aceitáveis moral e/ou politicamente? (FERRAJOLI, 2006).

Para que essas perguntas sejam respondidas é preciso partir da separação entre direito, moral e natureza, consagrada pelo pensamento liberal do século XVIII (DUCLERC, 2016). No que toca a justificação da pena, tal separação se manifesta no princípio de que a sanção penal não deve possuir nem conteúdos nem finalidades morais, bem como a sua execução não deve se pautar pela transformação moral do condenado (FERRAJOLI, 2006). Decorre que as perguntas "se e por que" punir admitem duas respostas: uma primeira, a princípio positiva e a qual se nomeia *justificacionista*; e uma segunda resposta, negativa, denominada *abolicionista*.

Segundo Ferrajoli (2006, p. 231), são abolicionistas "somente aquelas doutrinas axiológicas que acusam o direito penal de ilegítimo", seja porque não admitem justificativa para a sua violência, seja porque consideram vantajosa a substituição da pena por outros meios de controle, pedagógicos ou informais. Como crítica a essas doutrinas, separadas entre holísticas ou radicais, Ferrajoli sustenta a possibilidade de que a abolição da forma jurídica de pena possibilita que sejam retomadas práticas primitivas de retaliação ou sejam adotadas medidas de controle tecnológico totalitárias (CARVALHO, 2015), que se referem a sociedades selvagens ou a sociedades disciplinares, respectivamente. Mesmo diante das críticas apresentadas, dois méritos se conferem às doutrinas abolicionistas: em primeiro lugar, o mérito de favorecer a autonomia da criminologia crítica, por se colocarem "ao lado de quem paga o preço da pena e não do poder punitivo" (FERRAJOLI, 2006,

p. 235); e em segundo lugar, o mérito metodológico de se fazer recair sobre os justificacionistas o ônus da justificação.

Ultrapassada a questão abolicionista, Ferrajoli, após descrevê-los, passa a criticar os fundamentos dos modelos justificacionistas legatários do projeto penal da Ilustração (CARVALHO, 2015). Com isso, as doutrinas justificacionistas podem ser divididas em duas grandes categorias: teorias *absolutas* ou teorias *relativas*.

As absolutas ou retributivistas concebem a pena como um fim em si mesma pelo seu intrínseco valor axiológico, seja como um castigo religioso, ou como uma retribuição ética de matriz kantiana ou jurídica de matriz hegeliana. São teorias insustentáveis, que se baseiam na crença da existência de algum nexo necessário entre culpa e punição e se revelam idôneas a justificar modelos autoritários incapazes de fundamentar o sofrimento imposto pela pena. As teorias relativas ou utilitaristas consideram a pena como meio para um fim: a prevenção de novos crimes. Dividem-se as teorias utilitaristas nas teorias da prevenção especial (positiva ou negativa) e geral (positiva ou negativa) (FERRAJOLI, 2006).

Essa classificação adota dois critérios. O primeiro diz respeito à esfera dos destinatários da prevenção, que pode ser geral – destinada aos cidadãos indefinidamente – ou especial – destinada à pessoa do delinquente; enquanto o segundo critério refere-se à natureza das prestações da pena, que pode ser positiva ou negativa, a depender do destinatário (FERRAJOLI, 2006). Combinados os dois critérios, tem-se que:

> a) doutrinas da prevenção especial positiva ou da correção, que conferem à pena a função positiva de corrigir o réu; ab) doutrinas da prevenção especial negativa ou da incapacitação, que lhe dão a função negativa de eliminar ou, pelo menos, neutralizar o réu; ba) doutrinas da prevenção geral positiva ou da integração, que lhe atribuem a função positiva de reforçar a fidelidade dos cidadão à ordem constituída; bb) doutrinas da prevenção geral negativa ou da intimidação, que lhe conferem a função de dissuadir os cidadãos por meio do exemplo ou da ameaça que a mesma constitui. (FERRAJOLI, 2006, p. 245)

Todas têm em seu utilitarismo o que Ferrajoli (2006, p. 241) compreende como "pressuposto necessário de toda e qualquer doutrina penal sobre os limites do poder punitivo do Estado". Tal pressuposto, contudo, não é condição suficiente para seja evitada a justificação de modelos autoritários, o que se torna mais evidente na versão do utilitarismo que parte da máxima de que "os fins justificam os meios" para a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

utilidade da "razão de Estado". A outra versão, por sua vez, é ambivalente no ponto em que tem condições de fundar modelos garantistas a partir da separação entre direito e moral. Porém, ao tomar como finalidade a máxima utilidade possível para a maioria formada pelos não desviantes, descuida-se na redução ao mínimo do sofrimento necessário a ser imposto à minoria formada pelos desviantes (FERRAJOLI, 2006). A crítica a essa versão de modelo utilitarista tradicional pode ser resumida na sua tendência à autolegitimação autoritária (JOBIM, 2008).

Para a superação das críticas às teorias utilitaristas tradicionais, fez-se necessária uma mudança de foco em relação ao próprio conceito de utilitarismo para compreendê-lo como "máxima segurança para a maioria não desviada, mas sem abrir mão de um mínimo de sofrimento necessário para a minoria desviada" (DUCLERC, 2016, p. 29), ou seja, um *utilitarismo reformado*. Com a negação das teorias tradicionais, Ferrajoli reconstrói a prevenção geral negativa ao agregar à função dissuasória (de finalidade intimidatória) "o objetivo de a sanção penal tutelar o autor do delito das vinganças privadas" (CARVALHO, 2015, p. 234). Consequência disso é que o direito penal passa a ter por função a prevenção dos crimes e das respostas informais – selvagens, espontâneas e arbitrárias – de que forças sociais ou institucionais solidárias à vítima poderiam se valer em razão da ausência de pena (JOBIM, 2008).

No intuito de que se evitem as vinganças desproporcionais, a pena se torna também mecanismo de proteção do réu contra os excessos do público e do privado (CARVALHO, 2015). A minimização das reações violentas ao delito legitima o poder punitivo como um limite (marco) máximo à pena (JOBIM, 2008). Para alcançar essa finalidade de se evitar um mal maior, é acolhida a prevenção geral negativa "apenas como marco mínimo sobre o qual, do contrário, não seria realizável a sanção" (JOBIM, 2008, p. 141). Em síntese, encara-se a lei penal como a lei do mais fraco (contra o mais forte): seja a vítima ofendida pela conduta criminosa, ou o réu frente ao Estado e à ameaça de vingança.

A função dissuasória aliada à contenção da vingança, pela via do utilitarismo reformado, demonstrou-se apta a preservar a distinção entre direito e moral, a evitar a objeção moral kantiana, e a equilibrar a relação de custo-benefício da intervenção penal. Reconhecida a necessidade de contenção do poder punitivo em seus pressupostos éticos-políticos, pode-se estabelecer um sistema de garantias penais e processuais penais (DUCLERC, 2016).

3. O MODELO GARANTISTA

A partir da crítica às tradicionais teorias utilitaristas da prevenção, pela defesa de um utilitarismo reformado, surge a necessidade de se impor limites normativos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ao arbítrio da potestade punitiva, ou mais especificamente, condições normativas à responsabilização penal. A contenção desse poder punitivo torna-se possível pela elaboração um modelo axiomático ideal de direito e processo penal garantista (DUCLERC, 2016) em que será traçada uma tabela analítica e sistemática dos princípios sobre os quais se fundam boa parte das constituições e ordenamentos jurídicos desenvolvidos. Esses princípios são frutos dos diversos filões da tradição jurídica iluminista e liberal, a exemplo da legalidade estrita, da lesividade, da responsabilidade pessoal, do contraditório e da presunção de inocência (FERRAJOLI, 2006).

Os princípios que compõe o modelo garantista estão ligados entre si e podem ser formulados como proposições prescritivas e condicionais, bem como podem ser ordenados dentro de um modelo axiológico. Ferrajoli (2006, p. 89) emprega onze termos para a formulação dos princípios garantistas, são eles: "pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa". Excluído o termo "pena", cada um deles se constitui numa condição necessária – ou *sine qua non* – para a responsabilidade penal, definida como "o conjunto das condições normativamente exigidas para que uma pessoa seja submetida à pena" (FERRAJOLI, 2006, p. 90).

Os dez axiomas garantistas são formulados pelas implicações entre cada um dos onze termos e o seu respectivo termo posterior. Tratam-se de garantias jurídicas que expressam proposições prescritivas, ou seja, de "dever ser", e portanto expõem as condições que um sistema penal deve satisfazer, mas não as que este efetivamente satisfaz (FERRAJOLI, 2006). O sistema garantista ou de legalidade estrita é um modelo-limite que resulta nos dez axiomas a seguir expressos:

A1 Nulla poena sine crimine

A2 Nullum crimen sine lege

A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate

A4 Nulla necessitas sine injuria

A5 Nulla injuria sine actione

A6 Nulla actio sine culpa

A7 Nulla culpa sine judicio

A8 Nullum judicium sine accusatione

A9 Nulla accusatio sine probatione

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> A10 Nulla probatio sine defensione
>
> (FERRAJOLI, 2006, p. 91)

Os axiomas acima são inderiváveis entre si e, ao mesmo tempo, encadeados de maneira sucessiva. São formulados pelos princípios fundamentais expressos pelas respectivas garantias penais (relativas à pena – A1, A2 e A3 – e ao delito – A4, A5 e A6) e processuais (A7, A8, A9 e A10) a seguir:

> 1) princípio da *retributividade* ou da conseqüências da pena em relação ao delito; 2) princípio da *legalidade*, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da *necessidade* ou da economia do direito penal; 4) princípio da *lesividade* ou da ofensividade do evento; 5) princípio da *materialidade* ou da exterioridade da ação; 6) princípio da *culpabilidade* ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da *jurisdicionalidade*, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do *ônus da prova* ou da verificação; 10) princípio do *contraditório* ou da defesa, ou da falseabilidade. (FERRAJOLI, 2006, p. 91)

São esses os princípios fundamentais que definem o modelo garantista, ou seja, podem ser encarados como as regras do jogo fundamental do direito penal. O princípio ou garantia da legalidade estrita, entre os citados, caracteriza especificamente o sistema garantista e nele ocupa um lugar central, em especial como pressuposto da estrita jurisdicionariedade do sistema. Distingue-se da mera ou lata legalidade, que "se limita a exigir a lei como condição necessária da pena e do delito", enquanto a estrita legalidade "exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal" (FERRAJOLI, 2006, p. 93). A mera legalidade implica tão-somente na prévia existência de lei (condicionante) que defina como crime a conduta tipificada e a pena a ela atribuída. É de se notar que o adjetivo "estrita" antes de "legalidade" não é ocioso, mas faz com que a lei seja condicionada à legalidade penal (DUCLERC, 2016).

Outra distinção entre mera e estrita legalidade consiste na primeira dirigir-se aos juízes, enquanto a segunda dirige-se ao legislador como uma espécie de norma metalegal idônea a garantir a decidibilidade da verdade de seus enunciados (FERRAJOLI, 2006). Decorre disso a ideia de legalidade em sentido lato se limitar à sujeição do juiz à lei (formal), encarada como simples ato legislativo. A estrita legalidade, por outro lado, estende-se à lei em seu sentido substancial de norma jurídica (FERRAJOLI, 2006).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para além de legalidade estrita, a concatenação dos dez princípios garantistas entre si permite que cada um deles, tomados individualmente, sejam reforçados pelos demais. Em revés, a falta ou a lesão a alguma dessas garantias debilita o sistema (modelo-limite) como um todo. Tal critério de "falta ou lesão" possibilita a Ferrajoli a construção de uma tipologia dos sistemas punitivos, em que a ausência de alguns desses princípios faria com que se constituíssem modelos autoritários ou irracionais de direito ou de processo penal (DUCLERC, 2016).

A tipologia de Ferrajoli denomina dois extremos: os modelos de direito penal mínimo e de direito penal máximo. O modelo garantista identifica-se como um modelo de direito penal mínimo, posto que "apresenta dez condições, limites ou proibições que identificamos como garantias do cidadão contra o arbítrio ou erro penal", "corresponde ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo" e revela "um ideal de racionalidade e certeza", ou seja, exclui-se a responsabilidade penal quando um de seus pressupostos é incerto, a exemplo do critério do *favor rei* (FERRAJOLI, 2006, p.101-102) ou *in dubio pro reo*.

De maneira distinta, a debilidade ou ausência de alguma(s) dessas garantias do cidadão caracterizam o outro extremo: os modelos incondicionados, imprevisíveis e autoritários de direito penal máximo. Necessário destacar que entre esses dois distintos modelos existem diversos sistemas intermediários. Isso implica que a análise das instituições ou ordenamentos concretos, na prática, deve levar em conta uma tendência à irracionalidade do direito penal máximo ou uma tendência à ineficiência do direito penal mínimo, de modo que essas duas tendências opostas convivem entre si no ordenamentos dos Estados de direito modernos (FERRAJOLI, 2006).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Realizou-se neste trabalho a apresentação do modelo garantista de Luigi Ferrajoli e dos seus princípios encadeados por axiomas que pretendem conter o arbítrio punitivo estatal, devidamente precedida pela incursão em seus pressupostos ético-políticos referentes ao caminho encontrado para a justificação da pena.

Com isso, pôde-se perceber que o modelo garantista, ainda que voltado para a contenção da violência do sistema penal, em parte, a legitima – mesmo que em reduzida extensão – como um modelo de direito penal mínimo, numa aparente contradição a ser explorada com maior profundidade em trabalhos posteriores.

5. REFERÊNCIAS

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

DUCLERC, Elmir. **Introdução aos fundamentos do direito processual penal**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2006.

JOBIM, Augusto. Fronteiras do Político e do Direito Penal: discursos críticos sobre a pena. **Ciências Penais**, v. nº 8, p. 137-175, 2008.

NOTAS:

[1] Além do enfrentamento aos pressupostos ético-políticos, não se pode deixar de registrar a menção aos pressupostos epistemológicos do modelo garantista, ainda que não cumpram papel central neste trabalho. Os pressupostos epistemológicos têm como elementos constitutivos o convencionalismo penal, relativo à definição legislativa de crime, e o cognoscitivismo processual, relativo à sua comprovação jurisdicional. O primeiro tem como corolário o princípio da estrita legalidade; enquanto o último, o princípio da estrita jurisdicionalidade. Por conta disso, a grande crítica epistemológica ao modelo garantista é hermenêutica e consiste na excessiva influência que sofre da filosofia analítica e do positivismo jurídico, que faz com que se reconheça uma "inevitável margem de poder judicial" em relação à interpretação (DUCLERC, 2016).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

UMA ODE À INEFICIÊNCIA

ADOVALDO DIAS DE MEDEIROS FILHO:
Advogado Associado de Alino & Roberto e Advogados, Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília - UnB e Pós Graduando em Direito do Estado. Brasília - DF

RESUMO: O presente artigo busca dar luz à decisão do Supremo Tribunal Federal no bojo do RE 636553, que trata do prazo decadencial aplicável à Administração, em processos apreciados pelos Tribunais de Contas, com foco no artigo 54 da Lei 9.784/99 e no princípio da proteção da confiança.

Palavras-chave: decadência, proteção da confiança, Tribunais de Contas.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no bojo do RE 636553, da relatoria do Excelentíssimo Ministro Gilmar Mendes, definiu tese de repercussão geral que, infelizmente, é uma ode à ineficiência administrativa. Destaco o texto da tese aprovada e depois passo a explicar o porquê da minha conclusão.

> "Em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, os Tribunais de Contas estão sujeitos ao prazo de 5 anos para o julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, a contar da chegada do processo à respectiva Corte de Contas"

Definiu-se, portanto, que o prazo de 5 anos, constante do artigo 54 da Lei 9.784/99 passa a valer não da prática do ato de aposentadoria, reforma ou pensão, mas sim da chegada do processo à Corte de Contas.

Antes mesmo de dizer o porquê da minha irresignação, explico que, por um momento, achei que o Tribunal avançaria em seu entendimento. Antigamente, consoante consolidada jurisprudência, representada pela inconstitucional Súmula Vinculante nº 3[1], em que sequer havia prazo para manifestação das Cortes de Contas nos processos de aposentadoria, reforma ou pensão e muito menos a ampla defesa e o contraditório, consoante determina o artigo 5º, LIV e LV, de nossa Carta Magna.

Alguns julgados, proferidos após a edição da malfadada súmula, avançaram na questão, determinando-se o exercício do direito de ampla defesa nos casos em que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

a Corte de Contas demora mais de 5 (cinco) anos para apreciar o processo administrativo.[2]

Assim, à primeira vista, a decisão proferida pela Corte no último dia 19.2.2020 pode até parecer um avanço. E o é, se a confrontarmos com entendimentos anteriores. Contudo, ainda assim, a decisão concede um salvo conduto ou uma prorrogação de prazo para os Tribunais de contas cumprirem as suas obrigações.

Observo que um dos grandes aspectos discutidos no julgamento foi o fato da aposentadoria, e por consequência, pensão e reforma, ser, ou não um ato complexo, que só teria efeito com a manifestação da Corte de Contas sobre a sua legalidade. Esse fator, ao fim e ao cabo, sequer foi considerado. E nem deveria ser, uma vez que este ato passa a gerar efeitos imediatamente.

Tanto o é que a Corte de Contas apenas se manifesta sobre a legalidade do ato, não sendo possível a ela reformar o ato caso o considere ilegal. O máximo que pode fazer é devolver o processo à origem, para que o órgão administrativo adeque o ato outrora publicado.

O que causa espanto na referida decisão é que o Supremo Tribunal Federal fecha os olhos a expresso comando legal contido no artigo 54 da Lei 9.784/99, dispositivo esse que busca privilegiar a segurança jurídica e a proteção da confiança. Eis o seu teor:

> Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, **contados da data em que foram praticados**, salvo comprovada má-fé.

A norma é irrefutável, acachapante, definitiva. O prazo para anulação dos atos decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados e não da data em que o processo chegou a Corte de Contas.

Com efeito, se assim não for, cria-se um prazo diverso na legislação brasileira, aplicável apenas aos Tribunais de Contas. Esse prazo compreende o somatório do tempo em que o órgão emite o ato e encaminha para o órgão de controle e os 5 (cinco) anos a partir de sua chegada.

Indago: as Cortes de Contas, que tanto reclamam da alcunha de órgão auxiliar do Poder Legislativo, estão à margem do sistema legal?[3] Por que a elas o prazo de decadência e diversos e para outros órgãos não? Qual o diploma legal que assenta a referida discriminação?

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A resposta, à primeira pergunta, é um sonoro NÃO. E nem deveria ser, já que um dos princípios informativos da Administração Pública é a eficiência, consoante dispõe o artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

No caso concreto, julgado pelo STF, o ato de aposentadoria do servidor vigia há 7 (sete) anos. Somente por força desse entendimento, absolutamente equivocado e agora reforçado na tese aprovada, o prazo decadencial só passou a contar a partir da chegada do processo na Corte de Contas, ao passo que, para o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, aplicável foi o artigo 54 da Lei 9.784/99.

Há inúmeros outros casos. Destaco aqui o julgamento do ato de aposentadoria de servidora pública da Universidade de Brasília, ocorrida em 30.12.1994, consoante publicação no Diário Oficial da União. Sucede que, por demora administrativa, o processo de aposentadoria da Docente somente foi recebido no Tribunal de Contas da União em 22.9.2008, ou seja, quase 14 (quatorze) anos após a publicação da Portaria, quando a sua situação jurídica já estava mais do que consolidada no tempo.

Ainda assim, o TCU, no dia 26.2.2013, concluiu pela ilegalidade do ato de aposentadoria, na forma do acórdão 769/2013[4], de sua Primeira Câmara, resultando em redução nos proventos da servidora, sem que ao menos a mesma pudesse retornar ao trabalho, já que, à época do julgamento, já possuía idade superior àquela permitida para a atividade e já tendo sido ultrapassado o incrível prazo de aproximadamente 19 (dezenove) anos da edição do ato que gerou efeitos favoráveis à servidora.

Com efeito a decisão da Corte, agora reforçada pelo Supremo Tribunal Federal, vai de encontro ao primado constitucional da segurança jurídica, a proteger os administrados das eventuais mudanças abruptas perpetradas unilateralmente pela Administração Pública nas relações jurídicas entabuladas entre esta última e aqueles. Há, pois, grave violação ao princípio da proteção da confiança, enquanto faceta da segurança jurídica. Nesse particular, destaque para o que discorre o professor Valter Shuenquener, que referido princípio serve para:

> "materializando o princípio da segurança jurídica, fortalecer o Estado de Direito, que pode ter a sua existência ameaçada pela excessiva intervenção do Estado na autonomia individual. Com esse raciocínio, é possível concluir que o princípio do Estado de Direito também é dotado de um caráter subjetivo. Ele também serve para proteger direitos subjetivos. E isso acontecerá, por exemplo, quando ele for empregado para impossibilitar o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> desfazimento, pelo Estado e com efeitos retroativos, de decisões administrativas favoráveis aos cidadãos."[5]

Voltemos ao princípio da eficiência. Como julgar eficiente a Administração sendo que um de seus órgãos demora 13 anos para encaminhar um processo ao TCU? Recorde-se que o princípio constitucional da eficiência exige do administrador não somente o cumprimento da lei, mas que o faça de modo eficaz, como economicidade.

Esse problema seria facilmente resolvido se os órgãos administrativos respeitassem a novíssima Instrução Normativa nº 78/2018[6], do Tribunal de Contas da União, especialmente seus artigos 7º e seguintes, que tratam dos prazos de disponibilização dos atos para controle externo.

O artigo 11, da Instrução Normativa, impõe aos órgãos de controle interno que emitam parecer, no prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias após o cadastramento no Sistema de Apreciação e Registro dos Atos de Admissão e Concessões (SISAC), sendo que neste prazo devem estar à disposição do Tribunal. Da mesma forma como disposto no artigo 7º, os responsáveis, caso descumpram o prazo, também estão sujeitos às penalidades previstas na Lei 8.443/92.

Tais prazos, portanto, são menores do que 1 (um) ano. Ainda assim, sobrariam aproximadamente 4 (quatro) anos para apreciação dos atos, respeitando-se, pois, o prazo da Lei 9.784/99. E assim já era, quando da vigência da Instrução Normativa anterior (55/2007).

Veja-se que a decisão do STF premia a ineficiência e define, aqui sim, uma situação de insegurança jurídica. A ineficiência porque, independentemente do tempo que o órgão demorar para enviar o processo, o prazo decadencial só passará a correr a partir de sua chegada na Corte de Contas. E insegurança jurídica porque, conforme o caso base para a definição da tese de repercussão geral e de outro aqui demonstrado, porquanto as relações não se estabilizam nunca, já que os Tribunais de Contas sempre poderão modificar os atos, ao alvedrio do tempo em que praticados e, sobretudo, em favor de um suposto interesse público que não se verifica na espécie.

O voto do Ministro Edson Fachin nos trazia pequena esperança, porquanto sua Excelência parece ter compreendido que a edição do ato que gera efeitos favoráveis ao Administrado é o termo inicial para a decadência administrativa, independentemente da necessidade de manifestação, sobre a legalidade, de outro órgão. Contudo, a maioria decidiu de outra forma.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Espero que o Supremo Tribunal Federal marque novo encontro com o tema. A Ministra Rosa Weber expressou, em seu voto, que a Corte ainda deve se manifestar se a aposentadoria é, ou não, ato complexo. Isso pode retomar o debate. E espero que caminhe por outro rumo, para que lei seja cumprida e o princípio da eficiência seja privilegiado, como determina o comando constitucional.

Isso tudo nos leva a refletir sobre o papel de nossos administradores. Sobre o papel do Poder Judiciário e da Suprema Corte enquanto guardiã da Constituição Federal. E para tanto, urge repensar a Administração Pública, a sua conduta e seus atos. É tempo de revogar a Súmula Vinculante nº 3, já que não se revela possível o afastamento da ampla defesa e do contraditório, em qualquer hipótese, em qualquer órgão, sobretudo em casos que irão refletir no patrimônio do administrado, como é o caso de apreciação de legalidade de aposentadoria, pensão e reforma.

Por fim, é tempo de se incutir, na mentalidade dos administradores, que a supremacia do interesse público não significa, de modo algum, o afastamento do direito do particular. Ao contrário, é a garantia dos direitos fundamentais a forma de realização do interesse público. Suplantar qualquer um deles, inclusive a lícita expectativa da manutenção de um direito, significa suplantar o Estado de Direito.

Referências Bibliográficas

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado**. Niterói/RJ: Impetus, 2009

NOTAS:

[1] Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

[2] Direito Administrativo. Mandado de segurança. Tribunal de Contas da União. Negativa de registro à pensão por morte. Alegada decadência e violação ao contraditório e à ampla defesa. Revogação de liminar. Efeitos prospectivos. 1. Afastamento da alegada decadência do direito de o TCU rever o ato concessivo da pensão e da alegada violação ao contraditório e à ampla defesa, nos termos da jurisprudência consolidada deste Tribunal. **2. Não se aplica ao Tribunal de Contas da União, no exercício do controle da legalidade de aposentadoria, reforma e pensão, a decadência prevista na Lei 9.784/1999, devendo, no entanto, ser assegurado o contraditório e a ampla defesa somente se decorridos mais de cinco anos desde a entrada do processo no Tribunal de Contas**. [MS 30.843, rel. min. Roberto Barroso, dec. monocrática, j. 11-10-2017, DJE 65 de 6-4-2018.]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[3] Eu também concordo que não há um caráter subalterno. No entanto, também não há um caráter de superioridade. Quanto a isso, o Ministro Ayres Britto assim declina: "Diga-se mais: além de não ser órgão do Poder Legislativo, o Tribunal de Contas da União não é órgão auxiliar do Parlamento Nacional, naquele sentido de inferioridade hierárquica ou subalternidade funcional. Como salta à evidência, é preciso medir com a trena da Constituição a estatura de certos órgãos públicos para se saber até que ponto eles se põem como instituições autônomas e o fato é que o TCU desfruta desse altaneiro status normativo da autonomia. Donde o acréscimo de ideia que estou a fazer: quando a Constituição diz que o Congresso Nacional exercerá o controle externo "com o auxílio do Tribunal de Contas da União" (art. 71), tenho como certo que está a falar de "auxílio" do mesmo modo como a Constituição fala do Ministério Público perante o Poder Judiciário. Quero dizer: não se pode exercer a jurisdição senão com a participação do Ministério Público. Senão com a obrigatória participação ou o compulsório auxílio do Ministério Público. Uma só função (a jurisdicional), com dois diferenciados órgãos a servi-la. Sem que se possa falar de superioridade de um perante o outro." In: BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 9, dezembro, 2001. Disponível em http://www.direitopublico.com.br. Acesso em 5.3.2020, às 17h14.

[4] ATOS DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIA. INCLUSÃO, NOS PROVENTOS, DE PARCELA ALUSIVA À URP DE FEVEREIRO DE 1989, CALCULADA SOBRE A ESTRUTURA ATUAL DE VENCIMENTOS DOS INTERESSADOS. CÔMPUTO DE TEMPO DE ALUNO BOLSISTA. CÔMPUTO DE TEMPO RURAL SEM COMPROVAÇÃO DO RECOLHIMENTO DA RESPECTIVA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ILEGALIDADE. NEGATIVA DE REGISTRO. DETERMINAÇÕES À ENTIDADE DE ORIGEM. DESTAQUE DE ATO RECEBIDO HÁ MAIS DE CINCO ANOS NO TRIBUNAL, PARA REALIZAÇÃO DE OITIVA PRÉVIA. LEGALIDADE E REGISTRO DOS DEMAIS ATOS. TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 26 de fevereiro de 2013. BENJAMIN ZYMLER Relator. Disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/769%252F2013/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/2/%2520?uuid=0cfaa0e0-5f22-11ea-b527-b18870754c29. Acesso em 5.3.2020, às 18h15.

[5] ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado**. Niterói/RJ: Impetus, 2009, p. 48/49

[6] Disponível em https://portal.tcu.gov.br/fiscalizacao-de-pessoal/home/. Acesso em 5.3.2020, às 17h57.

EGRESSOS

ELDA COSTA DOS SANTOS MACEDO:
Bacharelanda em Direito da Faculdade AGES.

O presente artigo tem como fundamento o Projeto Integrador apresentado pelos acadêmicos do Colegiado de Direito do 8º período 2017.2 do Centro Universitário AGES, que teve como campo de observação o tema egresso. Observa-se, que surgem vários desafios e obstáculos, dentre elas a despeito da ética frente à posição da carreira profissional. Até que ponto os atos ilícitos podem acarretar prejuízos a profissão de um advogado? Como será a punição para aqueles profissionais do direito que ferirem o código de ética dos advogados? Quais as possíveis fragilidades que a sociedade pode enfrentar por falta de ética daqueles que lhe é confiado o direito de lhe representar mediante os litígios? A Carta Magna de 1988 em seu artigo 133 dispõe que o exercício da advocacia é fundamental para a prestação jurisdicional, uma vez que cabe ao advogado postular em favor do cidadão, que desconhece o arcabouço jurídico, mas que busca no advogado o mediador que se manifestará em seu nome e lutará pelo reconhecimento de seus direitos em juízo. O artigo 133 reconhece que o advogado não exerce apenas uma atividade profissional. Pela Constituição Federal, ele está investido de função pública ao postular em nome do cidadão, provocando o Judiciário no sentido de aplicar o Direito, a partir do debate, das teses, dos argumentos jurídicos que apresenta na defesa de seu constituinte, procurando convencer o julgador e chegar a uma decisão justa. Paralelamente, seu trabalho ajuda a construir a paz social ao solucionar conflitos e a enriquecer a jurisprudência nacional.

A falta de compromisso e ética uma vez que praticada o profissional perde toda credibilidade diante da sociedade, visto que ao operante do direito lhe é conferido confiança mediante os litígios. Por isso, a importância de se ter um código de ética que discipline as partes que o compõem. A ética é um conjunto, tanto individual com coletiva. Visto que, ele tem como principal objetivo não tornar o profissional desonesto, nem ter uma imagem desviada da sociedade, pois isso pode trazer consequências como à falta de competência de representação frente ao judiciário. Os advogados são vistos como meros profissionais que visam lucros, sendo desvalorizados e desprestigiados, causando assim uma imagem muito negativa sobre o profissional, não só na advocacia que os profissionais são antiéticos e imorais, em todas as profissões sempre terá profissionais desrespeitando as normas, coisa esta que não deveria acontecer, o operador do direito, por sua vez, deve agir ainda mais com ética e moral, exercendo de forma humanitária sua profissão, buscando a verdade para que sejam resolvidos os conflitos existentes entre

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

as partes. Portanto, para comprovar a veracidade dos fatos diante de um pleito o correto é se buscar os meios lícitos.

Em estudo do campo de pesquisa do ano 2017.2 do Centro Universitário UniAGES, é importante destacar a perspectiva que o bacharel em direito tem após a conclusão da graduação. É visto que, o mercado de trabalho vem a cada dia ficando ainda mais competitivo muito grande e enfrenta uma imensa crise de valores éticos, bem como a visão de desonesto, isso ocorre, por que a sociedade já não tem uma visão de qual o verdadeiro exercício do operador do direito. Por isso, a importância de se ter um código de ética que valorize e discipline as partes que dele se faz pertinente. A luz de cada profissão tem um Código de Ética que é um conjunto de normas que orientam as ações de uma determinada classe, que é indispensável para constituir verdadeiras condutas, às ações no exercício de uma atividade profissional. É mister, que o trabalho do advogado pressupõe uma disputa e o cliente quer sempre vencer e o advogado deverá objetivar sempre a vitória, mas aprender a perder também é de extrema importância para que o cliente não saia ainda mais prejudicado, por isso o grande cuidado em ter autocontrole nas audiências e nos planejamentos do processo. Diante, das lacunas da sociedade e a falta de conduta de alguns profissionais é que eles são disciplinados no código de ética da OAB.

Tendo como destaque a atuação do profissional da advocacia, sendo essencial que o advogado tenha uma boa formação acadêmica, investindo constantemente em aperfeiçoamento, através de especializações, para que se mantenha atualizado no cenário da advocacia. Os profissionais sofrem com a morosidade judicial, daí a importância de se ter autocontrole e estrutura legal e psíquica para enfrentar os obstáculos da vida jurídica. A advocacia funciona como uma máquina quem não produz não ganha. Mas, não é simplesmente e objetivamente ganhar dinheiro, deverá os advogados resolver os problemas de seus clientes, mas é de suma importância e de interesse que o bom advogado também saiba perder para que não prejudique ainda mais o seu cliente. E de acordo com Mussnich,

> Muita gente confunde este autocontrole com frieza. Não somos insensíveis. Enxergamos o drama onde o drama está. Sofremos quando há sofrimento. Exultamos quando há motivo para júbilo. O que procuramos evitar é que as emoções transbordem para fora de nossas mentes. Isso é dominar as emoções. Ser advogado é ter adversários. É contrariar interesses. Por isso, pratique autocontrole. (p.59)

Portanto, para que se possam valer seus diretos e exercer o papel de representar alguém diante do judiciário é preciso que sejam passíveis de conduta incorrupta, de caráter idôneo para assim representar quem dele necessite. Nota-se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que alguns dos entrevistados destacam que ao iniciar seu ciclo jurídico encontrou algumas dificuldades ao exercer sua profissão. Pois há algumas lacunas que só serão visíveis no exercício de sua atuação. E que em algumas situações seus próprios colegas de profissão são os primeiros a criticarem e a agirem de forma antiética e maculando a desvalorização do seu serviço prestado a sociedade devida à desmesurada concorrência.

É importante observar dentro desse cenário, o verdadeiro objetivo e a perspectiva do advogado no contexto dentro da sociedade, e a perspectiva da sociedade em relação ao operador do direito. Pois, essa relação é muito ampla onde é preciso fazer um estudo do devido papel desse profissional. Assim, discorre NALINI, 1999, pag. 35,

> Os advogados nos dias atuais devem, mais do que nunca, assumir a dimensão social da profissão. O seu ranço elitista, extremamente individualista, deve ser definitivamente afastado, pois outros são os tempos, outras são as necessidades, outro é o país, outra, pois, deve ser a postura, voltada para o contexto social em que se encontram inserida. (p. 35)

E com analogia ao Projeto Integrador, do semestre 2017.2e com relação à obra de Nalini, 1999, entende-se que aquilo que o autor dispõe no livro é fundamental para aqueles que estão saindo da instituição, pois ele prepara o advogado para exercer, mostrando os principais objetivos que devem ser alcançados, para que assim o profissional consiga se sair bem no exercício da sua profissão. Diante da pesquisa são notórios os desafios enfrentados pelos principiantes e veteranos nas carreiras jurídicas. Sabe-se que toda carreira bem como a do profissional operante do direito passa por diversas mudanças, mas é preciso que não se deixem se corromperem pelas circunstâncias de cada situação. Nos ensinamentos de Nalini (1999, p.29) "Na verdade, a advocacia vem passando por uma crise de credibilidade. Assiste-se a um crescente processo de desprestígio e de desvalorização, determinando uma imagem negativa junto à opinião pública".

Ao analisar a obra, o autor traz a existência da problemática, bem como alertar os profissionais tanto do Direito, quanto de outras áreas acerca dos riscos que uma indução ou questionamento podem trazer para o exercício de sua profissão, o amadurecimento daqueles que concluem a graduação jovens, de forma que, deve ser relevante considerar que o advogado deve respeitar a sua ética profissional, bem como trabalhar o seu emocional e não se envolver com os problemas dos seus clientes, vez que deve dar uma solução para este.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> A deontologia jurídica, todavia, sendo um corpo concentrado de deveres, mais do que de direitos, encontra no Código de Ética, por esse motivo, o seu campo próprio, pela lógica razão de que ambas as disciplinas prescrevem mais normas de conduta do que de direitos ou prerrogativas. (LANAGRO, 1999. P.66)

Ao fazer uma analise sabe-se que um bom profissional é aquele que manifesta o interesse de agir e que mantém um equilibro na oratória quanto na escrita bem como uma boa comunicação. Ou seja, a sociedade tem o advogado como um porta voz de seus clientes, é assim que Nalini (2004), comenta em sua obra. É inegável que o advogado assume um papel muito importante diante da sociedade, visto que a ele é atribuído poder normativo e o poder de representar aquele que dele necessite. Nos dias atuais podemos visualizar que temos que resguardar os direitos fundamentais. É importante destacar que o causídico só poderá exercer o seu direito de advogar, quando este portar a inscrição na OAB, é o que todo bacharel em direito tem que ter caso tenha o interesse em seguir a carreira jurídica. Nesse sentindo, o advogado dever ser pautado de seriedade, respeitando o principio da legalidade, moralidade, transparência e igualdade, fazendo com que seja inserido na sociedade profissionais que visam resguardar o direito das pessoas.

Na obra "carta a um jovem advogado" (2007), o autor vem a contar sua experiência desde o ingresso na universidade até suas especializações. O mundo jurídico é fascinante, traz avenças e desavenças, perdas e ganhos como qualquer outra profissão, o segredo é sempre aproveitar uma aprendizagem de cada experiência e agregar ao currículo profissional. Daí a importância de se ter a certeza ao ingressar no meio jurídico. Pois, ao advogado é atribuído o poder de representação. Levando-se em consideração esses aspectos que foram levantados no Projeto Integrador 201712 da UniAges, na qualidade de acadêmica de direito, é que quando os futuros egressos iniciarem seu ciclo acadêmico sejam conscientes e pautados de conhecimento da carreira que exercerão e o comprometimento que estarão assumindo diante da sociedade. Que não visem apenas a acessão financeira a todo custo, pois isso passará uma imagem negativa e estará pondo ao fim a carreira daqueles que agem de acordo com a veracidade dos fatos e ética.

Muito embora, a carreira da advocacia jurídica seja guiada pela ética profissional, não é o que vem ocorrendo na realidade, pois, seu histórico tem um condão que, todo advogado é mentiroso quando não ladrão. Aquele que escolhe ser advogado deve saber que a partir do momento em que estiver apto a exercer sua profissão, mediante enxame da OAB, que é obrigatório para exercer sua profissão, este estará imbuído de responsabilidades, e será obrigado a adaptar-se no mundo jurídico, moldando-se às suas exigências, fator indispensável para almejar o sucesso

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

profissional. Por isso, aqueles egressos que não agem pautados da ética profissional não serão bem vistos na sociedade. Aqueles que vierem a agir com atos ilícitos ou cometer alguma infração ao ordenamento para conseguir meios não lícitos para resolver os litígios que lhes foi atribuído poderes para representar seu cliente terá como punição perda ou suspensão do seu exercício como advogado. Conforme disciplina o Código de Ética dos Advogados do Brasil.

Portanto, conclui-se que é através do respeito e do comprometimento ético/moral para com a sociedade, que a profissão da advocacia garantirá a manutenção da ordem de um Estado Democrático de Direito. Ou seja, somente com o aperfeiçoamento ético do profissional operador do direito é que alcançaremos o desenvolvimento social, a garantia da dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade justa, livre e solidária. Por fim, para alcançarmos resultados, construir clientela e abrir horizontes, devemos agir de acordo com princípios éticos como conferido pela OAB. Dessa construção deve resultar, o aperfeiçoamento como o advogado que se prepara para o mercado de trabalho desde quando é acadêmico. Apesar desses códigos proporcionarem uma orientação para o modo de agir, não é possível dizer que existe uma ética padrão, especialmente nas relações de trabalho. Pois, cada individuo independentemente de exercer uma profissão deve ter uma conduta ética.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGES. Caso do 8º período- **Projeto Integrador 2017.2- Egresso.** Paripiranga-BA, UniAGES, 2017

LANGARO, Luiz Lima. Curso de Deontologia Jurídica. São Paulo: Saraiva, 1996

MUSSNICH, Francisco. **Cartas a um jovem advogado:** paixão, determinação e talento. –Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

NALINI, José Renato. Formação Jurídica-São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PANDEMIA VIRAL E O CONFRONTO DECISÓRIO NA ADPF 347 SOB A ÓTICA DAS DECISÕES ESTRUTURAIS

MILENA MÁRCIA DE ALMEIDA ALVES: Acadêmica de Direito da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Bolsista de Iniciação Científica do CNPq em 2018-19, sob orientação da Prof. Dra. Fabíola Albuquerque Lôbo (UFPE)

Acadêmica de Direito da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Bolsista de Iniciação Científica do CNPq em 2018-19, sob orientação da Prof. Dra. Fabíola Albuquerque Lôbo (UFPE). Olinda-PE.

Resumo: Em razão da pandemia do "novo coronavírus", o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDF) formulou, nos autos da ADPF 347, pedido de tutela provisória incidental que acendeu divergência entre os Ministros do STF. O presente artigo pretende analisar a contenda ocorrida no Supremo à luz do conceito de "decisão estrutural" tal como concebido pela processualística brasileira. Almeja-se, portanto, averiguar se a decisão monocrática que conclamou Magistrados a observarem determinadas medidas na Execução Penal em razão da situação de saúde pública mundial - decisão esta posteriormente levada ao referendo do Pleno - é justificável segundo a doutrina acerca das decisões estruturais, com ênfase na noção de "provimentos em cascata".

Palavras-chave: ADPF 347; direito processual e coronavírus; decisões estruturais; processos estruturais

Abstract: Due to the "new coronavirus" pandemic, the Institute for the Defense of the Right to Defense (IDRD) formulated, in the ADPF 347 case file, a request for provisional protection that sparked divergence among the Brazilian Supreme Court's Ministers. This article aims to analyze the dispute that occurred in the Supreme Court under the light of the concept of "structural decision" as conceived by Brazilian processualistics. It is aimed, therefore, to verify if the monocratic decision that called Magistrates to observe certain measures in Penal Execution due to the situation of world public health - a decision that was later taken to the referendum of the Court - is justified according to the doctrine about structural decisions, with emphasis on the notion of "cascade decisions".

Keywords: ADPF 347; procedural Law and coronavirus; structural injunctions; structural processes

Sumário: 1. Introdução. 1.2. A decisão sobre o "estado de coisas inconstitucional". 2. 2. O litígio estrutural e a decisão estrutural. 3. O pedido de tutela provisória incidental formulado pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDF) e a divergência de posicionamentos no STF. 4. Conclusões. 5. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Concatenando anseios de parcela da população, bem como amparado em representação formulada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ acerca da calamitosa situação dos presídios brasileiros, o PSOL (Partido Socialismo e Liberdade) ajuizou, em 2015, a ADPF 347[1].

Tal Ação Constitucional possui como escopo o reconhecimento do "estado de coisas inconstitucional" (ECI) do sistema penitenciário brasileiro, o que teria por conseqüência jurídica impor ao Poder Público a adoção de medidas contundentes para sanar a lesão a preceitos fundamentais decorrente da situação de desconformidade existente nas prisões.

Cautelarmente, com fundamento no art. 5º da Lei nº 9.882/99, o partido político demandante requereu ao STF a adoção das medidas abaixo, transcritas na íntegra de sua petição inicial:

> a) Determine a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. b) Reconheça a aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão. c) Determine aos juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal. d) Reconheça que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão. e) Afirme que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as 70 previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, visando assim a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção. f) Reconheça que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção. g) Determine ao Conselho Nacional de Justiça que coordene um ou mais mutirões carcerários, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas "e" e "f" acima. h) Imponha o imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e vede à União Federal a realização de novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

Apreciando os requerimentos acima sem adentrar o mérito da questão, a Corte Suprema - ainda no ano de 2015 -, por maioria e nos termos do voto do Relator (Min. Marco Aurélio), deferiu os pedidos de alíneas "b" (concernente à realização de audiências de custódia) e "h" (acerca do descontingenciamento do FUNPEN), tendo indeferido os demais. Além disso, concedeu-se cautelar de ofício para determinar à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, o encaminhamento ao STF de informações sobre a situação prisional. (BRASIL, 2015)

Até o momento de confecção deste artigo, a ADPF sob comento ainda pende de julgamento meritório pela Corte Suprema[2], de modo que é descabido prolongar o tópico sobre a tramitação processual, já que, com o tempo, novas etapas serão acrescidas à marcha do processo.

1.2 A decisão sobre o "estado de coisas inconstitucional"

Tendo em conta que o "estado de coisas inconstitucional", constatado pelo STF na decisão acautelatória citada no tópico anterior, constitui figura importada de decisões da Corte Constitucional Colombiana (CCC), vários foram os estudos realizados ao seu respeito, levantando questões inclusive sobre uma "nova espécie de ativismo judicial" (BASTOS, 2017, p.297), bem como sobre o Pluralismo Jurídico nas jurisdições internacionais, em virtude do uso, pela Corte brasileira, de precedente judicial advindo de Corte Constitucional estrangeira. (TAQUARY; LEÃO, 2019, p.194)

Todavia, para além do debate sobre o que seria uma nova espécie/modalidade de inconstitucionalidade, Magalhães (2019, p.5) realiza exposição descritiva dos votos dos Ministros do STF, demonstrando que a situação carcerária no Brasil foi tida como de responsabilidade dos três poderes, em todos os níveis, por representar uma conjuntura de falta de coordenação institucional que ocasiona, nas palavras do autor "**problemas estruturais** na concretização normativa da Constituição e da legislação correlata". (MAGALHÃES, 2019, p.5)

Vale dizer, ainda, que o ECI foi novamente citado pelo STF em acórdão (BRASIL, 2018) proferido no bojo do RE 5802[3], com Repercussão Geral reconhecida sob o Tema 365 e trânsito em julgado em 15/03/2018. No caso, o Supremo Tribunal findou decidindo pela responsabilidade do Estado em ressarcir os danos, inclusive morais, "comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento", nos exatos termos da tese jurídica fixada.

Nesse sentido, merece destaque o voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso, o qual apresenta capítulo entitulado "III. A **NATUREZA SISTÊMICA** DO PROBLEMA PRISIONAL", passando a demonstrar as várias facetas da complexa problemática. Das considerações do Voto, transcreve-se o seguinte trecho:

> Na mesma linha das experiências da Corte Europeia de Direitos Humanos e do Judiciário norte-americano, a Corte Constitucional da Colômbia produziu um mecanismo de intervenção jurisdicional para lidar com **falhas estruturais** de políticas públicas que impliquem violações massivas e contínuas de direitos e que decorram de omissões prolongadas das autoridades estatais. Trata-se da categoria do "estado de coisas inconstitucional". (BRASIL, 2018)

Efetivamente, as expressões "problemas estruturais" e "falhas estruturais" (também, "natureza sistêmica"), e outras acima vistas, costumam prenunciar casos concretos em que a tutela judicial em sua concepção tradicional, qual seja, a de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

romper a inércia para ordenar ao sucumbente que cumpra determinações em favor de seu adversário no processo, não é o bastante. Daí porque a solução de problemas estruturais alçados ao Judiciário desafia a chamada **decisão estrutural**.

2. O litígio estrutural e a decisão estrutural

No subtópico anterior foi iniciada a discussão acerca de situações-problema que extrapolam a noção tradicional de litígio, uma vez que, no lugar da comum dualidade (polo ativo e polo passivo), há uma multiplicidade de interesses que se inter-relacionam sobre o objeto do litígio, o que representa, segundo Arenhart (2017, p.423-448), provavelmente uma das características mais marcantes do litígio estrutural.

Como exemplo de litígios estruturais, comumente são citados os desastres ambientais judicializados, tendo por certo que exorbitam a contraposição de interesses Poder Público x Pessoa Jurídica apontada como responsável. Representam, na verdade, catástrofes que afetam moradores lindeiros à área afetada e suas famílias, assim como empresas terceirizadas, numerosos trabalhadores, investidores... Em suma, uma rede muito mais ampla de interesses.

Nessa linha, Vitorelli (2017, p.97-98) ressalta que as pessoas afetadas não pertencem a um mesmo grupo social, assim como não serão atingidas pelo resultado do litígio de maneira equânime, de modo que os interesses são mutáveis, divergentes e, não raras vezes, também antagônicos.

Há, ainda, casos em que sequer é possível afirmar com segurança que existe uma "pretensão resistida", e caso sim, quem seriam os seus detentores e aqueles que a resistem, ocasionando decisões judiciais que, por sua inefetividade, obstam o acesso à justiça no sentido de "garantia" – não em sua acepção formal, que não leva em conta a efetividade da prestação jurisdicional. (MEIRELES; SALAZAR, 2017, p.23)

Diante de problemáticas excêntricas, o processo decisório dos julgadores também foge ao tradicional, costumando obedecer ao seguinte cronograma: prolação de uma decisão inicial com cunho principiológico, que declara o posicionamento jurisdicional sobre o problema, reconhecendo o estado de desconformidade – o que seria justamente a decisão estrutural, chamada por alguns autores (a exemplo de NOGUEIRA; GUEDES, 2019; FACHIN; SCHINEMANN, 2018) de "decisão estruturante"; e diversas decisões posteriores e mais diretas, com o objetivo de implementar a tutela pretendida. (ARENHART, 2013, p.392)

Face a essas considerações, passa-se à análise da controvérsia existente nos autos da APDF 347, em razão da pandemia de coronavírus.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

3. O pedido de tutela provisória incidental formulado pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDF) e a divergência de posicionamentos no STF

O IDDF, admitido no processo como terceiro interessado (*amicus curiae*), requereu, via petição/STF nº 14.137/2020, cautelar incidental para que fossem tomadas medidas consentâneas ao decreto da OMS que declarou a pandemia em razão do espraiamento das infecções pelo "novo coronavírus" em âmbito mundial, doença tida como elevadamente contagiosa.

O pleito chamou atenção para o ambiente propício à proliferação de doenças infectocontagiosas que é o sistema carcerário brasileiro, somado à deficiência no aparato de saúde disponível aos reclusos - sobretudo àqueles inseridos no "grupo de risco" (idosos, tuberculosos, portadores de doenças respiratórias, etc) -, assim como ao contato que algumas pessoas privadas de liberdade possuem com o ambiente externo, posteriormente retornando ao cárcere, por força das características do regime prisional.

Não obstante tenha considerado inapropriado, do ponto de vista processual, o pedido de tutela provisória incidental (pois que formulado por terceiro interessado, quando só poderia tê-lo sido por um dos pólos da ação, de acordo com precedentes do próprio STF), o Ministro Relator levou-o em consideração.

Observa-se, da decisão monocrática, que o Julgador, nesta ordem: a) analisou a (im)propriedade jurídico-processual do pedido; b) lembrou a decisão proferida em sede cautelar, ocasião em que o Pleno do STF afirmou a existência do "estado de coisas inconstitucional"; c) por tal motivo, entendeu necessário o pronunciamento do Pleno; d) "conclamou" Juízos da Execução, com o apoio dos TJ's e TRF's, a examinarem determinadas medidas processuais com maior urgência, a exemplo de medidas alternativas a presos em flagrante ante o cometimento de crimes sem violência ou grave ameaça; e de regime domiciliar a gestantes, lactantes e portadores de determinadas doenças.

Por oportuno, cabe transcrever as medidas apontadas pelo Ministro Relator[4]. Abaixo.

> A par da cautela no tocante à população carcerária, tendo em conta a orientação do Ministério da Saúde de segregação por catorze dias, eis as medidas processuais a serem, com urgência maior, examinadas:
>
> a) liberdade condicional a encarcerados com idade igual ou superior a sessenta anos, nos termos do artigo 1º da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

b) regime domiciliar aos soropositivos para HIV, diabéticos, portadores de tuberculose, câncer, doenças respiratórias, cardíacas, imunodepressoras ou outras suscetíveis de agravamento a partir do contágio pelo COVID-19;

c) regime domiciliar às gestantes e lactantes, na forma da Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016 – Estatuto da Primeira Infância;

d) regime domiciliar a presos por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça;

e) substituição da prisão provisória por medida alternativa em razão de delitos praticados sem violência ou grave ameaça;

f) medidas alternativas a presos em flagrante ante o cometimento de crimes sem violência ou grave ameaça;

g) progressão de pena a quem, atendido o critério temporal, aguarda exame criminológico; e

h) progressão antecipada de pena a submetidos ao regime semiaberto.

No Pleno do STF, a decisão não foi referendada quanto à questão de fundo, prevalecendo o voto divergente do Ministro Alexandre de Moraes, ainda não divulgado, mas que, segundo informações da revista Consultor Jurídico (VITAL, 2020), apontou para a incorreção das medidas "recomendadas" pelo Relator.

Quanto à negativa de conhecimento do pedido em liminar por conta da ilegitimidade do IDDD, não houve divergência. A decisão do Relator foi referendada à unanimidade.

4. Conclusões

Como visto, dentre outras características, a decisão estrutural é: complexa, de cunho comumente principiológico e acarreta decisões posteriores que a têm como norte.

Diante disso, relembra-se o reconhecimento por parte do Pleno do STF do "estado de coisas inconstitucional" do sistema penitenciário brasileiro no ano de 2015, com a conseqüente determinação de que os Juízos da Execução adotem medidas a preservar, tanto quanto possível, a proporcionalidade e a humanidade da sanção, pela situação caótica do sistema prisional.

À luz do que foi dito acerca da chamada "decisão estrutural", pode-se afirmar que a decisão do Supremo, de caráter nitidamente estrutural, tem por princípios a proporcionalidade e a humanidade da sanção, princípios estes que restariam afetados acaso a pandemia do "novo coronavírus" atingisse a população carcerária, sobretudo considerada a sua elevada transmissibilidade.

Logo, sob o bem marcado recorte da decisão estrutural, verifica-se que a decisão do Relator acerca do pedido formulado pelo IDDF, no que concerne às recomendações por ele elencadas, é justificável.

Mais ainda tendo em conta a já abordada ideia de "provimentos em cascata", ou seja, de tutelas jurisdicionais que deem encadeamento à decisão que declarou o estado de desconformidade. Noutros termos, entende-se que a decisão é justificável por ter levado em conta a principiologia da decisão estrutural anteriormente proferida pelo mesmo Supremo Tribunal Federal.

Importante ressalvar, apenas, que, tomando como mote a criminologia, o processo penal, o direito penal ou até mesmo os possíveis impactos da decisão do Ministro Relator, que não se sabe exatamente quais seriam, pode-se chegar a diferentes análises sobre a mesma decisão, e a diferentes resultados. Contudo, defende-se, pela análise feita neste texto, que a decisão se justifica quando mirada sob a ótica das decisões estruturais.

5. Referências Bibliográficas

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 225, 2013.

_____. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 423-448.

BASTOS, Douglas de Assis; KRELL, Andreas Joachim. O Estado de Coisas Inconstitucional como ativismo dialógico-estrutural para concretização de Direitos Fundamentais: limites para o controle judicial de políticas penitenciárias. **Revista Jurídica Direito & Paz**, São Paulo, ano IX, n. 37, p.293-308, 2º semestre de 2017. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/6FC8363C9E2E490CE050A8C0DD017248>. Acesso em: 29 de mar. de 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário Representativo de Controvérsia 580.252 (MS). Relator: Min. Alexandre de Moraes. Redator do acórdão: Min. Gilmar Mendes. Data de Publicação DJE: 02/02/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Relator: Min. Marco Aurélio. Sessão plenária em 09.09.2015. ATA Nº 24, de 09/09/2015. Data de Publicação: DJE nº 181, 11/09/2015.

FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. **Revista Estudos Institucionais**, v.4, n.1, p.211-246, ago. 2018. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/247/218>. Acesso em: 30 mar. 2020.

MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. **Revista Direito GV**, v.15, n.2, 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v15n2/2317-6172-rdgv-15-02-e1916.pdf>. Acesso em: 29 de mar. de 2020.

MEIRELES, Edilton; SALAZAR, Rodrigo Andres Jopia. Decisões estruturais e o acesso à justiça. **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**, v.3, n.2, p.21-38, jul./dez. de 2017. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/324081712_DECISOES_ESTRUTURAIS_E_O_ACESSO_A_JUSTICA>. Acesso em: 30 de mar. de 2020.

NOGUEIRA, Filipe Bastos; GUEDES, Jefferson Carús. As decisões estruturantes como mecanismo apto a impementar a efetividade das decisões judiciais nos conflitos envolvendo políticas públicas. **Caderno de Direitos e Políticas Públicas**, v.1, n.1, p.2-17, jan./jun de 2019. Disponível em: <http://seer.unirio.br/index.php/cdpp/article/view/9522/8135>. Acesso em 29 de mar. de 2020.

TAQUARY, Eneida Orbage de Britto; LEÃO, Wangle Samuel Costa. O diálogo entre Colômbia e Brasil sobre o "estado de coisas inconstitucional". **Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão**, ano 7, n.13, p. 193-212, mar. de 2019. Disponível em: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/323/155200>. Acesso em: 29 mar. 2020.

VITAL, Danilo. STF derruba conclamação para que juízes analisem condicional de presos, por Danilo Vital. **Revista Consultor Jurídico**, Brasília, 18 de mar. de 2020,

19h23. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-18/stf-derruba-conclamacao-juizes-analisem-condicional-presos>. Acesso em: 29 de mar. de 2020.

VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. *In:* ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodvim, 2017.

NOTAS:

[1]A petição inicial da ADPF 347 foi amplamente divulgada na mídia. Assim, as pontuações realizadas acerca da referida ação derivaram da leitura da própria exordial. Disponível em: <http://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>. Acesso em 28 de mar. de 2020.

[2]Consulta processual realizada no sítio eletrônico do STF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 28 de mar. de 2020.

[3]Observar andamento processual no STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2600961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365#>. Acesso em: 28 de mar. de 2020.

[4]Nesse sentido, observar a íntegra da decisão proferida. Disponível em: http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/dlm_uploads/2020/03/decisao-STF.pdf>. Acesso em: 29 de mar. de 2020.

www.conteudojuridico.com.br

O ESTADO JUIZ E LEGISLADOR: UMA ANÁLISE HISTÓRICA

ATOS HENRIQUE FERNANDES: Estudante de Direito no Centro Universitário Estácio de Belo Horizonte e conciliador no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Resumo: O presente artigo é uma investigação histórica acerca do surgimento das leis sociais, do Estado e da norma jurídica de fonte estatal.

Palavras chaves: História do Direito, Filosofia do Direito, Teoria Geral do Estado.

Sumário: 1. Introdução; 2. Revolução Neolítica e o surgimento da família e propriedade privada; 3. Do surgimento das primeiras cidades-estados aos primeiros impérios; 4. Do feudalismo às monarquias absolutistas; 5. Democracia e demagogia; 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Compreender as origens de determinadas instituições é fundamental para uma atitude responsável em relação as mesmas no momento presente. Ideias tem consequências e uma equivocada compreensão acerca de determinadas tradições e instituições já produziu uma verdadeira matança mundo a fora nos últimos séculos.

No momento em que o ocidente se encontra extremamente polarizado acerca de quais políticas os Estados devem implementar, tanto no campo econômico quanto no campo social, por intermédio de legislações é extremamente importante uma investigação sobre como se deu o surgimento da Lei, dos Estados, das sociedades e dos conflitos. Somente assim é possível não nos cegarmos por ideologias que do ponto de vista da existência histórica são apenas "crianças".

O presente artigo busca na história a resposta para quando se deu o início das leis nas sociedades humanas, que questões essas leis primitivas buscavam resolver, quem decidia qual era a lei e como se davam as punições decorrentes do desrespeito a essas leis e como essas coisas evoluíram para o que conhecemos hoje como ordenamento jurídico.

Este trabalho baseia-se em uma pesquisa bibliográfica, sendo assim, recontarei a história como ela nos é apresentada, sem inovações, posteriormente fatos históricos serão interpretados do ponto de vista praxiológico, isto é, sob a ótica do estudo da ação humana conforme proposto por Ludwig Von Mises e utilizado pela Escola Austríaca de Economia, modelo criado originalmente voltado para a economia, mas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

já trazido para o Direito por intelectuais como o Nobel de economia, que possuía doutorado em Direito pela Universidade de Viena, F.A. Hayek e o filósofo e economista Hans-Hermann Hoppe.

2.A REVOLUÇÃO NEOLÍTICA

Estima-se que o homem comportamentalmente moderno tenha surgido há cerca de 50 mil anos atrás, eles viviam como caçadores e coletores, isto é, eram essencialmente parasitas sob o planeta terra. Os estudos mais recentes e confiáveis estimam que durante esse período os seres humanos viviam em grupos pequenos compostos, em regra, por 150 pessoas, mas podendo chegar a 500, explorando determinada região. Os homens mais jovens e mais fortes se dedicavam a caça e as mulheres e os homens mais inaptos dedicavam-se a colheita. As pesquisas mais recentes também mostram que a média de vida natural dos humanos nessa época poderia ser superior aos 30 anos de idade. Porém, devido à violência generalizada as mortes não naturais eram uma realidade muito presente.

Vigorava no período pré-neolítico algo que a História chama de comunismo primitivo, isto é, a não existência de propriedade privada e uma distribuição dos bens pela tribo a fim de atender as necessidades de todos. Contudo, nota-se uma certa romantização dessa organização social, primeiramente pelo fato de haver propriedade privada pois, a arqueologia já mostra o uso de certas ferramentas de caça que certamente eram propriedade de caçadores individuais e o igualitarismo na distribuição de bens simplesmente não existia da forma como se pensa:

> O igualitarismo das sociedades caçadoras e coletoras não deve, no entanto, ser excessivamente enfatizado ou idealizado. Estas sociedades também se caracterizavam por aspectos hierárquicos profundos. Semelhantemente ao que se conhece do reino animal, os homens ocupavam uma posição superior às mulheres e as dominavam. Frequentemente as mulheres eram "tomadas" e tratadas pelos homens da mesma maneira que mercadorias do mundo "externo" são tomadas e tratadas: apropriadas, roubadas, usadas, abusadas e comercializadas. As crianças ocupavam uma posição inferior à dos adultos. Além disso, existiam hierarquias tanto entre os membros da sociedade do sexo masculino quando do feminino, dos machos e fêmeas alfa dominante até os membros inferiores da sociedade. Ocorriam disputa por status, e aquele que não aceitasse a ordem estabelecida sofria punições severas. Os perdedores nesta disputa por status mais elevado corriam o risco de serem feridos e até de morrer, ou, na melhor das

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> hipóteses, de serem expulsos da tribo. Em suma, ainda que a vida tribal proporcionasse um padrão de vida confortável em termos de comida e de lazer abundantes, estava longe de ser confortável nos termos da tão desejada "autonomia individual" dos dias de hoje. Pelo contrário, a vida no domicílio tribal implicava disciplina, ordem e submissão. (HOPPE, 2018, p. 32)

Segundo Hoppe (2018) havia um problema essencial que ameaçava a vida dos nossos ancestrais por volta de 20 mil anos atrás. Nossos ancestrais eram seres que se dedicavam a caça e a coleta para sobreviverem e, como a terra pode dar uma quantidade limitada de recursos por determinado período, então o aumento populacional desordenado fazia com que surgisse uma "armadilha malthusiana".

Na era pré-neolítica, não se tem conhecimento acerca de casamentos ou a existência de um pudor sexual muito forte. O consenso histórico e arqueológico nos diz que o que vigorava em termos sexualidade nesse período é o que se chama "amor livre". As mulheres tinham plena liberdade sexual o que acarretava filhos "sem pai" ou filhos de "todos", pois a responsabilidade na criação desses filhos era socializada com todos da tribo. As mulheres escolhiam os machos mais fortes e mais saudáveis para o coito, há um consenso que a maioria dos homens não conseguiam procriar, o que praticamente não ocorria entre as mulheres, mas a impossibilidade de se determinar quem era o pai das crianças que nasciam reforçava esse sistema em que os filhos eram da tribo. É, no entanto, preciso notar que a plena possibilidade de se determinar quem era a mãe, fazia com que houvesse por parte das mulheres uma significativa responsabilidade no plano individual, mas não no nível que se observa nos dias de hoje.

A situação até aqui exposta, incentivava a altos índices de natalidade nas tribos de nossos antepassados. Com o passar do tempo os seres humanos puderam observar algo que hoje é chamado de Lei dos rendimentos, segundo Hoppe (2018, p. 50) essa lei afirma que "para qualquer combinação de dois ou mais fatores de produção existe uma combinação ideal (de tal forma que qualquer desvio envolve desperdício de material ou perda de eficiência)", ou seja, se há uma determinada área geográfica limitada da qual determinada tribo retira seus meios de subsistência, então há também um limite no número de indivíduos que essa área pode sustentar, quando o número de indivíduos passar desse limite a qualidade de vida de todos os membros da tribo irá cair em decorrência da limitação geográfica.

Nossos ancestrais, num primeiro momento, lidaram com a Lei dos rendimentos promovendo abortos generalizados. Num segundo momento, quando as tribos observavam que a terra disponível não dava conta de sustentar o número de seus membros, promoviam um êxodo, tal movimento foi essencial para espalhar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

a raça humana pela Europa, Oriente Médio e Ásia. Contudo, nesse período o planeta passou por diversas mudanças climáticas que afetaram bastante a quantidade de terra fértil disponível para a subsistências desses humanos que deixavam suas tribos em busca de novos territórios:

> No período em estudo, nos mais de vinte mil anos entre os 35.000 e 11.000 mil anos atrás, ocorreram mudanças drásticas nas condições naturais. Há vinte mil anos, por exemplo, durante um período chamado último máximo glacial, as temperaturas caíram acentuadamente e a maior parte do norte da Europa e da Sibéria se tornou inabitável. A Grã-Bretanha e toda a Escandinávia foram cobertas por geleiras, a maioria da Sibéria se transformou num deserto polar, e a tundra chegava até o Mediterrâneo, o Mar Negro e o Mar Cáspio. Depois de cinco mil anos, há cerca de quinze mil anos, as geleiras começaram a retroceder, permitindo que pessoas, animais e plantas reocupassem regiões anteriormente desérticas. Dois mil e quinhentos anos depois, contudo, em apenas uma década, as temperaturas novamente caíram até quase as mesmas condições gélidas de antes; e, mil anos depois, há cerca de onze mil e quinhentos anos, de novo abruptamente, as temperaturas sofreram um aumento considerável e a Terra entrou no período chamado Holoceno, o mais recente e ainda duradouro período de aquecimento interglacial. (HOPPE, 2018, p. 44)

Nesse contexto de escassez de terras habitáveis, as guerras intertribais se tornaram cada vez mais habituais, fato que também contribuiu para um certo controle populacional entre os humanos. Mas o meio pelo qual a humanidade escapou da "armadilha malthusiana" não foi nem por meio de abortos generalizados, nem por migração e muito menos pela habitualidade das guerras, o que salvou a humanidade do problema da escassez de bens disponíveis foi uma invenção, a invenção da agricultura.

Há cerca de onze mil anos atrás, por meio da observação de processos naturais o homem concebeu a agricultura, na chamada revolução neolítica, essa invenção foi a primeira de três concepções humanas que resolveram o problema da Lei dos rendimentos, pois, nossos antepassados deixaram de ser parasitas sobre a Terra e se tornaram produtores, desse evento decorreu a segunda invenção humana essencial para que o aumento populacional não mais ameaçasse o padrão de vida, a propriedade privada dos meios de produção. Até então, havia dois tipos de propriedade privada nas sociedades humanas, de bens utilitários como roupas, ferramentas, porção de comida e a autopropriedade, isto é, a propriedade de si

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

mesmo, mas a terra e os animais eram propriedade de ninguém, ao conceber a agricultura os seres humanos observaram que considerar as terras nas quais os indivíduos trabalhavam como sendo de todos criava problemas como, as pessoas não trabalhavam por igual, não sendo justo elas receberem por igual e que apesar disso era complicado demais determinar os que mais trabalhavam.

A saída para otimizar a agricultura e evitar conflitos sociais decorrentes da divisão do produto final foi a criação da propriedade privada das terras agricultáveis. Mas essas duas invenções só resolviam parte do problema da Lei de rendimentos, uma vez o crescimento constante da natalidade ainda era um problema na nova vida sedentária dos grupos humanos. Á saída foi "privatizar" as crianças, antes responsabilidade da sociedade ante a impossibilidade de se determinar a paternidade das crianças e a organização social mais simples, agora, com o advento do sedentarismo e agricultura os nossos antepassados passaram a ver com mais clareza o problema da crescente natalidade, observou-se que o estado de amor livre somado aos novos níveis de produtividade deixou os machos livres para procriar à vontade.

Para se privatizar as crianças era necessário passar a poder determinar a paternidade e obrigar o pai a garantir exclusivamente a subsistência dos seus filhos. A saída foi criar freios morais ao amor livre, com casamentos monogâmicos e poligâmicos onde a mulher estava obrigada a 2 coisas, guardar a virgindade até se casar e, ao se casar, se obrigar a manter relações sexuais apenas com seu marido. Uma vez que é extremamente fácil e natural determinar a maternidade, mas a paternidade, até o advento dos exames de DNA, era impossível de se determinar com certeza a fidelidade feminina passou a ser mais requisitada do que a masculina.

Essas três invenções humanas, agricultura, propriedade privada e a família trouxeram a necessidade de novas regras, que podemos denominar de direito primitivo. Até o neolítico, haviam poucas regras e elas basicamente se baseavam na força de determinados indivíduos, porém agora nasce leis para proteger o novo status quo, onde haviam famílias com a propriedade das terras e do que nelas se produzia. As primeiras leis neolíticas surgiram antes do Estado, nasceram da sociedade, isto é, de indivíduos livres interagindo entre si com o objetivo de cooperação para atingir benefícios individuais e familiares. Por óbvio, a tutela desses direitos era feita pelos próprios indivíduos e no caso do conflito de interesses, ao contrário do que pode se imaginar, não se partia logo para os conflitos armados. Toda sociedade tem a assim chamada "elite natural", pessoas que constroem sua fama em determinada localidade a partir de suas habilidades, sejam elas intelectuais, em construir riquezas ou baseadas na experiência de vida, certamente a eles se recorriam pessoas em conflitos e os mesmos aplicavam a lei advinda da tradição, tais veredictos eram respeitados por pressão social naquele assentamento humano.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Como podemos determinar esses fatos até aqui narrados, acerca do direito primitivo, ao nascer do estilo de vida sedentário? Ocorreu algo parecido na história humana, a ordem social no início do feudalismo, ao falar da passagem da aristocracia para a monarquia durante a Idade Média, Hans-Hermann observa que:

> Supondo, então, uma demanda por parte das entidades em conflito para que juízes especializados, árbitros e pacificadores não façam leis, mas apliquem determinada lei, para quem as pessoas se voltaram para satisfazer tal demanda? Obviamente, não se voltarão para qualquer um, pois a maioria das pessoas não tem capacidade intelectual ou caráter necessário para ser um bom juiz, e as palavras da maioria das pessoas, portanto, não tem autoridade e pouca ou nenhuma chance de serem ouvidas, respeitadas e aplicadas. Em vez disso, a fim de resolverem seus conflitos e de fazerem com que o acordo seja reconhecido e respeitado por outros de forma duradoura, as pessoas se voltarão para as autoridades naturais, para os membros da aristocracia natural, para os nobres e os reis. (HOPPE, 2018, p. 121,122)

Muitos podem se perguntar, o motivo de se esperar comportamento de tamanha civilidade de nossos antepassados que não muito tempo atrás se estruturavam preponderantemente sob força e violência. Os primeiros humanos sedentários não tinham muitos incentivos para conflitos violentos internos, uma vez que isso ameaçaria a produtividade. Eles também sofriam muitos ataques dos humanos que ainda viviam como nômades, os primeiros assentamentos eram fonte de muita comida para os que ainda insistiam no modelo parasitário de sobrevivência, os homens mais jovens e fortes precisavam dividir sua atenção ao trabalho no campo e na segurança do assentamento.

3.DO SURGIMENTO DAS PRIMEIRAS CIDADES-ESTADOS AOS PRIMEIROS IMPÉRIOS

O advento da agricultura e pecuária fez nascer os primeiros assentamentos humanos, que deixaram a vida nômade para aderir ao modo de vida sedentário. Na medida em que determinados grupos dominava áreas geográficas férteis, surgiam dois problemas, a defesa daquela área contra invasores interessados nas características geográficas e manter a ordem e coesão social dentro da comunidade.

Segundo Neto e Tasinafo (2006) o surgimento das cidades-estados pode ser observado em duas regiões distintas, mas com uma característica comum. Egito e Mesopotâmia, no Egito as cheias do Rio Nilo proporcionavam uma vasta área

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

agricultável, algo que na Mesopotâmia era proporcionado pelos rios Tigre e Eufrates. Os primeiros registros de civilizações datam de 5.000 mil anos atrás, as primeiras cidades mesopotâmicas surgiram cerca de 2.900 antes de Cristo.

Nesse contexto, onde as famílias tinham propriedade privada das terras e nelas produziam para sobreviver surge a desigualdade econômica, não há que se falar em desigualdade social advinda da existência da propriedade privada uma vez que, como já foi esclarecido anteriormente nesse artigo, havia uma desigualdade social marcante nas tribos humanas durante o chamado comunismo primitivo. Não demorou muito para a produtividade gerar um excedente de bens disponíveis, o que fez surgir o comércio feito por meio das trocas. Nesse diapasão, começa a surgir algumas leis destinadas a disciplinar a vida nessas comunidades, tais leis surgem dos costumes e são consagradas através da religiosidade.

> As manifestações mítico-religiosas dos povos antigos expressavam as perguntas que eles faziam, por exemplo, sobre a dinâmica da natureza ou a origem e o sentido da vida. Para responder a essas questões, procuraram explicações em forças sobrenaturais ou da natureza, criando mitos, uma maneira de explicar fatos e questões do cotidiano. Os mitos deram origem às religiões que cultuavam deuses ligados às forças da natureza ou a animais. Algumas dessas civilizações acreditavam na vida após a morte e mumificavam seus mortos para prepara-los para enfrentar o desconhecido. Alguns deuses possuíam características humanas, ficavam irados ou eram benevolentes, sendo capazes de atender pedidos. Os sacerdotes desempenhavam um papel central em algumas dessas sociedades, como intermediários entre o divino e o terreno. (NETO; TASINAFO, 2006, p. 12)

Nesse contexto, agora é hora de tratar de um fenômeno social que é o grupo de pessoas que decidiram viver da expropriação de bens privados, os ladrões. Pode-se dividir essa classe de pessoas em 2 grupos, tribos que ao se depararem com territórios férteis já habitados queriam tirar a terra de seus primeiros proprietários para nelas produzirem para si e os que, sejam tribos ou indivíduos, simplesmente queriam viver da produção alheia, com os indivíduos era fácil de lhe-dar, bastava aplicar-lhes penas como decepamento de membros ou mesmo a pena de morte, já com grupos de salteadores só se podia recorrer a permanente vigilância. Nesse período, algumas cidades ao se depararem com crescimento populacional e esgotamento de terras já sob seus controles também decidiam partir para a guerra de expansão territorial, afim de subjugar outras cidades.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Nessas sociedades mais complexas, a divisão do trabalho se acentuou, hierarquias sociais foram estabelecidas e a guerra, forma de disputa por territórios e pelo poder, tomou dimensões maiores, sendo a principal maneira de subjugar outros povos e tirar proveito das conquistas. (NETO; TASINATO, 2006, p. 12)

Essas guerras de expansão e dominação, bem como a decisão de alguns em não viver às custas de suas próprias produções começam a criar um novo fenômeno, o Estado. Mas para se entender melhor como aqueles ajuntamentos de proprietários trabalhando na agricultura, se organizando em milícias defensivas e com uma ordem baseada em leis aplicadas por elites naturais se transformaram em sociedades extremamente estratificadas, com pequenas castas dominantes, poucos donos de grandes terras, uma imensidão de servos e escravos e alguns trabalhadores livres é preciso observar o fenômeno religioso.

Na medida em que o processo de criação de mitos sobrenaturais se firmava como meio principal das pessoas lidarem com mistérios da vida, surgiam os homens que se proclamavam ou eram socialmente reconhecidos como místicos capazes de abrir um canal de comunicação com os deuses que poderia ser crucial para o êxito econômico dos humanos. Qualquer tentativa de impor dominação sobre determinados povos não podia prescindir da religião e seus sacerdotes.

Suponha que membros de um assentamento A parta em busca de guerrear e dominar sobre os assentamentos B, C e D, vitorioso em suas pretensões os membros do assentamento A vão se tornar uma casta que agora não vai mais fazer nada que não seja viver as custas da produção das terras B,C e D, isso será possível pelo fato de o grupo vencedor na guerra agora impor um pagamento de tempos em tempos para não matar os sobreviventes da guerra nos assentamentos perdedores. Soma-se a isso o fato de que os homens mais diretamente envolvidos no conflito, isto é, os soldados foram feitos de escravos, juntos de suas esposas e filhos. Mas para esse domínio ser relativamente pacifico e perene no tempo, uma vez que os governantes não queriam revoltas de tempos em tempos, a saída é cooptar a classe sacerdotal, doando-lhes, por exemplo, boa parte das terras A para sustento. A repetição desses fenômenos em lugares diferentes e de forma sucessiva criou as primeiras cidades-estados, bem como os primeiros impérios:

> Os sumérios, segundo os estudos recentes, não eram uma população autóctone, ou seja, originária do próprio lugar. Provavelmente chegaram de regiões vizinhas, como a Ásia Central. Mas a presença dos sumérios não constituiu uma invasão: o grupo que se fixou no sul da Mesopotâmia veio em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> sucessivas ondas migratórias e se misturou com as populações locais. Pouco ao norte dos sumérios, um outro grupo se fixou: os acádios ou acadianos, de origem semita, que incluem os hebreus, babilônicos e fenícios, por exemplo, e receberam esse nome pois se organizaram a partir da cidade de Akkad. Sumérios e acadianos começaram a rivalizar-se pelo domínio dos canais de irrigação e o aproveitamento dos recursos hídricos dos rios Tigre e Eufrates. Os acadianos, por sua proximidade com as nascentes, ao desviarem um trecho do rio, alteravam o volume de águas que seguiam para os sumérios, por exemplo. Essa questão interferia nas relações políticas entre os dois povos que se fixaram na Mesopotâmia na mesma época. A situação política era instável, não no interior das cidades que tinham suas próprias formas de organização e de poder, mas nas relações entre as diferentes cidades, que tentavam impor o seu domínio, umas sobre as outras. Por volta de 2350 a.C, sob a liderança de Sargão de Akkad, deu-se a unificação entre as áreas sumérias e acadianas, e fundou-se o primeiro império, que pouco depois atingiria as áreas que iam do Mediterrâneo ao golfo Pérsico. O sistema político adotado por Sargão alterava o modelo que reconhecia a autonomia das cidades e do templo, pois a religião era um importante elemento para o exercício do poder de cada cidade, que acreditava ter uma divindade por localidade. (NETO; TASINAFO, 2006, p. 30)

Ainda assim, com os primeiros impérios formados, sumério e egípcio, verifica-se que somente no Egito o governante tinha o poder de fazer leis. Os primeiros governantes despóticos na Mesopotâmia somente preservavam as leis que já estavam na sociedade, embora com o passar do tempo em decorrência da intensificação da estratificação social iniciada com a imposição das monarquias começou-se a haver cada vez mais uma maior intensificação nas punições contra crimes cometidos pelos mais pobres em relação aos mais ricos. Isso se deve ao fato de que no império Acadiano e posteriormente no Babilônico o Rei não tinha pretensões divinas, mas se diziam servo dos deuses, diferente do Egito, onde o Faraó se proclamava um deus naquela terra.

4. DO FEUDALISMO ÀS MONARQUIAS ABSOLUTISTAS

O início dos primeiros impérios durou, as custas de muito atraso e violência, até o último dos impérios da antiguidade, o Império Romano. A série de invasões bárbaras, saques e violência provocou, ao longo dos anos, um êxodo das cidades

para os campos que foi desenhando uma realidade social fundada na descentralização política e jurídica. Um efeito nocivo da Alta Idade Média foi a rígida divisão em estamentos sociais, fruto das condições econômicas e herança do pensamento da elite romana.

O processo feudal começa com os nobres e ricos romanos indo se refugiarem, da violência nas cidades do império, nas suas fazendas nas áreas rurais. Essa fuga também é empreendida pelo mais pobres e suas famílias que vão para onde muitos ricos estão, em busca de emprego. A completa queda do Império Romano e as guerras internas entre os bárbaros conquistadores fez com que uma ideia que talvez fosse temporária fosse se tornando um modo de vida permanente. Pode-se imaginar que os primeiros a irem para o campo jamais imaginavam que Roma iria cair, talvez crescem que se passava apenas uma perturbação passageira da ordem, mas na medida que os séculos passavam tudo ia mudando irremediavelmente. Juridicamente podemos destacar:

> A adoção do direito consuetudinário, ou seja, concepção do costume como fonte das leis, se manteve por boa parte da Idade Média, superando o direito romano. Embora este ainda fosse usado em algumas regiões, já não havia mais um estudo específico sobre os princípios da legislação e ordenamento jurídico como havia no período romano e a concepção da personalidade das leis sobrepôs-se à da territorialidade, isto é, cada homem era julgado, em qualquer local, segundo as leis de seu povo e não do lugar em que se encontrava. Essa concepção enfraquecia a perspectiva de um modelo único e levava à particularização do Direito e à adoção de costumes tribais como referência jurídica. (NETO; TASINAFO, 2006, p. 94)

A descentralização jurídica e política na Europa durante a Idade Média, promoveu um período de relativa liberdade *de facto*, sabemos que vigora nas ciências sociais a ideia de que a história humana recente é marcada pelo aumento da liberdade dos indivíduos, contudo isso é uma verdade estritamente jurídica, decorrente não da mudança promovida pelo Direito na sociedade mas sim decorrente da mudança promovida pela sociedade no Direito. Desde a Revolução Industrial o avanço do sistema capitalista foi promovendo uma cada vez maior disponibilidade de bens para fazer os seres humanos passarem de um estado de menor satisfação para um estado de maior satisfação, foi esse enriquecimento econômico que influenciou na promoção de mais liberdades consagradas em ordenamentos jurídicos estatais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Do ponto de vista da vida diária de um homem comum, hoje gozamos de menos liberdade em relação ao homem comum no feudalismo. Por exemplo, a ditadura dos horários era praticamente inexistente naquele período. Um problema daquela época que cresce no mundo todo, sendo no Brasil mais perceptível, são os altos impostos que recai sob homem comum (mas como somos taxados no consumo, não parece ser tanto assim num primeiro momento). Agora, uma significativa diferença entre o homem medieval e o contemporâneo é a segurança de sua propriedade privada, mesmo um servo tinha direito vitalício à sua terra (na qual vivia e plantava). Conceitos como função social da propriedade privada praticamente estatizou as terras de uma forma "humanista" no Brasil e em outras partes do mundo. Interessante notar que no Direito medieval a terra é do seu senhor, entretanto, os que detinham o usufruto o faziam com uma segurança em estilo de proprietários, já no Direito atual somos os proprietários das nossas terras, entretanto não podemos nos utilizar dela como bem entendermos, precisando observar diretrizes do Estado, algo que na prática nos transforma em posseiros.

O século XIV marcou o início do fim do período feudal, bem como de sua descentralização política e jurídica, importante notar a significativa influência de questões climáticas, como chuvas torrenciais e também da influência da Peste Negra que dizimou cerca 35% da população europeia. Importante notar que esses eventos traumáticos por si só não poderiam ter destruído o sociedade feudal, o que foi determinante para o fim do feudalismo foi a falta de visão de longo prazo e sensibilidade contextual por parte da nobreza feudal, que por conta disso nunca mais teriam o nível de poder e liberdade que até agora gozavam.

De um lado, revoltas camponesas, de outro lado, fortalecimento da burguesia. Diante da nova conjuntura os nobres ao invés de abrir mão, mesmo que temporariamente, de viver completamente as custas dos camponeses, preferiram recorrer a nobres mais ricos e bem armados para se protegerem, tais nobres, é claro, não pretendiam fazer isso gratuitamente e, sendo assim, exigiam em troca nada mais que poder sobre os demais nobres, estes aceitaram tais exigências. Contudo, a nobreza encontrou uma maneira de costurar alianças que garantissem a eles participar da parasitagem que, certamente, os novos soberanos estavam dispostos a promover.

A ótica dos nascentes Estados-nacionais não eram em nada diferentes da ótica de qualquer governante da antiguidade, nem mesmo dos senhores feudais, sobreviver às custas de expropriação e parasitagem. À princípio, para não se indisporem e atraírem a simpatia da burguesia, ressuscitaram o Direito Romano com suas noções de propriedade privada e direito civil para permitir que os burgueses, sobretudo os mais bem sucedidos, pudessem com uma padronização jurídica e monetária gozar de maior prosperidade. Mas, com o passar do tempo e na medida

em que consolidavam poder, estes novos monarcas, juntos da nobreza, expandiam cada vez mais seus poderes e gastos absurdos, impondo regras loucas e tributação excessiva sobre a classe produtiva, o que leva ao fim das monarquias absolutistas alguns séculos à frete.

A adoção do Direito Romano, é certamente a marca do crescente agigantamento do Estado, que foi pausado por um breve período com o advento do liberalismo europeu, mas que ressurgiu causando eventos como a Revolução Russa e as Guerras Mundiais. A descentralização jurídica e política proporcionavam um sistema mais próximo do indivíduo, fincado na realidade das pessoas, com o advento da concentração de poder nos monarcas as soluções e projetos, por serem concebidos cada vez mais distantes das pessoas estavam cada vez voltados para os problemas do rei e nobreza, as custas dos rendimentos da classe produtiva. Em suma, no feudalismo os nobres podiam até intervir em questões privadas e resolver problemas entre eles e o povo, mas eles faziam isso baseados numa lei já existente, que não foi por eles criadas, agora os reis ganham o poder de fazer as leis, a contradição é óbvia:

> Suponha agora que um grupo de pessoas cientes da realidade dos conflitos interpessoais e em busca de uma forma de escapar a este revés. E suponha que eu proponha o seguinte como solução: em todos os casos de conflito, incluindo conflitos em que eu mesmo estou envolvido, terei sempre a última palavra. Serei o juiz final a determinar quem é o dono do quê e quando e quem está consequentemente certo ou errado em qualquer disputa relacionada à escassez de bens. Assim, todos os conflitos podem ser evitados ou facilmente resolvidos. (HOPPE, 2018, p. 117)

O brilhante filósofo e economista alemão Hans-Hermann Hoppe continua sua explicação a razão de ser um absurdo o Estado ser juiz de todas as questões baseados nas suas próprias leis:

> Se você entra em conflito com o Estado, com seus agentes, são o Estado e seus agentes que decidirão quem tem ou não razão. O Estado tem o direito de taxa-lo. Portanto, é o Estado que determina o quanto de sua propriedade você tem direito de manter – isto é, sua propriedade é apenas "transitória". E o Estado pode fazer leis, legislar – isto é, toda a sua vida está à mercê do Estado. (HOPPE, 2018, p. 118)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Não é de se estranhar o que se tornou as monarquias absolutistas e como foi preciso pôr fim a esse sistema. Como explica Bastiat (2019) as monarquias absolutistas não eram nada mais que um sistema de espólio legalizado de poucos contra muitos.

5.DEMOCRACIA E DEMAGOGIA

Segundo Aristóteles (2009) as formas de governo são monarquia, governo de um em favor de todos, aristocracia, governo dos melhores em favor de todos e a democracia, governo de todos em favor de todos. Contudo, para Aristóteles as formas de governo apresentavam corrupções e a corrupção da democracia seria a demagogia. Demagogia é o governo constituído de forma democrática, mas baseado no falseamento da realidade, manipulação generalizada com o objetivo de oferecer ao povo esperanças irrealizáveis.

Bastiat (2019) viveu no contexto da Segunda República Francesa, que ainda tinha bem viva as memórias e ideais da Revolução Francesa, colocou-se contra o aprofundamento da democracia na França pela seguinte razão: a monarquia havia se mostrado um sistema que sobrevivia da espoliação de poucos (rei, nobreza, clero) em relação ao povo (burguesia e trabalhadores) e o advento da república havia simplesmente aprofundado o status quo de espólio legalizado, mas agora, baseando-se em demagogia os políticos franceses estavam propagando ao povo a ilusão de que era possível constituir um sistema na qual todos podem viver as custas de todos.

Na visão de Bastiat (2019) a Assembleia Francesa legislava sistematicamente em desfavor da propriedade privada e da responsabilidade fiscal, o órgão havia se tornado uma instituição que acreditava que podia intervir em todos os aspectos da vida privada dos cidadãos, retirando direitos naturais e criando direitos positivados absurdos. Essa situação política criava um incentivo perverso, as pessoas de diferentes grupos passaram a se interessar em entrar na política para promover leis que autorizassem que o Estado expropriasse outros grupos em favor dos seus, e que como isso ocorria de parte de todos os grupos sociais a situação francesa estava ficando insustentável. O Estado estava se tornando uma burocracia incontrolável e praticando arbitrariedades maiores das que foram empreendidas pela monarquia que foi deposta na Revolução.

Outro grande economista e cientista político se debruçou sobre a democracia e nos deu uma análise profunda que mostra como o que chamados de democracia não passa de demagogia, e demagogia perigosa pelo fato de emprestar certa legitimidade para ações estatais ilegítimas. Vejamos:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Com o advento da democracia, a identificação do Estado com a sociedade foi redobrada, e hoje é comum ouvir apelos sentimentais, como "nós somos o governo", que violam praticamente todos os princípios de razão e bom senso. O termo coletivo útil "nós" permitiu lançar uma camuflagem ideológica sobre a realidade da vida política. Se "nós somos o governo", então, qualquer coisa que um governo faça a um indivíduo não é apenas justa e não tirânica, mas também "voluntária" de parte do indivíduo em questão. Se o governo incorreu numa dívida pública enorme que deve ser paga pela tributação sobre um grupo para benefício de outro, a realidade desse fardo é obscurecida pela afirmação de que "nós somos o governo"; se o governo recruta um homem, ou o prende por opinião dissidente, então, ele " está fazendo isso a si próprio" – logo, não há nenhum problema. Pelo mesmo raciocínio, quaisquer judeus assassinados pelo governo nazista não foram mortos, mais sim "cometeram suicídio", dado que eles eram o governo (que foi eleito democraticamente) e, portanto, qualquer coisa feita pelo governo contra eles foi voluntária de sua parte. Não seria preciso insistir nesse ponto; todavia, a esmagadora maioria das pessoas sustenta essa falácia em maior ou menor grau. Devemos, portanto, enfatizar que "nós" não somo o governo; o governo não somos "nós". O governo não "representa" de nenhuma forma concreta a maioria das pessoas. Mas, mesmo que se assim fosse, mesmo se 70% das pessoas decidissem assassinar os 30% remanescentes, isso ainda seria assassinato e não suicídio voluntário por parte da minoria executada. (ROTHBARD, 2019, p. 14)

O grande problema das legislações positivadas a partir do consenso político majoritário denominado democracia é justamente o fato de, a priori, não necessitarem de fundamentação na lógica ou ética. Por exemplo, atualmente em diversos países se fortalece a proposta de que, diante do grande endividamento público, da falência da social democracia e da ideia de que as pessoas tem direitos sociais a serem garantidos pelo Estado não importa o custo financeiro disso, deve-se sobretaxar os mais ricos pois, por serem mais ricos, eles devem pagar o insustentável estado de bem-estar social, uma vez que essa ideia se torne lei de forma democrática, então o governo vai promover essa prática. Porém, o que a economia séria e a experiência de países que já fizeram essa loucura nos diz é que os mais ricos, diante disso, vão se mudar para países que não adotem essa legislação e levaram seus investimentos juntos, aumentando o desemprego como ocorreu, por exemplo,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

na França. Agora, suponhamos que todos os Estados resolvam positivar essa legislação, isso significaria um incentivo perverso a não produtividade, os mais ricos são geralmente os grandes empresários mais produtivos, se ser produtivo e gerar riqueza vai lhes render expropriação para subsidiar as pessoas menos produtivas, qual a razão para o aumento da sua própria produtividade?

Voltando aos ensinamentos de Bastiat na sua célebre obra "A Lei" (2019), a perversão do Direito para a promoção da espoliação legalizada traz outros incentivos nefastos. Imagine que os maiores empresários de determinado ramo, com o intuito de inviabilizar a competição em seu setor, podem se juntar e eleger legisladores que criaram uma regulação econômica que inviabilize a vida de pequenos ou novos empresários naquele ramo, implementando um oligopólio legalizado, ou seja, grandes empresários espoliando seus consumidores. Ou imagine que produtores de determinado setor de um país, ao perceberem que os mesmo produtos que vendem está sendo importado pro país, e que os produtos importados são de maior qualidade e mais baratos, ao invés de promoverem uma melhora no que produzem podem eleger legisladores para sobretaxar os produtos importados para eles se beneficiarem, em detrimento do bem estar financeiro do consumidor. Por qual razão essas coisas ocorrem em diversos países? Pelo fato de que numa democracia, a maioria legislativa não está presa a razão e a uma ética universal e atemporal. Na sociologia e filosofia moderna, é majoritário a defesa do relativismo moral, que leva a um entendimento pela impossibilidade de uma ética universal e atemporal, a resposta a essa questão é dada por Hans-Hermann Hoppe e sua "ética argumentativa" concebida a partir do trabalho de dois outros grandes pensadores, Murray Rothbard e Jürgen Habermas. Nesse artigo, voltado as ciências jurídicas e limitado pela estrutura e finalidade de um artigo científico, não será aprofundado o estudo da ética argumentativa. Mas, uma saída interessante para o problema da demagogia democrática, do agigantamento estatal e mesmo da aprofundada polarização política no Ocidente é esta:

> O que é, então, a Lei? Como eu disse alhures, é a organização coletiva do Direito individual de legítima defesa. Cada um de nós recebeu de maneira certa da natureza, de Deus, o direito de defender sua Pessoa, sua Liberdade, sua Propriedade, pois esses são os três elementos constitutivos ou conservadores da Vida, elementos que se completam entre si e que não podem ser compreendidos um sem o outro. Afinal, o que são nossas Faculdades, se não um prolongamento de sua Personalidade, e o que é a Propriedade se não um prolongamento das nossas Faculdades? Se cada homem tem o direito de defender, mesmo que por meio da força, sua Pessoa, sua Liberdade, sua Propriedade, muitos homens tem o Direito de concertar-se, de

> entender-se, de organizar uma Força comum para prover regularmente a essa defesa. O direito coletivo tem, portanto, seu princípio, sua razão de ser, sua legitimidade no Direito individual; e a Força comum, racionalmente, não pode ter fim e missão diversos daqueles das forças isoladas às quais ela substitui. Assim, como a força de um indivíduo não pode legitimamente atentar contra a Pessoa, a Liberdade, a Propriedade dos indivíduos ou das classes. Essa perversão da Força estaria, tanto num caso como no outro, em contradição com nossas premissas. Quem ousará dizer que a Força nos foi dada não para defender nossos Direitos, mas para aniquilar os Direitos iguais de nossos irmãos? E se isso não vale para cada força individual, agindo isoladamente, como valeria para a força coletiva, que é apenas a união organizada das forças isoladas? Portanto, se existe algo evidente, é o seguinte: a Lei é a organização do Direito natural de legítima defesa; é a substituição das forças individuais pela força coletiva, para agir no coletivo onde aquelas têm o direito de fazer, para garantir as Pessoas, as Liberdades, as Propriedades para manter cada qual em seu Direito, para fazer reinar entre todos a Justiça. (BASTIAT, 2019, p. 42, 43)

O economista francês Frédéric Bastiat propõe uma que a lei legitima é apenas a que promove a organização coletiva do direito individual à legitima defesa de si e de seus bens, se assim fosse feito nos dias de hoje não veríamos toda essa polarização e desintegração social pois o governo se limitaria a, através da Lei e do poder de polícia, garantir intactos nossa vida e nossos bens, e de resto cada um teria liberdade para viver sua vida como bem entendesse, desde que não agredindo a vida e propriedade alheia.

6.CONCLUSÃO

Vimos nesse estudo que em dois momentos diferentes a humanidade passou por um mesmo processo. Após a Revolução Neolítica a humanidade, em razão da agricultura, se sedentarizou e as primeiras leis vieram da sociedade, estavam ancoradas na tradição e na medida em que surgiram as primeiras formas de Estado, como as cidades-estados até chegarem nos primeiros impérios os governantes foram ganhando o poder de fazer leis, poder que levou a um Estado cada vez mais totalitário, onde monarcas se proclamavam deuses. O Império Romano levou o totalitarismo da antiguidade a seu patamar mais elevado até ruir nas mãos dos povos, por eles denominados, bárbaros.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A queda do Império Romano levou a humanidade novamente a um contexto de descentralização política e jurídica na qual a lei feita por governantes deu lugar a leis surgidas do povo em suas culturas e ancoradas em suas tradições. Porém, na Baixa Idade Média houve novamente um processo de centralização política que leva a uma centralização jurídica, pois os governantes novamente ganham o poder de decidir qual era a lei, o que novamente leva a um Estado totalitário nas monarquias absolutistas.

Chegamos ao mais emblemático momento político jurídico, a democracia moderna. É atribuída ao estadista britânico Winston Churchill a seguinte frase: "A democracia é a pior forma de governo, com exceção de todas as demais.", diante dessa frase não há como não se lembrar da obra mais famosa do alemão Hans-Hermann Hoppe. Em Democracia o deus que falhou, Hoppe defende que não é em nada positiva a passagem da monarquia para a democracia, por diversos motivos dentre as quais:

> A instituição da propriedade privada governamental molda sistematicamente a estrutura de incentivos, fazendo frente ao governante e influenciando nitidamente a sua condução dos negócios do governo. Partindo do princípio do autointeresse, o governante tenta maximizar a sua riqueza, o valor presente da sua propriedade e as suas receitas correntes. Ele não se interessaria em aumentar as suas receitas correntes à custa de uma redução mais do que proporcional do valor presente dos seus ativos. Além disso, uma vez que os atos da aquisição das receitas correntes invariavelmente engendram repercussões no valor presente dos seus ativos (o que reflete o valor de todos os esperados rendimentos futuros dos ativos com desconto da taxa de preferência temporal), a propriedade privada, por sua própria natureza, conduz ao cálculo econômico, promovendo, em consequência, uma visão de longo prazo (orientada para o futuro). (HOPPE, 2014, p. 49,50)

Hoppe defende que enquanto nas monarquias o rei, por ser "proprietário" do governo, tende a ver o país como propriedade privada da qual ele tira seu sustento e ainda pode repassar a um herdeiro, motivo pelo qual o rei teria mais incentivo a praticar uma política fiscal mais prudente já que por ter um governo perene no tempo ele quer seu país prosperando para ele e sua descendência. Já na democracia, pelo fato de o governo ser considerado coisa pública e pelo fato de o governante ter um exercício de poder limitado no tempo e sem a possibilidade de repassa-lo a um herdeiro a tendência é que presidentes e primeiros ministros tendem a praticar uma predação irresponsável, totalmente voltada para o curto prazo, na intenção de ser o

mais bem visto possível pela população, mesmo que momentaneamente, para lhe garantir prestígio e uma continuidade na política, o que leva a uma política fiscal irresponsável e também a incentivos ao povo para preferir a predação em vez de produção, pervertendo a linha nítida nas monarquias que separam povo do Estado, assumindo que o povo nunca é o governo, mesmo na democracia. Contudo, como vimos nesse estudo a democracia não só aprofunda a ideia de que o Estado faz a lei, como perverte o conceito de lei.

Quando o Estado, que já tem a palavra final nos conflitos (inclusive nos conflitos como ele mesmo), julga de acordo com suas próprias leis aí então temos o caminho para o totalitarismo. Apesar da crença tradicional de que a democracia e suas instituições freiam o totalitarismo estatal, é perfeitamente possível um totalitarismo democrático. Uma vez que a base da democracia atual é a demagogia o povo acredita estar no poder. Porém, o poder ainda é exercido por uma pequena elite que tem o poder de manipular o povo em favor de seus próprios poderes, basta fazer o povo assumir que os interesses das elites governantes são os seus. Como salienta Hoppe (2014), o ideal é que não houvesse um governo coercitivo, contudo, quando na Idade Média o direito consuetudinário era o meio pelo qual o Estado-juiz mediava as contendas a predação estatal era muito mais contida, ela segue aumentando na medida em que entramos na época das monarquias absolutistas e, após a Segunda Guerra Mundial quando a Europa e quase todo ocidente adotam governos democráticos ela explode, seja por meio de tributação, inflação decorrente do abandono do padrão ouro e expansão monetária ou do aumento da dívida pública.

Conclui-se então que a lei nasce, originalmente, da sociedade e isso se observa na Antiguidade e na Alta Idade Média. Contudo o Estado, que nasce da dominação e parasitagem em relação à propriedade privada, cria um processo de centralização que desemboca num Estado-legislador cuja tendência é a perversão da lei. Na democracia atual, que de acordo com a obra de Aristóteles é demagógica, a centralização política e a perversão da lei se intensificam na medida em que ocorre uma confusão entre governo e sociedade, criando uma trajetória de agigantamento estatal perigosa e fiscalmente irresponsável. Nas palavras de Frédéric Bastiat: "Todos querem viver às custas do Estado e se esquecem que o Estado vive às custas de todos.",

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução do grego, introdução e notas do prof. Mario da Gama Kury – 3 ed. – Brasília: UNB, 1997.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BASTIAT, Frédéric. **A Lei**. Tradução de Pedro Sette-Câmara. – São Paulo: LVM Editora, 2019.

HOPPE, Hans-Hermann. **Democracia: o deus que falhou**. Tradução de Marcelo Werlang de Assis. – São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises, 2014.

HOPPE, Hans-Hermann. **Uma breve história do homem: progresso e declínio**. Traduzido por Paulo Polzonoff. – São Paulo: LVM Editora, 2018.

NETO, José Alves de; TASINAFO, Célio Ricardo. **História geral e do Brasil**. – São Paulo: HABRA, 2006.

ROTHBARD, MURRAY N. **Anatomia do Estado**. Tradução de Matheus Pacini. – Campinas, sp: Vide Editorial, 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA PARA TRABALHADOR ATIVO: O CASO DA ADI 6.025 NO CONTEXTO DO RE Nº 566.471/RN

ELDER SOARES DA SILVA CALHEIROS: Procurador do Estado de Alagoas. Advogado. Consultor Jurídico. Ex-Conselheiro do Conselho Estadual de Segurança Pública de Alagoas. Ex-Membro de Comissões e Cursos de Formação de Concursos Públicos em Alagoas. Ex-Membro do Grupo Estadual de Fomento, Formulação, Articulação e Monitoramento de Políticas Públicas em Alagoas. Ex-Técnico Judiciário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ex-Estagiário da Justiça Federal em Alagoas. Ex-Estagiário da Procuradoria Regional do Trabalho em Alagoas. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

1. Introdução

Uma das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI's) mais aguardadas nos tempos hodiernos – notadamente para trabalhadores ativos, inclusive servidores públicos em geral (*lato sensu*) que possuem algum tipo de deficiência e/ou doença grave – foi, sem sombra de dúvidas, a de nº 6.025 sob a relatoria do eminente Ministro Alexandre de Moraes.

Ajuizada em 21/09/2018 pela Procuradoria Geral da República (PGR) – chefiada à época pela douta Procuradora Geral Raquel Dodge – a ação constitucional pediu que se "*julgue procedente o pedido, para, reconhecendo a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 6.º–XIV da Lei n.º 7.713/1988, declarar que, no seu âmbito incidência, está incluída a concessão do benefício fiscal aos trabalhadores com doença grave que permanecem em atividade*".

O pedido cautelar formulado pela PGR pode ser resumido no seguinte trecho da ação: "*permitir a concessão de isenção de imposto de renda sobre o salário de pessoa que, acometida de alguma das doenças graves elencadas no rol do art. 6.º–XIV da Lei n.º 7.713/1988, permanece em atividade laboral*".

Segundo a PGR na demanda, "*a concessão da isenção apenas a aposentados que enfrentam as doenças graves especificadas no dispositivo e, não, aos trabalhadores em atividade, afronta os princípios da dignidade da pessoa humana*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

(art. 1.º–III da Constituição), dos valores sociais do trabalho (art. 1.º–IV da Constituição) e da igualdade (art. 5.º–caput da Constituição), além de desrespeitar a especial proteção conferida às pessoas com deficiência pela Constituição (arts. 7.º–XXXI, 23– II, 24–XIV, 37–VIII, 40–§4.º–I, 100–§2.º, 201–§1.º e 203–IV), sedimentada pela Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência".

A par disso, diante da relevância da matéria constitucional suscitada e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, o eminente Ministro relator adotou o rito do artigo 12 da Lei Federal nº 9.868/1999 segundo o qual: "*Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação*".

A matéria objeto da ação logo causou interesse na habilitação de 2 (dois) *amicus curiae*, quais sejam o Sindicato dos Policiais Rodoviários Federais no Estado da Bahia (SINPRFBA) e a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). Após o deferimento pelo eminente Ministro relator destas 2 (duas) habilitações em 29/11/2018 (Diário da Justiça nº 257, divulgado em 30/11/2018) houve as manifestações nos autos das casas legislativas do Congresso Nacional, da Advocacia Geral da União (AGU) e da Procuradoria Geral da República. A Câmara dos Deputados informou que o dispositivo foi processado "*dentro dos estritos trâmites constitucionais e regimentais inerentes à espécie*". O Senado Federal entendeu que "*os precedentes do Supremo Tribunal Federal, em casos similares, mostrados na inicial, vão ao encontro da pretensão apresentada no presente processo objetivo*". Já a Presidência da República manifestou-se pela improcedência do pedido, através da AGU. O parecer final da PGR concluiu pela procedência da ação. Logo após, foi requerida pelo Ministro relator a inclusão da ação em pauta de julgamento do Plenário (Diário da Justiça nº 259, divulgado em 03/12/2018).

Ato contínuo, em 19/12/2018, a PGR reiterou o seguinte pedido: "(...) *com o devido respeito, seja dada preferência no julgamento da ação direta, considerando, especialmente, que o trabalhador acometido de alguma das doenças graves elencadas no rol do art. 6.º–XIV da Lei n.º 7.713/1988 tem o imposto de renda retido na fonte, diminuindo, mês a mês, a sua disponibilidade financeira para arcar com despesas de tratamentos médicos e terapêuticos*".

Ocorre que se passaram mais de 500 (quinhentos) dias desde o ajuizamento da ação e nenhuma decisão – sequer cautelar a respeito da questão de fundo referente à isenção tributária – havia sido proferida pelo STF até o início do mês de abril de

2020. Inexistia uma previsão objetiva de data de julgamento da ADI nº 6.025. O único indicativo a respeito de marco temporal para apreciação do caso foi lançado no Diário da Justiça extra nº 285/2019, divulgado em 18/12/2019, onde se estabeleceu o dia 19/02/2020 para o julgamento pelo Plenário da Suprema Corte.

Em que pese a justa expectativa criada pelo STF, no dia supracitado, qual seja 19/02/2020, não ocorreu o julgamento da ADI nº 6.025 e inexistiu qualquer lançamento de informações no sistema da Corte de Justiça quanto à remarcação de data[1]. Um dia antes do julgamento previsto (18/02/2020) o próprio site do Supremo veiculou notícia confirmatória da iminente apreciação da ação, porém isto não se verificou na sessão[2]. E não se teve ciência do porquê até a presente data. A ação estava pautada e simplesmente "saiu de cena" sem justificativa plausível aparente.

A questão, como dito, possui tanta relevância para a sociedade que no interregno entre o ajuizamento da ADI nº 6.025 (21/09/2018) e a frustrada previsão de julgamento (19/02/2020) já havia inúmeras solicitações de admissão como *amicus curiae*. Em despacho do respeitável Ministro relator (Diário da Justiça nº 31, divulgado em 13/02/2020) ocorreu o indeferimento da condição de *amicus curiae* a diversas federações, confederações, sindicatos, associações e fundações – de servidores públicos e de pessoas com deficiência e doenças graves – bem como ao Distrito Federal e à Defensoria Pública da União (DPU).

Ao total, foram 50 (cinquenta) pedidos de habilitação como *amicus curiae*, todos indeferidos pelo eminente Ministro relator sob o argumento de que a jurisprudência do Supremo[3] orienta ser possível demandar a intervenção no feito até a data de liberação do processo para pauta. Tendo ocorrido a dita liberação no Diário da Justiça nº 259, divulgado em 03/12/2018 e considerado publicado em 04/12/2018, a partir deste marco temporal não seria possível a inclusão dos 50 (cinquenta) requerentes. Permaneceram, então, apenas os 2 (dois) *amicus curiae* já admitidos no início da ação constitucional, nos termos do artigo 138 do Código de Processo Civil (CPC).

Voltando ao trajeto processual, no dia 19/02/2020 não ocorreu o julgamento, onde os autos da ADI nº 6.025 foram, novamente, conclusos ao eminente Ministro relator. Um dia antes, em 18/02/2020, já havia novo despacho da mencionada autoridade, divulgado no Diário Eletrônico da Justiça nº 38 apenas em 20/02/2020, quanto ao indeferimento de mais 5 (cinco) pedidos de habilitação como *amicus curiae*.

Incompreensivelmente, com o devido respeito, em 25/03/2020 ocorreu uma movimentação processual de "retirada de mesa" dos autos em questão – os quais,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

em princípio, acreditava-se já estarem fora de pauta na prática devido à conclusão anterior de 19/02/2020. No mesmo dia, houve o lançamento de informação processual sobre uma nova data de julgamento, publicada no Diário Eletrônico da Justiça nº 74, de 26/03/2020. A ADI nº 6.025, assim, seria julgada, agora, pelo Plenário Virtual em 10/04/2020 sem qualquer motivação para tal.

No dia 07/04/2020, houve novo despacho do eminente Ministro relator, disponibilizado no Diário Eletrônico da Justiça nº 88, de 13/04/2020, indeferindo mais 25 (vinte e cinco) pedidos de habilitação como *amicus curiae* quanto a Estados da Federação. Ou seja, praticamente toda a Federação brasileira possuía interesse jurídico na questão jurídica controvertida.

Resumida a *via crucis* acima, passa-se, pois, a analisar o desfecho da ADI nº 6.025.

2. A relevância jurídica do impasse no âmbito do Supremo

Volvendo os olhos para o caso em análise, foi extreme de dúvida que a própria manifestação advinda da sociedade em buscar o acompanhamento do desfecho desta ação constitucional já demonstrava a sua relevância jurídica e social. Não fosse isto jamais chamaria a atenção da PGR, da DPU, de 25 (vinte e cinco) Estados da Federação, do Distrito Federal e de mais de 50 (cinquenta) entidades representativas da sociedade.

Nesse cenário, o que se aguardava do Supremo era a prestação jurisdicional efetiva e em tempo razoável (artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal e artigos 4º, 6º, 8º, 139, inciso II, e 1.048, inciso I, todos do CPC), considerando, ainda, que desde o ajuizamento da ADI nº 6.025 sequer ocorrera a apreciação do pedido cautelar formulado pela PGR. Aliás, o efetivo acesso à justiça é garantido pelo artigo 13 da Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, de Nova York, aprovada, por meio do Decreto Legislativo nº 186, conforme o procedimento do § 3º do artigo 5º da Constituição da República. E, em 2009, mediante o Decreto Federal nº 6.949/2009, promulgada com *status* jurídico de norma constitucional, sendo o primeiro tratado equivalente à Emenda Constitucional desde a Carta Política de 1988.

Desta decisão judicial colegiada dependem as vidas de inúmeros cidadãos brasileiros acometidos por moléstias profissionais, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira (inclusive monocular), hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

radiação e síndrome da imunodeficiência adquirida (artigo 6º, inciso XIV, da Lei Federal nº 7.713/1988).

Por isso mesmo a PGR enfatizou que: "*Sabe-se que o volume de processos que compõem o acervo do Supremo Tribunal Federal dificulta o cumprimento do princípio da razoável duração do processo. A matéria objeto desta ação direta de inconstitucionalidade é, porém, sensível e atinge direitos fundamentais de grupo em situação de vulnerabilidade, que merece especial atenção dos órgãos públicos. São pessoas que encaram diariamente inúmeras dificuldades decorrentes de doenças graves, com significativa redução de sua capacidade contributiva, já que o enfrentamento da mazela, dos seus sintomas e do respectivo tratamento no dia a dia embaraça o atingimento do seu máximo potencial laborativo*".

No entanto, o STF decidiu, após a finalização do julgamento pelo Plenário Virtual em 17/04/2020, que: "*O Tribunal, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado na ação direta, para declarar a constitucionalidade do art. 6º, XIV, da Lei Federal nº 7.713/1988, com a redação da Lei nº 11.052/2004, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Edson Fachin. Falaram: pelos interessados, o Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior, Procurador-Geral da Fazenda Nacional; e, pelo amicus curiae Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB, o Dr. Alberto Pavie Ribeiro. Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica no início da sessão, o Ministro Celso de Mello (art. 2º, § 5º, da Res. 642/2019). Afirmou suspeição o Ministro Dias Toffoli (Presidente). Plenário, Sessão Virtual de 10.4.2020 a 17.4.2020*".

Segundo notícia veiculada no site do STF em 20/04/2020[4]: "*Isenção de IR para doenças graves – Por maioria de votos, o Plenário julgou improcedente a ADI 6025, em que a Procuradoria-Geral da República (PGR) questionava a isenção de IR apenas para aposentados acometidos por doenças graves (artigo 6º, inciso XIV, da Lei Federal 7.713/1988, com a redação da Lei 11.052/2004). Prevaleceu o voto do relator, ministro Alexandre de Moraes, que afirmou a impossibilidade de o Poder Judiciário atuar como legislador e a inexistência de razões para a declaração de inconstitucionalidade da norma. Ficou vencido o ministro Edson Fachin*". Em que pese não se tenha acesso, ainda, ao inteiro teor do acórdão pendente de lavratura, é possível identificar que o julgamento colegiado em questão teve contornos tumultuados.

Primeiramente, não obstante o relevante impacto de celeridade nos processos trazido pelo Plenário Virtual, o caso mereceria ter sido apreciado e discutido pelo Plenário tradicional, ainda que em sede de julgamento por videoconferência devido ao problema atual da pandemia do coronavírus. Uma questão judicializada pela PGR com fundamento em tratado internacional da ONU, com pedido de habilitação como *amicus curiae* da DPU e de mais de 50 (cinquenta) interessados da sociedade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

civil organizada, além de 25 (vinte e cinco) Estados da Federação e o Distrito Federal, não parece ser o tipo de demanda a ser afetada ao Plenário Virtual. Se fosse, deveria ter sido utilizado tal mecanismo (Plenário Virtual) desde o princípio para fins de agilização da prestação jurisdicional, o que não foi o caso o qual se arrasta desde 2018 pelos corredores do Supremo. Prova disto é que a primeira pauta prevista para o dia 19/02/2020 se tratava de processo judicial afetado ao Plenário tradicional e não ao Virtual.

Inclusive, com a devida vênia, existe uma inadequação da pauta da ADI nº 6.025 no Plenário Virtual, pois a Resolução nº 642/2019 do STF, publicada no Diário Eletrônico da Justiça nº 131, em 17 de junho de 2019, estabelece que: "*Art. 1º Todos os processos de competência do Tribunal poderão, a critério do relator ou do ministro vistor com a concordância do relator, ser submetidos a julgamento em listas de processos em ambiente presencial ou eletrônico, observadas as respectivas competências das Turmas ou do Plenário. § 1º Serão julgados preferencialmente em ambiente eletrônico os seguintes processos: (redação, incluindo os incisos, dada pela Resolução nº 669, de 19 de março de 2020, publicada no DJe nº 67, Edição Extra, em 20 de março de 2020) I - agravos internos, agravos regimentais e embargos de declaração; II - medidas cautelares em ações de controle concentrado; III - referendo de medidas cautelares e de tutelas provisórias; IV - demais classes processuais, inclusive recursos com repercussão geral reconhecida, cuja matéria discutida tenha jurisprudência dominante no âmbito do STF.**[5]**"*. Assim, da leitura do inciso IV é possível extrair que as Ações Diretas de Inconstitucionalidade somente poderiam ser afetadas ao Plenário Virtual na hipótese de a matéria discutida possuir jurisprudência dominante na Corte. Ocorre que o STF não havia sequer se debruçado sobre o tema em seu Plenário tradicional, vale dizer, acerca da hipótese de isenção tributária em análise, tratando-se de processo inaugural no órgão colegiado. Onde, pois, estaria a "*jurisprudência dominante*" acerca da matéria? Simplesmente, não havia.

Por outro lado, o próprio modelo de Plenário Virtual da forma como implantado vem sofrendo muitas críticas, inclusive pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em razão da dificuldade de publicidade e de conciliação com as discussões jurídicas mais relevantes, além da falta de acesso em tempo real aos votos dos eminente Ministros[6]. Em meio ao julgamento da ADI nº 6.025 a Ordem questionou a ausência de transparência destes atos processuais com fundamento no artigo 93, inciso IX, da CF/88 e artigos 8º e 11 do CPC, porém houve grave prejuízo aos interessados na questão debatida na ação em questão, pois simplesmente se aguardou um julgamento por vários anos e, de repente, foi proferida uma decisão de improcedência sem haver acesso aos votos e debates entre os eminentes Ministros. Não se teve acesso nem mesmo aos vídeos das sustentações orais das partes e amigos da Corte (*amicus curiae*). Até a alegada suspeição do respeitável Ministro Presidente da Corte não teve, ainda, uma maior transparência, se motivada – ou não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

– e sob qual justificativa teria ocorrido. A simples consulta do resultado parcial do julgamento virtual não estava disponível para verificação pública. Apenas dias após o encerramento da apreciação pelo colegiado é que tal informação sobre o desfecho da ADI nº 6025 passou a ser de conhecimento da sociedade.

A bem da realidade, praticamente a sociedade brasileira não conseguiu acompanhar um julgamento que deveria ter sido transparente (artigo 37, *caput*, da Carta Magna) e objeto de ampla ciência da opinião pública, com a possibilidade de ser verificado o teor do voto do eminente Ministro relator e das razões da divergência apontada pelo respeitável Ministro Edson Fachin, de modo que, em processo dialógico, pudessem ser confirmadas ou infirmadas as conclusões dos demais julgadores. E, por que não dizer, os Ministros justificarem para a sociedade brasileira o porquê da não aceitação das teses arguidas pela PGR em sessão aberta.

Além do mais, a inclusão do processo para julgamento em meio a uma crise mundial de pandemia, com a alegação da União e de diversos Estados da Federação sobre a queda de arrecadação em função da política de isolamento social, indubitavelmente criou um cenário desfavorável ao julgamento da questão. Em que pese a inclusão de processos em pauta advenha de razões de conveniência e oportunidade do Supremo, é inconteste a dificuldade em debater questão pertinente à isenção tributária no decorrer de um surto de pandemia mundial onde muitos gestores públicos (políticos) pedem ao Poder Judiciário justamente a contenção de despesas orçamentárias. No entanto, outras questões da mais alta relevância em termos políticos e econômicos, a exemplo dos valores elevadíssimos e bilionários de recursos públicos do Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos, denominado Fundo Partidário, e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), não são objeto de contenção voluntária. Ou seja, para realizar direitos sociais existe preocupação com o alargamento de gastos públicos, mas para satisfazer partidos políticos e campanhas eleitorais, com dinheiro do contribuinte brasileiro, não.

Em palavras menos congestionadas, não é saudável à democracia brasileira que o Supremo recepcione argumentos estatais recorrentes de suposta dificuldade orçamentária – ou mesmo de uma pandemia por coronavírus – como justificativa para a negativa de direitos internacionais e constitucionais de pessoas com deficiência e com graves doenças. O que se aguarda de um Poder firme e forte como o Judiciário é justamente o inquebrantável dever de guardião da Constituição, notadamente em casos de alta significação para a República. Não pode, por isso, admitir a rejeição de políticas públicas, mesmo de ordem tributária, por insistente pressão política da União, do Distrito Federal e de Estados da Federação com o nítido caráter arrecadatório, sem demonstração de preocupação com o destino dos brasileiros acometidos por essas deficiências e enfermidades.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Essa, aliás, foi a impressão deixada pelo STF quanto à politização do julgamento pela Presidência da República e pelos Governadores do Estados e do Distrito Federal, ao se retirar de pauta uma ação constitucional do Plenário tradicional, levando-a a uma lista do Plenário Virtual, quando não seria o caso na forma regimental e, ainda, em prejuízo ao controle social da população em geral. Os julgadores, portanto, não deveriam se utilizar de um mecanismo regimental para promover um julgamento dessa envergadura sem uma motivação objetiva e competente esclarecimento aos cidadãos diretamente afetados, com as devidas vênias.

Por fim, e não menos importante, vale mencionar que recentemente, em 11/03/2020, o Supremo já havia firmado no Recurso Extraordinário (RE) nº 566.471/RN, com repercussão geral, o entendimento segundo o qual o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo solicitados judicialmente, quando não estiverem previstos na relação do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional, do Sistema Único de Saúde (SUS). As situações excepcionais ainda serão definidas na formulação da tese de repercussão geral (Tema 6), pendente de lavratura de acórdão.

Noutras palavras, em pouco mais de 1 (mês) a Corte Constitucional decidiu 2 (dois) processos da mais alta relevância para as pessoas com deficiência e doenças graves de que trata o artigo 6º, inciso XIV, da Lei Federal nº 7.713/1988 – ADI nº 6.025 e RE nº 566.471/RN – ambos no sentido da negativa de proteção jurídica a este grupo vulnerável sob o argumento de *custos dos direitos e reserva do possível*. Vale mencionar que muitas destas pessoas, agora, não poderão pleitear medicamentos necessários à sua vida e saúde, bem como também estarão sujeitas ao pagamento indevido de imposto de renda. Recursos financeiros estes que custeariam os medicamentos que a Suprema Corte os negou, à revelia do verdadeiro Estado de bem-estar social.

3. Conclusão

Frente ao exposto, é importante que se tenha uma maior atenção ao procedimento de tramitação e aos efeitos desta ADI nº 6.025 – inclusive no contexto da decisão proferida no RE nº 566.471/RN – a fim de que se busque correção da distorção arguida pela PGR, segundo a qual: "*Com a evolução da medicina, da ciência e da tecnologia, porém, muitas pessoas, mesmo acometidas por doenças graves, passaram a conseguir conciliar o seu tratamento com a atividade profissional, mas não são beneficiadas com a isenção do imposto de renda. Assim, ao ter tratamento jurídico menos benéfico de quem está em situação fática igual – considerando que o doente que permanece em atividade enfrenta sacrifícios semelhantes aos do aposentado acometido da mesma doença –, o trabalhador com doença grave tem a sua dignidade abalada e o seu direito ao tratamento inclusivo vilipendiado*".

Em que pese o acórdão da ADI nº 6.025 ainda esteja pendente de publicação, passível, portanto, de recurso pela via dos Embargos de Declaração (artigo 1.022 do CPC), é bastante provável que a via cognitiva limitada dos aclaratórios não proporcione alteração substancial na tese já fixada, de modo que, enquanto não ocorrer eventual superação do precedente (*overruling*) ou edição de lei em sentido formal prevendo tal isenção tributária, muitas vidas continuarão negativamente afetadas, com risco de agravamento de problemas de saúde e de óbitos prematuros e evitáveis.

Tratar, pois, a questão da ação em discussão genericamente no sentido da "*impossibilidade de o Poder Judiciário atuar como legislador*", à toda evidência, afasta-se da necessária realização da vontade constitucional e da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88 e artigo 3º do CPC). Não é por outra razão que a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB) prevê que: "*Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão*". Ora e as vidas dos cidadãos afetados por essa criticada decisão na ADI nº 6.025, como ficarão a partir de agora na dura realidade de convívio com deficiências e doenças graves? Na prática, as consequências serão nefastas passando desde a impossibilidade de tratamentos médicos até a privações de ordem pessoal e familiar na luta pela sua sobrevivência em condições dignas.

Afinal, é de se perguntar: está, *realmente*, na pauta do Supremo a inclusão social e a devida proteção jurídica às pessoas com deficiência e com doenças graves? Esperava-se que sim, porém os últimos julgamentos da referida Corte Constitucional caminharam, infelizmente, no sentido inverso. Trilharam o sentido da exclusão social.

4. Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 abr. 2020.

_____. LINDB. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 14 abr. 2020.

_____. Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/CONGRESSO/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 14 abr. 2020.

_____. Decreto Federal nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 14 abr. 2020.

_____. CPC. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 abr. 2020.

_____. Lei Federal nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7713.htm>. Acesso em: 14 abr. 2020.

_____. Lei Federal nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acesso em: 14 abr 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 6.025, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, ADI 4.071-AgR, Rel. Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, ADI 4.067-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno; ADI 5.104-MC, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno; e RE nº 566.471/RN, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 20 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5552342>. Acesso em: 20 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=437343&ori=1>. Acesso em: 20 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441746&ori=1>. Acesso em: 20 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/resolucao642.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Resolucao642alterada.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

_____. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: < https://www.oab.org.br/noticia/58060/stf-atende-oab-e-anuncia-que-votos-dos-ministros-serao-disponibilizados-na-internet-em-julgamento-virtual>. Acesso em: 20 abr. 2020.

NOTAS:

[1] Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5552342>. Acesso em: 20 abr. 2020.

[2] Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=437343&ori=1>. Acesso em: 20 abr. 2020.

[3] Supremo Tribunal Federal. ADI nº 6.025, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, ADI 4.071-AgR, Rel. Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, ADI 4.067-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno; ADI 5.104-MC, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno; e RE nº 566.471/RN, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 20 abr. 2020.

[4] Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441746&ori=1>. Acesso em: 20 abr. 2020.

[5] Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Resolucao642alterada.pdf>Acesso em: 20 abr. 2020.

[6] Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/58060/stf-atende-oab-e-anuncia-que-votos-dos-ministros-serao-disponibilizados-na-internet-em-julgamento-virtual>. Acesso em: 20 abr. 2020.

www.conteudojuridico.com.br

COLABORAÇÃO PREMIADA

GABRIEL MOREIRA MEDRADO: Bacharelando do Curso de Direito da Universidade Brasil, Campus Fernandópolis.

Artigo Científico apresentado no Curso de Direito da Universidade Brasil, Campus Fernandópolis, como complementação dos créditos necessários para obtenção de título de Bacharel em Direito. Orientadores: Prof. Me. Ademir Gasques Sanches e Profª. Me. Márcia Kazume Pereira Sato.

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo fazer uma análise geral da colaboração premiada em nosso sistema jurídico. A antiga delação teve sua primeira aparição há séculos atrás, mas passou a ser utilizada com maior frequência em nosso pais há alguns anos. Em 2013 com a criação da lei 12850/2013, o instituto da delação passou a ser denominado de colaboração premiada. A colaboração é um benefício dado ao indivíduo que contribui com a justiça, delatando determinado delito e quem foram seus comparsas, sua concessão é dada a partir do momento em que preenchido os requisitos determinados em lei. Seu instituto é presente na Lei de Drogas, nos crimes de extorsão mediante sequestro, crimes financeiros e principalmente na legislação de organização criminosa. Se tornou um mecanismo muito eficiente e que passou a solucionar muitas investigações complexas, que muitas vezes não havia solução.

Palavras-chaves: Colaboração Premiada, Instituto, Lei 12.850/2013.

ABSTRACT: This paper aims to make a general analysis of the awarded collaboration in our legal system. The old whistle had its first appearance centuries ago, but it was used more often in our country a few years ago. In 2013, with the creation of Law 12850/2013, the Institute of Delation became known as an award-winning collaboration. Collaboration is a benefit given to the individual who contributes to the justice, denouncing a certain offense and who were his cronies, its grant is given from the moment the requirements determined by law are met. Its institute is present in the Drug Law, extortion crimes through kidnapping, financial crimes and especially in criminal organization legislation. It has become a very efficient mechanism that has solved many complex investigations that were often unsolved.

Keywords: Awarded Collaboration, Institute, Law 12.850 / 2013.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 COLABORAÇÃO PREMIADA. 2.1 Origem da Delação Premiada no Brasil. 2.2 Conceito de Colaboração Premiada. 2.3 Requisitos para a concessão do benefício. 2.4 Valor probatório. 2.5 Previsão Legal. 2.5.1 Colaboração premiada no crime de extorsão mediante sequestro. 2.5.2 Colaboração premiada na lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional e na lei dos crimes contra a ordem tributária e econômica. 2.5.3 Colaboração premiada no crime de lavagem de dinheiro. 2.5.4 Colaboração premiada na lei de drogas. 3 DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS. 3.1 Definição e características de organização criminosa. 3.2 Diferença de organização criminosa e associação criminosa. 3.3 Tipificação do delito de organizações criminosa. 3.4 Prêmios legais ao Colaborador. 3.5 Retratação do acordo. 4 O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO. 5CONCLUSÃO. 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS .

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo traz uma análise geral do instituto da Colaboração Premiada em nosso ordenamento jurídico. Em seu primeiro momento iremos observar a origem e a evolução histórica do instituto em nosso país, tendo suas primeiras aparições em 1789, em Minas Gerais, que restou a consequência do enforcamento de Tiradentes. Na sequência há uma breve síntese acerca do conceito da Delação Premiada, quais os requisitos que precisam ser preenchidos para que haja a efetiva concessão do benefício ao delato, e qual o seu valor probatório para o nosso ordenamento jurídico.

Após isso, serão analisadas as previsões legais o instituto em nossa legislação, podendo ser encontrado nos crimes de extorsão mediante sequestro; nos crimes contra o sistema financeiro e ordem tributária e econômica; nos crimes de Lavagem de Dinheiro; na Lei de Drogas, mas o instituto será corriqueiramente utilizado nos crimes de organizações criminosas, no qual iremos observar um tópico específico sobre esse crime que é tão cometido em nossa sociedade, estudando seu conceito e suas principais características.

Por fim, iremos abordar qual a importância do instituto da Colaboração Premiada no combate ao crime organizado e se esse tipo de instrumento é eficaz para acabar definitivamente com esse delito, podendo o colaborador ter benefícios como: diminuição da pena; substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; perdão judicial; sobrestamento do prazo para oferecimento da denúncia ou suspensão do processo; não oferecimento de denúncia; causa de progressão de regimes, sendo assim uma forma de incentivo para que cada vez mais haja a colaboração dos participantes nos crimes organizados e nos demais crimes em que há previsão legal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2. COLABORAÇÃO PREMIADA

2.1 Origem da Delação Premiada no Brasil

O instituto da Delação Premiada vem com a tradição dos seres humanos, seus primeiros sinais são encontrados desde a época da Idade Média no percurso da Inquirição, no qual se habituava a dar um valor a confissão conforme ela acontecia.

No Brasil, surgiu na época da colonização do país por Portugal. Sua primeira aplicação foi por volta do ano de 1789, em Minas Gerais, quando o coronel Joaquim Silvério Reis entregou as pessoas envolvidas na atividade separatista, na época idealizado por Tiradentes, em decorrência das altas taxas cobradas por Portugal no período colonial, em consequência disso, Tiradentes foi levado a forca. Mas há relatos de o instituto da delação premiada já era previsto no período das Ordenações Filipinas, em 1603.

A Ordenações Filipinas, em seu Livro V, tratava da parte criminal na época, seu período de vigência de 1603 até o ano de 1830, quando passou a ser editado o Código Criminal do Império, essa Ordenação se tratava de uma reunião de normas jurídicas, que abordava em um título especifico sobre a delação premiada, possuindo a seguinte passagem "Como se perdoará aos malfeitores, que derem outros à prisão", trazendo assim em seu significado, de que os criminosos que faziam a delação premiada, seriam posteriormente perdoados de seus crimes, havendo um perdão judicial.

A delação premiada segue o modelo da justiça penal negocial, que teve grande ênfase nos Estados Unidos, uma vez que dado o pragmatismo do *common law*, que por meio da ideia de naturalidade e eficácia, passou-se a utilizar como estratégia de direito premial.

Outra origem da Delação é a justiça italiana, que segue à civil law, sendo o instituto utilizado como forma de combate ao terrorismo da época e posteriormente utilizado para combater os crimes organizados. Sendo assim, o ordenamento italiano possibilita não apenas a negociação sobre as penas impostas, como também sobre o rito no qual deve ser adotado no decorrer da persecução criminal.

Nos dias atuais desde 2013, com o adicionamento da lei 12850/2013, que revogou a lei 9034/95, o instituto da delação premiada passou a ser chamado de colaboração premiada, sobre a lei 1250/2013, voltamos a nos manifestar em momento oportuno.

2.2 Conceito de Colaboração Premiada

A colaboração premiada é um artificio de averiguação consistente na oferta de benefícios dado pelo Estado ao indivíduo que fazer a confissão e ajudar dando informações uteis ao esclarecimento do fato delituoso, além disso, o mesmo revela se houve partição de terceiros para a ocorrência do crime. Mas lembrando que para que haja a concessão do benefício, as informações necessariamente previsão contribuir com a cessação da conduta criminosa.

Quanto ao conceito jurídico sobre o instituto da colaboração, Capez (2010, p. 255), leciona que "consiste na afirmativa feita por um acusado, ao ser interrogado em juízo ou ouvido na polícia. Além de confessar a autoria de um fato criminoso, igualmente atribui a um terceiro a participação como seu comparsa"

A colaboração premiada constitui um elemento de aquisição de prova para o combate aos crimes organizados, uma vez que há a possibilidade de um membro da organização obter os meios de provas, prestando esclarecimentos de como funciona determinada organização criminosa, em troca de benefícios relativos à sua pena.

Em síntese, consiste na negociação do Estado com o delinquente, com o objetivo de adquirir informações uteis para que se possa resolver de forma eficaz os fatos delituosos praticados pelo investigado e a organização criminosa na qual o mesmo fazia parte.

A colaboração premiada tem a natureza jurídica de meio especial de obtenção da prova, materializado em um "acordo" reduzido a "termo" para devida homologação judicial (art. 4.º, §§ 6.º e 7.º, da LCO). Ela pode ser utilizada na fase pré-processual, fase judicial e fase pós-processual (na execução da pena)

Para o ministro Alexandre de Moraes do STF, trata-se de um instituto hibrido pois além de ser uma negociação é também um meio de obtenção de prova.

2.3 Requisitos para a concessão do beneficio

Para que o benefício seja concedido ao delator é necessário que haja o preenchimento de três essenciais requisito previsto em lei, quais sejam a voluntariedade, a eficácia da colaboração e que sejam favoráveis as circunstâncias objetivas e subjetivas.

A voluntariedade é um requisito indispensável, uma vez que a colaboração deve ocorrer de forma voluntaria, não podendo haver qualquer tipo de coação, seja física, psicológica, e é imprescindível a presença do advogado, e que haja concordância entre si. Sua presença é fundamental uma vez que é uma forma de evitar um possível vicio do acordo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Mais interessante é a voluntariedade. Ainda que não tenha sido do agente a iniciativa, ato voluntário é aquele que nasce da sua livre vontade, desprovido de qualquer tipo de constrangimento. Portanto, para que o agente faça jus aos prêmios legais referentes à colaboração premiada, nada impede que o agente tenha sido aconselhado e incentivado por terceiro, desde que não haja coação.

Muitos doutrinadores fazem uma distinção dentre a colaboração espontânea e a voluntaria, que está prevista em uma lei especifica de proteção a testemunhas e ofendidos. Sendo a diferença na realização no ato de delatar. A voluntária nada mais é do que a vontade livre do agente, mas que pode ocorrer a interferência de terceiros, desde que não haja qualquer tipo de pressão. Já a espontânea é o ato feito de vontade própria, mas de ação própria, sem qualquer interferência de outras pessoas. O art. 1°, § 5°, da Lei n" 9.613/98) diz que cooperação ser espontânea. Prevalece o entendimento de que a espontaneidade não é condição essencial para a aplicação dos prêmios legais inerentes à colaboração premiada.

Já a eficácia da colaboração diz respeito ao efeito das informações fornecidas pelo delator, sendo necessário que essas informações sejam aptas para auxiliar na investigação do delito em questão, sendo preciso obter resultados que estão previstos no artigo 4ª, em seus incisos, da Lei 12.850/2013, que são: identificação dos coautores e participes da organização criminosa na qual o investigado fazia parte; revelar quais as funções de cada membro dessa organização; que essas informações auxilie na recuperação do produto que incidiu a infração pena; e a localização da vítima, se o crime praticado fez alguma de refém.

Essas condições não são cumulativas, sendo preciso que o investigado cumpra apenas uma delas, mas se forem alcançados mais de um objetivo, e que seja de suma importância, maior será o benefício concedido pelas autoridades competentes.

Por fim as circunstancias objetivas e subjetivas favoráveis, pois para a permissão do benefício será levado em consideração a personalidade do delator, sua natureza, o quão for grave o delito que o mesmo praticou e qual a percussão que o mesmo teve em meio a sociedade.

Sendo assim, preenchidos de forma correta esses três requisitos, o delator terá imediatamente o seu benefício concedido pelo juiz, sendo esse benefício concedido ao delator como uma forma de apoio ao mesmo, pois entende-se que ele terá mudanças de vida consideradas drásticas, chegando a mudas de suas residências, de cidade ou até mesmo de pais, e não podemos nos esquecer que essa colaboração pode gerar certos transtornos psicológicos no agente, uma vez que as organizações criminosas não admitem serem “traídas” por seus ex integrantes, e o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

próprio Estado não possui recursos para garantir sua proteção, sua integridade física e de seus familiares.

2.4 Valor probatório

Utilizar a colaboração premiada como a única forma de prova é uma forma de violar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, como o direito à presunção de inocência, uma garantia de alto valor à população brasileira.

O artigo 4, em seu parágrafo 16, da Lei 12.850/2013 prevê que "nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador", sendo uma regra de muito valor. A delação é um meio de amparo, que auxilio o juiz em sua convicção, juntamente com o restante das provas colhidas no curso da investigação. Em resumo, a colaboração premiada ela não é utilizada como uma única forma de prova para condenar alguém

2. 5 Previsão Legal

A colaboração premiada está prevista em vários diplomas legais e em vários crimes, sendo artigo 159 do Código Penal que trata do crime de extorsão mediante sequestro; na Lei nº. 8.072/90, precisamente no § único do artigo 8º, sobre os crimes Hediondos; Lei nº.8.137/90 no artigo 16, § único, sobre os crimes contra a ordem Tributária, Econômica e contra as relações de Consumo; na Lei nº. 9.034/95 em seu artigo 6º sobre o crime Organizado; Lei nº.9.613/98 no artigo 1º, § 5º que versa sobre Lavagem de Dinheiro; na Lei nº.9.807/99 no artigo 14 sobre a Proteção a Vítimas e Testemunhas, e por último na Lei 10.409/02 no artigo 32, §2º sobre a repressão de Tóxicos, em todos os casos há a redução da pena, ou até mesmo o perdão judicial. Nos dias atuais, a recorrente utilização da colaboração premiada é nos crimes de organização criminosa, que veremos em um capitulo especifico.

***2.5.1* Colaboração premiada no crime de extorsão mediante sequestro**

Como já vimos, a delação premiada tem como objetivo a obtenção de informações uteis para a resolução de algum tipo de crime, possuindo assim o delator o benefício da redução das penas.

O crime de extorsão mediante sequestro, em seu dispositivo legal, traz o instituto da delação premiada, o qual transcrevo abaixo:

> Art. 159 – Sequestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> § 4º – Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.

O parágrafo acima foi inserido no Código Penal pela Lei 8.072/1990 e alterada pera Lei 9.269/1996. Trata-se de um benefício de diminuição de pena, e para que seja concedido é necessário haver o concurso de pessoas e que qualquer uma delas, se arrependendo posteriormente do delito cometido, delate as demais pessoas às autoridades responsáveis pela investigação. Como o dispositivo utiliza a palavra "concorrente", a deleção pode ser feita tanto pelo coautor ou pelo participe. Para ocorrer o benefício, é preciso que as informações dada pelo agente facilite a localização da vítima e a libertação do sequestrado.

2.5.2 Colaboração premiada na lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional e na lei dos crimes contra a ordem tributária e econômica

O instituto está previsto no artigo 25, parágrafo 2, da Lei 7.492/1986, seguindo a seguinte redação:

> Art. 25 – § 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

Sendo assim instituída a causa de diminuição de pena para aquele que confessar espontaneamente que cometeu o crime em questão, e posteriormente mostrar os esquemas da organização criminosa.

2.5.3 Colaboração premiada no crime de lavagem de dinheiro

Lavagem de dinheiro alude sobre a pratica de crimes econômico-financeiras e tem por finalidade ocultar a origem ilícita de certos ativos financeiros ou bens. Sua principal definição se encontra no artigo 1, caput, da Lei 9.613/1998. O instituto da Delação se encontra no parágrafo 5, da artigo acima citado, vejamos:

> § 5º A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para que o benefício seja concedido, é necessário que o colaborador seja sujeito ativo do crime e que suas informações sejam suficientes para a apuração do crime em questão. Aquele que colabora de forma espontânea com a justiça, terá uma redução de um a dois terços e concessão de regime aberto, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou perdão judicial.

2.5.4 Colaboração premiada na lei de drogas

Na lei 11.343/2006, dispõe sobre o tráfico de drogas, e em seu artigo 41, caput, traz a colaboração premiada como benefício ao investigado que colabora com a instrução penal e com o processo criminal, identificando os demais coautores e participes, e na recuperação, seja total ou parcial, dos produtos do crime. Não é necessário que o crime seja praticado em associação criminosa, podendo apenas haver o concurso de pessoas. Sua pena será reduzida de um terço a dois terços.

> Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços

Seguindo esses requisitos supracitados no artigo, o benefício será concedido ao delator.

3. DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

A organização criminosa pode ser determinada como uma conduta do ser humano que prejudica ou coloca em risco um bem jurídico que é resguardado pela lei. Com o crescimento das vias de comunicação, e com o desenvolvimento da tecnologia, houve um grande aumento na criminalidade e consequentemente nos crimes cometidos por organizações criminosas. Com o projeto de Lei nº 3.516/2019, foi criado para uma abertura em busca de concretas caracterizações do crime organizado, usando os meios funcionais como forma de combate e de prevenção do mesmo.

Então pode-se determinar que organização criminosa é um grupo que de acordo com sua personalidade demonstra um estrutura criminal, atuando em diversas partes do pais e até mesmo do mundo. O crime organizado se tornou um problema mundial, se transformando em um desafio para as autoridade e até mesmo a sociedade, sendo de grande complexidade o seu combate. No Brasil, as organizações mais famosas são Primeiro Comando da Capital, famosamente conhecido como PCC, foi criado nos anos de 1993 e formado em um presidio no interior do Estado de São Paulo, tem como principal alvo extorquir presos e seus

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

familiares; de comandar os presídios e o tráfico de drogas. E a Comando Vermelho, também conhecido como CV, sua formação foi em meados de 1980, no presídio de Ilha Grande, no Estado de Rio de Janeiro, seu objetivo era a predominância do tráfico de drogas nas respectivas favelas do Estado.

3.1 Definição e características de organização criminosa

Definir organização criminosa é uma tarefa muito complexa, devido ao seu caráter Identificar e definir o crime organizado, bem como as organizações criminosas é uma tarefa árdua, devido ao caráter complicado e modificável, dessa forma existe duas correntes acerca desse assunto uma defendendo que é necessário de uma tipificação, em outras palavras, seria necessário o desenvolvimento de um conceito especifico na própria lei, proporcionando assim uma segurança aos envolvidos e também para as investigações. Já os aderentes a segunda corrente defendem que observado que o crime se decorreu de forma organizada de forma macro e mesocriminalidade, e verificado a frase "organização ou associação criminosas de qualquer tipo" já automaticamente cumpre sua colocação, não sendo necessário a tipificação para se estabelecer um conceito.

Suas características são peculiares de forma que auxilia o Estado na repreensão deste tipo penal, vejamos a seguir suas principais características, que são:

a) As Organizações Criminosas possuem uma base similar com o de uma empresa, no qual, haverá um indivíduo, considerado o chefe, que dará ordens aos seus submissos. Dentro dessa estrutura, haverá uma divisão de tarefas e funções, priorizando a obtenção de lucros que irão originar das condutas delituosas.

b) Haverá uma ligação entro o Estado, o crime organizado e a corrupção, uma vez que muitos administradores públicos e até mesmo os órgão do Estado praticam cada vez mais essas pessoas se envolvem com organizações criminosas. Já a corrupção é uma forma de contribuição para a impunidade, que resulta na omissão desses agentes estatais, auxiliando no cometimento das práticas criminosas, buscando uma vantagem indevida.

c) Outra característica é que as organizações criminosas não visam uma vítima em especifico, podendo ser qualquer tipo de pessoa, que estejam apenas ligadas as circunstâncias do fato delituoso.

d) A transformação, pois as organizações se modificam com muita rapidez, com a intensão de desviar o foco dos agentes de investigação. Diante disso, o combate à esse tipo de delito é muito difícil.

e) Outro mecanismo meio muito utilizado por essas organizações é que elas prestam assistência as famílias pobres que são comandadas por elas, havendo uma troca de serviço entre as famílias e essas organizações. Isso

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ajuda no crescimento e no auxilio desse crime, uma vez que há um apoio dos populares que são amparados pelos mesmos, se tornando uma estratégia dos chefes de organizações.

f) O Estado paralelo é uma característica também pois todas as vezes que há uma inercia do governo ou falta de comando por parte da segurança pública, surge de forma natural as organizações criminosas para suprir a ausência do Estado no cumprimento de seus deveres, como é o caso das favelas olvidadas pelo governo e que posteriormente são comandadas por grandes organizações criminosas.

g) E por fim, e não menos importante, as organizações criminosas possuem o poder de ultrapassar as fronteiras brasileiras, se ampliando para outros países e se associando a outras organizações, passando assim ser um problema não só nacional, como também mundial.

3.2 Diferença de organização criminosa e associação criminosa

Para a constituição de uma organização criminosa é preciso a corporação de grupos de 4 (quatro) ou mais pessoas, que seguiam uma estrutura empresarial com funções dividas entre os integrantes da mesma. Busca como finalidade a obtenção de quaisquer benefícios com o cometimento dos crimes nos quais cometem, sendo assim seu principal objetivo os resultados obtidos com as infrações, como lucros, vantagens de qualquer natureza. Sua sanção penal é pena de mais de 4 (quatro) anos.

Já o tipo penal de associação criminosa é um grupo formado por 3 (três) ou mais pessoas, não há uma estrutura empresarial, sendo sua finalidade é praticar crimes sem qualquer tipo de planejamento para cometer o mesmo. Sua pena é de inferior a 4 (quatro) anos. Sua previsão legal se encontra no artigo 288 do Código Penal vigente.

3.3 Tipificação do delito de organizações criminosa

O tipo penal é previsto no artigo 2, da Lei 12.850/2013, sendo seu núcleo do tipo apresentado por vários verbos, sendo "promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa, deixando assim de ser um meio para a realização de crimes, passando a ser um delito autônomo. Para quem comete esse tipo penal, será punido de 3 (três) a 8 (oito) anos de reclusão, além de multa.

O sujeito ativo do crime é comum, ou seja, pode ser praticado por qualquer indivíduo. É necessário haver o concurso de pessoas e que suas condutas sejam de auxiliando uma a outra, prevendo a lei que é preciso 4 (quatro) integrantes, podendo ser incluída pessoas inimputáveis ou não identificas, mas desde que tenham participado na divisão de tarefas dentro da organização. Trata-se de crime formal,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

sendo apenas necessário a pratica de alguns dos verbos do artigo acima citado, para haver a consumação.

Sua objetividade jurídica é a proteção da paz pública. A conduta punível é aquela praticada com dolo, ou seja, que o indivíduo tem o livre arbítrio para escolher se associar a organização, não havendo qualquer tipo de interferência dos demais participantes, com o fim de obter alguma vantagem com as práticas dos crimes. A forma culposa é inaceitável, mas caso houver o *animus* para a pratica de um certo delito, responderá pelo concurso eventual de pessoas. Sua forma tentada não é admissível.

3.4 Prêmios legais ao Colaborador:

Lei n° 12.850/13 prevê os seguintes prêmios legais para o colaborador:

a) diminuição da pena: faz referência apenas ao máximo de diminuição de pena- 2/3 (dois terços). Essa Lei de Organizações Criminosas também prevê a possibilidade de redução da pena na hipótese de a colaboração ocorrer após a sentença. Nesse caso, a pena poderá ser reduzida até a metade (art. 4°, § 5°);

b) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos: art. 4°, caput, da Lei n° 12.850/13, refere-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sem fazer qualquer remissão ao disposto no art. 44 do Código Penal, o ideal é concluir que esta substituição deverá ser feita independentemente da observância de tais requisitos;

c) perdão judicial e consequente extinção da punibilidade (art. 4o, § 2°, da Lei n° 12.850/13);

d) sobrestamento do prazo para oferecimento da denúncia ou suspensão do processo: Possível com a suspensão da prescrição. O art. 4°, § 3°, da Lei n° 12.850/13, que permite que o prazo para oferecimento da denúncia ou o próprio processo, relativos ao colaborador, seja suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional. Esta paralisação da persecução penal está restrita ao colaborador, não devendo abranger os demais investigados (ou acusados) para que não haja um prolongamento indevido das investigações (ou do processo).

e) não oferecimento de denúncia: Em regra, a concessão dos diversos prêmios legais está condicionada à sentença final condenatória, sem a qual não se poderia pensar em diminuição de pena, substituição por restritiva de direitos ou perdão judicial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nos mesmos moldes que o acordo de leniência, espécie de colaboração premiada prevista no art. 87 da Lei n° 12.529/11 para os crimes contra a ordem econômico-financeira, o art. 4°, § 4°, da Lei no 12.850/13, passou a prever que, nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se preenchidos dois requisitos concomitantemente:

- O colaborador não for o líder da organização criminosa;

- O colaborador for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

Trata-se de uma exceção ao princípio da obrigatoriedade, porquanto o órgão ministerial poderá deixar de oferecer denúncia se a colaboração levar à consecução de um dos resultados constantes dos incisos do art. 4°. Apesar de o legislador ter previsto a possibilidade de não oferecimento da denúncia, nada disse quanto ao fundamento de direito material a ser utilizado para fins de arquivamento do Inquérito Policial.

f) Causa de progressão de regimes: Em regra, a progressão de regimes está condicionada ao cumprimento de ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e à ostentação de bom comportamento carcerário. (Art. 112 da LEP).

Com o objetivo de incentivar a colaboração premiada, a Lei n° 12.850/13 também passou a prever que, na hipótese de a colaboração premiada ser posterior à sentença, será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos (art. 4°, § 5°). De se notar que o dispositivo legal sob comento ressalva apenas os requisitos objetivos. Por consequência, mesmo que a colaboração premiada posterior à sentença seja objetivamente eficaz para a consecução de um dos resultados previstos nos incisos do art. 4°, a progressão de regimes ainda depende da observância dos requisitos subjetivos, ou seja, ao bom comportamento carcerário do condenado.

3.5 Retratação do acordo.

Acordo é convergência de vontades. No caso da colaboração premiada, o Estado tem interesse em informações que só podem ser fornecidas por um dos coautores ou partícipes do crime. O acusado, por sua vez, deseja ser beneficiado com um dos diversos prêmios legais previstos em lei.

Por consequência, antes da homologação do acordo pela autoridade judiciária competente, é perfeitamente possível que as partes resolvam se retratar da proposta, nos termos do art. 4°, § 10, da Lei n° 12.850/13, hipótese em que as provas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

4. O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

Há uma grande dificuldade para a obtenção de provas cabais para combater a atuação das organizações criminosas, não sendo muito eficaz as tradições formas de investigações. A lei 12.850/2013, traz a colaboração premiada, podendo acontecer tanto na fase investigatória, quanto na fase da ação penal.

A colaboração premiada foi introduzida como forma de aperfeiçoamento dos artifícios investigatórios, uma vez que os meios corriqueiros de investigação não são suficientes para acabar com as organizações. A colaboração premiada é uma forma de benefício, sendo equiparado com o arrependimento processual.

Esse instituto foi criado a mais ou menos uns 25 (vinte e cinco) anos, mas o momento em que se mais utilizou esse meio de "prova" é nos dias atuais. É corriqueiro observados nos jornais, telejornais, a utilização da deleção premiada para se chegar no núcleo da organização criminosa.

Aquele que colabora com as investigações para combater o crime organizado, tem direitos a benefícios oferecidos pelas autoridades, que são: o perdão judicial, a diminuição de dois terços da pena privativa de liberdade ou até substituir a mesma por uma pena restritiva de direito. Mas para se ter acesso ao benefícios é necessário preencher alguns requisitos, como a voluntariedade, a importância da colaboração, e eficácia da mesma. Para que seja relevante e eficiente é necessário seguir os incisos de I a V, do artigo 4º, da Lei de organizações criminosas.

Há muitos entendimentos doutrinários que colocam que a colaboração premiada é uma forma de "traição", mas é nítido que esse instituto é um instrumento muito eficaz no combate ao crime de organizações criminosas, uma vez que esse tipo penal é muito complexo e difícil de se combater com os meios tradicionais de investigação. A delação premiada pode enfraquecer de forma muito significativa a impunidade, já que atinge criminosos grandes e que certamente escapariam da justiça por meios utilizados dentro da própria organização criminosa.

5. CONCLUSÃO

Conclui-se assim, que a colaboração premiada é um instituto que passou a ser muito utilizado nos dias atuais, mesmo que sua primeira aparição tenha sido a séculos atrás. Esse instituto se mostra muito eficaz para a solução de crimes no qual

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

há a previsão legal, sendo assim um meio de prova fundamental para se chegar até o final das investigações e até mesmo das ações penais.

Ao reintroduzir a delação premiada no nosso ordenamento jurídicos, buscou-se alternativa para frear os avanços dos crimes organizados, que a cada anos crescem e se fortalecem em nossa sociedade, seja pela atual situação de desigualdade social, ou formas de discriminação. Com a conduta do delator que admite a pratica de um crime, bem como seu auxilio perante as autoridades competentes, e com essa atitude impede a pratica de continuada do crime, é merecedor de um prêmio, incentivando através de benefícios processuais ou penais por ter ajudado os agentes estatais.

A colaboração premiada não é concedida a qualquer circunstância, mas para que isso ocorra, é necessário observar a legislação que regulamenta o instituto, verificando a situação em si, o motivo e os requisitos, protegendo a sociedade dos crimes organizados. Diferente do que muitos pensam, o maior benefício da delação é auferido pela população em geral. Portanto, é necessário enxergar que o pais está cheio de crimes de alto potencial ofensivo, sobrevindos dos crimes organizados. Mas são só os crimes organizados, a delação premiada é prevista então em outros crimes como o tráfico de drogas, nos crimes de lavagem de dinheiro, entre outros.

Sendo as informações do delator precisas, o mesmo tem direito a benefícios, podendo ser uma redução de sua pena ou até mesmo um perdão judicial imposto pela autoridade competente, estando sempre baseada nas demais provas colhidas ao longo das investigações.

Hoje em dia, a colaboração premiada passou a ser um mecanismo importantíssimo de valor, que tem um poderoso meio de desarticulação dos crimes no quais estão previsto esse instituto, devendo ser empregado, conforme os termos das leis vigentes, em favor da preservação dos bens jurídicos coletivos e do próprio pais.

6.REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ANCELMO, Marcio Adriano. **O conceito de organização criminosa e crime institucionalizado**. Consultor Jurídico. 27/06/2017. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2017-jun-27/conceito-organizacao-criminosa-crime-institucionalizado>. Acesso em: 05/11/2019

ANTONIOLLI, Bárbara Virgínia**. A eficácia da Colaboração Premiada como meio de obtenção de prova no combate ao crime organizado**. 2017. 69 p. Monografia. (Graduação em Direito) - Universidade de Santa Cruz do Sul- Santa Cruz do Sul. 2017

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

AZEVEDO, Lenilson Silva de. **Delação Premiada à brasileira: algumas questões relacionados à constitucionalidade e à eticidade**. 21 p. Trabalho de Conclusão de Curso. (Graduação em Direito)- Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Rio Grande do Norte.

BAYER, Diego Augusto. **Breve análise do conceito de crime, sujeito ativo, passivo e objetos.** 10/2013. Disponível em:< https://diegobayer.jusbrasil.com.br/artigos/121943206/breve-analise-do-conceito-de-crime-sujeito-ativo-passivo-e-objetos>. Acesso em: 05/11/2019

FERREIRA, Ynhoene de Carvalho. **A importância do instituto da Delação Premiada no combate ao crime organizad**o. 2010. 88 p. Monografia. (Graduação em Direito)- Mantenedora da Faculdade do Vale do Ipojuca- Caruaru. 2010.

LEAL, Celso Costa Lima Verde. **Valor probatório da delação premiada no Brasil e no direito comparado**. 09/2010. Disponível em:< https://jus.com.br/artigos/17390/valor-probatorio-da-delacao-premiada-no-brasil-e-no-direito-comparado>. Acesso em: 05/11/2019

MENDONÇA, Ana Paula Gadelha. **A Aplicabilidade Da Delação Premiada Na Nova Lei De Crime Organizado (Lei 12.850\13)**. 2014. 22 p. Artigo Científico. (Pós-Graduação Lato Sensu) - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro- Rio de Janeiro. 2014.

PLANALTO. Lei 12.850/2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal.** Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 05/11/2019

SANTOS, Cleopas Isaias. ALVES, Juliana Ribeiro. CASTRO, Manuella B. **Delação premiada e o crime organizado. Reflexos do instituto do processo penal.** 06/2017. Disponível em:< https://jus.com.br/artigos/58773/delacao-premiada-e-o-crime-organizado>. Acesso em: 04/11/2019

SILVA, Eder Nunes da. **Instituto da delação premiada no combate aos crimes organizados**. 02/2017. Disponível em:< https://jus.com.br/artigos/56076/o-instituto-da-colaboracao-premiada-no-combate-ao-crime-organizado>. Acesso em: 04/11/2019

TOMAZINI, Andressa. **Colaboração premiada e delação premiada: delimitando conceitos**. 03/10/2018. Disponível

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

em:< https://canalcienciascriminais.com.br/colaboracao-delacao-premiada/>. Acesso em: 04/11/2019

ZAULI, Guilherme Sales Meira. **A prova no processo penal brasileiro: a natureza e o valor probante da delação premiada.** 08/2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59505/a-prova-no-processo-penal-brasileiro-a-natureza-e-o-valor-probante-da-delacao-premiada>. Acesso em: 05/11/2019

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DIREITO SISTÊMICO COMO MÉTODO EFICAZ E EFICIENTE DE RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS: DO TRATO MAIS HUMANITÁRIO NA AUTOCOMPOSIÇÃO DE LITÍGIOS.

JEFFERSON LUIZ CATARINO DE MORAIS FILHO: Bacharelando no Curso de Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à coordenação do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho, como requisito obrigatório para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador: Fabricio de Farias Carvalho[1] Orientado: Jefferson Luiz Catarino de Morais Filho[2]

RESUMO: O presente artigo visa reforçar a eficiência que já vem sendo constatada na prática acerca da aplicação da técnica terapêutica de Bert Hellinger no processualismo brasileiro. Esta ciência, implementada aos métodos adequados de resolução de conflitos consensuais (mediação e conciliação), resultou numa cooperação entre áreas distintas, mas bem afins (direito e psicologia), com resultados nunca obtidos sem a aplicação de tal técnica. Em contrapartida, pretende-se salientar os aspectos que permitem a eficácia e eficiência dessa cooperação sistêmica, sendo inevitável a discussão de temas que exorbitam a Ciência Jurídica, ainda que com ela relacionada por meio dos Princípios Norteadores do Direito, evidenciando um elo que não estava sendo mantido e observado como deveria, em prol da bem estar social, qualidade das relações pessoais/sociais, celeridade e funcionamento eficiente da máquina jurídica de acordo com a função do Direito. Nesse sentido, destaca-se esse artigo essencialmente por convalidar na história do trato das questões humanas a observância à pontos internos da vida, a fim de desvendar e rebater o mal real do litígio.

Palavras-chave: Direito Sistêmico, Constelações Familiares, Mediação de conflitos, Paz Social

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. MÉTODOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 2.1 A CONSTELAÇÃO FAMILIAR COMO FERRAMENTA AUXILIADORA NA PACIFICAÇÃO DE CONFLITOS E DIREITO SISTÊMICO DE SAMI STORCH. 3. CONCLUSÃO. 4. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A condição humana desencadeia o histórico individuo-social recheado de pontos que se originam no metafísico da existência, tal proposição se destaca quando trata-se da evolução do ser humano: 'ser conflituoso', 'ser consciente', 'ser social', 'ser universal', 'ser indivíduo'.

No tocante ao conflito, leis universais expressadas através de múltiplas ciências atribuem a vida ao equilíbrio. O arranjo matemático que traduz todo o universo onde o ser humano é integrado, não permite uma polaridade única. Implica isto na admissão do dualismo de forças a nível cósmico, holístico (visão do todo), sendo o conflito e sua solução uma forma de compreensão da condição humana. Para tanto, técnicas de resolução de conflitos foram aprimoradas primeiramente fora do meio jurídico e posteriormente nesta também, com intuito de regular uma massa de causas e efeitos capaz de provocar desalinhamento na ordem individual, familiar e social.

Entretanto, fato é o desconhecimento do Direito à causa 'profunda' dos conflitos, passando invisível aos olhos da máquina jurídica do onde, como, quando, por quê surgem tais conflitos. Sem o desdobramento dessas respostas uma sentença ou decisão normativa-judicial não produzirá efeito de real satisfação, duradouro, eficiente por não se relacionar com a causa real do sofrimento. Evidencia-se aí uma precariedade na máquina auxiliadora de conflitos (judiciário), quando a não observação mais aprofundada das questões humanas falha, acarretando na não solução do litigio, perpetuando entre as partes um ressentimento que lhes intriga, assolando suas relações, que por vez, esse efeito de sofrimento interpartes ressoa na sociedade como um todo (como uma expansão de onda que origina-se num epicentro), onde a baixa vibração dos pensamentos e ações de uns afetará os demais mais próximos encadeando-os à essa energia, resumindo uma sociedade de aflitos conflitantes enquanto o tempo passa e a própria cultura de "brigar" se confirma.

A cooperação entre operadores do direito e profissionais da área da psicologia que aliam-se pelo fim do litigio, reforça a interdisciplinaridade necessária à consecução de pacificação. No direito, tal interdisciplinaridade é um salto na qualidade do trato jurídico às partes do processo, na promoção de ordem e paz social e na celeridade processual, além de desvencilhar-se do modelo tradicionalista de trato aos conflitos (numa cultura sócio jurídica que reforça a polarização adversarial).

Diante desse raciocínio, este estudo analisa a implementação da técnica terapêutica desenvolvida por um psicoterapeuta alemão, Bert Hellinger, nas práticas de resolução de conflitos consensuais no âmbito jurídico (mediação e conciliação), onde visa-se dissecar profundamente (mediante dinâmicas reveladoras entre as partes, facilitadores do consenso e terceiros) as questões litigiosas, para, então, com maior embasamento cientifico, auxiliar na busca pelo consenso.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A aliança de uma técnica fundamentada na ciência invisível do átomo com outra estruturada na literalidade de normas e procedimentos, têm, como propósito, ultrapassar a superficialidade dos consensos e sentenças impostas, almejando atingir mais que um simples acordo pois busca-se aqui o alinhamento e pacificação das relações (cuidando de pontos internos no modo individual, familiar e social por encadeamento) de modo que o sucesso dessa empreitada resulta numa paz buscada e compreendida que reverbera em toda sociedade.

Ademais, este artigo pretende expor à luz cientifica uma análise encadeada de estudos que parte da lei (defensora e estimuladora da justiça pacifica) perpassando pelo desdobramento acerca da técnica terapêutica de Bert que vem sendo utilizada como ferramenta de pacificação de conflitos no âmbito jurídico brasileiro, resultando num salto positivo inovador na eficiência da prestação de serviço jurídico à sociedade e seus indivíduos.

2. MÉTODOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A Constituição (em seu artigo 5º, inciso, XXXV) ao dispor que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça de direito" possibilita a resolução de litígios sem que haja uma necessariamente uma sentença. Para isso, a jurisdição é exercida por meio de profissionais como conciliadores, mediadores e facilitadores, bem como os operadores do direito ao qual é exigido trabalho em respostas adequadas às questões jurídicas.

Ter suas questões judicializadas, se preciso, é um direito fundamental do cidadão, sendo cabível, de acordo com o novo Código de Processo Civil brasileiro (Lei nº 13.105/15), os "Métodos Adequados de Solução de Conflitos".

A questão do tempo dos processos sempre foi pertinente no Judiciário. Ampliando este raciocínio temos um quadro moroso, que ainda há de terminar com uma decisão jurídica conforme a legalidade mas dissonante de uma verdadeira solução que causa os conflitos. Ou seja, eis decisões jurídicas que vigoram como uma medida paliativa, que aliviam momentaneamente a dor do conflito, seguido do retorno do conflito após um determinado tempo. Assim, novo procedimento é requerido, reincidindo no serviço jurídico com a busca de uma solução evidentemente invisível, despercebida ou negligenciada aos olhos tradicionais do Direito.

> (...)o sistema jurídico é "cognitivamente aberto", o quer dizer que é estimulado pelas informações do ambiente. No caso específico do sistema legal, ele retira parte de sua dinâmica própria do processamento que realiza, segundo seu código,

> dos estímulos dos demais subsistemas sociais: político, econômico, educacional, moral etc. Na verdade, a fricção entre os subsistemas auto-referenciados e o ambiente é o que produz informação. Isso não seria possível, no entanto, se o sistema legal fosse apenas um sistema de normas e o ambiente fosse apenas cognição. Luhmann (1986, p. 114) enfatiza, então, que o sistema legal não é um sistema normativo no sentido de seus componentes serem os conteúdos das normas, ou no sentido ainda de "determinarem" o funcionamento do ambiente, mas sim um sistema de operações legais que usa sua auto-referência normativa para reproduzir a si próprio e para selecionar informações do meio. (LUHMANN, 1986 apud MELLO, 2004).

Há, então, uma falha que evidencia desconexão com o elemento humano, onde tem sido cego ao direito e suas ferramentas de autocomposição a real causa geradora dos conflitos, procrastinando a máquina jurídica (e política) à funcionar eficientemente, produzindo decisões padronizadas (quando cada conflito judicializado é movido por um histórico de sentimentos únicos da relação) de modo frio, calculista, assentimental, ocasionando aí o probabilíssimo retorno do conflito em formato de lide.

Uma mudança de paradigma é tema recorrente sempre que um modelo não apresenta a eficiência almejada e nesta empreitada é relevante o Magistrado, passando a atuar como conciliador e pacificador, almejando paz e ordem social por meio do cuidado e exploração da psique humana de forma mais pontual, direto na raiz do problema.

Os métodos adequados de resolução de conflitos são ferramentas em desenvolvimento de eficiência louvável, finalísticas na desburocratização do judiciário e celeridade em encontrar soluções para as questões litigiosas sem menosprezar a subjetividade e amplitude elementar do ser humano. Esses métodos, consonantes com os princípios constitucionais brasileiros, representam otimizações na consecução de uma justiça mais democrática e humanitária por meio do Poder Judiciário. Os principais métodos adequados elencados em lei são: Arbitragem, Mediação e Conciliação, sendo o primeiro método heterocompositivo e particular (quando um terceiro escolhido pelos litigantes impõe uma decisão devendo as partes cumprir), que difere da mediação e conciliação (método autocompositivo sem decisão que seja proferida e imposta).

Defende o Novo Código de Processso Civil (Lei 13.105/2015) alternativas que viabilizam a resolução de conflitos: "art. 3, §3: A conciliação, a mediação e outros

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial."

Há, ainda, incentivo para que se crie centros judiciários que estimulem a autocomposição. Dispõe o CPC/2015 no artigo de lei 165: "Os tribunais criarão centros judiciários de solução de conflito, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição."

O estado legalizou a colaboração e cooperação nos lítigios por meio de dispositivos que orientam conjuntamente com o Código de Processo Civil, como a Lei de Mediação – Lei 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Há, na seara da resolução por consenso, distinção da conciliação (o terceiro que auxilia a pacificação pode propor acordo às partes mantendo imparcialidade) e mediação, quando o mediador não poderá propor acordo, emergindo o caráter resolutivo da conciliação. Salienta acerca disso, Francisco José Cahali:

> A conciliação tem, historicamente, intimidade com o Judiciário, verificada a sua incidência no curso do processo, por iniciativa do próprio magistrado (...). Porém, ganha cada vez mais espaço a utilização deste meio alternativo de solução de conflito extrajudicialmente, através de profissionais independentes ou instituições próprias.
>
> O conciliador intervém com o propósito de mostrar às partes as vantagens de uma composição, esclarecendo sobre os riscos de a demanda ser judicializada. Deve, porém, criar ambiente propício para serem superadas as animosidades. Como terceiro imparcial, sua tarefa é incentivar as partes a propor soluções que lhes sejam favoráveis. Mas o conciliador deve ir além para se chegar ao acordo: deve fazer propostas equilibradas e viáveis, exercendo, no limite do razoável, influência no convencimento dos interessados (CAHALI, 2012, p.39/40).

Daniel Amorim Assumpçao Neves (2016), sustenta que "diferente do que ocorre na conciliação, a mediação não é centrada no conflito em si, mas sim em suas causas", alvo é, portanto, a raiz geradora do conflito (consubstanciada na consciência, subconsciência e inconsciência), atribuindo um grau de complexidade mais elevado à mediação, precisando a esta um tempo maior de duração. Francisco José Cahalli diz:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> A principal função do mediador é conduzir as partes ao seu apoderamento, ou seja, à conscientização de seus atos (...). O mediador não julga, não intervém nas decisões, tampouco se intromete nas propostas, oferecendo opções. O que faz é a 'terapia do vínculo conflitivo', sem apresentar propostas ou sugestões de resolução, pois estas deverão vir dos próprios mediados, com amadurecimento quanto à relação conflituosa. Como se vê, uma diferença fundamental da mediação em relação à conciliação é que naquela o mediador não faz propostas de acordo, mas apenas tenta reaproximar as partes para que elas próprias consigam alcançar uma situação consensual de vantagem (CAHALI, 2012, p.40/41).

Ganhou força, a aplicação da mediação, após sua implementação legal no Novo Código Processual Civil de 2015, onde so era método legalmente previsto a conciliação no Código de Processo Civil de 1973. Assim, menor resistência cultural e legal era imposta à mediação, significando, no cenário jurídico brasileiro, uma desjudicialização (pelo fato do consenso carecer de decisão judicial ou de terceiros à relação), favorecendo o aperfeiçoamento desse método adequado de resolução de conflitos, efetivando o compromisso constitucional de buscar por soluções pacíficas nas controvérsias, otimizando o funcionamento da máquina judiciária e disseminando verdadeiras pacificações.

2.1 A CONSTELAÇÃO FAMILIAR COMO FERRAMENTA EFICIENTE NA PACIFICAÇÃO DE CONFLITOS E DIREITO SISTÊMICO DE SAMI STORCH

As abordagens por meio das técnicas das constelações familiares favorecem aos envolvidos um entendimento raiz e pouco superficial de suas questões pertinentes que causaram litígio, sobrevindo conciliações mais sólidas e prósperas entre as partes após ciência de suas questões numa perspectiva fenomenológica/metafísica.

A prática amplia a efetividade da justiça e, principalmente, nas relações interpessoais, pois ensina a olhar com mais pessoalidade, respeito e consideração entre os polos em conflito.

> As constelações familiares consistem em um trabalho no qual pessoas são convidadas a representar membros da família de uma outra pessoa (o cliente) e, ao serem posicionadas umas em relação às outras, sentem como se fossem as próprias pessoas representadas, expressando seus sentimentos de forma impressionante, ainda que não as conheçam. Vêm à tona

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> as dinâmicas ocultas no sistema do cliente que lhe causam os transtornos, mesmo que relativas a fatos ocorridos em gerações passadas, inclusive fatos que ele desconhece. Pode-se propor frases e movimentos que desfaçam os emaranhamentos, restabelecendo-se a ordem, unindo os que no passado foram separados, proporcionando alívio a todos os membros da família e fazendo desaparecer a necessidade inconsciente do conflito, trazendo paz às relações.
>
> O Direito sistêmico vê as partes em conflito como membros de um mesmo sistema, ao mesmo tempo em que vê cada uma delas vinculada a outros sistemas dos quais simultaneamente façam parte (família, categoria profissional, etnia, religião etc.) e busca encontrar a solução que, considerando todo esse contexto, traga maior equilíbrio (STORCH, 2018).

O Judiciário utiliza-se de sessões coletivas para atingir um número maior de pessoas em litígio, fazendo com que os indivíduos se localizem por meio de dinâmicas sistêmicas afim de identificar pontos pertinentes que melhoram ou denigrem suas relações interpessoais, ocorrendo durante e após as dinâmicas um maior entendimento, disposição e empatia frente ao conflito, que confirmasse com a fluidez e positividade das partes em resolver o problema na posterior audiência de conciliação, acontecendo de forma rápida, eficaz e eficiente, pois na maioria dos casos, o problema que foi solucionado consensualmente através desse método não retorna como reincidente a questão a ser reavaliada pelo judiciário.

A consequência disto é uma melhora objetiva e subjetiva nos relacionamentos em geral, pois os indivíduos resolvem suas questões judiciais além de ampliar seus conceitos e moldar seus sentimentos e emoções através de suas próprias reflexões das leis sistêmicas em suas vidas, favorecendo um crescimento interno que resvala de forma positiva em todo seu círculo de relações, portanto, uma diminuição dos conflitos é resultante, assim como disseminar a cultura da paz.

As constelações sistêmicas tiveram início no Brasil no ano de 1999 pelo seu próprio criador, Bert Hellinger. Já o Direito Sistêmico, dinâmica das constelações como ferramenta da autocomposição, surge através do precursor Dr. Sami Storch (Juiz de Direito da 2ª Vara de Família, Órfãos e Sucessões de Itabuna no estado da Bahia) que se dedicou ao estudo das constelações familiares, percebendo, então, o efeito, eficácia e eficiência que eram proporcionados às pessoas que participavam da abordagem psicoterapêutica. Em seguida adotou a técnica e praticou em alguns casos jurídicos, devido à complexidade real de solucioná-los por meio de abordagens que não penetrassem mais profundamente na pessoa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim, são convidados os pólos a participar das terapias e vivências promovidas pelo juiz. A prática ocorre antes da audiência, sendo uma fase de pré-mediação, e também durante a mediação.

Dr. Sami Storch, juiz de direito, deu carreira à aplicação das constelações quando era juiz na Comarca de Castro Alves/BA, em processos da área de família, no momento em que ocorriam as audiências. Já na área da infância e juventude, assim como na criminal, fez a utilização de exercícios de constelações e meditações. Surge desse jeito o Direito Sistêmico. Menciona o referido douto magistrado Sami Storch acerca da expressão construída por ele:

> A expressão "Direito sistêmico", termo cunhado por mim quando lancei o blog Direito Sistêmico (direitosistemico.wordpress.com), surgiu da análise do Direito sob uma ótica baseada nas ordens superiores que regem as relações humanas, conforme demonstram as constelações familiares desenvolvida por Hellinger. STORCH; (2018).

As "ordens do amor" (termo sintetizado de tudo que Hellinger pôde analisar em seus estudos das constelações) regulam as relações humanas, sendo a técnica criada um conjunto de outras, como Psicologia Analítica de Jung, Psicanálise de Freud, Terapia Familiar Sistêmica, Psicodrama de Moreno, entre outros.

A singularidade da técnica é baseada em estudos filosóficos pertinentes à teoria do conhecimento, com destaque à Fenomenologia, sendo esta dividida, no interim da psicoterapia, em Fenomenologia Filosófica, Terapêutica e Religiosa.

> Na fenomenologia filosófica, procuro perceber o essencial dentre a grande variedade dos fenômenos, na medida em que me exponho totalmente a eles, com minha máxima abertura. Esse essencial surge repentinamente do oculto, como um raio, e sempre ultrapassa em muito o que eu poderia excogitar ou deduzir logicamente a partir de premissas ou de conceitos. Não obstante, ele nunca se revela totalmente. Permanece envolvido pelo oculto, como cada ser é envolvido por um não-ser. Dessa maneira, considerei os aspectos essenciais da consciência, por exemplo, que ela atua como um órgão de equilíbrio sistêmico, ajudando-me a perceber imediatamente se me encontro ou não em sintonia com o sistema e se o que faço preserva e assegura o meu pertencimento ou se, pelo contrário, o coloca em risco ou suprime. Portanto, nesse contexto, a boa consciência significa apenas: "Posso estar seguro de que ainda

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> pertenço ao meu grupo (faço parte do grupo).” E a má consciência significa: “Receio não fazer mais parte do grupo”. Assim, a consciência pouco tem a ver com leis e verdades universais, mas é relativa e varia de um grupo para outro. HELLINGER; (2007. p.16)

Tal consciência reage, ainda que de maneira diferente, quando o pertencimento não está presente em situações onde o foco está localizado entre o “dar e o receber”, e quando esta consciência vela pela ordem de convivência, assim, o aspecto auto regulador pende ao sentimento de culpa ou de inocência. Hellinger observou também, que há um duelo constante entre a consciência que se sente e a que está oculta, onde a primeira, num conflito, nos sugere inocência enquanto a outra reconhece a culpa, sendo essa dualidade base dos dramas familiares, acarretando inúmeros efeitos, como doenças graves, acidentes, suicídios, separação de casais, etc.

Na dinâmica (saber por participação que consiste a fenomenologia psicoterapêutica), no momento que o cliente posiciona os representantes de seu sistema familiar é criado um campo de força que transmite-se através da simples participação, sem a necessidade dos representantes receberem informações da realidade da família em questão para que possam ter acesso ao conhecimento oculto dessa família.

Devido a isso, o terapeuta devidamente instruído na função de facilitador está disposto a deparar-se com a realidade que quer se mostrar seja ela qual for, avivando este, acerca desse detalhe aos pacientes que ali se encontram representados, para os clientes aceitem sem receios, medos, preconceitos, o que o campo vier a mostrar.

> Mas a condição para isso é que tanto ele quanto o cliente e os representantes estejam dispostos a defrontar-se com a realidade que pressiona por manifestar-se e a dizer sim a ela, tal como é, sem intenções, sem medo e sem recorrer a teorias ou experiências anteriores. Nisso consiste, aliás, a postura fenomenológica aplicada à psicoterapia. Aqui também, a compreensão é obtida por meio da renúncia, do abandono de intenções e medos e do assentimento à realidade, tal como se manifesta. Sem essa postura fenomenológica, sem a concordância com o que se manifesta, sem interpretações, atenuações ou exageros, o trabalho com constelações familiares fica superficial, sujeito a desvios e destituído de força. HELLINGER; (2007. p.17)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Portanto, manifestada a realidade no campo, superficial será a constelação se os clientes não renunciarem tais medos e receios da realidade exposta, comprometendo a compreensão do que precisa ser visto e cuidado.

Parte, Hellinger, em seus conceitos filosóficos referente às relações humanas, que o homem externa a necessidade de pertencer a um grupo, como família, tribo social, grupo profissional, político, religioso. Então passa a reinterpretar a consciência (antes como órgão da psique humana responsável pelo equilíbrio das relações que tinha capacidade de avaliar sob a moral o comportamento próprio) sugerindo que a mesma nos direciona à participação ou pertencimento em um grupo de tal modo que não desejemos a exclusão ou punição. O bom comportamento, então, é avaliado na consciência de um jeito que configure o próprio para seja pertencido ao grupo, age assim, a consciência, em função do pertencimento, a fornecer prazer com a inocência (boa consciência) e desprazer com a culpa (má consciência).

Há de se falar que Hellinger considera que a consciência individual é erigida do inconsciente coletivo, guiando o indivíduo em suas tomadas de decisões sem que saiba as reais intenções de suas escolhas, pondo a culpa e inocência como resultantes das relações, apadrinhando ações que afetam outras pessoas como fornecimento de inocência ou culpa, prazer e desprazer. A consciência individual que brota do inconsciente coletivo é quem faz esse juiz de valor almejando pertencer a um grupo, e o medo da rejeição é latente na raiz na consciência.

Para Hellinger existem três níveis de consciência: a Pessoal, Coletiva e Espiritual ou Universal.

> As diferentes consciências são campos espirituais. A primeira delas, a consciência pessoal, é estreita e tem o seu alcance limitado. Pois, através de sua diferenciação entre o bom e o mau, só reconhece para alguns o direito de pertencer, excluindo outros. A segunda, a consciência coletiva, é mais ampla, defendendo também os interesses daqueles que foram excluídos pela consciência pessoal. Por isso, está frequentemente em conflito com a consciência pessoal. Contudo, a consciência coletiva também tem um limite porque abrange somente os membros dos grupos que são governados por ela. A terceira, a consciência espiritual, supera as limitações das outras duas consciências, limitações estas que surgem através da diferenciação entre bom e mau e da diferenciação entre pertencimento e exclusão. HELLINGER (2009, p.50).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Hellinger definiu, por meio de seu profundo estudo, as chamadas leis principais que regem a teoria "Ordens do Amor", defendida sob o aspecto matemático que o universo ao qual pertence os humanos é de traduzível ou representável pela própria matemática (simbologia e organização numérica que forma um complexo de leis), por isso é perfeita e simétrica a natureza das coisas, perfeito é o arranjo universal que traduz-se em números ordenados, sendo esta perfeição universal o próprio amor que possibilita a vida de origem quântica.

Na tragédia de Sófocles, Antígona (por volta de 442 a.c.), há uma rápida, embora simbólica e cheia de significados importantes, menção, no contexto ficto da peça, acerca das leis universais (ou divinas, termo utilizado pelo autor da peça), interligando o escritor Sófocles à Hellinger (além de tantos outros estudiosos que captaram e exprimiram em sua seus trabalhos tais pertinências metafísicas) pela percepção de leis universais ao qual o homem está sujeito em sua existência física, aludindo a desgraça desta à desobediência daquela.

> CREONTE:
>
> - E te atreveste a desobedecer às leis?
>
> ANTÍGONA:
>
> - Mas Zeus não foi o arauto delas para mim, nem essas leis são as ditadas entre os homens pela Justiça, companheira de morada dos deuses infernais; e não me pareceu que tuas determinações tivessem força para impor aos mortais até a obrigação de transgredir normas divinas, não escritas, inevitáveis; não é de hoje, não é de ontem, é desde os tempos mais remotos que elas vigem, sem que ninguém possa dizer quando surgiram. E não seria por temer homem algum, nem o mais arrogante, que me arriscaria a ser punida pelos deuses por violá-las.

Por conseguinte, a macro matéria manifestada no molde físico existente/vivo do ser humano, implica à este relações sentimentais, emocionais, físicas, sociais... com outros sujeitos às mesmas leis, que, se respeitadas, o amor na família será pleno, conjunto e reverberador. São elas: Lei do Pertencimento, na qual sugere que todos tem o mesmo direito de pertencer ao sistema familiar e que exclusões nesse sistema causam transtornos dentro do sistema como um todo. Lei do Equilíbrio (dar e receber), a exemplo dos filhos que tomam/recebem de seus pais, quando estes tomaram dos pais deles, evidenciando um equilíbrio que perpassa as gerações, salientando Bert que tomar é assumir conscientemente a responsabilidade daquilo que lhe foi incumbido. E Lei da Ordem ou Hierarquia, onde dentro de todo sistema

familiar cada indivíduo possui seu lugar definido, devendo esse lugar ser respeitado ainda que na ausência física.

> Nessa comunidade de destino, todos se ligam a todos. Os mais fortes vínculos de destino são os que ligam os filhos aos pais, os irmãos entre si e os parceiros entre si. Um vínculo especial de destino liga também os membros subsequentes aos que lhes cederam lugar, principalmente se estes tiveram um destino funesto: por exemplo, os filhos de um segundo casamento à primeira mulher de seu pai, que morreu no parto. O vínculo liga menos fortemente os pais aos filhos e, com menos força ainda, os que cederam lugar aos que o obtiveram: por exemplo, uma ex-noiva do marido à sua mulher atual.
>
> Por efeito do vínculo, os membros subsequentes e mais fracos da família querem segurar os antecedentes e mais fortes para que não se vão, ou pretendem segui-los se já partiram.
>
> Também por efeito do vínculo, os membros que obtiveram vantagem querem assemelhar-se aos que ficaram em desvantagem. Assim, filhos saudáveis querem assemelhar-se a pais doentes e filhos inocentes a pais culpados. O vínculo faz ainda com que membros da família com boa saúde se sintam responsáveis por membros doentes, inocentes por culpados, felizes por infelizes e vivos por mortos.
>
> Assim, pessoas que se sentem em vantagem se dispõem também a arriscar e oferecer sua saúde, inocência, vida ou felicidade pela saúde, inocência, vida ou felicidade dos outros. Pois alimentam a esperança de que, renunciando à própria vida e à própria felicidade, poderão assegurar ou salvar a vida e a felicidade de outros membros dessa comunidade de destino, restituindo e recuperando a vida e a felicidade deles, mesmo que tenham sido perdidas. HELLINGER (2007, p. 195)

No decorrer da técnica fica evidente na dinâmica da constelação familiar a existência de uma ligação inconsciente que acaba por influenciar de forma mútua as pessoas de seu sistema familiar, sendo transtornador no presente tempo e até no futuro, um conflito dentro desse sistema que acarreta um emaranhamento em que todos irão ter se responsabilizar. Feito isso, o indivíduo se liberta de um bloqueio podendo em seguida seguir com alívio e clareza sua realização pessoal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Quando as três leis são manifestadas coerentemente, o amor flui pelo sistema familiar. Porém é verídico a dificuldade que toda família pode estar sujeita, advindo a constelação familiar como ferramenta de manutenção desse sistema integrado de componentes singulares, proporcionando a estes curas físicas, emocionais, mentais e espirituais.

A constelação elucida quem já foi excluído, rejeitado, esquecido, abandonado, traído, assassinado, desrespeitado, suicidou-se, etc. A carga desses fatos acabam por influenciar a geração que seguinte, emaranhado estes nos conflitos dos antepassados sem a consciência disso, assim a constelação possibilita a manutenção desses vínculos, eliminando separações, honrando quem foi atingido, e assim se livrar de bloqueios e conflitos de antepassados.

> Numa sessão de hipnoterapia em grupo, uma mulher jovem, que sofria de esclerose múltipla, viu a si mesma, como criança, ajoelhando-se diante da cama de sua mãe paralítica e formulando este propósito: "Querida mamãe, antes eu do que você." Os participantes do grupo se emocionaram ao testemunhar o grande amor que uma criança sente por seus pais, e a mulher sentiu-se em paz consigo mesma e com seu destino. Uma participante, porém, não conseguindo suportar esse amor que se dispunha a assumir, em lugar da mãe, a doença, as dores e a morte, disse ao dirigente do grupo: "Gostaria tanto que você pudesse ajudá-la." O dirigente do grupo ficou consternado, como se, com estas palavras, ela tivesse anulado tudo.
>
> Pois como ousaria alguém tratar o amor da filha como se fosse algo de mau? Não iria com isso molestar sua alma, agravando seus sofrimentos ao invés de mitigá-los? Não iria a filha ocultar ainda mais seu amor pela mãe e apegar-se com mais força ainda à sua esperança e à decisão que tinha tomado, de salvar a mãe querida através de seu próprio sofrimento? HELLINGER (2007, p. 195)

É finalístico após as constelações o intuito da necessidade da liberdade individual, libertação de bloqueios pessoais, respeito ao papel que cada um sustenta, manejando com coerência o "dar e receber" para que seja pleno e geral o funcionando do sistema, além de manejar padrões inconscientes que transpassam gerações.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Segundo essa abordagem, diversos problemas enfrentados por um indivíduo (bloqueios, traumas e dificuldades de relacionamento, por exemplo) podem derivar de fatos graves ocorridos no passado não só do próprio indivíduo, mas também de sua família, em gerações anteriores, e que deixaram uma marca no sistema familiar. Mortes trágicas ou prematuras, abandonos, doenças graves, segredos, crimes, imigrações, relacionamentos desfeitos de forma "mal resolvida" e abortos são alguns dos acontecimentos que podem gerar emaranhamentos no sistema familiar, causando dificuldades em seus membros, mesmo em gerações futuras.
>
> (...)Durante e após o trabalho com constelações, os participantes têm demonstrado boa absorção dos assuntos tratados, um maior respeito e consideração em relação à outra parte envolvida, além da vontade de conciliar — o que se comprova também com os resultados das audiências realizadas semanas depois e com os relatos das partes e dos advogados da comarca. STORCH (2018)

Storch, por meio de questionários entregues à pessoas que participaram de constelações obteve a seguinte estatística:

> 59% das pessoas disseram ter percebido, desde a vivência, mudança de comportamento do pai/mãe de seu filho que melhorou o relacionamento entre as partes. Para 28,9%, a mudança foi considerável ou muita;
>
> 59% afirmaram que a vivência ajudou ou facilitou a obtenção do acordo para conciliação durante a audiência. Para 27%, ajudou consideravelmente. Para 20,9%, ajudou muito;
>
> 77% disseram que a vivência ajudou a melhorar as conversas entre os pais quanto à guarda, visitas, dinheiro e outras decisões em relação ao filho das partes. Para 41%, a ajuda foi considerável; para outros 15,5%, ajudou muito;
>
> 71% disseram ter havido melhora no relacionamento com o pai/mãe de seu(s) filho(s) após a vivência. Melhorou consideravelmente para 26,8% e muito para 12,2%;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> 94,5% relataram melhora no seu relacionamento com o filho. Melhorou muito para 48,8%, e consideravelmente para outras 30,4%. Somente 4 pessoas (4,8%) não notaram tal melhora;
>
> 76,8% notaram melhora no relacionamento do pai/mãe de seu(ua) filho(a) com ele(a). Essa melhora foi considerável em 41,5% dos casos e muita para 9,8% dos casos;
>
> 55% das pessoas afirmaram que desde a vivência de constelações familiares se sentiram mais calmas para tratar do assunto; 45% disseram que diminuíram as mágoas; 33% disseram que ficou mais fácil o diálogo com a outra pessoa; 36% disseram que passaram a respeitar mais a outra pessoa e compreender suas dificuldades; e 24% disseram que a outra pessoa envolvida passou a lhe respeitar mais.

Concluem tais pesquisas que a abordagem desenvolvida pelo alemão Bert Hellinger alinhada ao Direito Brasileiro é um contribuinte sem precedentes para o aperfeiçoamento da justiça, qualidade de vida de integrantes familiares que acabam por regenerar-se, sucedendo paz entre os indivíduos na família, sem desconsiderar que isso afeta indiretamente outros círculos familiares por meio da física quântica (vibracional/energética), pois em escala atômica as ações e pensamentos de todo e qualquer indivíduo possuem uma carga de energia (alta ou baixa), que, por vez, sujeita os demais à sua própria energia de paz ou de conflito, além de ser didático por expor alinhamento familiar, satisfação pessoal e paz individual/coletiva.

A ativista quântica Elainne Ourives, corrobora por meio de sua atuação como treinadora mental e reprogramadora vibracional, a importância da visão atômica/vibracional das emoções, sentimentos e ações, podendo tais gerar bons frutos (como paz), ou o oposto (conflito/litígio), onde cada sentimento, emoção e ação humana emana uma energia correspondente à movimentação atômica, podendo estas energias serem medidas em hertz (frequência de onda), de tal modo que sentimentos negativos possuem baixa frequência e sentimentos positivos frequências mais elevadas, por exemplo: culpa vibra numa frequência de 30 Hz e disposição em 310 Hz.

> A medicina vê o ser humano como uma complexa máquina e suas engrenagens e trata as doenças do ponto de vista físico, com medicamentos e cirurgias, eliminando as consequências e não as causas dos males.
>
> Em uma abordagem quântica de saúde, a energia é o objeto de análise, pois tudo está em equilíbrio quando nossa energia está

> também equilibrada. Nada é de fora para dentro, e sim de dentro para fora. A Física Quântica propõe uma visão integradora, que trate o ser na sua totalidade de mente, corpo e espírito.
>
> Nessa perspectiva, é necessário buscar a causa, que está na mente, porque ela gera sentimentos, neste caso, de baixa frequência, que causa a doença. Vibrações positivas geram uma realidade positiva, logo o combate à doença não se faz só com medicamentos, mas também com sentimentos positivos. OUVIRES, ELAINNE (2018).

Função esta, de cuidar das causas de dentro pra fora, assumida pelo Direito Sistêmico, ao divergir dos métodos tradicionais por cumprir melhor (com mais eficiência) a missão de buscar soluções que dignifiquem as relações, trazendo paz verdadeira aos conflitantes e ordem social, ao passo que manda à estrutura dos três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – um recado de observação aprofundada e reverência às ciências que desmitificam o ser de forma esmiuçada, permitindo ao Direito melhor operar diante das complexidades humanas.

3. CONCLUSÃO

Exposto o presente estudo, perceptível é a função geral da técnica terapêutica Constelação Familiar, que têm sido aplicada como terapia individual e coletiva permeando a particularidade da vida humana na busca de ascensão pessoal e no Direito, já que este vem utilizando tal técnica na autocomposição de conflito (consenso) no processo, de modo à erigir uma verdadeira pacificação

A eficiência aqui e continuamente constatada no judiciário, fruto do trabalho conjunto entre o Direito e outras áreas que tratam do ser de forma profunda, evidencia nada menos que o sistema normativo, jurídico e político (em sua função de produzir leis e reger uma sociedade por meio destas que promovam paz verdadeira) teria de obedecer e cumprir atenciosamente à preceitos universais e totalmente científicos (como os percebidos, traduzidos e aplicados por Bert Hellinger) para, não só desafogar o judiciário abarrotado de demandas judiciais originadas da pessoalidade conturbada do indivíduo, mas também reger as pessoas sob um escopo benéfico e natural da essência elementar humana no intuito de tratar o conflito antes que ele surja e vire mais uma ação no judiciário.

Nessa realidade, a incapacidade do judiciário de prover a grande quantidade de demandas por falta de estrutura (falta de pessoal e material disponível) e de métodos/ferramentas eficientes capazes de eliminar por completo a causa do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

conflito, vem caminhando em busca de alternativas inovadoras que proporcionem melhores soluções para os conflitos.

Um novo tempo na Justiça do Brasil, com o advento do Código de Processo Civil recém aprovado, com a Lei de Medição e a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, com o apoio do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e da Associação de Magistrados Brasileiros, vem ganhando espaço e credibilidade.

Diante dessa conjuntura, um olhar mais amplo aos litígios em contraposição ao trato meramente processualista/legalista, favoreceu, nesse contexto, que surgisse o Direito Sistêmico embasado na técnica psicoterapêutica das Constelações, como uma forma de facilitação do diálogo entre as partes com a consequente composição de um acordo onde ambos os lados 'ganham' nesse modelo consensual, sem a precisão dum terceiro imparcial ora encarregado pela sua função magistral de 'decidir' soluções apropriadas sob escopo da lei, superando, assim, uma cultura jurídica essencialmente litigiosa, que forma profissionais combativos exorbitantes do binômio ganhar-perder, provindo do modelo adversarial que acaba por falhar na missão de pacificar uma sociedade exposta à uma carga de vivencia e complexidade nas relações que está além de seus próprios entendimentos e capacidades, frutificando aí os conflitos e probabilíssimos litígios no judiciário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. ***Código de Processo Civil*. Lei ordinária n° 13.105 de 16 de março de 2015**.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: resolução CNJ 125/20100: mediação e conciliação**. 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015 2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 20 de junho. 2019.

DREXLER, Diana; **Constelações Familiares em casos de psicose**, Rio de Janeiro: julho 2002.

GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. **Freud e o inconsciente**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

GIMENEZ, Charlise Paula Colet; MACHADO, Edinilson Donisete. **Formas Consensuais de Solução de Conflitos I**. *In:* XXVI Congresso Nacional do Conpedi São Luís–MA. 2017.Disponivel

em:http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/27ixgmd9/i7zsp9j7/5gWs93KTGa05nLP1.pdf. Acesso em: 27/10/2019

HELLINGER, Bert. **A Simetria Oculta do Amor**, São Paulo: Cutrix, 2008.

HELLINGER, Bert. **O amor do espírito na Hellinger Sciencia**. 1 ed. Patos de Minas: Atman, 2009. p.50.

HELLINGER, Bert. **Ordens do amor: um guia para o trabalho com constelações familiares.** São Paulo: Cultrix, 2007.

LEAL, Liliane Vieira Martins; GARCIA FILHO, Altamiro. **Centro de pacificação social: instrumento de composição e prevenção de conflitos pré-processuais e jurisdicionalizados**. 2014. Disponível em: http://www.sbpcnet.org.br/livro/63ra/conpeex/extensao-cultura/trabalhos-extensao-cultura/extensao-cultura-liliane-vieira.pdf. Acesso em: 23/06/2019

LEVY, Lidia; DE BRITO LIMA, Maria Cristina. **Psicologia e Direito de Família**. 2013. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista62/revista62_201.pdf. Acesso em: 30/10/2019.

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. **Meios alternativos de solução de conflitos: o cidadão na administração da justiça**. Porto Alegre: Fabris, 2004.

MELLO, Marcelo Pereira de. **A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmann e Teubner**. 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702006000100018. Acesso em: 23 de junho de 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil: volume único.** 8 ed. Salvador, JusPODIVM, 2016.

OUVIRES, Elainne. **Física Quântica e Espiritualidade**. 2018. Disponível em: https://www.elainneourives.com.br/. Acesso em: 21/09/2019

RIBEIRO, Ana Clara Marinho Santos. **A aplicabilidade das constelações sistêmicas, como meio alternativo, para resolução dos conflitos no poder judiciário do Distrito Federal.** 2019. Disponível em: https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/13420. Acesso em: 27/10/2019

SALERNO, Priscila Gomes Pereira. **Constelações Familiares aplicadas à Justiça, como método adequado de resolução de conflitos.** Disponivel

em: https://8d967a5c-a96e-4841-af12-2e1d526b5269.filesusr.com/ugd/1695f9_991e015bd60844d2a4ae1540bb01b41c.pdf. Acesso em: 06/09/2019.

SÓFOCLES. **A Trilogia Tebana: Édipo Rei; Édipo em Colono; Antígona**. *Tradução do grego, introdução e notas de* MÁRIO DA GAMA KURY, *15ª reimpressão*, Zahar Editora, 2011.

STORCH, SAMI - **Direito é uma luz no campo dos meios adequados de solução de conflitos** - 2018- Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/sami-storch-direito-sistemico-euma-luz-solucao-conflitos. Acesso em: 02 de outubro de 2019.

NOTAS:

---

[1] Mestre em Direito pela PUC/RS. Doutorando pela UNESA/RJ. Coordenador e Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA; *E-mail*: fabriciofcarvalho@gmail.com

[2] Graduando em Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA – Curso Graduação Direito. *E-mail*: jeffersonxcc@hotmail.com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

QUARENTENA E DIVÓRCIOS: REFLEXÕES SOBRE DIREITO DE FAMÍLIA E FEMINISMO

MIRELA REIS CALDAS: Bacharel em Direito pela faculdade Imaculada Conceição do Recife - FICR. Certificado de Special Conversation pelo Britanic. Certificado de estudo pela EC Toronto-Canadá

Introito

Em Xiam, capital da província de Shaanxi, China, foi registrado um elevado número de pedidos de divórcio nas últimas semanas, contabilizado desde 1º de março, fim do período de confinamento no país.

Segundo a reportagem da *BBC Brasil*[**1**], em algumas cidades, não há horários disponíveis nos cartórios para tratar do tema nas semanas seguintes, tendo como média cinco divórcios por dia. Como os cartórios ficaram fechados, não se pode afirmar que a demanda foi causada apenas pela quarentena, mas nos permite refletir sobre o tema, já que não apenas na China, o número de divórcios está aumentando.

Parcela da explicação consiste no seguinte fato: como resultado da pandemia, muitos casais ficaram juntos em casa por meses, os primeiros casos do novo coronavirus surgiram em dezembro de 2019, proporcionando conflitos.

No Brasil, segundo dados divulgados em 2019 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística –IBGE, a proporção é de três casamentos para cada divórcio. Ainda, houve diminuição na duração dos casamentos, em 2008, os casamentos duravam, em média, 17 anos, e em 2018, 14 anos[2].

Entender, em linhas gerais e com viés sociológico, razões para isso nos engrena a raciocinar e dar valor a lutas do movimento feminista, tendo em vista que uma grande conquista foi a entrada da mulher no mercado de trabalho. Dessa forma, o instituto do casamento passou a não ser mais a principal prioridade e meio de ascensão de vida, e sim, a busca pela independência financeira, que, consequentemente, facilitaria o fim de uma relação não saudável, algo que, lamentavelmente, é bem comum em diversas famílias.

Do Direito de Família

O Direito de Família se modificou significativamente quando não mais se limitou aos valores de *ser* e *ter* (MADALENO, 2017) e não mais considerar a família

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

uma instituição-fim em si própria, isto é, o indivíduo que serve a família. A modificação foi derivada da busca do direito à felicidade, que por sua vez partiu da afetividade.

Dadas às considerações, passamos ao conceito de família eudemonista.

Por eudemonista (theory of happines), Immanuel Kant (2010) desenvolve a ideia do verdadeiro aproveitamento da vida. Por família eudemonista, entende-se que a família e o casamento existem para o desenvolvimento pessoal do indivíduo, prezando pela realização plena de seus membros.

Nessa linha, a jurisprudência já se manifestou a favor do entendimento de que o afeto é elemento importante para decidir a filiação no caso de posse de estado de filho, tal qual na investigação de paternidade, por exemplo. Vejamos:

> *INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. INVESTIGANTE QUE JÁ POSSUI PATERNIDADE CONSTANTE EM SEU ASSENTO DE NASCIMENTO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 362, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO AUTOR DO VOTO VENCEDOR. [...] Ocorre que* ***a família nos dias que correm é informada pelo valor do AFETO. É a família eudemonista****, em que a* ***realização plena de seus integrantes*** *passa a ser a razão e a justificação de existência desse núcleo. Daí o prestígio do* ***aspecto afetivo da paternidade****, que prepondera sobre o vínculo biológico, o que explica que a filiação seja vista muito mais como um fenômeno social do que genético. [...]. (Apelação Cível Nº 70005246897, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 12/03/2003)*
>
> *(Grifos nossos)*

Ainda que felicidade, para fins de satisfação e desenvolvimento pessoal, seja um conceito vago, é normalmente associado ao bem-estar (*welfare*), continuando a não ser muito preciso, volta-se, então, para um conceito certamente psicológico (FELDMAN, 2010).

Conforme Santo Agostinho (2014) explica, felicidade seria um conceito excludente: quem não é feliz, é infeliz, assim como quem está vivo, não está morto.

A respeito de felicidade e divórcio, este chegou ao Brasil, de certa forma, recentemente. Existia um grande peso religioso e social ao proibir o instituto do divórcio, mostrando a mulher como submissa por diversas vezes, capaz de aceitar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

traições e agressões a fim de manter o glorioso casamento impecável a luz da sociedade.

Para quem ou para que aquele casal estava juridicamente junto? Se for apenas para satisfazer a sociedade, esta ideia não nos parece razoável no contexto atual. Representar e manter estruturas de violência simbólica em um modelo dito "tradicional" (BOURDIEU, 2002), que é fortemente arcaico e asqueroso, não nos parece concebível com diversas conquistas através de árduas lutas femininas.

Sobre violência, não poderíamos deixar de citar a violência física contra a mulher, uma vez que, comumente, o agressor é um membro do núcleo familiar. A Lei Maria da Penha (Lei n° 11.340/2006) tem papel fundamental no combate à violência doméstica e familiar, ela é resultado de lutas históricas dos movimentos feministas por uma legislação contra a impunidade no cenário brasileiro de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Para que a violência de gênero não seja um problema de saúde pública, é de suma importância a emancipação da mulher. Por emancipação, entende-se, em linhas gerais, por independência financeira, voltado aos ideais de Karl Marx.

Nessa linha, Simone de Beauvoir (1970, p. 17) nos fornece uma vital consideração:

> Embora os bens de raiz se achem em parte abalados, a burguesia apega-se à velha moral que vê, na solidez da família, a garantia da propriedade privada: exige a presença da mulher no lar tanto mais vigorosamente quanto sua emancipação torna-se uma verdadeira ameaça; mesmo dentro da classe operária os homens tentaram frear essa libertação, porque as mulheres são encaradas como perigosas concorrentes, habituadas que estavam a trabalhar por salários mais baixos.

Posto isso, o Código Civil de 1916 garantia com exclusividade ao marido o "poder familiar", que correspondia ao pátrio poder, um direito conferido ao chefe de família sobre os filhos. O pátrio poder tem uma conotação machista, resultado de uma sociedade patriarcal na qual o homem era o provedor financeiro.

Através de movimentos feministas, essa expressão foi modificada para "poder familiar", baseando-se no principio da igualdade do art. 5° da CF, uma vez que os cônjuges são iguais em direitos e deveres para a sociedade conjugal, segundo o art. 226, §5°.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Tanto para o casamento (art. 1.566 IV, CC/02), como para a união estável (art. 1724, CC/02), os cônjuges detêm o poder familiar, que persiste mesmo com o divórcio ou dissolução da união estável. O art. 1.631 do CC/02 dispõe que em caso de divergência, os pais poderão recorrer ao juiz.

O instituto do casamento era considerado sagrado, sendo fortemente influenciado pela religião, a ideia de uma separação ou divórcio passava longe do Código Civil de 1916. O casamento era indissolúvel pelo artigo 167, §1° da constituição de 1967, partindo da ideia de "até que a morte os separe", que ainda se mantém disfarçadamente em algumas religiões.

A única alternativa era o desquite, apenas cessando o dever de fidelidade e manutenção da vida em comum, mas não o vínculo jurídico e a obrigação mútua de assistência. Apesar da restrição, as pessoas constituíam novos vínculos afetivos, chamados de maneira depreciativa de concubinatos.

Apenas com a Emenda Constitucional 9/77 a indissolubilidade do casamento foi encerrada. A Lei do Divórcio (Lei n° 6.515/77) concedeu alguns requisitos como a necessidade uma separação para depois se converter em divórcio e a dissolução do casamento apenas poderia ocorrer uma única vez.

Foi necessário um tempo para se entender que o divórcio não iria ultimar o instituto do casamento ou desestimulá-lo. Apenas através da EC 66/10, foi-se retirada à exigência do lapso temporal.

Sendo assim, o Estado foi afastado da decisão que pertence ao casal e foi distanciada a tentativa de manter ou forçar o vínculo jurídico quando já não há vínculo afetivo. É válido ressaltar que dividir o mesmo teto não garante afeto nem proximidade.

Da quarentena

A quarentena com duração de meses, como na China, permitiu a criação de laços ou restabelecimentos de laços afetivos entre pessoas de um mesmo núcleo familiar. De um lado, pais tiveram a oportunidade de se reunir com seus filhos e conhecê-los melhor.

Quando escolas não são uma possibilidade de refúgio para os pais deixarem os filhos, eles são obrigados a brincar e ensiná-los, quer por escolha ou necessidade de preencher o tempo. Sendo, inclusive, um teste para os adeptos ao *homeschooling*.

Passar mais tempo ao lado do cônjuge ou companheiro(a) não significa necessariamente um atestado de divórcio, é extremamente relativo. Não podemos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

atribuir à pandemia o divórcio de casais que já estavam à beira de um colapso conjugal.

A psicologia nos permite refletir sobre o desejo. Quanto mais temos, menos sentimos necessidade de ter; nós nos acostumamos a ter.

Nesse sentido, apesar de ser um casal, há duas mentes e dois corações individuais, que se associam com suas respectivas inteligências e emoções para determinadas decisões (BARRON, 1995).

Entre as possíveis brigas para o casal durante a quarentena, destacamos: já que os dois cônjuges estão em casa, como ficaria a divisão das tarefas domésticas? Qual dos cônjuges será incumbido de sair e comprar os mantimentos? Os dois cônjuges cuidam dos filhos por igual? Com o provável aumento das contas de energia e luz, como lidar com a questão financeira?

Tais pontos futuramente podem desgastar a relação e trazer a discussão sobre o divórcio. Talvez a quarentena seja um ótimo momento para refletir sobre as escolhas conjugais e, inclusive, uma oportunidade para uma terapia de casal, lembrando sempre do direito de ir e vir, para que a liberdade esteja posta em primeiro lugar.

Se o direito à liberdade tem um significado mais forte, esse seria o direito de ser individual (pensar com a própria cabeça), um direito pessoal propriamente dito. Sendo solteiro ou não, a lei não deve, por exemplo, interferir em assuntos tão pessoais, como na maneira de criar ou educar um filho.

Evidentemente, o Estado tem o dever jurídico de regular as relações interpessoais, como a regulamentação da lei da palmada (Lei nº 13.010/2014), mas não há o direito a coerção a forma de se relacionar. Assim, o instituto do divórcio foi implantado, pois é uma escolha individual; individualidade não se confunde com atos contra a lei.

Posto isso, sabe-se que o Estado brasileiro não intervém no planejamento familiar (relação interpessoal), conforme o art. 226, §7º da Constituição Federal, e não deveria ter intercedido na dissolução de um casamento. O caput do mesmo artigo dispõe que a família é a base da sociedade, que família seria essa que um dia foi submetida a algemas jurídicas?

Sobre algemas, às vezes elas são financeiras e não apenas jurídicas. Muitas mulheres permanecem com seus cônjuges/companheiros pela dependência financeira, elas têm uma existência, economicamente falando, parasita. Apenas quando o poder econômico estiver nas mãos dela, será possível conquistar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

capacidades que a mulher parasita, nobre ou burguesa, nunca obteve, pois sempre estiveram a margem (BEAUVOIR, 1970).

Ainda sobre algemas financeiras, em pandemia de coronavirus e possibilidade aumento do número de divórcios no Brasil, destaca-se o dever de assistência/subsistência (art. 1704, CC/02) ao cônjuge/companheiro inocente como regra.

Nesse contexto, a prestação alimentícia deriva justamente da dignidade (FARIAS, 2010), o dever de assistência provoca a responsabilidade alimentar, há a necessidade de divisão de despesas, ou melhor, o dever de assistência.

Assim como os pais se responsabilizam pelas despesas dos filhos, ônus que se inicia na constância do casamento ou união estável e continua até mesmo após o vínculo ser solvido (DIAS, 2006), deve-se ter o mesmo pensamento para o animal de estimação, por exemplo.

Os ex-cônjuges devem ter o dever de manter o animal na medida de suas necessidades, esse dever de manutenção nada mais é do que o dever de mútua assistência.

Posto isso, para Pontes de Miranda (2001), *sustentar* seria igual a dar alimento, vestuário e, no momento em que se fizer necessário, tratamentos médicos; *guardar* é manter sob vigilância, acolher, amparar.

Assim, os cônjuges, durante e após a dissolução do vínculo conjugal, têm o dever de assistência mútuo. Em uma possível e futura lide, a alegação de dificuldades financeiras geradas pela pandemia certamente aumentará o número de pedidos de pensão alimentícia, que pode ser fixada tendo como parâmetro na incapacidade laboral permanente ou a impossibilidade de inserção no mercado de trabalho, adaptando-se a novas realidades após a pandemia.

Da conclusão

Imaginando um cenário pessimista em relação à manutenção do vínculo conjugal, há diversas possibilidades jurídicas no nosso ordenamento para a resolução do dito problema.

Não há necessidade de regar uma planta já morta, assim como não há necessidade de cultivar a submissão em manter um contrato de matrimônio ou união estável.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em resumo, pelo entendimento atual, é vedado ao Estado, sociedade ou qualquer entidade delimitar limites para a constituição da família ou dissolução do casamento, pois deriva do princípio da autonomia privada do indivíduo, sendo escolha própria.

Acerca da pensão alimentícia, reforça-se o receio de situações de injustiça em relação ao tempo de transitoriedade dos alimentos, pois pode não ser suficiente o bastante para assegurar a inserção/manutenção da ex-esposa/companheira no mercado de trabalho, em igualdade de condições com o homem.

Postas as considerações, com ou sem pandemia, em caso de problemas conjugais, um psicólogo e/ou um advogado especialista em Direito de Família podem ajudar.

Referências

AGOSTINHO, Santo. **Diálogo sobre a felicidade**. Lisboa: Edições 70, 2014.

BARRON, Jerome A. **Constitutional Law in a nutshell**. 3rd. ed. St. Paul, Minn: West Publishing CO, 1995.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**; tradução de Sérgio Milliet. 4ª Ed. São Paulo, Difusão Europeia do Livro, 1970.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**; tradução de Maria Helena Kühner. 2° ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre alimentos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

FARIAS, Cristiano de. **Direito das famílias**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

FELDMAN, Fred. **What is this thing called happiness?** 1ª Ed. New York: Oxford University Press Inc., 2010.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 7ª ed. rev., atual. e ampl – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. Atualizado por Alves, Vilson Rodrigues. Campinas: Bookseller, 2001.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

KANT, Immanuel. **The Philosophy of Law**: An Exposition of the Fundamental Principles of Jurisprudence as the Science of Right. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2010.

NOTAS:

[1] Para mais informações, acessar: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52012304. Acessado em 26.03.20.

[2]Para mais informações, acessar: https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/12/04/numero-de-casamentos-cai-16-e-divorcios-aumentam-32-entre-2017-e-2018.htm. Acessado em 27.03.20.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

BREVES ANOTAÇÕES SOBRE A DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR À LUZ DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

ANA CRISTINA TEIXEIRA BARRETO: Defensora Pública do Estado do Ceará do Núcleo de Atendimento da Defensoria na infância e juventude – NADIJ . Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Especialista em Direito Empresarial pela UECE. Especialista em Direito Processual Civil e em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza.

RESUMO: O presente artigo versa sobre o poder familiar, hipóteses de suspensão, extinção e perda do poder familiar, à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente, e sua repercussão na vida das pessoas envolvidas, visando a proteção integral dos sujeitos em desenvolvimento.

Palavra-Chave: poder familiar. suspensão. extinção. perda. destituição.

SUMÁRIO: *Introdução.* 1. Hipóteses legais de suspensão, perda e extinção do poder familiar. 2. Da Possibilidade de Tutela de Urgência de Suspensão do Poder Familiar. 3. Da Legitimação Constitucional Da Defensoria Pública para Propor Ação De Destituição Do Poder Familiar. 4. Do Procedimento da Ação de Destituição do Poder Familiar; 4.1 Da competência do juízo da Infância e Juventude; 4.2 Da Competência Territorial.5. Das Consequências da Perda do Poder familiar. 6. Considerações finais. 7. Referências Bibliográficas

Introdução

O poder familiar é uma instituição do Direito de Família, por meio do qual os pais exercem suas obrigações e direitos perante os filhos. É o conjunto dos direitos e deveres que os pais exercem sobre os filhos e seus bens.

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece, em seus artigos 4º, 5º e 22, um conjunto de princípios e deveres a serem observados tanto pelos responsáveis legais da criança ou do adolescente como à sociedade em geral, *in verbis:*

> Art. 4º, ECA - 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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (...)
>
> Art. 5º, ECA: 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.
>
> Art. 22, ECA: Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. (grifos e destaques nossos).

Nos termos do art. 1.634, do Código Civil, o poder familiar pode ser conceituado como o complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições .

O artigo 1.634 do Código Civil estabelece a competências dos pais, no tocante aos filhos menores de idade, tais como a de dirigir-lhes a criação e a educação e a de tê-los em sua companhia e guarda, *in verbis:*

> Art. 1.634, CC: Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
>
> I - dirigir-lhes a criação e educação;
>
> II - tê-los em sua companhia e guarda;
>
> III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
>
> IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar;
>
> V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
>
> VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
>
> VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

É, portanto, dever legal de todo e qualquer genitor proporcionar a sua prole os meios necessários e suficientes para que sejam atendidos os direitos básicos como saúde, alimentação, educação, lazer, dentre outros, de acordo com a situação econômica e social dos obrigados.

1. Hipóteses legais de suspensão, perda e extinção do poder familiar.

Os pais ou responsáveis ao deixarem de prover os meios adequados à fruição dos direitos elementares dos filhos ou faltarem com os deveres intrínsecos ao poder familiar sujeitam-se às consequências desses atos que podem ensejar a suspensão ou a perda do poder familiar, conforme dispõe o Art. 129, X, da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) e Art. 1.638, do Código Civil Brasileiro:

> Art. 24, ECA - A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.
>
> Art. 129, CC - São medidas aplicáveis aos pais ou responsável: (...)
>
> X - suspensão ou destituição do poder familiar; (...)
>
> Art. 1.638, CC - Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
>
> I - castigar imoderadamente o filho;
>
> II - deixar o filho em abandono;
>
> III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
>
> IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente. (grifos e destaques nossos)

A suspensão do poder familiar, prevista no art. 1637 do CC, deve ser adotada, na falta de outra medida capaz de promover a defesa do interesse da segurança da criança e do adolescente e de seus haveres, em caso de abuso do poder familiar como o descumprimento dos deveres dos pais ou responsáveis, em caso de ruína, provocada por eles, aos bens dos filhos e de condenação em decorrência de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.
>
> Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

A suspensão impede, temporariamente, o exercício do poder familiar, mas, pode ser revista ou revogada, se desaparecerem os fatores que a provocaram.

A perda do poder familiar, por seu turno, é determinada por decisão judicial, nas hipóteses previstas no art. 1.638 do CC, em caso de castigo imoderado do filho; abandono do filho; prática de atos contrários à moral e aos bons costumes; reiteração de faltas aos deveres inerentes ao poder familiar; entrega de forma irregular do filho a terceiros para fins de adoção; prática contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar de homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher, *in verbis:*

> Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
>
> I - castigar imoderadamente o filho;
>
> II - deixar o filho em abandono;
>
> III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
>
> IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.
>
> V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção.
>
> Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que:
>
> I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar:

> a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;

Desta feita, descumprindo os pais ou representantes legais o dever legal de proteção e sustento e impondo grave risco aos filhos menores, vulneráveis pela própria natureza, emerge a necessidade de se providenciar um ambiente familiar e salutar para o desenvolvimento da mesma, ainda que provisório, podendo ser, inclusive, por meio de acolhimento institucional de caráter excepcional e provisório, enquanto perdurar esse estado de coisas, pelo prazo máximo de 18 meses, nos termos do art. 19, §2º, A do ECA.

A prolongar-se esse "*status quo*" de modo a agravar mais ainda as vulnerabilidades da criança ou do adolescente e a lhe causar prejuízo irreparável ao seu desenvolvimento físico, mental e social, não há como aceitar essa situação por período indeterminado, sendo necessário resguardar o interesse superior da criança de forma rápida e precoce e evitar que a situação irregular se prolongue no tempo. Deste sentido homenageia-se o disposto no Art. 100, ECA:

> Art. 100, ECA - Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.
>
> Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:
>
> I - condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal;
>
> II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares
>
> IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> VI - INTERVENÇÃO PRECOCE: a intervenção das autoridades competentes deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida;
>
> VIII - proporcionalidade e atualidade: a intervenção deve ser a necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada;
>
> X - prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isso não for possível, que promovam a sua integração em família adotiva;
>
> XI - obrigatoriedade da informação: a criança e o adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e capacidade de compreensão, seus pais ou responsável devem ser informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como esta se processa;
>
> XII - oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei.

Todavia, em se tratando de caso grave, como maus tratos, abandono, abusos, violência ou exploração, faz-se necessário o ajuizamento da competente ação de destituição do poder familiar, de pronto, observando-se, obviamente, o devido processo legal e os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Em síntese, evidenciada a incapacidade dos pais ou responsáveis em cumprir os deveres legais com a criança e com adolescente e de continuar no exercício do poder familiar, justifica-se a destituição do poder familiar, medida extrema a oportunizar a criança e ao adolescente a possibilidade de colocação em família extensa ou substituta que possa lhes oferecer condições de pleno desenvolvimento, sustento e afeto.

Por último, a extinção do poder familiar interrompe definitivamente o poder familiar, por concessão dos pais, mediante instrumento público, dispensando-se homologação judicial, se o filho contar mais de 16 anos; em caso de morte dos pais ou do filho; de emancipação do filho; da maioridade do filho; de adoção do filho, por terceiros; da perda por decisão judicial.

> Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:
>
> I - pela morte dos pais ou do filho;
>
> II - pela emancipação, nos termos do art. 5o, parágrafo único;
>
> III - pela maioridade;
>
> IV - pela adoção;
>
> V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

2. Da possibilidade de tutela de urgência de suspensão do poder familiar

O Art. 157 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre a possibilidade de se suspender, em caráter liminar, o poder familiar da parte suplicada:

> Art. 157, ECA - Havendo motivo grave, poderá a autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, decretar a suspensão do poder familiar, liminar ou incidentalmente, até o julgamento definitivo da causa, ficando a criança ou adolescente confiado a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade. (grifo e destaque nosso)

O requisito para a concessão da suspensão pretendida é a existência de motivo grave, o grau de negligência e abandono, a ser aferida em cada caso em concreto, de acordo com o grau de violação aos direitos da criança e do adolescente, de modo que a suspensão do poder familiar possa garantir sua proteção integral e o respeito a dignidade da criança e do adolescente em atendimento os princípios protetivos já narrados anteriormente.

3. Da legitimação constitucional da defensoria pública para propor ação de destituição do poder familiar.

A Constituição Federal, em seu art. 134, dispõe sobre a atuação da Defensoria Pública na esfera da defesa dos direitos daqueles que, não dispondo de recursos, necessitam de amparo legal, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

todos os graus, dos hipossuficientes, assim compreendidos não só os que comprovarem insuficiência de recursos, como os socialmente vulneráveis.

Em se tratando da defesa de crianças e adolescentes, o texto constitucional não outorgou a defesa privativa de seus direitos a nenhuma instituição específica, de forma privativa. Ao contrário, atribuiu a todos, sociedade e ao poder público em geral, nele incluída a Defensoria Pública, o dever de defesa dos direitos essenciais de crianças e adolescentes, senão vejamos:

> Art. 5º todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> LXXIV - o estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;
>
> Art. 227, CF - 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. (grifo e destaque nosso).

> Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

Assim, por interpretação sistemática e, em conformidade com a hermenêutica constitucional, em especial o princípio da máxima efetividade e na interpretação das normas protetivas da criança e do adolescente, deve-se levar em consideração não apenas os fins sociais a que se destinam, mas também a condição peculiar da criança e do adolescente. De onde se conclui pela legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ação para destituição do poder familiar,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

bem como para assumir, de forma proativa, a defesa processual da criança e do adolescente.

> art. 6º, ECA - na interpretação desta lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. (grifos e destaques nossos)

Em nível infraconstitucional, o Código de Processo Civil prevê, expressamente, o instituto da curatela especial para os casos em que a criança ou adolescente não tiver representante legal ou quando este tem interesses colidentes com o seu assistido ou representando, como instituto a garantir e assegurar a efetivação dos direitos do incapaz, previsão esta anterior a própria teoria da proteção integral apregoada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

> art. 71, CPC – o incapaz será representado ou assistido por seus pais, por tutor ou por curador, na forma da lei.
>
> art. 72, CPC - o juiz nomeará curador especial ao:
>
> i - ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele; (...) (grifo e destaque nosso)

O ECA expandiu as responsabilidades e o dever de atuação dos agentes estatais no contexto da proteção integral da criança e do adolescente, a qualquer órgão estatal, quando instados em situações em que os direitos fundamentais dos infantes e adolescentes encontram-se infligidos, não podendo o agente público fugir de suas responsabilidades sob o pretexto estritamente formalista.

Diz o Estatuto no tocante a atuação dos entes públicos:

> art. 3º, ECA - 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, eca - é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> 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; (...)

O ECA faz também menção expressa, em seus arts. 87 e 142, como parte da política de atendimento público a proteção jurídica (e social) por entidade de defesa dos direitos da criança e do adolescente, devendo inclusive ser nomeado curador especial à criança e adolescente que carecer de representação ou assistência legal. In verbis:

> art. 87, ECA - são linhas de ação da política de atendimento: (...)
>
> v - proteção jurídico social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente. (...)
>
> art. 142, ECA - os menores de dezesseis anos serão representados e os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da legislação civil ou processual.
>
> parágrafo único. a autoridade judiciária dará curador especial à criança ou adolescente, sempre que os interesses destes colidirem com os de seus pais ou responsável, ou quando carecer de representação ou assistência legal ainda que eventual. (grifo e destaque nosso)

Merece destaque ainda o art. 3o da Lei Complementar do Estado do Ceará no 06/97 (Lei de estruturação da Defensoria Pública Geral do Estado), que repete o inteiro teor do art. 4o da Lei Complementar Federal no 80/94, ao dispor sobre a função institucional da Defensoria Pública para atuar como curador especial e exercer a defesa da criança e do adolescente, *in verbis:*

> Art. 3, LCE 06/97 -. são funções institucionais da defensoria pública, dentre outras: (...)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> VI - atuar como curador especial, nos casos previstos em lei;
>
> VII - exercer a defesa da criança e do adolescente;

Diante do exposto resta clara a legitimidade de atuação da Defensoria Pública para tal mister, mas também para as circunstâncias que envolvam situação de risco envolvendo crianças ou adolescentes, de modo a lhes promover, em todos os graus, a defesa judicial e extrajudicial dos seus interesses e direitos.

4. Do procedimento da ação de destituição do poder familiar

De acordo com tudo que já foi dito e, em consonância com o artigo 1.624 do Código Civil, aos pais compete a criação e educação dos filhos menores de idade, além de tê-los em sua companhia e guarda, *in verbis:*

> Art. 1.634, CC: Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
>
> I - dirigir-lhes a criação e educação;
>
> II - tê-los em sua companhia e guarda;
>
> III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
>
> IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar;
>
> V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
>
> VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
>
> VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Assim, é dever legal de todo e qualquer genitor proporcionar a sua prole os meios necessários e suficientes para que esta tenha atendido seus direitos básicos à saúde, alimentação, educação, lazer, moradia, afeto, dentre outros. Dever este que deve ser aferido, por óbvio, de acordo com a situação econômica e social dos obrigados.

Ao deixarem de prover tais meios, os pais faltam com os deveres intrínsecos ao poder familiar, circunstância a ensejar a destituição desse poder, nos termos do art.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

129, X, da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) e art. 1.638, do Código Civil Brasileiro:

> Art. 24, ECA - A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.
>
> Art. 129, CC - São medidas aplicáveis aos pais ou responsável: (...)
>
> X - suspensão ou destituição do poder familiar; (...)
>
> Art. 1.638, CC - Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
>
> I - castigar imoderadamente o filho;
>
> II - deixar o filho em abandono;
>
> III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
>
> IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente. (grifos e destaques nossos)

Assim sendo, comprovada a situação de risco suportada por criança ou adolescente, a permanência do "*status quo*" pode tornar mais grave as vulnerabilidades e acarretar prejuízo irreparável ao seu desenvolvimento físico, mental e social, motivo pelo qual, deve se fazer cessar a situação de abandono e de risco por período indeterminado, sob pena de prejuízo irreparável ao desenvolvimento saudável da criança ou adolescente que tem o direito de crescer em ambiente familiar que lhe promova e garanta cuidado, proteção e afeto.

Vejamos o posicionamento dos Tribunais acerca da matéria:

> EMENTA: APELAÇÃO. DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. GUARDA. Tendo havido negligência materna, com prova de que a genitora não apresenta condições de exercer o poder familiar, adequada a destituição do mesmo. Descumprimento do dever de sustento, guarda e educação (art. 231, IV e 229 da CF/88). A guarda destina-se a regular a posse de fato (art. 33, §1º do ECA), sendo que o menor está bem-adaptado com a família substituta. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº

70006857700, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 09/10/2003)

APELAÇÃO CÍVEL. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR E ADOÇÃO. ABANDONO DE MENOR. NEGLIGÊNCIA NO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR. DANOS À SAÚDE E AO DIREITO DE SER INSERIDA EM UM NÚCLEO FAMILIAR. ADOÇÃO CONCEDIDA. - Justifica a extinção do poder familiar a negligência nos deveres de sustentar, educar e guardar a menor, permanecendo a criança por vários meses em abrigo, por não deter a família biológica condições de provê-la com os cuidados necessários ao seu desenvolvimento saudável, sob o aspecto físico, mas também intelectual, emocional, afetivo, espiritual e social.- Hipótese em que a menor nasceu com problemas de saúde decorrentes do alcoolismo da mãe, tendo sido prestados auxílios por programas sociais à família sem se obter o retorno esperado, ausente estrutura necessária para criar a menina. - Verificada a adaptação da criança na família substituta, onde encontrou todo o amparo necessário para viver dignamente, e presentes os requisitos legais, cabe a adoção, resguardando-se os melhores interesses da infante.- Recurso improvido. (Tribunal de Justiça de Minas Gerais), processo no. 10024.05.570839-0/001(1), Relator HELOISA COMBAT, data de julgamento 27/11/2007).

Neste sentido, dispõe o Art. 100, ECA:

Art. 100, ECA - Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

I - condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal;

II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto;
>
> VI - INTERVENÇÃO PRECOCE: a intervenção das autoridades competentes deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida;
>
> VIII - proporcionalidade e atualidade: a intervenção deve ser a necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada
>
> X - prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa OU, SE ISTO NÃO FOR POSSÍVEL, QUE PROMOVAM A SUA INTEGRAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA. (...) (grifos e destaques nossos)

Em síntese, evidenciada a incapacidade da parte promovida em cumprir com seus deveres legais para com os filhos, crianças e adolescentes sob sua tutela ou curatela e, consequentemente, a impossibilidade de continuar no exercício do pátrio poder; justifica-se de pronto o ajuizamento de ação de destituição do poder familiar, medida extrema capaz de oportunizar às crianças e aos adolescentes a possibilidade de colocação em família substituta ou ampliada que possa lhes oferecer condições de pleno desenvolvimento.

Dispõe o Art. 157 do Estatuto da Criança e do Adolescente acerca da possibilidade de se suspender, em caráter liminar, o poder familiar da parte suplicada:

> Art. 157, ECA - Havendo motivo grave, poderá a autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, decretar a suspensão do poder familiar, liminar ou incidentalmente, até o julgamento definitivo da causa, ficando a criança ou adolescente confiado a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade. (grifo e destaque nosso)

Desta feita, o requisito essencial para o cabimento da ação é a existência de motivo grave; gravidade essa que deve ser aferida, por óbvio, de acordo com o grau

de violação de direito; negligência e abandono praticados contra crianças e adolescentes.

Além dessas situações, merece destaque a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela, em caso da prática de crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão. Trata-se de efeito da condenação disposto no art. 92, inc. II, do Código Penal, cujo propósito é evitar que condenados pela prática de delitos que contrariam a natureza do poder familiar mantenham seu exercício em detrimento dos interesses de quem está submetido a esse poder.

A Lei 13.715/18 alterou o teor do art. 92, do Código Penal e ampliou as hipóteses de perda do poder familiar por incapacidade e passou a incluir entre as vítimas que atraem o referido efeito também outros descendentes.

Incluem-se nessas situações os casos de violência doméstica, não importa se do homem contra a mulher ou da mulher contra o homem. O indivíduo que agride a mulher ou companheira grávida e lhe provoca, por exemplo, aceleração do parto, comete crime de lesão corporal de natureza grave, apenada com reclusão de um a cinco anos e pode ser privado do exercício do poder familiar sobre o filho nascido prematuramente em decorrência da agressão. Da mesma forma, ex-cônjuges, ex-companheiros ou mesmo ex-namorados que exerçam o poder familiar sobre menores de idade, e que cometam crimes apenados com pena de reclusão contra a outra pessoa que partilhe do mesmo poder, podem sofrer este efeito da condenação.

Incluem-se também os crimes cometidos contra descendente que não o próprio filho, quando a vítima é filho ou filha de alguém também menor de idade, submetido ao poder familiar do agressor. Nesse caso, a lei, em sua nova redação, permite que o autor do crime perca o poder familiar em relação a seu filho.

É possível ainda vislumbrar a perda do poder familiar nos casos de crime cometido contra descendente, distinto de filho, mas que, em face da gravidade da situação concreta, seja possível concluir que a manutenção do poder familiar sobre o filho contraria seus interesses.

Assim, traçando um paralelo com a condição de indignidade que exclui da sucessão os herdeiros que houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente, apesar de não serem vítimas diretas da conduta praticada pelo agente, de alguma forma estão colocados em risco por ela, nos termos da Lei 13.715/18 que alterou o ECA e passou a permitir a perda do poder familiar sobre menores

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A Lei 13.715/18 alterou também o Código Civil para inserir no art. 1.638 um parágrafo único dispondo que perde o poder familiar quem:

> *I– praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar:*
>
> *a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;*
>
> *b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão;*
>
> *II – praticar contra filho, filha ou outro descendente:*
>
> *a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher*
>
> *b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão.*

É o que ensina Sílvio de Savio Venosa:

> *"Não é exigida a condenação penal. O exame da prova será todo do juízo cível. Indigno é o que comete o fato e não quem sofre a condenação penal (Pereira, 1984, v. 6:30)."*
>
> *"No entanto, se o juízo conclui pela inexistência do crime ou declara não ter o agente cometido o delito, bem como se há condenação, isso faz coisa julgada no cível."*
>
> *(Direito Civil – Direito das Sucessões. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 62/63)*

Por fim, a Lei 13.715/18 alterou o art. 23, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente para – assim como fez no art. 92, inc. II, do CP – ampliar sua incidência:

> "A condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso sujeito à pena de reclusão contra

outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente".

O procedimento de destituição do poder familiar está previsto nos art. 152 a 164 do Estatuto da Criança e do Adolescente, aplicando-se subsidiariamente as regras do CPC, no que lhe não for contrário. A perda ou suspensão do poder familiar e da tutela somente será decretada após processo judicial respeitado o contraditório das partes demandadas.

Aos procedimentos quer versem sobre o interesse de criança e adolescentes é assegurada, sob pena de responsabilidade, prioridade absoluta na tramitação dos processos e procedimentos previstos na lei, assim como na execução dos atos e diligências judiciais a eles referentes. Para tanto, os prazos estabelecidos no ECA e aplicáveis aos seus procedimentos são contados em dias corridos, excluído o dia do começo e incluído o dia do vencimento, vedado o prazo em dobro para a Fazenda Pública e o Ministério Público.

Assim, nos termos do art. 155, do Estatuto da Criança e do adolescente, o procedimento para a perda ou a suspensão do poder familiar terá início por provocação do Ministério Público, da Defensoria Pública ou de quem tenha legítimo interesse, por meio de petição apta, nos termos do art. 156 c/c art. 319 do CPC. Na tramitação do processo, será nomeado curado especial à criança ou adolescente a ser destituída, salvo se a ação tiver sido proposta pelo Ministério Público.

O prazo máximo para conclusão do procedimento será de 120 (cento e vinte) dias, e caberá ao juiz, no caso de notória inviabilidade de manutenção do poder familiar, dirigir esforços para preparar a criança ou o adolescente com vistas à colocação em família substituta.

Havendo motivo grave, poderá a autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, como *custos legis*, decretar a suspensão do poder familiar, liminar ou incidentalmente, até o julgamento definitivo da causa, ficando a criança ou adolescente confiado a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade ou colocada em acolhimento institucional.

A parte requerida será citado para, no prazo de dez dias, oferecer resposta escrita, indicando as provas a serem produzidas, oferecendo, desde logo, o rol de testemunhas e documentos com os quais pretende se contrapor ao pedido.

Reitere-se que, para a validade do processo, é necessário o esgotamento de todos os meios para localização dos requeridos e sua citação pessoal, caso em que se iniciarão as tentativas de citação por hora certa e por edital.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em que pese o entendimento minoritário, o poder familiar é indisponível, portanto, uma vez citado por edital ou deixando o réu de apresentar resposta não lhe serão aplicados os efeitos da revelia.

Para Nucci, havendo inercia por parte dos requeridos "...deveriam ser aplicados os efeitos da revelia (art. 344 do CPC), julgando-se procedente a ação". Contudo, esse não tem sido o entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência pátrios." (NUCCI, Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, 2016)

Desta feita, por se tratar de direito indisponível, não podendo os réus arcarem com os custos de um advogado, deverá ser nomeado defensor público ou, na falta dele, defensor dativo. Assim sendo, ao réu revel citado por edital ou com hora certa, bem como ao réu preso será nomeado curador especial, de modo que lhe seja assegurada a ampla defesa e o contraditório.

Se o pedido não for contestado e tiver sido concluído o estudo social ou a perícia realizada por equipe interprofissional ou multidisciplinar do Juizado da Infância e Juventude, a autoridade judiciária dará vista dos autos ao Ministério Público, por 5 (cinco) dias, como *custos legis* e decidirá em igual prazo.

Após isso, a autoridade judiciária, de ofício ou a requerimento das partes ou do Ministério Público, determinará a oitiva de testemunhas que comprovem a presença de uma das causas de suspensão ou destituição do poder familiar. Se o pedido importar em modificação de guarda, será obrigatória, desde que possível e razoável, a oitiva da criança ou adolescente, respeitado o estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida.

Se apresentada resposta, a autoridade judiciária dará vista dos autos ao Ministério Público, por cinco dias, salvo quando este for o requerente, designando, desde logo, audiência de instrução e julgamento, para oitiva das testemunhas, colhendo-se oralmente o parecer técnico, se não apresentado por escrito, manifestando-se sucessivamente o requerente, o requerido e o Ministério Público.

Concluída a instrução, colhidas todas as provas e relatório social pela equipe interprofissional do Juizado da Infância e Juventude ou do Fórum, nas Comarcas onde não houver Juizado, será proferida sentença que, caso decrete a perda ou a suspensão do poder familiar, deverá ser averbada à margem do registro de nascimento da criança ou adolescente.

4.1 Da competência do juízo da Infância e Juventude

O reconhecimento de um direito pela norma jurídica de um Estado, especialmente quando se trata de direito fundamental diretamente vinculado ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

princípio da dignidade, da proteção integral e ao melhor interesse da criança e do adolescente careceria de sentido se não lhe fosse garantido o direito a um provimento judicial que assegure seu efetivo cumprimento em caso de violação ou omissão.

Nesse sentido, o Sistema Justiça assume relevante papel para a efetividade dos direitos reconhecidos pelo sistema legal e deve, por isso mesmo, atuar no sentido de dar à devida proteção ao cidadão titular de um direito, ainda mais quando se trata de pessoa em estado de vulnerabilidade, como é o caso daqueles que necessitam se socorrer da via judiciária para fazer valer seus direitos à proteção, à dignidade e à convivência familiar onde lhes seja assegurado afeto e cuidado.

Em razão da relevância dos interesses tutelados e da demonstração da situação de risco pessoal e social envolvendo crianças e adolescentes é da competência da Justiça da Infância e Juventude para conhecer e julgar as ações de destituição do poder familiar e para aferição da medida mais adequada prevista pela Lei nº 8.069/90, em observância aos princípios da proteção integral e do melhor interesse.

> Art. 148. A Justiça da Infância e da Juventude é competente para:
>
> VII - conhecer de casos encaminhados pelo Conselho Tutelar, aplicando as medidas cabíveis.
>
> Parágrafo único. Quando se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses do art. 98, é também competente a Justiça da Infância e da Juventude para o fim de: a) conhecer de pedidos de guarda e tutela; b) conhecer de ações de destituição do pátrio poder poder familiar, perda ou modificação da tutela ou guarda;

Sendo assim, em face da condição peculiar de crianças e adolescentes, consideradas pessoas em desenvolvimento, da relevância dos interesses tutelados e da demonstração da situação de risco pessoal e social, esses indivíduos são beneficiários de obrigações por parte da família, da sociedade e do Estado (Arts. 1º, 3º e 6º da Lei 8.069/90), razão pela qual, de acordo com o princípio da Proteção Integral, preceituada pela Constituição Federal, estabeleceu-se a competência da Justiça da Infância e Juventude conhecer e julgar as ações de destituição do poder familiar.

4.2 Da competência territorial

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Como é de comum sabença, a regra de fixação de competência, prevista no artigo 43 do CPC/2015, estabelece que nas ações de natureza civis, a competência será fixada pelo domicílio dos pais ou responsáveis, e, na ausência destes, do lugar em que se encontra a criança ou o adolescente. O mesmo artigo 43 do Código de Processo Civil dispõe que a mudança voluntária de domicílio não altera a competência firmada no momento da distribuição da demanda.

Todavia, o STJ firmou o entendimento de que deve prevalecer o princípio do superior interesse da criança. Assim, a mudança de domicílio do infante, depois do ajuizamento da demanda, pode acarretar a alteração da competência do juízo, aplicando de forma subsidiária ao Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei n.º 8.069/1990:

> PROCESSO CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO D E RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C GUARDA DE FILHO. MELHOR INTERESSE DO MENOR. PRINCÍPIO DO JUÍZO IMEDIATO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE. 1. Debate relativo à possibilidade de deslocamento da competência em face da alteração no domicílio do menor, objeto da disputa judicial . 2. Em se tratando de hipótese de competência relativa, o art. 87 do CPC institui, com a finalidade de proteger a parte, a regra da estabilização da competência (perpetuatio jurisdictionis), evitando-se, assim, a alteração do lugar do processo, toda a vez que houver modificações supervenientes do estado de fato ou de direito. 3. Nos processos que envolvem menores, as medidas devem ser tomadas no interesse desses, o qual deve prevalecer diante de quaisquer outras questões.4. Não havendo, na espécie, nada que indique objetivos escusos por qualquer uma das partes, mas apenas alterações de domicílios dos responsáveis pelo menor, deve a regra da perpetuatio jurisdictionis ceder lugar à solução que se afigure mais condizente com os interesses do infante e facilite o seu pleno acesso à Justiça. Precedentes. 5. Conflito conhecido para o fim de declarar a competência do Juízo de Direito de Carazinho/RS (juízo suscitante), foro do domicilio do menor. (CC 114782, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 12.12.2012

O artigo 147, inciso I e II, do ECA, descreve que a competência será determinada pelo domicílio dos pais ou responsáveis, ou pelo lugar onde se encontre a criança ou adolescente, à falta dos pais ou responsáveis.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Dessa forma, entende Luciano Alves Rossato:

> Se a criança ou o adolescente estiver em companhia de responsável (que não genitor), será o seu domicílio o competente, ainda que demandado pelos pais.
>
> DE OUTRO LADO, SE ESTIVER A CRIANÇA OU O ADOLESCENTE EM CUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL OU FAMILIAR E NÃO FOR POSSÍVEL O SEU RETORNO AO GRUPO FAMILIAR DE ORIGEM, A AÇÃO SERÁ PROCESSADA PERANTE O FORO EM QUE SE ENCONTRA O INFANTE. (ROSSATO et AL., 2017)

Ainda segundo o entendimento dos referidos autores, há de se observar o princípio da *perpetuatio jurisdiction*, descrito no artigo 87, o qual privilegia a celeridade e a eficácia em relação à criança. Sendo assim, será legítima a modificação do foro em que tramita a ação, quando houver mudança de domicílio da criança e seus responsáveis, mesmo já iniciada a ação.

Destaque-se também a competência para processar e julgar ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda. O entendimento é da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e agora, passa a ser uma súmula, a de número 383:

> Súmula 383
>
> A competência para processar e julgar ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda.

Neste sentido, à guisa de fundamentação, segue também decisão sobre o conflito de competência suscitado sob o n. 43.322-MG (2004/0066767-4):

> Competência Guarda menor. Prevalência do foro do domicílio de quem já exerce a guarda. Art. 147, da Lei n. 8.069, de 13.7.1990. Interesse do menor a preservar. Segundo a jurisprudência do STJ, a competência para dirimir as questões referentes ao menor é a do foro do domicílio de quem já exerce a guarda, na linha do que dispõe o art. 147, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Hipótese em que, ademais, a fixação da competência atende aos interesses da criança. Conflito conhecido, declarado o Juízo da 3ª Vara de Família de Niterói.

Assim, com base no mesmo entendimento, o juízo do local em que se encontra a criança e o adolescente poderá adotar qualquer decisão judicial que entender pertinente, como, por exemplo, conhecer de ação de medida de proteção e de destituição do poder familiar.

O Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei n.º 8.069/1990, em seus art. 101 e 147, dispõe:

> Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:
>
> I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
>
> II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
>
> III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
>
> IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente; V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
>
> VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
>
> VII - acolhimento institucional;
>
> VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;
>
> IX - colocação em família substituta.
>
> § 1.º O acolhimento institucional e o acolhimento familiar são medidas provisórias e excepcionais, utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.[...]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> § 7.º O acolhimento familiar ou institucional ocorrerá no local mais próximo à residência dos pais ou do responsável e, como parte do processo de reintegração familiar, sempre que identificada a necessidade, a família de origem será incluída em programas oficiais de orientação, de apoio e de promoção social, sendo facilitado e estimulado o contato com a criança ou com o adolescente.
>
> Art. 147. A competência será determinada:
>
> I - pelo domicílio dos pais ou responsável;
>
> II - pelo lugar onde se encontre a criança ou adolescente, à falta dos pais ou responsável.

5. Das consequências da perda do poder familiar.

O poder familiar é irrenunciável, por se tratar de um múnus *publico* imposto aos pais em proveito não apenas dos filhos, mas de toda sociedade.

A destituição ou perda do poder familiar por descumprimento de dever legal acarreta a inscrição da criança ou adolescente no Sistema Nacional de Adoção -SNA, habilitando-a à adoção e, por consequência, a possibilidade de colocação em família extensa ou substituta.

Além das hipóteses de perda e extinção do poder familiar já expostas, a criança ou adolescente pode ainda ser inscrita no SNA, após entrega legal da mãe ou consentimento expresso dos titulares do poder familiar que deve ser colhido com observância das cautelas relacionadas no art. 166 da Lei 8.069/90 – ECA, procedimento que permite o arrependimento e retratação dos titulares do poder familiar até publicação da sentença de adoção, *in verbis:*

> Art. 166. Se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar, ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, este poderá ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes, dispensada a assistência de advogado.
>
> § 1º na hipótese de concordância dos pais, esses serão ouvidos pela autoridade judiciária e pelo representante do ministério público, tomando-se por termo as declarações.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> § 2°. o consentimento dos titulares do poder familiar será precedido de orientações e esclarecimentos prestados pela equipe interprofissional da justiça da infância e da juventude, em especial, no caso de adoção, sobre a irrevogabilidade da medida.
>
> § 3º o consentimento dos titulares do poder familiar será colhido pela autoridade judiciária competente em audiência, presente o ministério público, garantida a livre manifestação de vontade e esgotados os esforços para manutenção da criança ou do adolescente na família natural ou extensa.
>
> § 4º o consentimento prestado por escrito não terá validade se não for ratificado na audiência a que se refere o § 3º deste artigo.
>
> § 5º o consentimento é retratável até a data da publicação da sentença constitutiva da adoção"

O Estatuto da Criança e do Adolescente reconhece o direito de retratação do consentimento prestado pelos pais à adoção (art. 166, §5º), que impõe nesses casos seja ouvida a mãe novamente para que, uma vez devida e adequadamente orientada e contando com o apoio e o com acolhimento da família ampliada, quando possível, na forma como é prevista no mesmo art. 166, e, antes dele, no art. 100, parágrafo único, inciso XI, do Estatuto da Criança e do Adolescente), diga se ainda mantém seu consentimento, *ad litteram:*

> "Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.
>
> Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas.
>
> IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto;

Assim, uma vez retratado o consentimento, devem ser avaliadas as condições e a possibilidades do retorno da criança ao convívio familiar ou a

necessidade de colocação em família substituta ou acolhimento institucional provisório, conforme o caso concreto.

Importante destacar, desde logo, que a manifestação inicial do consentimento em relação à adoção não é causa de destituição do poder familiar (apenas autoriza a tramitação do processo de adoção sem a necessidade da instauração de um procedimento contencioso) e, uma vez retratado, inexistindo motivação outra que autorize a decretação daquela medida extrema e excepcional ou a necessidade de colocação em família substituta, a reintegração do filho menor no âmbito de sua família natural ou extensa será o caminho normal a seguir, por força da norma cogente expressamente versada no art. 100, par. único, inciso X, do ECA, já transcrito.

> "Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.
>
> Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:
>
> X - prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isto não for possível, que promovam a sua integração em família substituta;"
>
> A condenação criminal pode ter efeitos que ultrapassam a execução forçada da sanção penal imposta. Há efeitos que decorrem automaticamente da sentença condenatória, como a obrigação de indenizar o dano causado e o confisco dos instrumentos e produtos do crime, assim como há outros que dependem da natureza do crime cometido e da devida fundamentação do juiz.

6. Considerações finais

O poder familiar pode ser conceituado como o complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho. É dever legal de todo e qualquer genitor proporcionar a sua prole os meios necessários e suficientes para que sejam atendidos seus direitos básicos fundamentais, de acordo com a situação econômica e social dos obrigados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A extinção do poder familiar interrompe definitivamente o poder familiar, por concessão dos pais, mediante instrumento público; em caso de morte dos pais ou do filho; de emancipação do filho; da maioridade do filho; de adoção do filho, por terceiros; da perda por decisão judicial.

Os pais ou responsáveis ao deixarem de prover os meios adequados à fruição dos direitos elementares dos filhos ou faltarem com os deveres intrínsecos ao poder familiar sujeitam-se às consequências desses atos que podem ensejar a suspensão ou a perda do poder familiar, conforme dispõe o art. 129, X, da Lei 8.069/90 e art. 1.638, do Código Civil Brasileiro

A perda do poder familiar é determinada por decisão judicial, nas hipóteses previstas no art. 1.638 do CC, em caso de descumprimento pelos pais ou representantes legais, do dever legal de proteção e sustento e impondo grave risco aos filhos menores, vulneráveis pela própria natureza.

Em síntese, evidenciada a incapacidade dos pais ou responsáveis em cumprir os deveres legais com a criança e com adolescente e de continuar no exercício do poder familiar, justifica-se a destituição do poder familiar, medida extrema a oportunizar a criança e ao adolescente a possibilidade de colocação em família extensa ou substituta que possa lhes oferecer um ambiente familiar e salutar ao pleno desenvolvimento, ainda que provisório, podendo ser, inclusive, por meio de acolhimento institucional de caráter excepcional e provisório, enquanto perdurar esse estado de coisas, pelo prazo máximo de 18 meses, nos termos do art. 19, §2º, A do ECA.

Assim sendo, comprovada a situação de risco suportada por criança ou adolescente, a permanência do "status quo" poderá agravar a ainda mais as vulnerabilidades e acarretará prejuízo irreparável ao seu desenvolvimento físico, mental e social, motivo pelo qual, deve se fazer cessar a situação de abandono e de risco por período indeterminado, sob pena de prejuízo irreparável ao desenvolvimento saudável da criança ou adolescente que tem o direito de crescer em ambiente familiar que lhe promova e garanta cuidado, proteção e afeto.

A destituição ou perda do poder familiar por descumprimento de dever legal acarreta a inscrição da criança ou adolescente no Sistema Nacional de Adoção -SNA, habilitando-a à adoção e, por consequência, a possibilidade de colocação em família extensa ou substituta.

7. Referências Bibliográficas

BULOS, Uadi Lammego. **Constituição Federal Anotada.** São Paulo: Saraiva, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 6ª.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIDIER, FREDIE JR. **Defensoria pública. Coleção Repercussões do Novo CPC.** V.5. Salvador: juspodivm, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade; relação biológica e afetiva.** Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. **Comentários ao novo Código Civil:** do Direito de Família, do Direito Pessoal, das relações de parentesco. Vol. XVIII. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família.** Vol. VI. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2008.

MADALENO, Rolf. **Novas perspectivas no direito de família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado.** 3ª edição. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

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

ROSSATO. Luciano Alves Et all. **Estatuto da Criança e do Adolescente - Comentado Artigo Por Artigo .** 9ª Edição. Saraiva: 2017

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

VALVERDE, Tadeu. **Guia de Adoção.** São Paulo: Ed. Roca. P. 637-645

*VENOSA, Sílvio de Sávio. **Direito Civil – Direito das Sucessões.** 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PUBLICIDADE VELADA INFANTIL EM VÍDEOS NO YOUTUBE: ANÁLISE À LUZ DA LEGISLAÇAO BRASILEIRA

AMANDA LIMA GOMES: Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA.

REBECCA SOUSA DE ARAÚJO (coautora)[1]
ROCHELE JULIANE LIMA FIRMEZA [2] (orientadora)

RESUMO: Esse artigo demanda estudar a publicidade infantil no *YouTube* e explicar a hipervulnerabilidade a frente dessa plataforma que está em constante crescimento, as empresas estão investindo e sempre inovando com a intenção de captar cada vez mais a atenção do público infantil e idealizando situações que levam as crianças a acreditarem que necessitam daqueles produtos ou serviços apresentados. Nessa perspectiva, o principal objetivo da pesquisa foi mostrar como a criança é influenciada no consumo e de que forma pode ser protegida. Buscando argumentar inquietações em relação à legislação e regulamentação publicitária apontada as crianças na plataforma *YouTube.* De acordo com a metodologia utilizada do tipo pesquisa descritiva, bibliográfica e qualitativa, os resultados apontaram a deficiência de um plano de fiscalização na legislação ou regulamentação já existente, se fazendo necessário um acompanhamento efetivo na plataforma para combater esse tipo de publicidade.

Palavras-chave: criança, consumo, publicidade infantil, *youtube*.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Da Relação de Consumo sob a Ótica Constitucional e Infraconstitucional. 2.1 Tratamento Constitucional do Direito do Consumidor. 2.2 A vulnerabilidade no Código de Defesa do Consumidor. 2.4 A criança e a sua Hipervulnerabilidade. 3 A Publicidade direcionada as crianças no *Youtube.* 3.1 Regulamentação Publicitária relacionadas ás crianças no *youtube*. 4. Conclusão. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

As relações de consumo, nos últimos anos, têm aumentado de forma extraordinária, sobretudo quando atinge consumidores de todas as idades, principalmente com o advento da tecnologia, pelo acesso facilitado a *internet*, na qual se permite um maior contato com exibição e venda de produtos. Para melhor entendimento, Tartuce e Amorim (2018) dispõe em relação a publicidade afirmando

que esta pode ser conceituada como sendo qualquer forma de transmissão de dados e informações com o intuito de motivar a aquisição de produtos os serviços no mercado de consumo.

Com isso, observou-se uma preocupação maior quanto à parte mais frágil da relação jurídica, ainda mais quando se trata de uma vulnerabilidade agravada, existindo maior dificuldade quanto a distinguir, identificar e reconhecer mensagens publicitárias, como é caso das crianças como consumidoras.

Nesse sentido, cumpre destacar que o presente estudo buscou analisar de que forma ocorre a proteção jurídica existente relacionada a crianças expostas a publicidade presente em mídias sociais, destacando a plataforma de vídeos *Youtube* frente a sua condição de hipervulnerável, discutindo a real eficácia desses dispositivos.

Para alcançar tais objetivos, o estudo foi desenvolvido através de pesquisas e revisão bibliográfica por meio de um levantamento em livros, doutrinas, jurisprudências sobre Direito do Consumidor correlacionando ao tema em questão e a legislação brasileira vigente.

Sendo esse tema de cunho relevante tanto juridicamente quanto para a sociedade, no âmbito da sua proteção social de forma a identificar possíveis dificuldades na regulamentação no que tange a comunicação mercadológica direcionada às crianças, buscando entender conceitos e determinações jurídicas. Por meio disso, objetiva analisar a publicidade destinada às crianças na plataforma *Youtube,* e como gera impacto na sociedade de consumo. Demonstra relevância acadêmica, visto que tal assunto encontra-se em constante evolução, buscando contribuir diretamente quanto à compreensão de mudanças na relação de consumo, especialmente àqueles considerados hipervulneráveis.

Dessa forma, visando, não esgotar o conteúdo, naturalmente tão vasto, mas esclarecer os seus pontos mais relevantes, inicialmente, este estudo tratará sobre relação de consumo e os sujeitos que dela participam, bem como a defesa ao consumidor como dever do Estado presente na Constituição Federal de 1988, e quanto a proteção desse consumidor em legislação própria, o Código de Defesa do Consumidor. Posteriormente passará a explicar e a criança enquanto consumidora e a sua condição de hipervulnerável. No último item será debatido como ocorre à publicidade em vídeos do *Youtube* e consequente a regulamentação publicitária relacionada às crianças.

2 RELAÇÃO DE CONSUMO SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A relação jurídica de consumo é bilateral, definida como uma relação pactuada entre consumidor e fornecedor, a qual possui como objeto a obtenção de um produto ou a contratação de um serviço. Nesse sentido, Bolzan (2020), afirma que os conceitos de todos os entes em apreço não podem ser considerados isoladamente, se fazendo necessária a apreciação de ambos.

Em razão disso, é imprescindível definir de forma clara os sujeitos que participam dessa relação, sendo eles o consumidor e o fornecedor. Levando em consideração que o instrumento legislativo optou por não definir relação jurídica, mas sim os elementos que dela participam, sendo eles objetivos, subjetivos e finalístico, visto que o consumidor é o destinatário final do produto e do serviço.

Dessa forma, apresentam-se como elementos subjetivos, primeiramente o consumidor que figura no polo passivo e conforme artigo 2° do Código de Defesa do Consumidor será toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Nessa esteira, Theodoro Júnior (2017) destaca que:

> Depreende-se do dispositivo que o Código utilizou o caráter econômico para a conceituação de consumidor, na medida em que leva em consideração o fato de a pessoa adquirir os produtos para utilização pessoal e, não, comercial. Vale dizer, consumidor é quem "age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial". (JUNIOR, 2017, p.24).

Vale ressaltar que no final do artigo supracitado deixa claro o destinatário final que seja para uso próprio, privado, individual, familiar ou doméstico, e até mesmo para terceiros, desde que o repasse não seja para fins lucrativos. Para entendermos melhor o conceito de consumidor destinatário final foi criado duas teorias: Finalista e Maximalista.

Na teoria finalista só inclui consumidor como pessoa física e não pessoa jurídica ou profissional liberal, e aquele que obtém o produto ou serviço para o uso próprio ou de sua família. Na teoria Maximalista o destinatário fático é aquele que remove o produto ou serviço do mercado de consumo, podendo ser para fins profissionais ou não, é importante lembrar que não pode ocorrer revenda.

O Superior Tribunal de Justiça adota a corrente Finalista Atenuada que a pessoa jurídica ou profissional liberal deverão comprovar a vulnerabilidade para ser considerados consumidores. É importante destacar o raciocínio de Bolzan (2014):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Ademais, apresenta-se como uma corrente intermediária quando cotejada com as teorias tradicionais finalista e maximalista, pois, apesar de o STJ ter adotado a teoria finalista, passou a interpretá-la de tal forma a enquadrar no conceito de consumidor destinatário final a pessoa jurídica, desde que a vulnerabilidade desta esteja presente no caso concreto. (BOLZAN, 2014, p. 63).

Dito isso, a pessoa jurídica mesmo não sendo consumidora em sentido estrito, o STJ encaixou na teoria finalista atenuada como destinatário final desde que haja comprovação de sua vulnerabilidade e que está em desvantagem na situação. Assim como é possível se verificar em trecho de um julgado do Superior Tribunal de Justiça em Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 837871 SP 2016/0000575-3 a seguir exposto:

> [...] 2. A jurisprudência desta Corte tem mitigado a teoria finalista para autorizar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade, o que foi configurado na hipótese dos autos [...].

Tal decisão demonstra de forma clara a incidência da teoria finalista mitigada em um caso concreto, consubstanciando uma relação de consumo na qual demonstra que comprovada a vulnerabilidade da pessoa jurídica, também serão considerados consumidores.

É de suma importância comentar sobre o consumidor por equiparação, considerado aquele que não possui uma relação de consumo direta com o fornecedor e ainda assim são vítimas do dano causado. Segundo Bolzan (2014, p.77) afirma que não é somente o adquirente do serviço ou produto a parte mais vulnerável da relação jurídica, podendo se valer dessa proteção, pessoas que tiveram contato com a relação de consumo.

Os artigos 17 e 29, do Código de Defesa do Consumidor, elencam os tipos de consumidor por equiparação, diferente do padrão. Neste raciocínio, Souza, Werner e Neves (2018) destacam que:

> Equiparam-se, assim, aos consumidores todas as vítimas dos fatos do consumo, ou seja, dos danos por eles causados (artigo 17), assim como as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas (artigo 29). Não atenderia aos reclamos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> de uma sociedade comprometida com os valores da solidariedade social e boa-fé restringir a proteção do Código aos consumidores-padrão, deixando ao desabrigo os terceiros que são atingidos por danos decorrentes dos acidentes de consumo. (SOUZA, WERNER, NEVES, 2018, p.38).

Assim, a pessoa que sofrer qualquer consequência decorrente do evento danoso de terceiros, poderá recorrer a justiça e fazer valer seu direito como consumidor por equiparação, ou seja, são protegidas pelo CDC.

O outro elemento subjetivo é o fornecedor definido no artigo 3° caput do CDC, figurando o polo ativo, entendido como toda pessoa física ou jurídica que desenvolve atividade produtiva, de distribuição ou comercialização de produtos e serviços. Tal conceito se desenvolve de forma ampla tanto para a figura do próprio fornecedor quanto para as atividades desenvolvidas pelo mesmo.

Nesse azo, afirma Miragem (2016, p. 176) que o CDC buscou relacionar de forma abrangente o conjunto de ações relacionadas ao fornecimento de produtos e prestação de serviços. Com isso, o fornecedor pode ser pessoa física, jurídica, entes despersonalizados, contudo, exigem-se requisitos como habitualidade, bem como a necessidade de remuneração, constituindo a finalidade econômica da atividade.

Já os elementos objetivos da relação, são produtos e serviços. Embora seja um conceito bem breve e sintetizado na legislação consumerista, define produto como qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial, no entanto, tal conceito deve ser entendido de forma bem mais abrangente, assim incluindo qualquer objeto colocado a venda.

Quanto aos serviços, será uma atividade prestada pela figura do fornecedor, contratada pelo destinatário final, mediante remuneração podendo esta ser direta ou indireta. O art. 3°, §2° do CDC ainda elenca um rol exemplificativo de serviços e uma exceção no que diz respeito às relações decorrentes de caráter trabalhista, visto que possuem lei específica.

Em Filomeno (2018), é possível encontrar o seguinte esclarecimento:

> Aqui o Código de Defesa do Consumidor abrange todo e qualquer tipo de serviço, entendido como uma utilidade usufruída pelo consumidor, e prestada por um fornecedor determinado, num facere (fazer). Desta forma são exemplos de serviços: os prestados por um eletricista, encanador, pintor, coletivos de transporte, e outros tipos de transporte terrestre,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> aéreo, marítimo, lacustre, ferroviário, de dedetização, de turismo etc. (Filomeno 2018, p.103)

Os serviços públicos oferecidos no mercado de consumo à população mesmo que seja indiretamente, são protegidos pelo CDC, por isso devem ser de qualidades e consideravelmente eficazes, como por exemplo, o transporte coletivo, existe a presença de uma relação de consumo caracterizada.

Nesse sentido, atualmente vem ocorrendo uma crescente evolução social e tecnológica, bem como a globalização fazendo com que as fontes de informações e comunicação se tornem cada vez mais satisfatórias e eficazes, as relações de consumo sofrem mudanças constantes e extremamente rápidas, como, por exemplo, tem-se a criança como consumidora escolhendo o que deseja consumir, e utilizando o simples acesso à internet como uma das formas de adquirir produtos e serviços.

2.1 Tratamento Constitucional do Direito do Consumidor

Com o desenvolvimento das relações de consumo houve a necessidade de criar instrumentos para regular tal relação. A proteção do consumidor é de tamanha importância que é determinada na Carta Magna de 88 em seu art. 5°, inciso XXXII, de forma expressa como se prevê "O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor".

Nesse mesmo sentido, Almeida (2015), afirma que a defesa ao consumidor passou a ser direito do cidadão e dever do Estado. Visto que, tais direitos encontram-se localizados nos direitos fundamentais, ficando o consumidor a salvo da possibilidade de possível modificação pelo Poder Constituinte, se tornando uma preocupação definitiva e duradoura.

Neste raciocínio de acordo com Miragem (2016):

> [...] o direito do consumidor se compõe, antes de tudo, em direito à proteção do Estado contra a intervenção de terceiros, de modo que a qualidade de consumidor lhe atribui determinados direitos oponíveis, em regra, aos entes privados, e em menor grau (com relação a alguns serviços públicos) ao próprio Estado. (MIRAGEM 2016, p.59).

O autor alude a Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais, na qual o Estado irá buscar a igualdade nas relações que ocorrem entre particulares, ocorrendo a Constitucionalização do direito privado. O princípio da autonomia privada sempre se faz presente nas relações de consumo privadas, devendo ser aplicado os direitos fundamentais de acordo com o caso concreto sempre que observado um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

desequilíbrio dentro dessa relação, levando em consideração a razoabilidade e proporcionalidade.

Presente ainda no art. 170, inciso V, do mesmo diploma:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
>
> V- defesa do consumidor

O dispositivo supracitado garante que haja tratamento igual na relação de consumo, nenhum tipo de exploração poderá alcançar os direitos concedidos ao consumidor. Assim, se fazem presentes também os princípios basilares na tentativa de garantir que estejam em um mesmo nível, os sujeitos participantes da relação, ou seja, que fornecedor e consumidor não sobreponha um ao outro. Tais princípios são o da boa-fé objetiva, da transparência e da informação.

Sobre o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias concedeu um prazo de cento e vinte dias da promulgação da CF, para a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, escolhendo o legislador pela elaboração de um diploma próprio e específico.

2.2 A Vulnerabilidade do Consumidor no Código de Defesa do Consumidor

Diversos marcos históricos, como a Revolução Industrial, influenciaram no surgimento um novo modelo de mercado, na qual o fornecedor prezava mais pela quantidade e menos pela qualidade, prejudicando assim o sujeito passivo da relação. Desse modo, o direito existente não era suficiente para solucionar tal conflito se fazendo necessária uma legislação própria, o Código de Defesa do Consumidor.

O CDC é formado por diversos princípios que conferem garantias aos consumidores, considerados os vulneráveis da relação, trazendo em sua matéria normas de ordem pública e interesse social, assim entende-se que o legislador buscou equilibrar uma relação jurídica, reestabelecendo a igualdade entre os sujeitos da mesma.

O artigo 4° do diploma legislativo em questão pode ser considerado um dos mais importantes, visto que destaca a política de proteção ao consumidor e dentre outros um importante princípio, o da vulnerabilidade. Na qual em seu inciso I, o consumidor é reconhecidamente vulnerável em relação ao fornecedor no mercado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de consumo, valendo ressaltar a redução de abusos pelos fornecedores, após tal princípio.

Assim, esclarece Nunes (2018):

> Tal reconhecimento é uma primeira medida de realização da isonomia garantida pela Constituição Federal. Significa que o consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo. Essa fraqueza, essa fragilidade é real, concreta e decorrente de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico. (NUNES 2018, p.122)

Cumpre ressaltar que existem três espécies de vulnerabilidade. A fática decorre da desigualdade econômica e social, o consumidor encontra- se em desvantagem em relação ao fornecedor. A técnica, o consumidor não possui estudo técnico ou especifico sobre o processo produtivo. A jurídica decorre da falta de conhecimento do consumidor sobre seus direitos.

2.3 A Criança e sua Hipervunerabilidade

Tomando como ponto inicial a vulnerabilidade, na qual significa uma condição jurídica de proteção à parte mais fraca da relação de consumo, existe a hipervulnerabilidade, que são pessoas ainda mais vulneráveis em relação ao fornecedor. São consumidores que ficam mais expostos a abusos, apresentando-se como mais frágeis em decorrência de um fator biológico como sua deficiência física ou mental necessitando de maiores informações e atendimento diferenciado.

Nesse sentido, destaca Cavalieri (2019):

> Ao Estado Social importam não apenas os vulneráveis, mas, sobretudo os hipervulneráveis, pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a pasteurização das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna. Ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador. (CAVALIERI 2019, p.73).

Desse modo, verifica-se a que a hipervulnerabilidade se define como a vulnerabilidade majorada e agravada perante a comunicação mercadológica, cuja fragilidade é verificada em maior grau de relevância, podendo tal aspecto ser

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

verificado em idosos, doentes, gestantes, portadores de necessidades especiais e as crianças.

Atualmente, é possível afirmar que a criança possui um grande papel econômico em decorrência da antecipação em diversos aspectos, inclusive no mundo consumista, bem como nas relações de consumo. O público infantil tornou-se um consumidor em potencial, movimentando a economia e mobilizando milhões, ao influenciarem os adultos no ato da compra.

Assim entende Miragem (2019, p.132) que o poder dessas crianças nas decisões de consumo familiar, gera conflito com a vulnerabilidade agravada que apresentam, visto que nesse estágio da vida, se deixam convencer com facilidade por não possuírem controle sobre aspectos de um negócio.

Nesse sentido, as crianças como consumidoras se enquadram como hipervulneráveis, exigindo maior atenção com relação à fiscalização de anúncios publicitários e técnicas de *marketing* em razão da sua deficiência de julgamento e da falta de experiência, visto que se encontram em fase transitória de desenvolvimento ainda formando seus pontos de vistas e princípios, merecendo uma proteção específica.

Considerando a idade mental um aspecto relevante para configurar a hipervulnerabilidade, uma vez que não possuem amadurecimento suficiente para se proteger de fatores que as influenciem como protagonistas, exibição de produtos e narrativas de induzimento, direcionada a esse público que necessitaria de uma análise crítica.

Nessa perspectiva, as crianças são consideravelmente suscetíveis a algumas publicidades, desenvolvendo expectativas relacionadas a produtos que podem não condizer com a realidade, bem como não sendo capazes de identificar manobras publicitárias implícitas que as induzem facilmente ao consumo.

O Estatuto da Criança e Adolescente (Lei n° 8.069 de 13 de junho de 1990), que em seu artigo 2° considera-se criança a pessoa de até 12 anos incompletos. E faz menção relacionando à publicidade, somente no que tange a proibição do anúncio que incluir bebidas alcoólicas, tabacos e armas. Em relação ao CDC, se faz presente apenas um único dispositivo na qual proíbe publicidade considerada abusiva.

3 A PUBLICIDADE DIRECIONADA AS CRIANÇAS NO *YOUTUBE*

O propósito da publicidade é comercial, que proporciona produtos, marcas e serviços através de diversas plataformas, podemos perceber que a comunicação é essencial para a publicidade, pois a mensagem tem que chegar excelente ao receptor.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nesse ponto de vista Miragem (2016) destaca:

> Em uma realidade de hiperinformação na qual cada indivíduo é submetido a uma quantidade imensa de dados e informações as mais variadas, a todo o tempo, a importância da publicidade é ressaltada, na medida em que, considerando-a como "informação dirigida ao público com o objetivo de promover direta ou indiretamente uma atividade econômica", ou como "a arte de criar, no público, a necessidade de consumir" será dotada de uma série refinada e profissional de técnicas para sua realização. Neste sentido, estudiosos do fenômeno da "publicidade relacionam como cinco as tarefas a serem realizadas pelo anúncio publicitário: 1) chamar a atenção; 2) despertar o interesse; 3) estimular o desejo; 4) criar convicção; e 5) induzir à ação. (MIRAGEM 2016, p.264)

É claro que a publicidade está presente nos mais variados lugares, de maneira que os indivíduos são influenciados, estimular a venda de produtos e serviços é sua maior função, incontáveis vezes faz com que o consumidor comece a admirar o produto.

É importante diferenciar publicidade de propaganda. Segundo Cavalieri (p.159) "publicidade tem objetivo comercial, próprio para anunciar produtos e serviços possíveis de negociação. Propaganda, por sua vez, visa a um fim ideológico, próprio para a propagação de princípios, ideias, teorias, com objetivo religioso, político ou cívico". O maior exemplo desta última é a propaganda eleitoral, as campanhas governamentais ou até mesmo de vacinas. A publicidade visa o lucro, enquanto a propaganda é um meio de difusão de princípios, teorias e valores, sem impulso comercial.

Vale ressaltar que o artigo 37, do CDC, expressou que é proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. A publicidade enganosa é toda informação falsa, ou quando age com omissão e induz o consumidor ao erro, ou até mesmo quando deixa de informar corretamente sobre um determinado produto, essa modalidade está prevista no artigo 37, § 1°, do CDC. A publicidade abusiva é quando incide a violência, e abuse do medo ou superstição, usufruir da deficiência de julgamento e experiência da criança, desconsiderar valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança, está previsto no artigo 37, § 2º, do CDC.

A publicidade infantil tem conquistado espaço no decorrer dos anos, por ser consumidor hipervulnerável as empresas desfrutam de tal característica. Traz com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

clareza o artigo 36, do CDC, que a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente a identifique como tal. As crianças não têm conhecimento suficiente e muito menos experiências para saber o que é relevante, e não possuem discernimento para constatar.

Segundo Karsaklian (2000), destaca:

> A vulnerabilidade especial ou agravada que se deve tomar em consideração na interpretação do conceito de publicidade abusiva e sua proibição, pelo CDC. Parte-se de um fato: a criança por suas qualidades naturais conta com deficiência de julgamento e experiência em relação ao mundo exterior, quando comparadas ao consumidor médio que já tenha deixado a infância. (KARSAKLIAN (2000, p.221).

As crianças agem com imaturidade por não ter idade suficiente e as empresas conseguem estimular o consumo excessivo e sem necessidade. Sendo responsabilidade dos pais educar relativamente à necessidade do consumo, o que refletiria de forma relevante para o cenário atual, enquanto o público infantil já possui uma noção da ligação entre o financeiro e o consumo. Reconhecendo que quando a publicidade for abusiva, poderá ocasionar prejuízos ao menor, enquanto a sua formação.

Segundo Burgues e Green (2009) o *Youtube* é entendido como uma plataforma e um agregador de conteúdo, embora não seja uma produtora de conteúdo em si. Ou seja, possibilita a criação de conteúdos e entretenimento agregando publicidade em seus vídeos. Sendo as crianças o público-alvo de muitos canais existentes, de acordo com um estudo apresentado por Correa (2016) que identificou que entre 100 canais de maior audiência no *Youtube,* 48 canais abordam conteúdo direcionado ou consumido por crianças de 0 a 12 anos.

A publicidade no *Youtube* ocorre de diversas formas, destacando as principais: como uma propaganda formal e explícita podendo aparecer antes, durante ou ao fim do vídeo, podendo o usuário optar por clicar, fazendo com que o canal tenha ganhos ou pode simplesmente fechar o anuncio.

Outra forma é quando dentro do contexto do vídeo, existe a publicidade já inserida, fazendo com que o conteúdo comercial se torne tema do vídeo, por meio de uma exposição de opinião sobre o produto. Essa segunda forma, pode ser um tanto difícil identificar o conteúdo comercial, visto que se trata apenas de apresentar o produto, chamando assim de *review*.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A ação de marketing pode ocorrer por parte da empresa, quando as empresas se comunicam com as crianças e seus responsáveis com o propósito de promover produtos, lembrando que o contrário também pode acontecer, na qual é a criança ou seus responsáveis que entram em contato com a empresa solicitando um produto sem custo e em troca publica uma *review* no seu canal.

Existe ainda, o conteúdo proprietário da marca, na qual possuem seus próprios canais, usando como ferramenta principal para expor seus produtos de forma leve, com a criação de conteúdos como episódios de novelas narrada e encenadas por brinquedos da marca feita por adultos, bem como tutorais de como usar o produto anunciado, algo bem espontâneo que muita das vezes não soa como publicidade.

E por fim a mais influente técnica, chamada *unboxing,* na qual se tem protagonistas que geralmente são crianças de mesma idade ao público-alvo, quase que encenando a surpresa de abrir e exibir determinado produto em seus mínimos detalhes, como se fosse uma brincadeira. Tal modalidade de vídeo é a mais preocupante, uma vez que é de fácil absorção pelas crianças e possui um alto de nível de interação com os usuários, gerando a sensação de que tal produto seria essencial.

Esses tipos de publicidades propagam uma situação perfeita e desperta o interesse no publico infantil a consumir por serem levados a acreditar que a alegria só existe em situações apresentadas. Vale ressaltar, que muitas vezes pode acontecer um choque emocional maior, pelo fato da família não ter condições de proporcionar aquele objeto específico para garantir a alegria idealizada.

3.1 Regulamentação Publicitária Relacionada às Crianças no *Youtube*

Existem algumas regras e determinações mais específicas do que as do Código de Defesa do Consumidor e as do Estatuto da Criança e Adolescente que abordam a publicidade infantil de forma bem geral, nada relacionado diretamente a vídeos na plataforma em questão, bem como meios virtuais.

O Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) que é uma organização não governamental visando promover a liberdade de expressão publicitária e defender prerrogativas constitucionais da propaganda comercial, oferecendo ao consumidor a oportunidade de ser ouvido tendo como maior objetivo fiscalizar a ética das publicidades que veiculam no Brasil.

Segundo Miragem (2016) tal organização é de suma importância quanto o controle da publicidade ilícita, nas modalidades abusiva e enganosa, sendo de fato a sua atuação em consequência da ampla representatividade das entidades comprometidas com os setores econômicos abrangidos na atividade publicitaria.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nesse azo, entende-se que tal órgão não exerce um poder arbitrário no sentido de proibir, multar ou até mesmo retirar uma publicidade do ar, facultando àquelas que são destinadas a seguir as indicações propostas. No que se trata de publicidade voltada ao publico infantil, dispõe-se:

> Art. 37. Os esforços de pais, educadores, autoridades e da comunidade devem encontrar na publicidade fator coadjuvante na formação de cidadãos responsáveis e consumidores conscientes. Diante de tal perspectiva, nenhum anuncio dirigirá apelo imperativo de consumo diretamente à criança.

Esse dispositivo ainda elenca várias recomendações para anúncios publicitários direcionados para esse publico em específico, como por exemplo: dar atenção especial às características psicológicas do público-alvo abster-se de estimular comportamentos socialmente condenáveis, contribuir para um desenvolvimento positivo, não impor consumo ou uso dos e serviços.

Como assim explica Miragem (2016, pg. 291):

> A atividade de controle da publicidade ilícita na experiência brasileira, além do controle judicial ou por intermédio dos órgãos públicos integrantes do Sistema Nacional das Relações de Consumo, conta com importante sistema de autorregulamentação publicitária. Esta é exercida pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR. (MIRAGEM 2016, pg. 291).

Outro órgão de grande importância é o Instituto ALANA, uma ONG que é também responsável pelo programa Criança e Consumo que busca debater ideias sobre o assunto em questão, bem como apontar diretrizes que minimizem e previnam os prejuízos decorrentes dessa comunicação mercadológica e tem a missão de honrar a criança, atuando em defesa dos direitos das crianças e adolescentes.

O que reitera essa afirmação é a Resolução n°163 de 2014 do CONANDA (Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente), que "dispõe sobre a abusividade sobre o direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente". Destacando que a já menciona a Internet, no artigo 1°, parágrafo 2°, incluindo-a entre as ferramentas que podem ser abrangidas na comunicação mercadológica.

Essa resolução foi apoiada por grupos favoráveis à regulamentação, no entanto, também gerou muitas criticas advinda do mercado de consumo. Nesse

ínterim, tem-se a falta de conteúdos específicos para as crianças, poderiam submetê-los a uma programação inapropriada para sua faixa etária, sendo como consequência o amadurecimento precoce das crianças.

Mesmo com o grande número observado no consumo das mídias online e muitos dispositivos normativos de órgãos responsáveis, ainda não existem fiscalizações apropriadas para a publicidade na internet. Podendo destacar que existe uma debilidade no controle que é conveniente somente no que tange as mídias tradicionais, reforçando a necessidade de uma maior atenção, a fim de diminuir os riscos para o menor na sua condição de hipervulnerável.

Por outro lado, vedar a totalidade desse tipo de conteúdo pode gerar complicações para o mercado, ocasionando desinteresse daqueles que a fornecem, uma vez que não conseguiriam obter retorno pecuniário como esperado pelo grande número de limitações impostas. Nesse azo, é possível observar que o fator lucro sobressai aos apelos que visam à proteção das crianças.

Com isso, é perceptível que essa proteção tem a necessidade de uma via de mão dupla, na qual que para os pais possam ter o controle de impedir a exposição das crianças a esse conteúdo, seria ideal criar filtros podendo ocultar vídeos com temática indesejada. Outra opção, é que exista uma inspeção e acompanhamento tanto dos próprios fornecedores e órgãos protetores, quanto da própria plataforma de vídeos *Youtube*.

4 CONCLUSÃO

Como resultado do estudo realizado, foi possível concluir que há duas discussões acerca desse tema: primeiro, a escolha do Estado de planejar uma fiscalização da publicidade infantil baseada nas normas e regulamentações já existentes ou seguir o debate do que seria realmente permitido ou não. Afinal quando se fala de *Youtube* é possível observar um cenário com um movimento novo e em constante mudança.

Nesse sentido, no momento os dispositivos legislativos brasileiros são bem genéricos, analisando a necessidade de uma real e possível fiscalização de forma adequada para assuntos referentes a eventuais abusos que decorrem da publicidade dirigida ao público infantil no âmbito das novas mídias sociais em que se faz juntamente com o Código de Defesa do Consumidor, a Estatuto da Criança e do Adolescente, o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, e ainda o Conselho Nacional dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes.

Não obstante, a relação de consumo em questão protesta-se com veemência por um meio regulador e protetor aos interesses de quem participa dessas, visto que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

pela rapidez de troca e divulgações de informações aumenta o risco do polo mais vulnerável, o consumidor, ser enganado, ainda mais quando se trata de crianças. Tendo assim o Direito que evoluir proporcionalmente e juntamente com a sociedade, com a finalidade de não permitir a abusividade em publicidades frente as condições da criança como consumidora, especificadamente com relação à ferramenta de vídeos, o *Youtube*.

Importante mencionar que tal tema é bem extenso, complexo e possui muitas vertentes, pela dificuldade em encontrar um equilíbrio entre as partes. De toda maneira, a legislação brasileira se caracteriza por uma regulamentação hibrida, como visto a existência de uma autorregulamentaçao responsável pela fiscalização da publicidade mercadológica no país.

No entanto, faz-se necessário a inserção de dispositivos legislativos com maior detalhamento capaz de abranger essas praticas presentes em novas tecnologias e plataformas, como é o caso do *Youtube*, avançando para uma operacionalização eficaz no sentido de tornar mais clara e de fácil identificação, exigindo a sinalização de quem produz o conteúdo publicitário que tem o publico infantil como o destinatário da mensagem, dando a devida ciência para quem consome o conteúdo, podendo ainda dar a opção ao usuário de ocultar vídeos que possuam esse tipo de mensagem.

Além disso, é preciso o devido acompanhamento dessas plataformas de forma intensa, uma vez que a geração de conteúdo é extremamente rápida, para que seja possível uma fiscalização satisfatória tanto por órgãos responsáveis quanto pela própria plataforma com o intuito de aprimorar a administração e curadoria dos vídeos que possuem a temática publicitaria, ainda mais quando for relacionada ao público infantil.

Portanto, a agilidade e facilidade das crianças em relação ao mundo tecnológico não quer dizer que tenham plena capacidade ou maturidade suficiente para discernir a persuasão transmitida de forma implícita, interativa e informal que pode ser considerada ilegal, ao passo que desperta àquela, intenso desejo de compra.

Assim enseja uma reflexão ética, legal e social quanto ao conteúdo de canais direcionados a esse público, acima de tudo quando se trata de um limite ante a responsabilidade social dos produtores de vídeos, se adequando as novas mídias no sentido dessa comunicação a ser veiculada não gerar danos ao público-alvo.

REFERÊNCIAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ALANA. **Instituto Alana - Criança e Consumo**. Disponível em: http://alana.org.br/project/crianca-e-consumo/. Acesso em: 28 mar. 2020.

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de direito do consumidor**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2015.

BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado.** 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2014.

BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado.** 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BURGESS, Jean; GREEN, Joshua. **Youtube e a Revolução Digital**. São Paulo: Aleph, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 mar. de 2020.

BRASIL. Lei n° 8.069 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 07 mar. de 2020.

BRASIL. Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 07 mar. de 2020.

BRASIL. Resolução n° 163, de 13 de março de 2014. Dispõe sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente. **Diário Oficial da União**, n° 4 de abril de 2014. Seção 1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (3. Turma) Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 837871. SP 2016/0000575-3. Ação indenizatória. Relação de Consumo. Teoria Finalista Mitigada. Vulnerabilidade. Revisão do Julgado. Inviabilidade. Reexame de fatos e provas. Incidência da Súmula 7/STJ.

CONAR, **Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária**. Disponível em: http:// www.conar.org.br/. Acesso em: 28 mar. 2020.

CORREA, Luciana. **Geração YouTube**. Um mapeamento sobre o consumo e a produção infantil de vídeos para crianças de zero a 12 anos. Brasil – 2005-2015.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Direitos do Consumidor**. 15. ed. rev, atual e ref. São Paulo: Atlas, 2018.

KARSAKLIAN, Eliane. **O comportamento do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2000.

MIRAGENS, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

RIZZATO, Nunes. **Curso de direito do consumidor.** 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TARTUCE, Flavio; AMORIM, Daniel. **Manual de Direito do Consumidor**: Direito Material e Processual.7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO , 2018.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**. 9. ed. ref, rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

[1] Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA. *E-mail*: rebeccasousa@hotmail.com

[2] Orientadora Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA, Mestre em Direito pela PUCRS. *E-mail*: rochelefirmeza@hotmail.com.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ATA NOTARIAL COMO MEIO DE PROVA

THAÍS FÁVARO TOMAZ: Bacharelanda do Curso de Direito da Universidade Brasil, campus Fernandópolis.

Trabalho de Conclusão de Curso apesentado ao Curso de Direito da Universidade Brasil, como complementação dos créditos necessários para obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Me. Márcia Kazume Pereira Sato.

RESUMO: O presente trabalho de conclusão de curso demonstra um breve estudo sobre a função da Ata Notarial utilizada como meio de prova no direito brasileiro, uma vez que só foi devidamente regulamentada como prova típica pelo novo Código de Processo Civil de 2015 em seu artigo 384. No exposto artigo científico veremos sobre o conceito da Ata Notarial, suas principais distinções com a escritura pública lavrada nos tabelionatos, os requisitos essenciais para sua lavratura e algumas de suas espécies, descrevendo as suas finalidades principais a depender do tipo de ata. Sabe-se que as provas possuem como finalidade a formação da convicção do juiz a respeito do que a parte pretende provar, tornando a ata notarial um eficaz meio de prova, tendo em vista, que nela o tabelião descreverá tudo o que viu ou ouviu, conforme a solicitação do interessado, utilizando-se de termos jurídicos, tornando-a solene, visto que é dotado de fé pública, adquirida por força de lei, destacando-se assim como prova no âmbito jurídico.

Palavras-chave: Tabelião; Fé-pública; Prova.

ABSTRACT: This course conclusion paper demonstrates a brief study on the function of the Notary Act used as evidence in Brazilian law, since it was only duly regulated as typical evidence by the new Code of Civil Procedure 2015 in its Article 384. Exposed scientific article we will see about the concept of the Notary Act, its main distinctions with the public deed drawn up in the notary, the essential requirements for its drawing up and some of its species, describing its main purposes depending on the type of minutes. The evidence is known to have the purpose of forming the judge's conviction as to what the party intends to prove, making the notary minutes an effective means of proof, given that the notary will describe everything he has seen or heard, according to the request of the interested, using legal terms, making it solemn, since it is endowed with public faith, acquired by force of law, thus standing out as evidence in the legal field.

Keywords: Notary; Public faith; Test.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO: 2. DO CONCEITO DE PROVA. 2.1. Ônus da Prova. 2.2. Classificação das Provas. 2.3. Meios de Prova. 3. DO CONCEITO E NATUREZA DA ATA NOTARIAL. 3.1. Distinção Entre Escritura Pública e Ata Notarial. 3.2. Da Necessidade de Requerimento da Parte Interessada. 3.3. Da Estrutura e Requisitos. 3.4. Redação em língua nacional. 3.5. Qualificação das Partes. 3.6. Tempo e Local do Fato e da Ata. 3.7. Declaração de Leitura. 3.8. Assinatura das Partes e do Tabelião. 4. DAS ESPÉCIES DE ATAS NOTARIAIS. 4.1. Ata de Notoriedade. 4.2. Ata de Declaração. 4.3. Ata de Certificação sobre Documentos e Exibição de Coisas. 4.4. Ata de Presença. 4.5. Ata de Autenticação Eletrônica. 4.5.1. Ata com Gravação de Diálogo Telefônico. 4.5.2. Ata da Internet. 4.5.3. Ata de Verificação de Mensagem Eletrônica. 4.6. Ata de Usucapião. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

1.INTRODUÇÃO

A ata notarial veio a ser positivada no ordenamento jurídico, em âmbito federal a partir do ano de 1994, com o advento da Lei nº 8.935. Anteriormente, havia somente previsões pontuais em alguns Estados da Federação, mediante Provimento das respectivas Corregedorias de Justiça.

Os atos jurídicos exercidos perante o âmbito extrajudicial são dotados de fé pública, fornecem segurança, eficácia, garantia, autenticidade, entre outros, nos atos e negócios jurídicos.

De todas as atividades que são de competência exclusiva dos tabeliães de notas, a ata notarial é o foco neste estudo. Este instrumento público já vem sendo usado no Brasil há muito tempo, mas sua previsão legal expressa surgiu, pela primeira vez, com a Lei dos Cartórios em 1994 (art. 7º, inciso III).

Com o adento da Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, que instituiu o Novo Código de Processo Civil que começou a vigorar em 18 de março de 2016, a ata notarial ganhou uma seção exclusiva, tornando-se um meio de prova típico, conforme dispõe o artigo 384, estabelecendo que "[...] a existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião".

Ocorre que mesmo com a previsão legal para a lavratura das atas notariais pelo tabelião de notas, este mecanismo jurídico sempre foi objeto de muitas dúvidas tanto quanto ao seu conceito, requisitos e possibilidades de uso, como também em relação à sua admissibilidade como meio de prova no processo civil brasileiro.

Diante disso, a presente pesquisa se valerá da importância jurídica, processual e social que envolve o tema abordado, no sentido de oferecer à população um meio de prova mais simples, prático, rápido, facilmente acessível,

enfim, significa uma forma legítima de oferecer prova para o pedido de tutela e, mais do que isso, efetividade aos direitos da cidadania através dos tabelionatos de notas brasileiros.

2.DO CONCEITO DE PROVA

Prova pode ser conceituada como todo e qualquer elemento levado em juízo pelas partes com a finalidade de comprovar algum fato, com a intenção de convencer o juiz de seu direito.

Define Humberto Theodoro Júnior (2014, p.593), "toda prova há de ter um objeto, uma finalidade, um destinatário, e deverá ser obtida mediante meios e métodos determinados." Consistem como características da prova: o objeto, a finalidade, o destinatário e os meios. O objeto da prova são os fatos alegados pelas partes nas quais se sustentam as suas presunções, mas, apenas são objeto da prova, aqueles fatos controversos entre autor e réu.

Assim, vemos que a prova possui como finalidade a formação da convicção do juiz a respeito de determinado fato, tornando o mesmo, o destinatário final da prova.

Alguns fatos, entretanto, são dispensáveis de prova, os quais encontram-se elencados no Código de Processo Civil, no artigo 374:

> Art. 374. Não dependem de prova os fatos:
>
> I - notórios;
>
> II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;
>
> III - admitidos no processo como incontroversos;
>
> IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

2.1 Ônus da Prova

Define o Código de Processo Civil, em seu artigo 373, caput, que caberá o ônus da prova ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Existindo reconvenção o réu passa a ser autor e, neste caso, o mesmo, como reconvinte, possuirá o ônus da prova do fato constitutivo, e o autor, na qualidade de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

reconvindo (réu na reconvenção), do fato modificativo, impeditivo e extintivo, no que for novo e no que concerne ao pedido do autor e ao seu respectivo fundamento.

Poderá ocorrer a inversão do ônus da prova de forma convencional, por um acordo entre vontades, no qual poderá ocorrer tanto antes, quanto durante o processo, conforme nos mostra o §4º do artigo 373, do Código de Processo Civil, essa inversão terá limitações, que estão presentes no §3º do mesmo artigo, quando recair sobre direito disponível da parte ou tornar excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito.

2.2 Classificação das Provas

As provas podem ser classificadas, quanto ao objeto, podendo ser diretas, ou seja, aquelas que estão ligadas diretamente ao fato, ou indiretas, quando dizem respeito a fatos circunstanciais ou secundários, mas que, com sua análise, por um raciocínio dedutivo, levará a conclusão desejada, são também conhecidas como indícios.

Ainda podem ser classificadas quanto ao sujeito, sendo pessoal, quando é prestada por uma pessoa em relação ao fato, como um depoimento, ou real, obtida através de exame pericial.

Quanto à forma, poderá ser oral, aquela colhida verbalmente ou escrita, aquela redigida.

2.3 Meios de Prova

Os meios de prova são mecanismos utilizados pelas partes em um processo para demonstração de fatos. Se encontram elencados no artigo 369 do Código de Processo Civil, sendo eles: confissão (Seção V, artigos 389 a 395), ata notarial (Seção III, artigo 384), depoimento pessoal das partes (Seção IV, artigos 385 a 388), prova testemunhal (Seção IX, artigos 442 a 463), documental (Seção VII, artigos 405 a 441), pericial (Seção X, artigos 464 a 480) e inspeção judicial (Seção XI, artigos 481 a 488), vale lembrar que este não é um rol taxativo, qualquer outro meio de prova será admitido, desde que não viole a lei.

Em relação a confissão, existe divergência na doutrina a respeito de seu cabimento como prova, porém, não nos caberá adentrar a esta discussão, veremos aqui apenas seu conceito e cabimento. A confissão pode ser conceituada como a declaração da parte que reconhece fatos como verdadeiros que são contrários ao seu próprio interesse e favoráveis aos interesses de seu adversário, tal dispositivo encontra-se nos artigos 389 a 395 do Código de Processo Civil, é importante lembrar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que só poderá ter como objeto os fatos e nunca as consequências jurídicas que possam advir desses fatos.

A confissão poderá ser judicial, aquela realizada no decurso do processo ou extrajudicial, realizada fora do processo, comprovada por documentos ou testemunhas.

Em relação a ata notarial, veremos no decorrer do presente artigo, seu conceito, cabimento e espécies como meio de prova, adotado pelo Código de Processo Civil.

O depoimento é um meio de prova na qual o juiz a requerimento de uma das partes colhe declarações da parte contrária, com a principal finalidade de obter informações a respeitos de fatos relevantes no processo e só poderão ser prestadas pelas partes e nunca por terceiros ao processo, seu cabimento está disposto nos artigos 385 a 388 do Código de Processo Civil.

A prova testemunhal, compreende na inquirição em audiência de pessoas estranhas ao processo, em relação a fatos relevantes para o julgamento, seu cabimento vem descrito nos artigos 442 a 463 do Código de Processo Civil.

A prova documental tratada nos artigos 405 a 441 do Código de Processo Civil possui um conceito muito amplo, podendo ser conceituado como qualquer coisa capaz de representar algum fato, tal conceito foi adotado pelo direito brasileiro, assim qualquer escrito ou imagem pode ser definida como uma prova documental.

A prova pericial deve ser utilizada nos casos em que surgir fatos controvertidos que necessitem de conhecimentos especializados, como um especialista de engenharia, medicina e outros, conforme o artigo 464 do Código de Processo Civil a perícia consiste em exame, vistoria ou avaliação, de pessoas ou coisas, de bens imóveis ou atribuição de valor a determinado bem, seus cabimento encontra-se nos artigos 464 a 480.

A inspeção judicial trazida pelos artigos 481 a 484 do Código de Processo Civil consiste no exame feito diretamente e pessoalmente pelo juiz, podendo ser em pessoas ou coisas, com o fim especial de aclarar fatos que interessem a coisa.

3.DO CONCEITO E NATUREZA DA ATA NOTARIAL

A Ata Notarial é um documento lavrado pelo Tabelião, em Cartório de Notas, com a finalidade de constatar algum fato ou percepção do notário, uma vez que o mesmo é dotado de fé pública, a quem é devidamente atribuído o exercício da atividade notarial, por meio de concurso público (Lei 8.935/94, artigo 3º).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Define Loureiro, (2017, 1204) que a ata notarial "é o instrumento público que tem por finalidade conferir fé pública a fatos constatados pelo tabelião, por meio de qualquer de seus sentidos, destinando-se à produção de prova pré-constituída."

O Código de Processo Civil de 2015, em seu Capítulo XII, Das Provas, na Seção I, esclarece que as partes possuem o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no código, para provar a verdade dos fatos em que consiste seu pedido ou defesa, que influencie eficazmente a convicção do juiz. É evidenciado na Seção III do mesmo código, no artigo 384 e parágrafo único que a existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião, podendo os dados serem representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos.

Ainda sobre a regulamentação das atas notariais, a Lei 8.935/94, dispondo sobre serviços notariais e de registro, traz no seu artigo 6º, inciso III, que compete aos notários a autenticação de fatos e ainda no artigo 7º, da mesma lei, no inciso III, traz a competência exclusiva ao Tabelião de Notas a lavratura de atas notariais.

Já nas normas da Corregedoria do Estado de São Paulo, que trata sobre os atos extrajudiciais, o Provimento Estadual nº 58/89 da NSCGJSP, diz em seu artigo 137 que a ata notarial é a narração objetiva, fiel e detalhada de fatos jurídicos presenciados ou verificados pessoalmente pelo Tabelião de Notas.

No momento da lavratura da Ata Notarial, é cabível ao Tabelião de Notas utilizar-se de todos os seus sentidos e ainda de quaisquer objetos ao seu dispor que colaborem para a realização da mesma, podendo dispor-se por exemplo de imagens, filmagens, áudios, páginas da internet, dentre outros quaisquer que facilitarem a elaboração da ata, todos os arquivos utilizados deverão ser devidamente arquivados no Tabelionato de Notas.

A ata notarial possui natureza autenticatória, ou seja, ela não designa nenhum direito ou obrigação, irá apenas resguardar os fatos para que possa ser utilizada no futuro com a devida autenticidade notarial, aqui registra-se apenas os fatos que a parte deseja para proteção de direitos e resguardos probatórios.

3.1 Distinção Entre Escritura Pública e Ata Notarial

As escrituras e as atas possuem objetos distintos, uma vez que a escritura constitui um negócio jurídico, pois sua natureza jurídica é constitutiva obrigacional, enquanto que, a ata, descreve um fato, pois possui natureza autenticatória.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Na lavratura das atas notariais o tabelião irá descrever a narrativa de determinado fato ou materializar de forma narrativa tudo o que viu, ouviu, ou presenciou, com seus próprios sentidos. Alicerçado a esta narrativa ou materialização, lavra-se um instrumento devidamente qualificado dotado de fé pública com a mesma força probante de uma escritura pública.

Existem certas formalidades da escritura que não são aplicáveis a ata notarial, pelo simples fato de possuírem objetos distintos, como por exemplo, na escritura o tabelião recebe as partes, ouve suas vontades e lavra o instrumento adequado, já na ata o tabelião receberá a solicitação da parte, verificará os fatos e lavrará o instrumento apropriado.

Em se tratando de particularidades de uma ou outra, temos uma de grande importância, a assinatura das partes são indispensáveis nas escrituras para perfectibilizar, ou seja, tornar perfeito o ato, porém, para as atas notariais se não existir a assinatura do solicitante ou qualquer interveniente, o notário poderá finalizar o ato, não perdendo sua validade e eficácia.

Quando tratamos de escritura, nela não poderá existir atos ou negócios que configurem ilícitos, como exemplo, o tabelião não poderá lavrar uma escritura de escravidão, ao contrário da ata, que o objeto é a constatação de fatos, que poderão neste caso ser ilícitos (aqui não estamos falando de ilícitos penais, como um homicídio), uma vez que no Estado de São Paulo é possível lavrar ata notarial quando seu objeto constitua ato ilícito.

Ainda vale lembrar que se tratando de escritura púbica, o tabelião documenta de forma "ativa", ele recebe a vontade da parte, as molda em conformidade com a lei, neste caso, os outorgantes são protagonistas do ato, aqui o tabelião emite juízos sobre determinado ato para sua eficácia plena, porém, nos casos das atas notariais, o mesmo atua de forma "passiva", apenas como observador sem impor-se na ação. Mesmo que neste caso possua uma postura meramente passiva, há uma qualificação notarial e aconselhamento quando necessário, que poderá ser desempenhado.

3.2 Da Necessidade de Requerimento da Parte Interessada

A ata notarial nunca será redigida de ofício, uma vez que poderia ofender o "Princípio da Instância", vigorante no sistema de Registros Públicos, que nos diz que a atividade registral depende de provocação (Lei 6.015/73, art. 217), assim sendo, sempre deverá ser realizada mediante requerimento da parte interessada, podendo existir até múltiplos solicitantes, não importando ser pessoa física ou jurídica. Em se tratando de pessoa jurídica a mesma poderá ser representada por seu administrador ou procurador, devendo apresentar seus respectivos atos constituintes. A lei não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

dispõe sobre a obrigatoriedade de a parte solicitante possuir capacidade plena, cabendo assim, a elaboração de ata por requerimento de pessoas relativamente incapazes, desde que os mesmos possuam aptidão natural para entender e querer.

O requerente não poderá ser o tabelião, seus prepostos, cônjuge ou parentes, em linha reta, ou colateral, consanguíneos ou afins, até o terceiro grau, sendo impedidos conforme o artigo 27, da Lei 8.935/94. Todavia, mesmo que a ata possua a presença de uma destas pessoas, não deixará de ser válida, ocorre que, o solicitante e tabelião correrão o risco de o poder probatório constante da ata ser reduzido por decisão judicial, que entenda a aplicabilidade ao artigo 407 do Código de Processo Civil, aplicando o mesmo poder probatório de um documento particular.

3.3 Da Estrutura e Requisitos

A lei não determina expressamente quais são os requisitos obrigatórios para lavratura da ata notarial, ela possibilita a fixação de requisitos pela doutrina e prática notarial, entretanto, alguns itens básicos devem ser considerados no momento de sua lavratura, tais itens estão elencados nas Normas da Corregedoria Geral de Justiça, em seu capítulo XIV, Seção V, Subseção IX, assim descritos:

A ata notarial incluirá:

a) local, data, hora de sua lavratura e, se diversa, a hora em que os fatos foram presenciados ou verificados pelo Tabelião de Notas;

b) nome e qualificação do solicitante;

c) narração circunstanciada dos fatos;

d) declaração de haver sido lida ao solicitante e, sendo o caso, às testemunhas;

e) assinatura e sinal público do Tabelião de Notas.

A ata notarial ainda poderá:

a) conter a assinatura do solicitante e de eventuais testemunhas;

b) ser redigida em locais, datas e horas diferentes, na medida em que os fatos se sucedam, com descrição fiel do presenciado e verificado, e respeito à ordem cronológica dos acontecimentos e à circunscrição territorial do Tabelião de Notas;

c) conter relatórios ou laudos técnicos de profissionais ou peritos, que serão qualificados e, quando presentes, assinarão o ato;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

d) conter imagens e documentos em cores, podendo ser impressos ou arquivados em classificador próprio.

Abaixo veremos outros requisitos que deverão ser levados em consideração no momento da lavratura da Ata Notarial.

3.4 Redação em língua nacional

Em primeiro lugar temos a obrigatoriedade de a redação do instrumento ser feita em língua portuguesa, não importando se uma das partes, testemunhas ou intervenientes se manifestem em língua estrangeira, todas as manifestações das partes deverão ser vertidas para o português. Se o tabelião compreender a língua estrangeira não existirá necessidade de tradutor, caso contrário algum será solicitado.

Algumas palavras como por exemplo link, mouse, software, dentre outras não acarretarão nenhum prejuízo ao ato, mesmo que inglesas.

Nota-se que o tabelião possui dois deveres, o de defesa ao idioma nacional, ou, público, e o de clareza do ato, pelo lado profissional. É importante ressaltar que o tabelião deve-se atentar em traduzir termos estrangeiros, para que o juiz ou terceiro que for utilizar-se da ata compreender o que nela estiver escrito. Não é vedado a utilização de trechos estrangeiros na ata notarial, conforme dispõe as Normas da Corregedoria Geral da Justiça, no item 49.1. Capítulo XIV1 - Do Tabelionato De Notas, Seção IV, Subseção II – Escrituração. As atas notariais poderão ser compostas por imagens coloridas e expressões em outras línguas ou alfabetos. Todavia o tabelião deverá utilizar-se de intérprete ou tradutor para corretamente descrevê-las, se houver códigos desconhecidos, o tabelião poderá lança-los, ou, se for da vontade da parte, poderá descrever o que significam segundo a declaração de assistentes técnicos.

3.5 Qualificação das Partes

Compõe a qualificação das partes, quando se tratar de pessoa física, o nome completo, nacionalidade, estado civil, filiação, profissão, o número da carteira de identidade e seu órgão expedidor, podendo também o tabelião utilizar-se de carteira de identificação profissional, o número do Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda – CPF, endereço residencial e endereço eletrônico. No que diz respeito a qualificação de pessoa jurídica, deverá conter na respectiva ata notarial a razão social, nome fantasia, a origem nacional, o Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica do Ministério da Fazenda – CNPJ, o número da inscrição na junta comercial ou se for o caso, no cartório de registro civil das pessoas jurídicas, e ainda, seu domicílio.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nos casos de ser a parte, pessoa jurídica, a mesma poderá ser representada por seu administrador legal, exceto quando o ato constitutivo dispor de pessoa devidamente qualificada, a qual deverá ser devidamente qualificada como pessoa física, devendo fazer menção no ato notarial da cláusula contratual ou de mandato ou autorização especial societária que a institui, ou por procurador constituído por procuração pública. É imprescindível a apresentação dos documentos contratuais, como por exemplo, os contratos sociais, atas de assembleia, estatuto, ou, reunião constitutiva.

Não é obrigatório o reconhecimento da capacidade dos indivíduos para a lavratura da ata notarial, porém, o tabelião fazendo tal constatação tornará o ato mais seguro e aumentará a credibilidade do mesmo.

A identidade das partes será sempre apurada pela apresentação de documento de identidade civil, mesmo que, o requerente possua idade avançada ou dificuldade de se expressar, tais tribulações não influenciarão na capacidade do mesmo. No momento da apresentação de documentos não é necessário a apresentação de atestados médicos afirmando a capacidade do indivíduo, tal afirmação fica a encargo do juízo do notário, que não agirá com culpa, se uma futura apreciação judicial definir que o solicitante era incapaz.

3.6 Tempo e Local do Fato e da Ata

A ata notarial não se diferencia da escritura pública em relação a obrigatoriedade do dia, mês e ano (art. 215, §1º, I do Código Civil), porém como peculiaridade deverá constar o horário de sua realização. É importante ressaltar que o tempo deverá ser preciso, tanto em relação ao momento em que foi solicitada, quanto ao momento da diligência, se houver ocorrido, poderá ser colocado até os segundos. A identificação da data deverá ser redigida de forma completa, sendo, por exemplo: aos vinte e cinco dias do mês de setembro de ano de dois mil e dezenove (25/09/2019), assim como o horário: às dezesseis horas, vinte minutos e dois segundos (16:20:02 hr), esse horário deve indicar o vigente na região de verificação do fato.

É possível a verificação de fatos em dias não úteis, assim como, em horários não comerciais, porém essas situações deverão ser mencionadas no ato notarial.

Visto em relação ao dia e horário adentraremos na indicação do local, que deverá envolver dois aspectos: a diligência interna (local do cartório) e diligência externa (verificação do fato em local adverso do cartório), nos dois casos deverá mencionar cidade, Estado e endereço, de forma precisa e clara.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

É importante ressaltar que um tabelião não poderá ir a comarca de outro, porém existe a exceção de que se o ato a ser constado na ata notarial for em diversas cidades, que não são comarcas, o mesmo se valerá do princípio da universalidade da tutela notarial, para desta forma conseguir concluir o ato. Para tal princípio basta que o fato objeto da ata em algum momento tenha transcorrido em território da comarca do tabelião.

Quando se tratar de ata notarial em que a situação do fato tenha ocorrido na internet, o local a ser descrito no ato será a do acesso ao respectivo sítio, aqui não se aplicará conflito de competência territorial, portanto, o tabelião do Estado de São Paulo poderá por exemplo acessar um site do Estado do Rio Grande do Sul, sem prejuízo ao ato.

3.7 Declaração de Leitura

Os atos lavrados em cartório deverão ser lidos para as partes e farão menção no corpo do mesmo que as partes possuem ciência e estão de acordo com o que está redigido, tal requisito tem fundamento material robusto, pois aqui sua assinatura significará dizer que as partes concordam com tudo o que está devidamente redigido. É de fundamental importância que o tabelião questione as partes se entenderam o que foi lido e se existe alguma dúvida que possa ser esclarecida antes da impressão e assinatura do ato. Ao cego e analfabeto deverá ser lido o ato sem qualquer distinção, no caso de pessoa surda, é aconselhável que ela mesma leia o ato.

3.8 Assinatura das Partes e do Tabelião

Após a leitura o solicitante e o tabelião, ou preposto, se for o caso, deverão assinar a ata, perfectibilizando-a, porém a assinatura da parte solicitante como já mencionada, poderá ser dispensada e sua falta não prejudicará o ato e nem diminuirá a força de sua participação e nem a eficácia do instrumento, uma vez que a ata notarial não segue os requisitos formais da escritura pública, assim como ocorre quando a parte se recusa a assinar o ato, que neste caso será fixado um prazo pelo tabelião para a assinatura. Se decorrido o prazo e a parte não assinou, poderá o tabelião finalizar o ato com sua assinatura. Em nosso estado, basta a assinatura do tabelião para que se de encerrado o ato.

Se a parte for impossibilitada de assinar por alguma deficiência motora, o tabelião poderá pegar uma assinatura a rogo. Quando se tratar de cego, surdo ou analfabeto que saiba assinar, nenhuma formalidade deverá ser exigida.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

4. DAS ESPÉCIES DE ATAS NOTARIAIS

Não é uma tarefa fácil classificar as espécies de atas notariais existentes, uma vez, que seu conteúdo é de verificação de fatos, podendo ser lícitos ou ilícitos, que serão constatados pelo tabelião por qualquer de seus sentidos.

A doutrina traz muitos tipos de atas notarias, abaixo verificaremos as mais utilizadas, que poderão ser classificadas em: Ata de notoriedade; Ata de declaração; Ata de certificação sobre documentos e exibição de coisas; Ata de presença; Ata de autenticação eletrônica, classificando-a como, ata com gravação de diálogo telefônico, ata da internet e ata de verificação de mensagem eletrônica, e ainda uma novidade, trazida com o Novo Código de Processo Civil, a Ata de usucapião.

4.1 Ata de Notoriedade

Aqui o tabelião constatará fatos mediante verificação de documentos oficiais ou particulares, ou até mesmo por meio da presença e do testemunho de terceiros, na intenção de declarar determinada situação notória (aquela que é sabida de todos) de interesse do solicitante, podendo ser de pessoas ou coisas.

Pode-se utilizar de tal ata por exemplo para fazer prova de nome, apelido, capacidade civil e até mesmo da vida, muito utilizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, para constatar se o beneficiário está vivo ou não, nela o tabelião irá constatar a vida somente com a presença da parte interessada em sua frente.

4.2 Ata de Declaração

Essas atas servem para qualquer tipo de declaração de pessoa, o tabelião irá narrar fielmente (em linguagem jurídica) a declaração da parte solicitante ou algum fato ou acontecimento que presenciou ou soube por terceiro, com a finalidade de utilizá-la no âmbito administrativo ou judicial (como por exemplo um depoimento ou testemunho).

A declaração do solicitante poderá ser própria, ou seja, feita pelo próprio interessado a respeito de determinadas situações, para que produza os efeitos que deseja, ou imprópria, que são aquelas feitas por terceiros em relação a fatos que tomaram conhecimento de forma indireta.

O tabelião neste tipo de ata irá qualificar o declarando (como de praxe nos instrumentos públicos) alertando da responsabilidade civil e penal pelas declarações prestadas.

As atas de declaração ainda podem ser realizadas por peritos ou pessoas especializadas, quando se incluem laudos periciais ou depoimento de pessoas

especializadas a respeito de fato determinado, ou também por pessoa interposta, aquela alheia ao fato. Esta ata não passa de um mero testemunho particular, cujo efeito probatório estará sujeito a critério do destinatário da ata.

4.3 Ata de Certificação sobre Documentos e Exibição de Coisas

Na ata de certificação sobre documentos o tabelião constatará fatos que decorrem de documentos apresentados, autenticando a circunstância existente no documento. A concepção de documento pode compreender a verificação de qualquer fato existente, desde os poderes que possui um administrador de determinada empresa no contrato social, até a existência de projeto ou até mesmo de um produto desenvolvido que será lançado para o mercado financeiro posteriormente.

No que se refere a ata de exibição de coisas, o tabelião constará a mera existência ou inexistência de objetos, em lugar e hora determinados, como por exemplo: o lugar que determinado objeto se encontra ou até mesmo a forma como é mantido.

4.4 Ata de Presença

Nas atas de presença o tabelião a pedido de parte interessada, na sede de seu tabelionato ou em diligência externa irá constatar fatos ou circunstâncias, nos limites de sua competência territorial, sua previsão vem abordada no artigo 7, inciso III, da Lei 8.935/94, o tabelião somente é apto para lavratura deste tipo de ata notarial, por possuir poder de autenticar fatos, que nada mais é, do que o real objetivo da ata notarial.

Essas atas podem ser utilizadas em assembleias societárias, de condôminos, reunião de sócios, uso de imagem de atriz ou modelo fotográfico em determinado local, entre outros.

4.5 Ata de Autenticação Eletrônica

As chamadas atas de autenticação eletrônica possuem uma classificação própria, uma vez que, a parte solicitante normalmente a utilizará para fazer prova de situação ocorrida em mensagens eletrônicas, ligações telefônicas ou de conteúdo de internet ou qualquer outro meio digital. A seguir veremos suas classificações de acordo com sua utilização.

4.5.1 Ata com Gravação de Diálogo Telefônico

Na denominada ata com gravação de diálogo telefônico o tabelião constata um diálogo telefônico, de forma que irá transcrever tudo o que ouviu no instrumento.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

É lícito que uma das partes, na presença do tabelião, ou não, grave o conteúdo de sua conversa telefônica com terceiros, para utilizar do conteúdo da conversa.

Nessas atas o tabelião deverá transcrever o conteúdo e narrar as expressões onomatopeicas (se preferir pode não constar tais expressões, desde que não influencie no ato).

4.5.2 Ata da Internet

A ata notarial viabiliza a comprovação da veracidade ou integridade de fatos advindos do meio digital, ou até mesmo, atribui a eles autenticidade. Aqui o tabelião irá acessar o endereço da página ou site e verificará seu conteúdo, relatando fielmente o que presenciou. Neste caso o tabelião não constatará somente o que presenciou, como também o horário, dia de acesso e o endereço da respectiva página. É imprescindível que o tabelião anexe ao ato imagens da página que acessou, exibindo informações constantes da ata notarial, uma vez que, quando se trata de internet tudo pode ser alterado em questão de segundos.

A ata notarial de páginas da internet, tem como finalidade demonstrar não só o conteúdo, por tratar-se de endereços eletrônicos, muitas vezes, podem conter filmes, animações e sons, que poderão ser descritos na ata, tornando conveniente ao tabelião que armazene em seu tabelionato todo o material adquirido, tornando o ato uma prova incontestável.

> É imprescindível que o notário inclua as imagens das páginas verificadas na ata notarial, guardando os arquivos eletrônicos para referência futura. O tabelião deve estar atento também para eventuais desvios operados automaticamente pelos programas navegadores que remetem o interessado a outros endereços ou espaços para interoperabilidade. (FERREIRA; RODRIGUES, 2010, p.165).

4.5.3 Ata de Verificação de Mensagem Eletrônica

Neste tipo de ata o tabelião verificará a existência de alguma mensagem eletrônica (podendo ser um e-mail, mensagem de voz, SMS), em base de dados, aparelho móvel ou em computadores.

O solicitante apresentará ao tabelião o aparelho móvel ou entrará em seu endereço eletrônico na frente do tabelião ou seu substituto, bastando como requerimento para a ata, quando houver mensagens gravadas, trocas de mensagens

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ou de voz arquivadas é recomendado que a parte solicitante, normalmente o proprietário, compareça, figurando como parte solicitante.

É fácil fraudar caracteres de mensagens eletrônicas, porém, também é fácil identificar tais fraudes por perícia técnica. Levando esse ponto em consideração, quando o tabelião lavrar uma ata como esta, deverá estar acompanhado de um técnico em informática como assistente, para que, caso houver uma contestação futura, o juiz poderá acionar um perito de sua confiança para que faça a perícia sobre o equipamento verificado.

4.6 Ata de Usucapião

A usucapião visa atribuir a parte interessada a propriedade sobre o bem pela posse mansa, pacífica e contínua (tempo esse fixado por lei a depender do tipo de usucapião).

Dispõe o artigo 1.238, do Código Civil que a posse deverá ocorrer sem oposição, com ânimo de permanência e independentemente de título de boa-fé, veremos:

> Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.
>
> Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Não entraremos nas diferentes modalidades de usucapião, mas para fins de conhecimento, em nosso país é admitido a Usucapião Extraordinária, Usucapião Extraordinária Moradia ou Produção, Usucapião Ordinária, Usucapião Ordinária decorrente de registro cancelado, Usucapião Especial Urbano, Usucapião Ordinária Rural, Usucapião Especial Rural, dentre outros.

Aqui veremos o que deverá ser levado em consideração no momento da lavratura da ata notarial para fins de usucapião. Dispõe o Capítulo XIV - Do Tabelionato De Notas, Seção IV, Subseção IX, que:

> [...]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> 138.1. Da ata notarial para fins de reconhecimento extrajudicial de usucapião, além do tempo de posse do interessado e de seus sucessores, poderão constar:
>
> a) declaração dos requerentes de que desconhecem a existência de ação possessória ou reivindicatória em trâmite envolvendo o imóvel usucapiendo;
>
> b) declarações de pessoas a respeito do tempo da posse do interessado e de seus antecessores;9
>
> c) a relação dos documentos apresentados para os fins dos incisos II, III e IV, do art. 216-A, da Lei nº 13.105/15.10.

A ata notarial de usucapião deverá ser requerida por pessoa interessada e será lavrada no cartório, e nos casos em que for realmente necessário o tabelião irá se deslocar para verificar o imóvel.

É uma ata que chamamos de *sui generis*, uma vez que o tabelião não consegue atestar com absoluta certeza a posse de uma área por anos, nela deverá conter os elementos que figurem para o registrador, segurança dos requisitos legais necessários para se atribuir a propriedade a determinada pessoa.

Não existe nenhum empecilho se a ata for composta apenas por declarações do possuidor sobre sua posse sobre o bem imóvel, porém, a ata ficará muito mais robusta com outros elementos que sirvam como comprovantes de consumo ou de impostos, como uma conta de energia, água, cartão de crédito em nome do solicitante dou outros desta mesma natureza. Tornará ainda mais robusta se a parte possuir um título causal, como o compromisso de compra e venda do imóvel.

É de grande importância, e até torna a ata mais elaborada e menos duvidosa a presença de memoriais descritivos e mapas, assinados pelo responsável técnico, confrontantes, possuidor e eventuais testemunhas, como os vizinhos por exemplo, de preferência, aqueles vizinhos mais antigos que conhecem o possuidor e o tempo da posse.

Alguns documentos são indispensáveis ou pelo menos convenientes nas atas para fins de usucapião, como exemplo de indispensáveis temos o requerimento vindo do possuidor do imóvel, assim como suas declaração, os documentos pessoais (como de praxe o RG, CPF, certidão de casamento ou nascimento, a depender do estado civil do solicitante) e a matrícula do imóvel com negativa de ônus e alienações, já como documentos convenientes, podemos citar como exemplo, as plantas e memoriais descritos, guias de tributos e impostos em nome do requerente,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

relacionado a propriedade, contas de consumo e ainda a presença de vizinhos testemunhando a posse mansa, pacífica e duradoura (inclusive testemunhando os anos, uma vez que para cada modalidade de usucapião é necessário um determinado tempo de acordo com a lei) do requerente.

O tabelião deverá constar na ata notarial além da cadeia possessória, outros requisitos de posse, sendo os quais: elementos de configuração de posse; elementos sobre a origem da posse (se advém por sucessão hereditária ou testamentária, por exemplo); destinação do bem (para caracterizar a espécie de usucapião); forma e modo de exercício da posse; atos da posse (o possuidor informa se fez benfeitorias ou acessões no imóvel), além dos demais requisitos já mencionados.

A ata notarial para fins de usucapião possui como qualquer espécie de ata suas especificações e complexidades, porém as tornam mais seguras e de difícil controvérsia em juízo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito probatório possui um papel de grande importância no que diz respeito as soluções de conflitos, na qual o magistrado busca a verdade real dos fatos, assim, o meio utilizado pelas partes para demonstrarem o que pretendem são as provas apresentadas em juízo, e nesse contexto a ata notarial é um instrumento de prova de grande credibilidade e que muitos ainda não possuem conhecimento da sua importância.

Como já visto anteriormente a ata notarial pode ser conceituada como a certificação de fatos jurídicos, a requerimento da parte interessada e por constatação pessoal do Tabelião, sem qualquer emissão de opinião, juízo de valor ou conclusão.

A Ata Notarial foi introduzida formalmente em nosso ordenamento jurídico pela Lei n. 8.935/1994 e pode ser lavrada para diversos fins, como por exemplo, para vistorias em lugares e objetos, narração de situações fáticas, captura de imagens e de conteúdo de sites da Internet, com a finalidade de prevenir direitos e responsabilidades.

No que concerne as diligências, para formalização da ata, deverá ser respeitado os limites territoriais da delegação notarial, e ainda no que diz respeito ao horário de realização, não deverá obrigatoriamente respeitar o horário de funcionamento da serventia.

Portanto, o tabelião que lavra este instrumento, oferece resultado sólido, uma vez que a ata é uma prova robusta do direito pátrio, já que possui da presunção legal de veracidade, da autenticidade e da fé pública.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

É importante ressaltar sua aplicabilidade no que diz respeito a "internet", uma vez que, nada existente no mundo digital, tem uma grande durabilidade, pois, as pessoas podem publicar e apagar de forma fácil e rápida, tendo em vista que algumas situações necessitam ser "capturadas", para posteridade, como por exemplo, um depoimento pessoal de uma parte em perigo de vida ou infração à propriedade intelectual a ata se torna um meio muito eficaz no que diz respeito a prova.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, a ata notarial passou a ser mais utilizada, pois o novo Código de Processo Civil, valorou em muito as provas. E, nesse sentido, atentando para a importância da ata notarial, como meio de prova, o recente diploma legal contempla expressamente o uso da ata notarial no artigo 384: "A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião". Além, do que dispõe o parágrafo único do mesmo artigo, que diz que os dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.

Diante do que foi discorrido, e como intuito do presente trabalho, é importante observar como seria útil, para o descongestionamento do tráfego judiciário, a utilização da ata notarial no Brasil. Quantos fatos que, por sua transitoriedade, deixam de ser validamente documentados, poderiam ser apanhados, dando alívio aos procedimentos probatórios. Restando também evidente o quanto a ata notarial é um meio de prova que pode ajudar em diversas situações, sendo merecedora de mais exposição e conhecimento por parte da população geral, para que consigam alcançar seus objetivos com mais facilidade através deste instrumento.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 02 set. 2019, às 10:40:12.

BRASIL. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8935.htm>. Acesso em: 10 set. 2019, às 15:42:30.

BRASIL. Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 set. 2019, às 20:32.38.

BRASIL. Lei nº6.015/73, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 10 set. 2019, às 10:27:15.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único. Editora Saraiva. 2015.

FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. **Tabelionato de Notas II.** Atos Notariais em espécie. Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 8ª Edição. Editora Saraiva. 2017.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 55. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

LOPES, Rénan Kfuri. A fase probatória no processo civil: a instrumentalidade da prova e sua relevância no convencimento do juiz. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/fase-probatoria-no-processo-civil-instrumentalidade-da-prova-e-sua-relevancia-no-convencimento-do-juiz/>. Acesso em: 14 out. 2019.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros Públicos – **Teoria e Prática**. 8ª Edição. Editora JusPODIVM. 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8ª Edição. Volume Único. Editora JusPODIVM. 2017. 2016.

SANTOS, Milton Evaristo dos, **Normas Extrajudiciais da Corregedoria Geral da Justiça,** Provimento 58/89, 1.989. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=112823>. Acesso em 05 de set. 2019, às 15:45:50.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ALIENAÇÃO PARENTAL

MICHELLE AMARO DE SOUZA: Graduanda no Curso de Direito na Universidade Brasil, Campus Fernandópolis.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Brasil, como complementação dos créditos necessários para obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientadora: Prof. Dra. Marcia Kazume Pereira Sato

RESUMO: O presente trabalho, que trata da temática da alienação parental, faz uma análise acerca da família e sobre a conduta dos entes familiares em relação à criança ou adolescente. Explanando-se os critérios de identificação do genitor alienante e as consequências psicológicas para criança e adolescentes alienados apresentando também as consequências jurídicas para o genitor alienador e ainda priorizando os direitos da criança e do adolescente. Discorre também sobre a lei 12.318/2010 que é a própria lei de alienação parental onde é discutido sobre aspectos processuais, os tipos de punições e os tipos de provas, também citamos a constituição federal e o estatuto da criança e adolescente. Portanto podemos ver que o tema é muito importante, diante dos efeitos da alienação parental na vida dos envolvidos havendo um dobro de atenção para que as medidas previstas nas leis sejam aplicadas sem erros e proteja o direito a boa convivência familiar das crianças e adolescente.

Palavras chave: Alienação parental; Criança e Adolescente; Lei 12.318/2010.

ABSTRACT: The present work, which deals with the theme of parental alienation, analyzes the family and the conduct of family members in relation to the child or adolescent. Explaining the identification criteria of the alienating parent and the psychological consequences for alienated children and adolescents, also presenting the legal consequences for the alienating parent and prioritizing the rights of the child and adolescent. It also discusses the law 12.318/2010 which is the parental alienation law itself where it is discussed about procedural aspects, the types of punishments and the types of evidence, we also mention the federal constitution and the statute of the child and adolescent. Therefore we can see that the theme is very important in view of the effects of parental alienation on the lives of those involved and there is twice the attention that the measures provided for in the laws are applied without errors and protect the right to good family life of children and adolescents.

Keywords: Parental alienation; Child and teenager; Law 12.318 / 2010.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 REFERENCIAL TEÓRICO. 2.1 Conceito de alienação parental. 2.2 Origem problemática da alienação parental. 2.3 Características e conduta do alienador. 2.4 Efeitos psicológicos do alienado. 2.5 Efeitos jurídicos da alienação parental. 2.6 Responsabilidade civil. 2.7 Nos tribunais brasileiros. 2.8 Lei n° 12.318/2010. 2.9 Estatuto da Criança e Adolescente e a Constituição Federal. 2.10 Resultados. 3 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO

A priori, convém salientar que a alienação parental embora não muito debatida nos meios de comunicação, está mais presente do que se possa imaginar na sociedade hodierna. Nesse mesmo aspecto, denota-
se que a alienação é que uma atitude de um ente familiar que manipula a criança ou adolescente contra outro membro familiar.

Normalmente, o indivíduo é chamado de genitor ou alienante, ressalta- se ainda, que o mesmo manipula o psicológico da criança movido pelo sentimento de vingança, bem como, promove atitudes em desfavor do genitor alienado, dessa forma, a problemática é ligada intrinsicamente às consequências das manipulações feitas pelo alienador, tanto à criança alienada, quanto ao adolescente e ao genitor alienado. São objetivos desse trabalho, demostrar as principais características do impasse, quando e como acontece a alienação parental.

Por conseguinte, tem-se igualmente como objetivo, uma análise do conceito de alienação parental e alguns exemplos de quem poderá ser o alienante e o alienado. Faz-se válido frisar que foi abordado a origem da intercorrência dessa situação, para identificar o problema, como ele é desde início, desse modo, citando algumas situações que normalmente acontecem, assim como, a conduta e a característica do alienador para com a criança ou adolescente alienado e com o genitor alienado.

Evidencia-se, neste trabalho, os efeitos psicológicos do alienado, como ele reage a manipulação e os problemas psicológicos que pode adquirir por interm édio da pressão do alienador, assim abordando sobre os efeitos jurídicos, suas punições cabíveis e uma sanção específica para essa situação.

Discutiu-se também sobre a responsabilidade civil na alienação parental, quais são as responsabilidades que existe do alienador e se a alienação parental se trata de responsabilidade civil, como é discutida nos tribunais brasileiros, se há muit os casos, se é útil e sobre a lei n° 12.318/2010 – que é a lei própria do conteúdo supramencionado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por fim, houve uma análise de outras leis que complementam a lei de alienação parental, sendo uma delas Constituição Federal e a lei do Estatuto da Criança e Adolescente, nota-se, portanto, que essas leis que protegem o direito da criança e do adolescente. O método de abordagem foi qualitativo, uma vez que, for am analisados dados não mensuráveis como sentimentos, percepções entre outros que não se utilizou de recursos estatísticos. A metodologia e os instrumentos técnicos utilizados foram pesquisas bibliográficas como doutrinas, artigos e documental, da mesma forma que normas legais e jurisprudência.

2.REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Conceito de alienação parental

A alienação parental normalmente acontece quando os genitores e os responsáveis pela guarda ou vigilância da criança e adolescente, interferem em seu psicológico contra algum integrante da família, sendo ele o pai, a mãe ou outro ente.

Pode-se dizer então que a alienação parental consiste em um responsável manipulando os sentimentos do alienado, assim criando intrigas, brigas, até mesmo desavenças e sentimentos ruins em relação ao genitor, por isso denomi na- se quem age dessa forma de alienador.

A princípio, não sendo considerada uma doença, pois não tem uma patologia, é importante dizer que ocorre quando um indivíduo de ilibada sanidade mental, por meio de um desejo de ser melhor que o genitor alienado, causa uma obsessão desenfreada, uma forma de compulsão, causando para o filho e para si próprio um quadro extremo de desequilíbrio, dando ascendência à patologia e assim, observa-se a necessidade de tratamento psicológico.

Nas observações de Madaleno e Madaleno (2013, p.42) fica explicito que "trata-se de uma campanha liderada pelo genitor detentor da guarda da prole, no sentido de programar a criança para que odeie, e repudie sem justificativa o outro genitor, com o objetivo de destruir o vínculo entre o menor e o pai não guardião."

Portanto, a alienação parental traz muitas consequências desastrosas para filhos de casais que se separaram, sendo a maior vítima os filhos, pois o genitor alienador tem a intenção de excluir a figura do genitor alienado da vida da alienado, para que só goste e acredite nele.

Indaga-se que pode ocorrer em várias situações e com qualquer familiar, não acontece somente quando há divórcio ou separação, há também ações da alienação parental em outros contextos, como exemplo, quando houver um conflito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

entre o casal, brigas muito constantes, crises ou períodos instáveis do relacionamento. Menciona-se que não só acontece com os genitores, podem acontecer com os avós, tios, ou outros familiares que praticam a alienação parental.

2.2 Origem problemática da alienação parental

Hodiernamente, a sociedade vem mudando muito de opinião sobre a concepção do casamento, gerando mais conflitos e assim ocasionando as separações entre os casais, sendo os filhos mais afetados com tudo que vem a ocorrer, pois o genitor acaba os manipulando, utilizando-se de meios como ameaças e até chantagens psicológicas contra o outro genitor, com propósito de ter a atenção, afeto e entre outras coisas somente para ele.

A origem da alienação parental, surge quando o alienador possui a guarda da criança ou adolescente, o mesmo tenta de todas as formas concretizar a manipulação para que tenham raiva e que não queiram que o genitor alienado participe da vida da criança, assim cortando o vínculo entre eles.

Em alguns casos, o genitor alienador utiliza o filho para ofender, atingir psicologicamente e desestabilizar por sentimento de raiva, ou apenas vingança. Nesse sentido, Xaxá (2008, p.19) assinala que:

A alienação parental é a desconstituição da figura paternal de um dos genitores ante a criança. É uma campanha de desmoralização de marginalização desse genitor, manipulado com o intuído de transformar esse genitor em um estranho.

E como dito acima, através da manipulação psicológica, a criança é induzida para sentimentos de raiva e recusa, cria-se uma ideologia que realmente foi deixada de lado e que o genitor não a ama mais, trazendo diversos traumas em relação ao acusado.

Essa conduta para o alienador não é ofensiva e não causaria problemas para criança ou adolescente, mas na realidade, é muito perigosa pois pode acarretar traumas futuros, como alguns transtornos na vida do filho que cresce longe do afeto do genitor alienado.

Verifica-se que tudo se inicia quando o alienador induz a criança a se afastar de quem ela ama, manipulando o seu psicológico para acabar com a relação, e com o vínculo criado entre o genitor alienado e a criança, causando em razão disso, contradições na psiquê da criança, desta forma, ela passa a aceitar que tudo que foi dito é verdadeiro, acaba acreditando e confiando no alienador mesmo não sendo verdade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2.3 Características e conduta do alienador

Considera-se o genitor alienante, uma pessoa depressiva e possessiva que precisa sempre ter todo o carinho do filho, ou apenas é motivado por vingança ou inveja do ex-cônjuge. Muitas vezes, em virtude do motivo de estar inconformado com a separação, por achar que o filho é exclusivo. A alienação representa mera consequência de desejo do alienante deter apenas para si o amor do filho.

O genitor alienador é o que está com a guarda definitiva da criança ou adolescente e tenta mudar a percepção dos filhos, criando falsos sentimentos e pensamentos em relação ao genitor alienado, manipulando os pensamentos, tenta ndo fazer o alienado ter ódio do genitor alienado com o objetivo de afastá-los e romper o vínculo existente entre eles.

É notório que genitor alienante sempre explana opinião negativa a despeito do genitor alienado, colocando defeitos, humilhando-o perante os filhos, denegrindo sua imagem, fazendo com que se torne uma figura monstruosa da relação e comportando-se como vítima, sempre fragilizada, iniciando assim uma batalha entre eles.

O alienador tem um comportamento peculiar, proibindo o filho de ter contato com o genitor alienado e com a família deste, alguns exemplos são os avós, tios, primos e os amigos do convívio do genitor.

Fonseca apud Souza (2014, p. 129) expõe as condutas do genitor alienante "a) Denigre a imagem da pessoa do outro genitor; b) organiza diversas atividades para dia de visitas, de modo a torná-
las desinteressantes; c) não comunica ao genitor fatos importantes relacionados na vida dos filhos [...]."

O comportamento de um genitor alienador é muito criativo, tendo muitas condutas, umas dessas condutas são destruição, ódio, raiva, inveja, ciúmes, incapacidade de gratidão, superproteção dos filhos, desejos, entre outras.

2. 4 Efeitos psicológicos do alienado

Uma das consequências sofridas pela vítima de alienação parental que é considerada mais comum é a síndrome de alienação parental, na qual a criança sofre alguns distúrbios psíquicos que vão desde implantação de falsas memórias até mesmo acreditar que o genitor alienado é mau e o genitor alienante é bom.

Observa- se que quando a criança sofre alienação parental, uma série de efeitos ruins acontece com a mesma, como buracos emocionais no mundo psíquico

dessas crianças e adolescentes, no qual a estabilidade emocional oferecida pelas funções parentais deveria estar presente como alicerce, mas não estão.

Como consequência da alienação parental, a criança pode desenvolver problemas psicológicos e também transtornos psiquiátricos para a vida toda, alguns efeitos causados na psiquê da criança e adolescente que são vítimas, é a depressão crônica, doenças psicossomáticas, ansiedade ou nervosismo, transtornos de identidade ou de imagem, dificuldade de adaptação, insegurança, baixa autoestima, sentimento de rejeição, isolamento falta de organização mental, comportamento hostil ou agressivo, transtornos de conduta, inclinação para o uso abusivo de álcool e drogas e para o suicídio, bem como, dificuldade no estabelecimento de relações interpessoais, por ter sido usado pela pessoa que mais confiava, há um sentimento de culpa.

Além disso, existem também muitas consequências na relação deste filho com os genitores e os familiares, pode haver uma crise de lealdade inicialmente, na qual o afeto por um é entendido como uma traição pelo outro, o que faz com que o filho, muitas vezes, escolha um lado e comece a denegrir o genitor alienado.

Ao decorrer do tempo, o genitor alienado passa a ser rejeitado ou odiado pelo filho, tornando-se um desconhecido para ele, tendo o vínculo que os une irremediavelmente destruído, caso tenha ocorrido o hiato de alguns anos sem convivência. Principalmente, quando esses anos foram os primordiais para a constituição do filho enquanto sujeito. Já o genitor alienador, patológico, torna-se o principal - às vezes único - modelo do filho, o que gera uma grande tendência de a criança reproduzir a patologia psicológica no futuro.

2.5 Efeitos jurídicos da alienação parental

Sendo o dever dos genitores, manter seus filhos em segurança, proporcionando então uma vida com dignidade, convivendo com a família e com respeito para um desenvolvimento psicológico e físico, da melhor maneira possível. Assim, alienação parental deve ser repudiada e punida uma vez que afronta todos o s princípios dispostos, e afeta a saúde da criança ou adolescente que sofre tal abuso.

A prática da alienação parental, fere os princípios e o direito fundamental do adolescente ou a criança de conviver em um lar saudável, é vista como descumprimento de deveres, tendo assim punições que primeiro serão recolhidas as provas, momento em que será feita por perícia psicológica ou biopsicossocial, e out ros tipos de provas como; cartinhas, testemunhas, desenhos e entre outros.

Nessa perspectiva, ocorre o início da "punição" na seguinte forma; há um requerimento das partes interessadas ou também pode ser de ofício pelo Juiz ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ministério Público e pode ser declarada em qualquer momento do processo judicial, assim o Juiz após ouvir o Ministério Público, tomará algumas medidas necessárias e provisórias para preservar a integridade psicológica da criança ou do adolescente, garantindo que tenha convivência com genitor ou efetivar a reaproximação entre ambos.

O Juiz analisando a gravidade do caso utiliza de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar os efeitos causados pela alienação, sendo assi m algumas das atitudes que poderá tomar para punir o genitor alienado é: multa e advertência para o alienador, determinar acompanhamento psicológico, ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado, determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão, determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente, e também declarar a suspensão da autorida de parental.

Portanto, existem sanções que há de serem estipuladas por meio da decisão judicial, como também é considerado um crime segundo a lei n° 12.318, de 2010 que conceitua sobre a alienação parental, os deveres dos genitores e as punições para o alienador.

2.6 Responsabilidade civil

A alienação parental deve ser punida, tanto no âmbito do direito de família quanto na responsabilidade civil. A responsabilidade civil, nada mais é que, a obrigação de reparar o dano pela prática de um ato ilícito, o dano tanto pode ser contra a integridade física, a honra ou aos bens de uma pessoa. A reparação é feita por uma indenização que geralmente é feita por meio pecuniário.

A lei n° 12.318 de 2010 conceitua que quem pratica a alienação parental comete um ato ilícito, caracteriza-se pela situação em que genitores ou o responsável pela criança ou adolescente manipula seus sentimentos para que ela rompa os laços afetivos com o outro genitor, criando fortes sentimentos de ansiedade e temor em relação ao outro genitor, causando assim um tipo de abuso emocional.

E como sendo um ato ilícito, surge o dever de indenizar, entende-se a partir de uma corrente minoritária, que a criança e o genitor afastado sofreram o da no e, por esse motivo, a indenização seria aos dois, não obstante, é um ponto que deve ser discutido e observado, uma vez que é subjetivo.

A conduta do agente para acarretar responsabilidade civil, deve comprovadamente causar dano ou prejuízo à vítima, pois é o que o genitor alienador a causa negativa inicial à problemática, acarretando danos psicológicos, físicos entre

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

outros. Ressalta-se ainda, que sem o dano, não há que se falar em responsabilidade civil, em razão de não haver o que reparar.

O ato de analisar a síndrome da alienação parental, é demasiadamente importante pelo motivo da necessidade do objetivo de comprovar se é ou não possível responsabilizar civilmente o genitor alienador, sendo que a indenização será devida ao menor e ao genitor que foi privado do convívio com o seu filho. Deve-se observar também o tempo que foi praticado tal ato ilícito, bem como, o grau de afastamento entre o genitor e a criança para medir o tamanho do dano e conseguir responsabilizar o genitor alienado.

O novo código civil mantém uma cláusula geral de responsabilidade subjetiva, através dos artigos 927 que diz que aquele que por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo, e 186 que diz que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outre m, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (CÓDIGO CIVIL, 2002)

2.7 Nos tribunais brasileiros

Foi apenas em 2010 que a alienação parental foi introduzida no direito brasileiro e assim chegou ao Superior Tribunal de Justiça como tema de processos, porém, por se tratar de um tema atual, não existe muita jurisprudência e ainda se enfrenta muitos problemas para serem reconhecidos no processo.

O primeiro caso que chegou ao Supremo Tribunal de Justiça sobre alienação parental, foi um conflito de competência entre os Juízes de Direito de Paraíba do Sul e Goiânia, o Juiz fluminense declarou ser competente para julgar um a ação ajuizada em Goiânia pela mãe, detentora da guarda das crianças, buscando suspender as visitas do pai, pois alegava que o pai era violento, mas não foi comprovado. Posteriormente, constatou-se que a mãe sofria de problemas psicológicos e síndrome da alienação parental. Contudo, o Juiz goiano decidiu que de acordo com o artigo 147, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Geralmente, a alienação parental surge nos processos de divórcios, quando o casal disputa a guarda do filho com sentimento de raiva e segundo a lei n° 13.058/2014, a guarda deverá ser compartilhada para tentar evitar a alienação parental.

Nota-se que a lei de alienação parental é nova, tendo poucos casos em comparação às outras, sendo assim, a alienação parental perante os tribunais brasileiros começou a dar volume nos últimos anos, pois não era do conhecimento da população essa nova lei, não havia muita repercussão. Com a nova repercussão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que teve sobre os julgados de alienação parental nos tribunais, há grandes debates e bastante frequente nos casos de família no Poder Judiciário.

Urge, dessa forma, a consumação da prestação jurisdicional, tendo a função de pacificar a sociedade, além de distribuir a justiça. Desse modo, os magistrados, advogados, promotores de justiça, psicólogos, médicos e assistentes sociais ou judiciais, devem manter os sentidos, a técnica e a teoria aguçados nos casos complexos envolvendo guarda de filhos, pois a manifestação de "vontade" quanto à "preferência" por um dos genitores, pode estar viciada por condutas dano sas praticadas pelo genitor alienador.

2.8 Lei n° 12.318/2010

A lei n° 12.318 de 210 declara que a alienação parental é uma interferência na formação psicológica da criança e adolescente causada por um dos genitores ou responsáveis, contra o outro genitor. Por intermédio dessa ótica, a lei prevê algumas possibilidades de advertência, como multas, alteração ou inversão da guarda, mudança de visitas, acompanhamento de psicólogo. E em casos graves suspensão da autoridade parental.

Essa lei dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 e foi aprovada pelo Ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, sancionada em 26 de agosto de 2010, com vedação parcial, quanto aos seus artigos 9° e 10°.

O artigo 2° da Lei conceitua alienação parental e trazem algumas formas de praticá-la, expressamente consideradas pelas formas exemplificativas, o que abre um leque vasto de opções além das descritas na legislação, bastando apenas à configuração da intenção de prejudicar o vínculo do menor com os demais parentes.

O artigo 3° equipara alienação parental com assédio moral contra criança, veja:

Art. 3° A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda. (LEI N° 12.318, 2010)

Os artigos 4° e 5° estabelecem algumas regras de procedimento, afirmando que ao haver indício de alienação parental, o qual pode ser declarado de ofício ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

requerido pela parte, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidental.

O processo terá andamento prioritário, devendo o magistrado decretar as medidas protetivas provisórias que visam preservar a saúde da criança, inclusive a de reaproximação com o parente alienador, mediante visitação assistida, quando não houver iminente risco à vida ou saúde da criança. Estabelece ainda que o Juiz deverá determinar perícia psicológica ou biopsicossocial.

No que diz respeito às consequências jurídicas imputadas ao agente causador da alienação parental, o Art. 6° da Lei n° 12.318/2010 esclarece que o Juiz poderá, ao constatar a ocorrência da alienação parental, efetuar uma das medidas descritas nos incisos do mencionado artigo, quais sejam:

> I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
>
> II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III - estipular multa ao alienador;
>
> IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
>
> V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
>
> VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar. (LEI N° 12.318, 2010)

Por fim, os artigos 7° e 8° versam sobre guarda compartilhada e alteração de domicílio do menor, e, conforme já mencionado, os art. 9° e 10° foram vetados, veja:

> Art. 7° A atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Art. 8° A alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de decisão judicial. (LEI N° 12.318, 2010)

Portanto, visando coibir e repreender os agressores da alienação parental, a referida Lei dispõe acerca de diversas medidas que podem ser tomadas para cessar a agressão e punir o causador do dano, das quais variam desde advertência a perda da guarda da criança.

2.9 Estatuto da Criança e Adolescente e a Constituição Federal

Segundo a Constituição Federal de 1998, os direitos humanos são critérios de muita relevância, é um direito fundamental da criança e adolescente ter uma base, uma família e proteção, pois é o dever da família da sociedade e do Estado, assegurar a criança e ao adolescente o direito à vida, a saúde a alimentação, educação.

Quando ocorre a alienação parental, os diretos da criança não são garantidos, pois não vivem em um ambiente familiar adequado e saudável. Analisa-se, nesse sentido, um desrespeito aos direitos previsto pela Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente.

A lei n° 8.060 de 13 de julho de 1990, também conhecida como Estatuto da Criança e Adolescente, define quem é criança e quem é adolescente, prioriza a criança bem como o adolescente, pois é o futuro da sociedade e deve ser tratada com quatro aspectos; a primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, precedência de atendimento nos serviços públicos, tem preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas, com destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e juventude.

Há o princípio da proteção integral da criança disposto do artigo 1° e o artigo 6° da constituição federal que determina a proteção da família. Dentre os princípios embaladores dos direitos garantidos, tem-se o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual é responsável para garantir o tratamento digno aos menores uma vez que o ser humano possui valor superior às coisas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2.10 Resultados

Tais resultados comprovam que a alienação parental começou a ser um assunto muito discutidos atualmente e, com informações de fácil acesso, tanto na própria lei de alienação parental, como no Estatuto da Criança e Adolescente e na Constituição Federal, nos quais há um apoio ao genitor alienado e pode punir o alienador.

No entanto, por mais discutida que seja a problemática, há muitas informações a serem descobertas e analisadas, pois ainda que existam as leis especificas, há algumas dificuldades de como achar meios de provas, para confirmar se houve ou não a alienação parental.

CONCLUSÃO

Esse trabalho buscou apresentar e abordar o significado de alienação parental, acrescentar informações importantes retiradas das leis, demostrando a características do alienador, as punições cabíveis e os efeitos psicológicos causados ao alienado.

Conclui-se, que diante das evoluções sociais, impasses como esse devem ser levados ao poder judiciário para serem solucionados e está claro que a alienação parental, é uma prática extremamente dolorosa e de consequências grave s,
pois há perversidade de manipulação do genitor alienador imputando memórias fal sas e impedindo a aproximação do genitor alienado ao alienado menor.

Portanto, há de se ressaltar que o direito das crianças e adolescentes é prioridade para o ordenamento jurídico, é um direito fundamental e inclusive objet o de diversas leis especificas. Tornando-se de suma importância, a identificação do alienador com brevidade, para que os danos sejam minimizados ou para que eles sequer sejam configurados.

Por fim, cumpriu-se todos os objetivos propostos, pois ficou esclarecido o conceito de alienação parental, como podemos resolvê-las ou puni-las. O presente trabalho foi de extrema relevância, pois agregou conhecimento. O aprofundamento desse tema, permite conhecer e compreender melhor sobre a alienação parental no âmbito jurídico.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MADALENO, Ana Carolina Carpes.; MADALENO, Rolf. **Síndrome da alienação parental: importância da detecção aspectos legais e processuais**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BRASIL. **Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 5 de nov. 2019.

BRASIL. **Lei Nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 7 de nov. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 de nov. 2019.

XAXÁ, Igor Nazarovicz. **A Síndrome de Alienação Parental e o Poder Judiciário**. Disponível em: <http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre- sap/Disserta%C3%A7%C3%A3o-_SAP_E_O_PODER_JUDICI.pdf?attredirects=0>. Acesso em: 12 de nov. 2019.

GARDNER, Richard. **O DSM-IV tem equivalente para diagnóstico de síndrome de alienação parental (SAP)?**. Disponível em:

<https://sites.google.com/site/alienacaoparental/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem- equivalente>. Acesso em: 15 de nov. 2019.

BRASIL. **Lei N°10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 17 de nov. 2019.

www.conteudojuridico.com.br

A (IM) POSSIBILIDADE DE SUCESSÃO LEGÍTIMA APÓS A DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

CAROENE ALANE PINHEIRO GOMES: Bacharelanda do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

GABRIELLA RODRIGUES RIBEIRO MEDEIROS [1]
(coautora)
JOÃO SANTOS DA COSTA [2]
(orientador)

RESUMO[3]: Essa pesquisa tem como tema central o estudo dos efeitos da destituição do poder familiar no âmbito do direito sucessório, e tem como objetivo geral analisar a impossibilidade ou possibilidade de haver a sucessão legítima por ascendentes e descendentes mesmo diante da destituição do poder familiar. Quanto à metodologia, consiste em uma pesquisa exploratória, pois exige do pesquisador que esteja familiarizado com o tema, ainda, possui natureza qualitativa, pois há a coleta de informações que examinam e descrevem o tema, utilizando opiniões, impressões e pontos de vista. No referencial teórico foram abordados os seguintes temas: extinção, perda e suspensão do poder familiar, assim como vocação hereditária e a perda da capacidade sucessória. A análise foi realizada através de levantamentos bibliográficos, estudo legislativo e de artigos científicos voltados para o tema, que possui bastante importância para o meio jurídico, pois não há previsão expressa em lei acerca do tema, logo, tem-se como resultado a possibilidade de haver sucessão legítima após a destituição do poder familiar, tendo em vista que não há o rompimento do vínculo de parentesco - fato determinante da existência de direito a sucessão - entre os descendentes e ascendentes.

Palavras-chave: *de cujus*, herança, genitor, descendentes, sucessão legítima.

ABSTRACT: This research has as its central theme the study of the effects of the dismissal of family power within the scope of inheritance law, and its general objective is to analyze the impossibility or possibility of having legitimate succession by ascendants and descendants even in the face of the destitution of family power. As for the methodology, it consists of exploratory research, as it requires the researcher to be familiar with the theme, yet it has a qualitative nature, as there is the collection of information that examines and describes the theme, using opinions, impressions and points of view. In the theoretical framework, the following topics were addressed: extinction, loss and suspension of family power, as well as hereditary vocation and loss of succession. The analysis was carried out through bibliographic surveys, legislative study and scientific articles focused on the theme, which is very

important for the legal environment, as there is no express provision in the law on the subject, therefore, the result is the possibility of there is a legitimate succession after the removal of family power, considering that there is no disruption of the kinship bond - a determining factor for the existence of the right to succession - between descendants and ascendants.

Keywords: *de cujus*, inheritance, parent, descendants, legitimate succession.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Poder familiar no Brasil. 2.1 Análise conceitual e características do poder familiar. 2.2 Princípios gerais e específicos do direito de família. 2.3 Extinção, perda e suspensão do poder familiar. 3. Sucessão legítima no Brasil. 3.1 Direito fundamental à herança e princípios específicos do direito sucessório. 3.2 Vocação hereditária na sucessão legítima. 3.3 Perda da capacidade sucessória: deserdação e indignidade. 4. Poder familiar como causa da perda da capacidade sucessória ou vocação hereditária. 4.1 Hipóteses de perda do poder familiar. 4.2 Perda da capacidade sucessória em decorrência da destituição do poder familiar. 5. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O poder familiar é entendido como um conjunto de direitos e deveres que os pais têm, igualmente, perante os seus filhos. Desse modo, afirma Maria Helena Diniz (2010, p. 564) que este poder deve ser exercido por ambos os pais, em condição de igualdade, para cumprir com os encargos legais, com interesse na proteção do menor. É importante frisar que este poder pode ser extinto, tanto por causas naturais, como por sentença judicial.

De outro lado, tem-se o direito sucessório, que visa regulamentar a transferência do patrimônio do *de cujus*, que pode ser por meio de testamento ou na falta deste, conforme a vontade do legislador. Assim, divide-se a sucessão em testamentária e legítima, sendo a última a mais incidente no Brasil, pois poucas pessoas se utilizam do testamento, seja pela ausência de conhecimento, seja pela ausência de patrimônio ou por ter conhecimento que a lei assegurará os direitos dos seus herdeiros.

Dentro desse cenário, será abordado como a destituição do poder familiar por sentença judicial poderá interferir no direito sucessório, no que diz respeito à sucessão legítima. Tendo em vista que pode haver o afastamento de um dos pais ou de ambos em relação ao filho, faz-se necessário que seja observado se há a quebra de vínculo e caso haja, se esta impedirá o filho de ser herdeiro desse pai ou mãe que foi destituído do seu poder familiar. Desta forma, delineou-se como objetivo entender como o direito de família pode afetar no direito sucessório, e, para isso, é necessário revisar a bibliografia sobre o Direito Civil nestas áreas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2 PODER FAMILIAR NO BRASIL

2.1 Análise conceitual e características do poder familiar

O poder familiar é um instituto que está presente no direito de família e originou-se a partir da adoção da Constituição Federal de 1988, bem como do Código Civil de 2002 em substituição à expressão 'pátrio poder' existente no Código Civil de 1916. Além da mudança nominal, houve mudanças significativas no que diz respeito ao detentor desse poder familiar assim como na forma de aplicação. Anteriormente, apenas o chefe da família possuía o poder familiar e o exercia de forma imoderada sobre os filhos. Com a nova abordagem constitucional, o pátrio-poder passou a ser chamado de poder familiar ou autoridade parental, além disso, tanto o pai quanto a mãe passaram a ter esse poder, mas este, no entanto, não é exercido sobre os filhos, e sim, para os filhos.

Nesse sentido, para MALUF (2016) o poder familiar consiste em um conjunto de direitos e obrigações designadas igualmente aos pais para que possam garantir o desenvolvimento e potencialidade dos filhos menores, de modo que os interesses destes sejam sempre resguardados. Dessa forma, pode-se observar a ponderação de Patrícia Ramos:

> A concepção do poder familiar é instrumental e democrática, funcionalizada para a promoção e desenvolvimento da personalidade do filho, visando à sua educação e criação de forma participativa, com respeito à sua individualidade e integridade biopsíquica, e, sobretudo, pautada no afeto. (RAMOS, 2016, EBOOK)

Depreende-se que esse instituto tem como principal finalidade garantir a efetivação dos direitos dos menores, exigindo daqueles que o detêm a realização dos encargos estabelecidos em lei, assegurando-lhes dignidade, proteção, bem como lhes proporcionando um futuro adequado.

Com base no artigo 227 da Constituição Federal vigente:

> 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.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Dessa forma, verifica-se que é responsabilidade tanto da família, quanto da sociedade e do Estado assegurar com total prevalência os direitos fundamentais garantidores da dignidade dos menores, quais sejam: garantir a proteção, educação, saúde, lazer, dentre outros, para que possam crescer em um ambiente harmonioso, seguro e digno. Portanto, se os pais não cumprirem com seu *múnus* cabe ao Estado e a sociedade intervir e garantir os direitos dos menores.

Para Dimas Messias Carvalho (2019) o poder familiar possui como características a irrenunciabilidade, indisponibilidade, imprescritibilidade, incompatibilidade com a tutela, a relação de autoridade e, além disso, constitui um *múnus* público. No que tange à irrenunciabilidade podemos dizer que não é garantido aos pais abrir mão desse poder-dever, pois é imprescindível no crescimento e desenvolvimento dos filhos, assim como também não é possível transferir a outrem a título gratuito ou oneroso, por fazer parte da posição exercida pelos genitores, portanto, não pode ser alienado. Ainda, não há possibilidade de esse encargo prescrever pelo simples fato de não ser exercido, ocorrendo a perda apenas nos casos previstos em lei. Outrossim, é incompatível com a tutela, uma vez que esta somente poderá ser designada quando houver a perda ou suspensão do poder familiar. Há também a relação de autoridade, posto que os pais têm o poder de mandar e os filhos o dever de obedecer. Além disso, constitui *múnus* público, pois consiste em uma forma de função que corresponde a um cargo privado fixado pelo Estado, no qual normatiza seu exercício, dessa forma, é um direito-função e um poder-dever.

Da mesma forma, dispõe Maria Berenice Dias: "O poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. Decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva". (DIAS, 2017, p. 783). Desse modo, verifica-se que o poder familiar não pode ser objeto de negociação, como também não pode ser renunciado, ou seja, aquele que o detém deve arcar com o ônus e bônus que dele decorre.

2.2 Princípios gerais e específicos do direito de família

Os princípios, para a sociedade jurídica, são considerados como sendo um conjunto de padrões de condutas presentes de forma explícita ou implícita no ordenamento. Para Dias (2016, p. 67), estes são mandamentos elementares do sistema, ou seja, os princípios têm essencial função no direito, e descumpri-los seria como ofender todo o sistema. Dessa forma, serão abordados alguns princípios norteadores do direito de família.

A *priori*, temos o princípio da dignidade da pessoa humana que é considerado como o norteador do Estado Democrático de Direito conforme o artigo 1º inciso III,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

da Constituição Federal de 1988, sendo, portanto, base para inúmeros ramos jurídicos, inclusive o direito de família. Tal princípio tem como objetivo ser o suporte para o avanço da família, de forma que seja possível o desenvolvimento saudável e a convivência mais harmônica da entidade familiar, trazendo um valor fundamental de respeito à existência humana. Ainda, segundo DIAS (2016, p.75):

> A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares - o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum -, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.

Desta forma, ao tratar de poder familiar, o princípio supramencionado é indispensável, pois cabe aos pais orientar os seus filhos da forma mais adequada quanto à convivência e a importância dos preceitos da família. Além disso, outro princípio de suma importância no direito de família é o da afetividade, que tem como objetivo analisar o relacionamento entre pais e filhos e de certo modo tentar manter a criança no núcleo familiar no qual nasceu. No entanto, se verificado que não há essa afetividade, o sistema buscará por meios legais alguma forma de inserir a criança ou adolescente em uma família substituta, mas sempre analisando as melhores oportunidades e condições para eles. Deste modo, o princípio da afetividade remete-se, principalmente, a uma relação harmoniosa e ao respeito simultâneo entre os membros de uma entidade familiar. E assim, nota-se como este é ligado intimamente ao princípio da solidariedade familiar, representando a afetividade capaz de unir os membros de uma mesma família e que, de acordo com Stolze (2014, p. 95) "(...) especialmente, concretiza uma especial forma de responsabilidade social aplicada à relação familiar".

Assim, nota-se que tem como base o amparo e o auxílio moral e material entre todos os membros da entidade familiar, ainda sendo justificativa, por exemplo, para a prestação de alimentos. Neste sentido, em relação ao poder familiar, esses preceitos referem-se à união e solidariedade entre os membros da família, em prol do bem comum.

Outro princípio do direito de família é o chamado princípio da função social da família, no qual a família possui um papel muito importante de forma geral e é considerada pela Constituição Federal de 1988 como sendo a base da sociedade, de modo que através dela será possível identificar a personalidade sociocultural de cada indivíduo. Ainda, analisa Stolze (2011, p. 98) que a principal função social da família e sua caracterização são os anseios e pretensões, e esta família é o meio social que busca a felicidade do outro e não apenas um fim em si mesmo. Desse modo, temos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que a função social da família é buscar a realização dos sonhos e anseios, em prol da felicidade dos filhos.

Por fim, temos o princípio da plena proteção das crianças e adolescentes. Esta norma está diretamente ligada aos interesses das crianças e adolescentes, sendo dever dos integrantes da família assegurar educação, saúde, alimentação, assim como os demais direitos pertencentes a eles. Para Lôbo (2011, p. 77), tal preceito não se trata de uma recomendação ética, e sim do critério nas relações da criança e do adolescente com seus pais, família, sociedade e o Estado.

Esta normatização pode ser observada no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Código Civil e na Constituição Federal de 1988 de forma explícita. Além disso, tal regra está familiarmente relacionada ao princípio da convivência familiar, que possui como finalidade zelar pela permanência dos menores no seio familiar, garantindo que estes tenham a oportunidade de crescer no seu ambiente natural.

De outro modo, explica que o afastamento só deve ocorrer em últimas hipóteses, quando não for possível a restauração do ambiente familiar e quando os pais descumprirem com seus deveres legais, de forma que seja insustentável a permanência da prole. No entanto, não pode ser motivo de separação a condição financeira, com a finalidade de proteger as famílias de baixa renda para que não percam o poder familiar ou a guarda dos menores, ou seja, garantindo a convivência familiar entre eles. Contudo, é necessário que sejam instauradas medidas que auxiliem essas famílias para garantir a sua subsistência.

2.3 Extinção, perda e suspensão do poder familiar

Há no ordenamento três tipos de extinção, quais sejam: por ato voluntário, por ato natural e por sentença judicial. As causas da extinção desse instituto vêm arroladas no artigo 1.635 do Código Civil, que são: pela morte dos pais ou do filho, pela emancipação, pela maioridade, pela adoção e por decisão judicial conforme dispõe o artigo 1.638 do mesmo diploma legal. Consiste em um rol taxativo, logo, só haverá possibilidade de o poder familiar ser extinto nessas hipóteses supramencionadas. Ainda, para Maluf (2016) é importante frisar que a extinção não tem a capacidade de romper laços de parentesco entre os pais destituídos e seu filho, uma vez que ela apenas retira o direito de administrar os bens e a vida do menor.

Para Nader (2016) é válido acentuar que com a morte de um dos genitores ao sobrevivente pertencerá o poder familiar com exclusividade, no entanto, se a morte dos genitores for simultânea ou se após a morte de um, o outro vier a falecer posteriormente, os menores ficarão sob o regime de tutela mais adequado aos seus interesses. Como esse instituto serve para garantir os direitos dos filhos enquanto menores, não há que se falar em poder familiar quando estes alcançarem a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

maioridade, pois já estarão aptos para exercer os atos da vida civil, porém não desobriga os pais do dever alimentício, salvo se os filhos possuírem renda. Do mesmo modo ocorre com a emancipação, pois esta se iguala à maioridade para todos os efeitos.

Além disso, no que concerne à adoção, cessará para os pais biológicos o poder familiar quando houver a entrega do filho, sendo transferido para os pais adotantes esse poder-dever. Há, portanto, o rompimento jurídico entre genitores e sua prole, permanecendo o vínculo apenas para o impedimento matrimonial.

A perda ou destituição do poder familiar refere-se à penalidade permanente que é imposta aos genitores que, intencionalmente, incidirem em alguma das hipóteses previstas no artigo 1.638 do Código Civil. Dessa forma, aduz Paulo Lôbo:

> Por sua gravidade, a perda da autoridade parental somente deve ser decidida quando o fato que a ensejar for de tal magnitude que ponha em perigo permanente a segurança e a dignidade do filho. A perda depende sempre de ato judicial. A suspensão da autoridade parental ou a adoção de medidas eficazes devem ser preferidas à perda, quando houver possibilidade de recomposição ulterior dos laços de afetividade. A perda é imposta no melhor interesse do filho, se sua decretação lhe trouxer prejuízo, deve ser evitada. (LÔBO, 2019, s.p.)

Nesse diapasão, tem-se o entendimento de que antes de aplicar a perda do poder familiar é importante analisar a possibilidade da aplicação de penalidades mais brandas e de caráter temporário, como por exemplo, a suspensão, já que a perda é a penalidade mais severa desse instituto e com caráter permanente, não sendo admitido que retorne ao *status* anterior.

Em relação à suspensão do poder familiar, esta ocorre quando os pais cometem faltas leves para com seus filhos. E por ser uma medida de caráter temporário, é sujeita a revisão, ou seja, quando os fatores que a provocaram forem superados será revista. Por conta do princípio da maior proteção, a destituição deste poder por qualquer motivo não seria justa. Por conta disso, Venosa (2017) afirma que a suspensão não é tão gravosa quanto à destituição ou perda, pois quando encerram os motivos que lhe deram causa, o poder familiar é restabelecido. Assim, após cessar a causa que a motivou, o poder familiar volta ao pai ou à mãe que foi temporariamente impedido, uma vez que foi excluído apenas o exercício e não o direito. Como a lei não estabelece limite compete ao julgador analisar o que é conveniente ao interesse do menor. Desta forma, a suspensão do poder familiar é

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

sanção aplicada aos pais, porém não tem o intuito de punir e sim de proteger o menor. Destarte, a suspensão do poder familiar ocorrerá nas hipóteses do artigo 1.637, que estabelece:

> Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, **abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos**, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.
>
> Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao **pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.** (Grifo nosso).

O pedido de suspensão poderá ser formulado por algum familiar, pelo Ministério Público, ou de ofício, e, o juiz suspenderá pelo tempo que achar necessário sendo adotadas as medidas necessárias. Desse modo, quando ocorrer a suspensão pelas causas do artigo supracitado, o genitor perderá todos os direitos que tiver em relação ao filho, inclusive o usufruto legal. Ainda, consiste em uma medida menos grave do que a destituição ou perda, pois uma vez cessados os motivos que deram causa poderá ser restabelecido o poder paternal. No entanto, a suspensão está ligada aos atributos de dever de sustento, guarda e educação dos filhos, assim como à obrigação de cumprir e fazer cumprir determinações judiciais no interesse dos menores.

Cumpre salientar que, em relação às causas do artigo mencionado, o abuso de autoridade está relacionado a exigir sacrifícios desnecessários à prole, que os cause constrangimento. Ainda, afirma Nader (2016, p. 579) "Se a condenação se deu pela prática de atos contrários à moral ou aos bons costumes, o efeito não será de suspensão, mas de perda do poder familiar, pois a conduta reprovável se enquadraria no art. 1.638, III, que impõe a destituição". Por fim, é forçoso constatar que a suspensão é uma medida sancionatória que tem o intuito de proteger os filhos por conta de uma atitude reprovável dos pais, no entanto, por possuir caráter temporário, a estes retornará o poder familiar quando as causas que levaram a suspensão forem superadas.

3 SUCESSÃO LEGÍTIMA NO BRASIL

3.1 Direito fundamental à herança e princípios específicos do direito sucessório

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Considera-se a sucessão legítima como um instituto que resguarda os direitos sucessórios dos familiares do *de cujus* após o seu falecimento, e é esta garantia que traz o fortalecimento da propriedade privada, gerando renda, tendo em vista que há bens a serem transmitidos aos herdeiros. Dessa forma, a herança é um direito fundamental e está elencado no artigo 5º, inciso XXX, da Constituição Federal de 1988, que consiste no conjunto de bens deixados pela pessoa que faleceu.

Ainda, na apuração da herança, a separação ocorre da seguinte forma: inicialmente tem-se a meação, ou seja, a parte que é devida ao cônjuge sobrevivente ou companheiro em decorrência do regime patrimonial, e tratando-se de cônjuge sobrevivente, deve ser observado o regime que foi adotado no casamento. Em seguida, os bens que restaram serão atribuídos aos sucessores legítimos ou testamentários. Maria Helena Diniz (2014, p. 42) afirma que a herança é transmitida desde o falecimento do *de cujus* e não na transcrição da partilha feita no inventário, além de ser oferecida a quem possa adquiri-la.

Cumpre salientar que a Constituição vigente não trata da sucessão em geral, e sim da herança, garantindo constitucionalmente o direito dos herdeiros. Desta forma, verifica-se que o direito do herdeiro é garantido por lei, e não por vontade do testador, assim a sua vontade deve ser resguardada até o momento que não afete o direito garantido aos herdeiros, devendo sempre manter-se em conformidade com os princípios específicos do direito sucessório, que serão tratados em seguida.

O princípio norteador do direito sucessório chama-se *saisine.* Tal preceito refere-se ao *droit de saisine*, ou seja, ao momento em que é aberta a sucessão, a transmissão do domínio e da posse da herança se dará de forma imediata e automática aos sucessores testamentários e legítimos. É forçoso constatar que a palavra "*saisine*" deriva do verbo *saisir*, e no campo do direito sucessório tem como concepção a "posse", no sentindo de posse instantânea dos bens do falecido.

Diante disso, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem o seguinte entendimento, que equivale ao exposto acima: "Em observância ao princípio da *saisine*, corolário da premissa de que inexiste direito sem o respectivo titular, a herança, compreendida como sendo o acervo de bens, obrigações e direitos, transmite-se, como um todo, imediata e indistintamente aos herdeiros." (STJ, 2011, on-line).

Desta forma, este princípio tem como fundamento a transmissão imediata dos bens do falecido, assim que aberta a sucessão, sendo assim intimamente ligado ao direito de herança. Ainda, por este princípio o legatário que sobrevive ao falecido, mesmo que por um instante, herda deste os bens deixados e vai transmiti-los aos seus sucessores, no caso de falecer em seguida. Assim, consiste em preceito essencial ao direito sucessório, com a finalidade de impossibilitar que o patrimônio do *de*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

cujus permaneça sem um titular até a cessão aos herdeiros legítimos e testamentários.

Outro princípio referente ao direito sucessório é chamado de "respeito à vontade manifesta", também conhecido como *favor testamenti*, é tratado por Pablo Stolze (2017, p. 1368) como um dos mais importantes do direito sucessório, pois, está ligado a manifestação de vontade com o que o falecido iria querer para seu patrimônio. Desse modo, este princípio deve se sobressair no caso de irregularidades testamentárias comuns ou de mudanças posteriores de situação de fato, se verificada posteriormente, e for possível identificar o desejo do testador. Portanto, este fundamento é inerente ao direito à herança, pois, em caso de testamento, deve ser acatado o que está presente no mesmo, a fim de respeitar as decisões do testador.

3.2 Vocação hereditária na sucessão legítima

A *priori*, vocação hereditária é entendida como o chamamento da pessoa legítima a suceder os bens do *de cujus*. Tal instituto ocorre por disposição legal, na qual os herdeiros são chamados segundo a ordem de vocação hereditária, ou pode haver por meio do testamento, caso tenha. A regra é a legitimidade passiva, a exceção é a ilegitimidade, isto é, para o direito sucessório vige a ideia de que todas as pessoas são legitimadas para suceder, salvo as afastadas por lei. Desse modo, segundo o preceito legal do artigo 1.798, do Código Civil vigente, são legitimadas "as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão". Portanto, é protegido o direito do nascituro, preservado a partir da concepção e a eficácia da vocação, dependendo do seu nascimento. Portanto, afirma Tartuce (2013, p. 23) que o nascituro (*conceptus*) é chamado a suceder, mas só terá seu direito sucessório definido e consolidado com o nascimento com vida, isto é, momento que adquire a personalidade civil.

No que tange à vocação hereditária, o artigo 1.829 do mesmo diploma legal, apresenta a ordem a ser seguida, sendo que na sucessão legítima em primeiro lugar estão os descendentes, ou seja, aqueles compreendidos como filhos, netos, bisnetos e assim sucessivamente, não importando a natureza da filiação, podendo ser adotivo ou não, no entanto, não são os únicos beneficiados nesse primeiro momento, pois concorrem com o cônjuge ou companheiro. Logo após, vem os ascendentes, que também concorrem com o cônjuge ou companheiro. Em seguida, o cônjuge sobrevivente ou companheiro. E por fim, os colaterais.

Em relação à união estável, o companheiro ocupa posição semelhante ao cônjuge sobrevivente. Por certo tempo houve uma divergência em relação ao direito de herdar do companheiro em união estável, por conta disso, o Supremo Tribunal Federal – STF por meio do Recurso Extraordinário 646.721, entendeu que o artigo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

1.790 do Código Civil é inconstitucional, e que a aplicação do artigo 1.829 do mesmo Código abrange tanto o casamento quanto a união estável. Portanto, a Constituição Federal de 1988 não equipara de forma expressa a união estável e o casamento, mas o STF entendeu que devem, sim, ser equiparados e que companheiro em união estável é herdeiro legítimo do falecido, e possui direitos tanto quanto cônjuge sobrevivente em casamento.

3.3 Perda da capacidade sucessória: deserdação e indignidade

Como já visto, pelo princípio de *saisine*, a herança deve ser transmitida no momento da abertura da sucessão, porém, tal fato pode não ocorrer devido à exclusão do herdeiro do direito de herdar, que ocorre em três casos, quais sejam: quando o mesmo renuncia o seu direito de herdar, por deserdação e por indignidade.

O instituto da deserdação é uma forma de perda da capacidade sucessória alheia a vontade do herdeiro, tratado como uma sanção civil aplicada pelo autor da herança através de cláusula testamentária ao herdeiro necessário (descendente, ascendente, cônjuge ou companheiro), que objetiva afastá-lo da sucessão legítima por ato criticável ao autor da herança. Além disso, as hipóteses de deserdação são previstas em lei, não podendo o autor da herança criar nova modalidade. Como mencionado por Stolze (2017), só é possível se falar em deserdação quando os fatos tiverem ocorrido antes da celebração do testamento. Dessa forma, as hipóteses de deserdação estão previstas nos artigos 1.962 e 1.963 do Código Civil vigente, nos quais autorizam a deserdação dos ascendentes por seus descendentes e vice-versa nos casos de ofensa física, injúria grave, relações ilícitas bem como em casos de desamparo. Diferencia-se entre os artigos que haverá deserdação dos descendentes por seus ascendentes em relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto e desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade; e dos ascendentes por seus descendentes em relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou neto, ou com marido ou companheiro da filha ou neta e abandono do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

Frisa-se, por fim, que a deserdação só poderá ocorrer com expressa declaração de causa, devendo ficar claro e evidente a situação que ensejou a deserdação. Ainda, ao herdeiro instituído ou àquele a quem aproveite a deserdação, se responsabiliza a provar a veracidade alegada pelo autor da herança, extinguindo-se esse direito no prazo de 4 (quatro) anos a contar da abertura do testamento.

Em contrapartida, o instituto da indignidade tem natureza punitiva, que afasta da sucessão quem tenha cometido ato grave, reprovado pela sociedade contra a integridade física, moral ou psicológica, bem como contra a vida do *de cujus*. E, portanto, por se tratar de uma medida sancionatória, deve ser analisada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

cautelosamente. Além disso, para haver a exclusão por indignidade, pressupõe-se que o herdeiro ou legatário envolvido em algumas das hipóteses previstas em lei, não tenha sido reabilitado pelo autor da herança e, por fim, tenha uma sentença declaratória de indignidade. Como descrito, é necessário que haja ato lesivo contra o falecido, e tais atos estão previstos taxativamente no rol do artigo 1.814, do Código Civil brasileiro, sendo os casos:

> Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:
>
> I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;
>
> II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;
>
> III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Na hipótese tratada no inciso I, não é necessário que o herdeiro seja autor do crime, a mera participação como coautor ou partícipe já é suficiente para a sua exclusão. Existe ainda, entendimento acerca da condenação na esfera cível e penal. Quanto a isso, analisa Carlos Roberto Gonçalves:

> Desse modo, enquanto tais aspectos fáticos não estiverem definidos na esfera criminal, as ações cível e penal correrão independente e autonomamente (...) No entanto, se já proferida sentença criminal condenatória, é porque se reconheceu o dolo ou a culpa do causador do dano, não podendo ser reexaminada a questão cível. Assim, a sentença criminal condenatória, com trânsito em julgado, sempre faz coisa julgada no cível. (GONÇALVES, 2017, p. 116)

Dessa forma, é notório que podem ter duas ações, uma na criminal e outra na cível, e enquanto não houver trânsito em julgado na penal, as duas podem seguir de forma autônoma. No entanto, caso haja trânsito em julgado de sentença criminal condenatória, prevalecerá a decisão da esfera penal, isto é, a culpabilidade valerá na esfera cível. Quanto ao inciso II do aludido artigo, trata-se da denunciação caluniosa do falecido em juízo e da prática de crimes contra a honra, de seu cônjuge ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

companheiro. Vale ressaltar que para gerar efeitos na sucessão, é necessário que a denunciação caluniosa tenha sido proferida em juízo. Já o inciso III do artigo supracitado consiste em casos em que o herdeiro tenha se utilizado de violência física ou moral para se beneficiar da última vontade do falecido, no qual deverá ser excluído por medida judicial. Portanto, quando o referido artigo cita "meios fraudulentos" compreende toda situação que o *de cujus* tenha sido ludibriado ou enganado pelo herdeiro, a fim de impedir a sua livre manifestação de vontade.

Ainda, acerca dos dois institutos, aduz Cristiano Chaves de Farias:

> (...) a indignidade e a deserdação se aproximam, a partir de pontos de interseção: ostentam uma natureza sancionatória comum, destinando-se a punir quem se comportou mal para em relação ao autor da herança, privando o recebimento do patrimônio, como se morto fosse. (...) em ambos os casos, deflagra-se uma sucessão por representação, com a convocação dos descendentes do indigno ou do deserdado para sucederem em seu lugar. (FARIAS, 2017, p. 159)

Por fim, desse modo, cumpre ressaltar que ambos possuem uma afinidade entre si, onde se aproximam em alguns pontos, como: ambos possuem caráter punitivo e ambos consideram o indigno e o deserdado como se morto fosse, adotando a sucessão por representação. Dessa forma, dispõe o artigo 1.816 do Código Civil, no qual alude que "são pessoais os efeitos da exclusão; os descendentes do herdeiro excluído sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão". Logo, como os efeitos da exclusão são pessoais, o herdeiro indigno não receberá, mas seus descendentes receberão a herança que seria dele.

4 PODER FAMILIAR COMO CAUSA DA PERDA DA CAPACIDADE SUCESSÓRIA OU VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

4.1 Hipóteses de perda do poder familiar

A perda do poder familiar é caracterizada como uma punição permanente direcionada judicialmente aos genitores, concomitantemente, ou apenas a um deles. Pela dimensão de sua gravidade, somente ocorrerá quando o fato que a ensejar colocar em risco a segurança e a dignidade dos filhos, ou seja, quando incidirem em alguma das hipóteses descritas no rol exemplificativo do artigo 1.638 do Código Civil, que aduz:

> Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> I - castigar imoderadamente o filho;
>
> II - deixar o filho em abandono;
>
> III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
>
> IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.
>
> V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção.
>
> Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que:
>
> I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar: a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;
>
> b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão;
>
> II – praticar contra filho, filha ou outro descendente:
>
> a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;
>
> b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão.

Dessa forma, perderá o poder familiar os genitores que castigarem imoderadamente o filho, uma vez que seria maldade manter os menores sob o poder de uma pessoa violenta que oprime com punições e maus-tratos. Logo, quando se fala em castigar imoderadamente, subentende-se que seria possível aos pais castigar fisicamente os filhos, desde que de forma moderada, no entanto, o artigo supracitado deve ser observado em consonância com os princípios constitucionais, não sendo esta, portanto, a melhor interpretação a ser feita. Conforme aduz Paulo Lôbo:

> O Código Civil, ao incluir a vedação ao castigo imoderado, admite implicitamente o castigo moderado. O castigo pode ser físico ou psíquico ou de privação de situações de prazer. Sob o ponto de vista estritamente constitucional não há fundamento jurídico para o castigo físico ou psíquico, ainda que "moderado", pois não deixa de consistir em violência à integridade física do filho, que é direito fundamental inviolável da pessoa humana. (LÔBO, 2011, p. 308-309)

Com base no artigo 227 da Constituição Federal, tem-se que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar com total prioridade os direitos à dignidade e ao respeito, logo, devem mantê-los afastados de qualquer violência, crueldade ou opressão.

Desse modo, também perderão o poder familiar aqueles que deixarem o filho em abandono, que pode ser de forma material, quando prejudica a saúde e sobrevivência, bem como pode ser de forma moral e intelectual, quando implica em descuido com a educação e moralidade do menor. Além disso, no artigo 227 da Constituição Federal também é garantido o direito das crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária, logo, com o abandono, há a privação do filho a esse direito. Ainda, vale ressaltar que com base no artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente não se caracteriza motivo suficiente para perda do poder familiar a simples ausência e/ou carência de recursos materiais, é necessário que haja o descuido intencional por parte dos detentores desse poder.

Para Álvaro Villaça (2019), não é indicado que os filhos encontrem-se em ambiente promíscuo e inadequado, com comportamento imoral e vida desregrada dos genitores, uma vez que esses maus exemplos podem prejudicar a formação moral da prole que é facilmente influenciável, portanto, é imprescindível que os pais mantenham um postura digna e honrada. Logo, aquele que praticar atos contrários à moral e aos bons costumes perderá o poder familiar.

O inciso IV do artigo supratranscrito trata-se de uma hipótese de perda do poder familiar que inexistia no Código Civil de 1916, assim sendo, é uma inovação que tem como finalidade impedir que os pais repitam demasiadamente a conduta que acarreta a suspensão desse poder. De igual forma, perderá o poder familiar àquele que realizar a entrega irregular de criança a terceiro sem o devido procedimento legal, geralmente acontece quando os pais biológicos entregam a criança, comumente recém-nascida, diretamente a quem pretende adotar sem a devida verificação do procedimento de adoção e sem a observância do cadastro nacional de pessoas habilitadas. Entretanto, a norma não impede a adoção "*intuitu personae*" ou ação dirigida, dado que o principal objetivo é a proteção da criança e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

do adolescente e com a criação do vínculo com a família adotiva torna-se mais dificultoso para os menores a separação.

Ainda, através da lei nº 17.715/2018 foi inserido no artigo supracitado do Código Civil o parágrafo único que trouxe mais algumas hipóteses onde haverá a perda do poder familiar, tais como: praticar crime contra outro titular do poder familiar bem como praticar crimes contra os filhos ou outros descendentes. Essas novas hipóteses foram introduzidas pelo legislador com o objetivo de cessar a violência doméstica, a discriminação e o menosprezo à mulher, bem como de proteger a dignidade sexual da prole. Dessa forma, verifica-se a preocupação do legislador em garantir um lar seguro e harmonioso, fazendo com que sempre prevaleça o melhor interesse da criança e do adolescente, assim como também a devida segurança dos seus direitos, cabendo aos pais atentar-se para suas obrigações que são determinadas pelo nosso ordenamento.

4.2 Perda da capacidade sucessória em decorrência da destituição do poder familiar

A destituição do poder familiar por si só não possui o condão de romper o vínculo de parentesco existente entre os pais e os filhos, desse modo, permanece as obrigações e deveres decorrentes desse vínculo. Assim menciona Maria Berenice Dias:

> A perda do poder familiar não rompe o vínculo de parentesco. Porém, destituído o genitor do poder familiar, não dá para admitir que conserve o direito sucessório com relação ao filho. No entanto, o filho permanece com direito à herança do pai. Ainda que esta distinção não esteja na lei, atende a elementar regra de conteúdo ético. (DIAS, 2016, p. 794).

O direito sucessório dos filhos em relação aos pais é decorrente do estado de filiação-paternidade/maternidade. Nesse sentido, é de suma importância verificar que a destituição não se confunde com a quebra do vínculo parental, pois na primeira situação ocorre somente a perda da autoridade sobre os filhos, mantendo, porém, o nome da família dos genitores, havendo, portanto, apenas uma averbação no registro civil que os pais foram destituídos do poder familiar.

Já a quebra do vínculo parental somente ocorrerá quando a criança ou adolescente for adotado por outra família, conforme aduz o artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente: "Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Desse modo, enquanto não for adotado o vínculo será mantido e igualmente o direito à sucessão para o filho, todavia, quando for adotado, passará a ter novo vínculo de parentesco e sucessão com os adotantes.

Dessa forma, aduz os irmãos Pelegrini:

> Extinto o poder familiar por qualquer causa, exceto adoção, subsiste o direito sucessório. Pense-se, v.g., em uma pessoa que alcance a maioridade. Esta extingue o poder familiar, não, porém, o estado de filiação-paternidade/maternidade. O filho maior conserva, como ninguém ignora, seu direitos sucessórios. O mesmo ocorre com a destituição do poder familiar. (PELEGRINI; PELEGRINI, 2017, p. 1).

Destarte, devido à ausência de norma regulamentadora acerca do assunto, entende-se que se houver a destituição, mas ainda não tiver ocorrido a adoção, continuará mantida a relação jurídica de parentesco entre eles e permanecerão os direitos sucessórios do filho, tendo em vista que este é herdeiro necessário. No entanto, não permanecerão os direitos sucessórios dos pais em relação aos filhos.

Isso ocorre com o objetivo de assegurar os direitos sucessórios da criança ou adolescente, tendo em vista que não deram causa à destituição do poder familiar dos pais, desse modo, não poderiam ser ainda mais lesados pelo descuido dos seus genitores. Quanto aos genitores acredita-se que não possuem direito à herança, pois seria injusto e até indigno aqueles que se mostraram inaptos para educar e criar seus filhos, vir a herdar algum patrimônio destes, visto que seria o mesmo que dar uma recompensa àqueles que fizeram mal a outrem, ao invés de puni-los.

Não há o que se negar que o sistema jurídico preocupa-se com o direito-dever de proteção e cuidado dos pais perante a prole. E, embora a legislação seja omissa em relação às consequências sucessórias da destituição do poder familiar o que se tem entendido é que para proteção das crianças e adolescentes, estas poderão herdar dos pais destituídos enquanto houver o vínculo de parentesco, após a adoção, o poder familiar é transmitido aos pais adotantes, e assim será criado um novo vínculo, passando a não ter mais direito sobre a herança dos pais destituídos.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo teve como objetivo primordial averiguar a possibilidade ou impossibilidade de haver a sucessão legítima após destituição do poder familiar, analisando a relação ascendentes-descendentes e vice-versa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No primeiro capítulo foi abordado sobre o poder familiar no Brasil, fazendo estudo conceitual e de suas características, abordando também os princípios gerais e específicos que resguardam o direito de família. Além disso, no primeiro capítulo também foi possível analisar as formas de extinção, de perda e suspensão do poder familiar, de modo que foi necessário para o entendimento desse instituto de forma mais ampla.

No segundo capítulo buscamos estudar a sucessão legítima no Brasil, a importância da herança como direito fundamental bem como os princípios específicos que conservam o direito sucessório. Ainda, neste mesmo capítulo realizamos o estudo do instituto da vocação hereditária presente na sucessão legítima, bem como os institutos da deserdação e indignidade, caracterizados como formas de perda da capacidade sucessória.

Por fim, no último capítulo, fez-se necessário a abordagem das hipóteses existentes de perda do poder familiar e como a destituição do poder familiar acarretaria a perda da capacidade sucessória. Ao longo das pesquisas, foi possível observar que apenas a destituição do poder familiar não acarreta a perda da capacidade sucessória dos filhos, no entanto, em relação aos genitores destituídos, entende-se que por uma questão de ética não seria possível conservar o direito sucessório, tendo em vista que a destituição do poder familiar ocorreu por sua culpa.

Dessa forma, temos que apenas a destituição não rompe o vínculo de parentesco existente entre pais e filhos, portanto, os filhos continuam sendo herdeiros necessários, e consequentemente, terão direito à herança. No entanto, se esse filho for adotado por uma nova família, haverá o rompimento desse vínculo e este filho criará novos vínculos de parentesco e sucessórios com os adotantes.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil:** direito de família – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. [Constituição (1998)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, [2016].

_____. Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 27 fev. 2020.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil. Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 de jan. 2002. PL 634/1975.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 27 fev. 2020.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial: resp nº 1125510/RS – Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Massami Uyeda. **Pesquisa de Jurisprudência,** Acórdãos, 19 out. 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901315880&dt_publicacao=19/10/2011. Acesso em 27 fev. 2020.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário: RE nº 646721. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Pesquisa de Jurisprudência,** Acórdãos, 10 out. 2011. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13579050. Acesso em: 28 fev. 2020.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias.** 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CONSULTA Nº 179/2017. Curitiba, 29 de agosto de 2017. Disponível em: http://www.civel.mppr.mp.br/arquivos/File/Consultas_2016_ss/Consulta_179_17_DrMarcosStamm-1PJGoioere-Perdapoderfamiliar-Adocaoposteriormorte-Manutencao_direitos_sucessoriosemrelacao_a_genitora.pdf. Acesso em: 27 de março de 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** direito das sucessões. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de.; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: sucessões. 3. ed. Salvador, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito de família.** 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPOLHA FILHO, Rodolfo. **Direito das sucessões.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito das sucessões. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** famílias. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 5.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

LÔBO, Paulo. **Direito civil:** sucessões. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de direito de família.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil:** direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5.

OLIVEIRA, Euclides de. **Sucessão legítima à luz do novo código civil**. Revista CEJ, 8(27), 57-63, 2004. Recuperado de https://revistacej.cjf.jus.br/revcej/article/view/634. Acesso em 20 fev. 2020.

PELEGRINI, Emmanuel Levenhagen; PELEGRINI, Renan Levenhagen. **Consequências da destituição do poder familiar sobre a obrigação alimentar e o direito sucessório.** 2017. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/consequencias-da-destituicao-do-poder-familiar-sobre-a-obrigacao-alimentar-e-o-direito-sucessorio. Acesso em: 18 de abril, 2020.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e guarda compartilhada:** novos paradigmas do direito de família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, Rodrigo Alves da. **A fórmula da saisine no direito sucessório**. Jus Navegandi, Teresina, ano 18, n. 3473, 3 jan. 2013. Disponível em:<http://jus.com.br/revista/texto/23378>. Acesso em: 20 fev. 2020.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito das sucessões.** 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: família. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NOTAS:

[1] Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. *E-mail*: gabir_rmedeiros@hotmail.com.

[2] Orientador, Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Mestre em Direito pela PUCRS e Doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS. *E-mail*: jscostadireito@gmail.com.

[3] Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A APLICAÇÃO DA CONDIÇÃO DE PREPONDERÂNCIA DA ATIVIDADE SOCIETÁRIA EMPRESARIAL PARA A INCIDÊNCIA E COBRANÇA DO ITBI

FELIPE AUGUSTO SILVA CUSTÓDIO: Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Sete Lagoas/UNIFEMM. Pós-graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário UNA de Sete Lagoas. Pós-graduado em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Professor de Direito do Trabalho e Direito Previdenciário. Advogado.

ROBSON RIBEIRO [1]

(Coautor)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo e possui como recorte epistemológico, investigar a incidência e aplicabilidade do imposto sobre a transmissão de bens imóveis no cenário empresarial nas relações e operações societárias de incorporação. Destaca-se que, não serão em todas as operações empresariais que tal imposto irá incidir, visto que a sua incidência tributária, e os seus lançamentos estarão relacionados à atividade preponderante da empresa, ou seja, a sua principal atividade. Nesse sentido, ficarão demonstrados os conflitos entre as leis que regem o imposto, a doutrina, bem como as jurisprudências que tratam do assunto, no sentido da sua incidência - ou não - nas relações e operações societárias de incorporação, tendo em vista às atividades preponderantes das empresas.

Palavras-chave: Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis. Operações Societárias. Incorporações. Atividades Preponderantes Empresariais.

ABSTRACT: The purpose of this article is to investigate the incidence and applicability of the tax on the transmission of real estate in the business scenario in the corporate relations and operations of incorporation as an epistemological feature. It is noteworthy that, in all business operations, this tax will not be levied, since its tax incidence, and its launches will be related to the main activity of the company, that is, its main activity. In this sense, the conflicts between the laws governing the tax, the doctrine, as well as the jurisprudence that deal with the subject, in terms of its impact - or not - on the incorporation's relations and operations, in view of the predominant activities, will be demonstrated. of companies.

Keywords: Tax on the Transmission of Real Estate. Corporate Operations. Incorporations. Major Business Activities.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo, e possui como recorte epistemológico demonstrar e analisar a aplicação do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis, em face da preponderância nas atividades empresariais societárias. Tal tributo, está inserido no CTN em seu artigo 3º, que dispõe que o tributo, é uma cobrança em caráter compulsório e pecuniário, instituído por lei, o qual não pode ser cobrado mediante ato ilícito do responsável.

Assim, os tributos no ordenamento jurídico brasileiro são definidos como impostos, taxas e contribuições de melhoria, conforme artigo 5º do CTN. Entretanto, existem outras correntes doutrinárias que dispõe de alguns outros tipos de tributos, a exemplo a contribuição social.

É notório que a CR/88, em seu artigo 156, I, II e § 2º, estabeleceu a competência para os municípios instituírem impostos, no que se refere à transmissão de bens imóveis, em qualquer tipo de situação, tanto entre pessoas físicas ou jurídicas. Entretanto, existe uma grande discussão jurídica referente a tal matéria, no que se refere à legitimidade e o reconhecimento da incidência tributária e dos lançamentos de ITBI sobre as relações societárias das incorporadoras, visto que a incidência - ou não - do tributo será relacionada à preponderância da sua principal atividade.

Nesse sentido, analisando as regras contidas na CR/88, o Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis possui algumas características próprias, como em relação ao tratamento entre pessoa física e jurídica, como também a não incidência e a cobrança deste imposto em face das Empresas Incorporadoras, nos moldes do artigo 156, § 2º do Código Tributário Nacional. A incidência do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis nas relações e operações societárias de incorporações, tem proporcionado grandes discussões na seara jurídica brasileira, visto que o seu reconhecimento dependerá da atividade preponderante da empresa, conforme disciplina o artigo 37, § 1º e § 2º do CTN.

Dessa forma, o presente artigo traça um paralelo sobre a legitimidade, legalidade e o reconhecimento – ou não - deste imposto nas relações e operações societárias de incorporações, bem como a possível cobrança deste imposto nesses cenários, fazendo, evidentemente, a diferenciação em relação ao que disciplina a CR/88 e o CTN, bem como as doutrinas que compõem o cenário desta discussão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2 NOÇÕES GERAIS E O CONCEITO DE TRIBUTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Para entender a problematização deste artigo, faz-se necessário entender a relação dos tributos, impostos, fatos geradores, até que se trate do ITBI, bem como a sua legitimidade, reconhecimento – ou não - nas operações societárias de incorporação e extinção da pessoa jurídica.

O conceito de tributo está inserido formalmente no texto do CTN, em seu artigo 3º, que versa sistematicamente a sua nomenclatura e forma de cobrança. Assim, dispõe o CTN sobre o tributo:

> Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. (BRASIL, 1966).

Leandro Paulsen define e explica a importância dos tributos:

> Os tributos figuram, na Constituição Federal brasileira, como meios para a obtenção de recursos por parte dos entes políticos. Ademais, como na quase totalidade dos Estados modernos, a tributação predomina como fonte de receita, de modo que se pode falar num Estado Fiscal ou num Estado Tributário. Os tributos são, efetivamente, a principal receita financeira do Estado, classificando-se como receita derivada (porque advinda do patrimônio privado) e compulsória (uma vez que, decorrendo de lei, independem da vontade das pessoas de contribuírem para o custeio da atividade estatal). Possuem, portanto, em geral, caráter predominantemente fiscal, devendo pautar-se, essencialmente, pelos princípios da segurança, da igualdade e da capacidade contributiva. (PAULSEN, 2012, p. 9).

Assim, é possível entender que o tributo é uma prestação pecuniária que é cobrada pelos seus contribuintes, mediante o exercício da soberania da União, ou seja, o governo utiliza do seu poder para efetuar as cobranças dos seus contribuintes, os quais, em solo brasileiro, os principais tributos são definidos por impostos, taxas e contribuições de melhorias.

Nesse sentido, Hiyoshi Harada (2016, p. 387) destaca que o conceito de tributo não é uniforme, contudo, a doutrina em geral inclui em seu conceito o traço característico da coercitividade. Assim, os tributos são prestações pecuniárias

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

compulsórias, que o Estado exige de seus súditos em virtude do seu poder de império.

Vale ressaltar, que atualmente existem outras correntes, a exemplo o STF, que adota a teoria quinária e não a ternária, conforme prevê o CTN, no sentido de que a legislação brasileira dispõe sobre cinco espécies de tributos, e não apenas três, conforme está exposto tanto na Constituição Federal, como no Código Tributário brasileiro.

No mesmo sentido tratado acima, é possível encontrar doutrinadores que discordam da Constituição Federal e do CTN, defendendo que em nosso ordenamento jurídico existem somente dois tributos, os impostos e as taxas, sendo, portanto, adeptos a corrente binária ou bipartite.

Dessa forma, percebe-se que tanto a CR/88, e o CTN, legitimam a cobrança de tributos, que é uma das formas de arrecadação da União, Estados, Municípios e do Distrito Federal, ou seja, da máquina estatal.

2.1 Conceito de taxas, contribuições de melhorias e impostos à luz do CTN

Como já exposto, as taxas e as contribuições de melhorias são tratadas no CTN[2], o qual o rol é taxativo e não exemplificativo como em alguns outros temas da seara tributária. Torna-se então, importante destacar que as taxas e as contribuições de melhorias, estão inseridas também no artigo 145[3] da CR/88.

Para Ricardo Alexandre (2016, p. 26) segundo a Constituição Federal, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva de serviços públicos.

São, portanto, passíveis de ensejar a instituição, bem como a cobrança de taxas, o exercício do poder de polícia do Estado e a utilização dos serviços do Estado. No que se refere ao fato gerador da contribuição de melhoria, a mesma vem descrita no artigo 145, III da CF/1988, o qual a obrigação é gerada a partir da execução da obra.

Assim, Rafael Novais (2015, p. 76) destaca que a instituição da contribuição de melhoria tem como fato gerador a realização de obras públicas que ocasionam a valorização nos imóveis dos contribuintes.

Nesse sentido, destaca Hiyoshi Harada:

> A sua cobrança é legitimada sempre que da execução de obra pública decorrer valorização imobiliária, fundada no princípio da equidade. De fato, não é justo que toda comunidade arque

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> com o custo de uma obra pública que traz benefício direto e específico a certas pessoas. A Constituição de 1988, ao contrário das anteriores, não mais prevê o limite global da arrecadação, restrito ao custo total da obra. Nada impede, pois, de o legislador ordinário estabelecer como limite individual da contribuição de melhoria o acréscimo que da obra pública resultar para cada imóvel beneficiado, sem se importar se o somatório desses acréscimos irá ou não ultrapassar o custo total da obra. Somente assim compensaria sua instituição e cobrança que é das mais difíceis e onerosas, conforme se depreende dos requisitos previstos no art. 82 do CTN. (HARADA, 2016, p. 393).

Conforme tratado no tópico anterior, a doutrina utiliza de outros tipos de tributos, como as contribuições especiais, contribuições sociais e o empréstimo compulsório. Entretanto, existem grandes divergências sobre a natureza desses tributos, visto que tais tributos não estão elencados no artigo 5º do CTN.

O imposto é uma das espécies de tributos, a exemplo da taxa e contribuição de melhoria, o qual é previsto na CR/88, bem como no artigo 145, I. Dessa maneira, e pelo que dispõe o CTN, entende-se por impostos, um tributo que possui como fato gerador alguma situação, bem como a atuação do Estado, perante a sociedade.

O imposto[4] é um tributo cuja sua vinculação é unilateral, baseia-se em um possível fato gerador que será vinculado a atitude do contribuinte, que deverá arcar com o pagamento de sua atuação. Tanto a CR/88, bem como o CTN, elencam em seus textos quais entes deverão instituir e legislar em face de cada tipo de impostos, a exemplo o IPVA, IPTU, ITBI, dentre outros.

Dessa forma, os artigos 153, 155 e 156 da CR/88, versam sobre as competências da União, Estados, Municípios e do Distrito Federal de instituírem os seus impostos.

Assim, Sacha Calmon Navarro Coêlho (2012, p. 421) explica que à medida que o CTN discorre sobre os impostos, atribui-os à União, aos Estados-Membros, ao Distrito Federal e aos Municípios a repartição de competências tributárias entre as pessoas políticas componentes da Federação e, uma repartição de fontes de receitas tributárias.

Portanto, o CTN é taxativo a respeito do rol dos tributos e as competências de cada ente estatal, e dessa maneira, elenca em seu artigo 5º, que o imposto é uma das espécies de tributos nacionais, somados ainda com as taxas e contribuições de melhorias. Vale ressaltar, que a competência da instituição dos impostos foi muito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

bem delegada a União, Estados, Municípios e o Distrito Federal, onde a CR/88, vinculou cada situação de tributação para um dos seus entes, perfazendo, assim, legítimas as cobranças, a exemplo, a cobrança do ITBI pelo município de Belo Horizonte/Minas Gerais.

Portanto, percebe-se que o imposto possui um caráter de prestação pecuniária devida por toda pessoa, independente de sua natureza (física ou jurídica), para que o Estado possa auferir receita, e dessa forma, manutenir a sua própria existência.

2.2 Considerações sobre o Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis

O Imposto sobre a Transmissão Inter Vivos de Imóveis e de Direitos a eles relativos, está elencado tanto na CR/88, como no CTN, o qual a sua cobrança está vinculada aos municípios brasileiros. No artigo 156 da CR/88, é apresentado um rol taxativo versando sobre esse imposto, o qual a União delegou o poder de tributar aos municípios, conforme inciso II de tal artigo. Nesse sentido, os municípios pertencentes à Federação brasileira possuem o condão de auferir receitas, referente à cobrança deste tributo, que possui como base de cálculo do imposto, o valor venal dos bens ou dos direitos transmitidos.

De Plácido e Silva (2013, p. 718) explica que tal imposto é de competência do Município da situação do bem a sua instituição atual, ao contrário do que previa o CTN, que concedia aos Estados.

O Código Tributário brasileiro exauriu nos artigos 35 ao 42, as competências, características, não incidências e a base de cálculo de tal tributo, sendo que, conforme já exposto, é de competência dos municípios e não de competência dos Estados conforme expõe o artigo 35º do CTN. Pode-se perceber que a incidência é sobre a onerosidade que o bem causa a relação entre os particulares, bem como sobre os direitos reais dos imóveis.

Nesse sentido, Ricardo Alexandre (2016, p.671) ensina que, a rigor, como a propriedade é legalmente definida como direito real, é correto afirmar que o ITBI incide sobre a transmissão onerosa de direito reais, exceto os de garantia. Quanto à definição e competência para a cobrança em situações diversas na localidade do imóvel e do proprietário, Ricardo Alexandre conclui:

> Como o ITBI incide apenas sobre a transferência de bens imóveis e direitos a eles relativos, a regra relativa ao Município competente para a cobrança é única e bastante simples. O imposto compete ao Município da situação do bem. Assim, se um imóvel esta localizado em Belo Horizonte/MG, pertence a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> um proprietário domiciliado em Unaí/MG e é alienado a alguém domiciliado em Goiânia/GO, o imposto caberá a Belo Horizonte, Município da situação do bem. Ressalta-se que, se o imóvel estiver localizado em quaisquer das cidades do Distrito Federal, a este caberá o imposto, pois o Distrito Federal não é, e nem pode ser dividido em Municípios. (ALEXANDRE, 2016, p. 672).

Está exposto no artigo 35 do CTN e no artigo 156, II, da CR/88, que o fato gerador do ITBI é a transmissão de bens móveis a título oneroso, tendo como característica a situação *inter vivos*.

No sentido da definição e características, Ricardo Alexandre (2016, p. 674), explica que o fato gerador do ITBI é a transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição.

Desta feita, o fator gerador é o início do ato que irá presumir a cobrança do tributo, e no que se refere à base de cálculo[5] de tal imposto, este está exposto no artigo 38 do CTN, que efetivamente se compreende sobre o valor venal dos bens ou dos direitos transmitidos.

Portanto, fica claro que a competência para instituir o ITBI é do município, sendo ele responsável por arrecadar tal imposto, no que se refere às relações de transferências de bens imóveis a títulos onerosos, de pessoas físicas ou jurídicas, o qual a base de cálculo é o valor venal dos bens, ou daqueles direitos que serão efetivamente transmitidos naquela negociação.

2.2.1 Previsão legal da imunidade relacionada ao ITBI

Quanto à previsão de sua incidência, é importante destacar o posicionamento de Luciano Amaro (2013, p. 305), que destaca que há incidência de tributo quando determinado fato se enquadrar no modelo abstratamente previsto em lei, se juridiciza e irradia o efeito.

Sobre a imunidade do artigo 156, § 2º do CTN, Leandro Paulsen explica:

> Há imunidade para a transmissão na realização de capital de pessoa jurídica e também nas transmissões decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, exceto quando a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens e direitos, locação de bens

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> imóveis ou arrendamento mercantil, nos termos do art. 156, § 2º, I, da CF. (PAULSEN, 2012, p. 189).

Destaca-se, assim, os casos de não incidência do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis, que estão elencados no rol do artigo 156, §2º da CR/88, o qual define como um dos requisitos da imunidade, à transmissão de bens ou direitos em algumas modalidades para a pessoa jurídica, a exemplo, a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, sobre também a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.

Josiane Minardi (2016, p. 905), explica que a não incidência supracitada objetiva facilitar a mobilização dos bens de raiz e a sua posterior desmobilização, de modo a auxiliar na formação, transformação, fusão, cisão e extinção de sociedades civis e comerciais.

Assim, percebe-se na doutrina, que a partir do momento que a sociedade jurídica possuir como atividade preponderante, ou seja, a atividade principal, a comercialização dos bens imóveis e direitos, bem como possuir em seu *know-how* de serviços, a locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil, a mesma não será beneficiária da imunidade tributária, relacionada ao ITBI.

Dessa forma, o artigo 37 do CTN dispõe:

> Art. 37. O disposto no artigo anterior não se aplica quando a pessoa jurídica adquirente tenha como atividade preponderante a venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição.
>
> § 1º Considera-se caracterizada a atividade preponderante referida neste artigo quando mais de 50% (cinquenta por cento) da receita operacional da pessoa jurídica adquirente, nos 2 (dois) anos anteriores e nos 2 (dois) anos subsequentes à aquisição, decorrer de transações mencionadas neste artigo. (BRASIL, 1966).

O mesmo posicionamento possui Aires Fernandino Barreto (2012, p. 325), que para que as transmissões sejam imunes ao ITBI, devem ter por finalidade a realização de capital, ou seja, a integralização do capital social das pessoas jurídicas adquirentes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Dessa forma, fica claro que aquele determinado fato originado e que não tem o condão de sofrer a tributação, o mesmo estará no rol da não incidência do ITBI.

3 EMPRESAS E SOCIEDADES EMPRESÁRIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Para que fique claro se é legítimo - ou não - a incidência do ITBI na condição da preponderância das atividades nas hipóteses das operações societárias de incorporações, se faz necessário adentrar no tema de sociedades empresárias, empresas e incorporações, relacionadas ao Direito Empresarial.

De Plácido e Silva (2013, p. 531) explica que o significado de empresa no sentido do Direito Civil e do Direito Comercial, é toda organização econômica, civil ou comercial, instituída para a exploração de um determinado ramo de negócio.

Mônica Gusmão (2015, p. 33) ensina que a empresa é uma atividade econômica organizada que reúne capital, trabalho, insumos e tecnologia para a produção e circulação de bens ou prestação de serviços".

Neste sentido, percebe-se que o conceito de empresa é extremamente vasto na doutrina. Entretanto, pode ser definido também como um ambiente de tomada de decisões, que tem como objetivo na maioria das situações o lucro, e que possui além de capital, força de trabalho humana e diversidade de pessoas, visto que é uma realidade econômica em seu meio de atuação.

Assim, Ricardo Negrão explica:

> O conceito de empresa decorre da visão moderna de empresário, e sua formulação tem origem na legislação italiana de 1942, que unificou, no Código Civil, o direito obrigacional, fazendo desaparecer o Código Comercial como legislação separada. Se, por um lado, o estudo dos atos de comércio decorre do conceito francês de comerciante — sistema da comercialidade —, por outro, o conceito de empresa é construção italiana — sistema da empresarialidade —, ao estabelecer regras próprias não mais àquele que pratica com habitualidade e profissionalidade atos de comércio, mas à atividade definida em lei como empresarial. (NEGRÃO, 2012, p. 63).

O tema relacionado à nomenclatura e significado da palavra empresa é tão extenso e de difícil interpretação, que até o Direito do Trabalho trata do assunto, sendo positivado no artigo 2º da CLT[6], que versa que o empregador é a empresa,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

o qual tem características individuais ou coletivas, munida da relação entre empregado e empregador, objetivando lucros e assumindo riscos.

Assim, é perfeitamente compreensível que o Direito Empresarial se relacione intimamente com as outras áreas do direito, visto a sua grande extensão e detalhes, a exemplo em relação à tributação de uma empresa, por um determinado imposto.

Dessa forma, com a definição de Tarcísio Teixeira (2016, p. 75) pode-se dizer que a princípio, a palavra empresa significa atividade, que por sua vez é exercida pelo empresário. Essa atividade é o conjunto de atos coordenados pelo empresário.

Dessa forma, o Direito Empresarial está intimamente ligado ao Direito Tributário, bem como as suas normas e leis, sendo elas a nível federal ou municipal, visto que a partir das condições e características da empresa, é que ficará definida as formas de tributação e cobranças dos tributos.

3.1 A incorporação societária empresarial no direito brasileiro

A incorporação no Direito Empresarial brasileiro a situação existente da empresa, que será relacionada aos seus ativos, e se ela deixou de ser uma empresa individual. Ou seja, se deixou de ser um organismo individual, e foi incorporada, absorvida por empresa diversa, independente do seu tamanho em ativos, passando a ser apenas uma. Entretanto, as características deste novo negócio serão da primeira empresa que incorporou a segunda. Assim, todas as atividades, ativos, empregados, negócios, passam a ser da empresa incorporadora.

É válido versar que na incorporação, taxativamente haverá a extinção societária da empresa incorporada, visto que a mesma a partir daquele momento é integrante de outra sociedade, tendo assim, um novo proprietário em face de seus novos ativos.

Dessa maneira, Gladston Mamede (2013, p. 215-216), explica que uma sociedade pode incorporar outra, absorvendo-lhe o patrimônio e recebendo seus cooperados; assim, a cooperativa incorporadora assumirá as obrigações da incorporada e se investirá nos seus direitos.

Portanto, entende-se que a incorporação é uma operação societária, o qual uma empresa se une a outra, para que se tornem uma nova sociedade, que será sucedida da mesma forma pelos seus direitos e obrigações, sendo notório que a empresa que foi incorporada deixa de existir, da mesma forma a sua personalidade jurídica. Entretanto, a empresa incorporadora continue a usufruir dos seus direitos e obrigações, bem como a sua personalidade jurídica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

3.2 Atividades preponderantes nas sociedades empresárias para a incidência do ITBI

Aires Fernandino Barreto (2012, p. 327), explica que para que as pessoas jurídicas adquirentes gozem da imunidade do ITBI, as mesmas não podem ter como atividade preponderante a comercialização de bens ou direitos, a locação ou arrendamento.

Isso implica que, nos moldes do artigo 37 do CTN, para que uma operação de incorporação seja beneficiada pela imunidade do ITBI, a sua atividade preponderante, ou seja, a sua atividade principal não pode estar ligada à venda ou locação de bens imóveis, caso contrário, os lançamentos do tributo deverão ser feitos para a empresa.

É perceptível que a imunidade em relação à atividade preponderante quanto à incidência do ITBI, é relacionada às empresas do seguimento imobiliário, bem como construtoras e incorporadoras. Portanto, a imunidade específica que reza o artigo 156, § 2º, I, da CR/88, atinge as ditas empresas acima, sendo que as principais doutrinas consagram essa situação.

Assim, de acordo com a doutrina e os diversos textos de lei, pode-se definir como atividade preponderante, a atividade principal da empresa que faz com que ela tenha mais de 50% de proventos naquela atividade distinta.

Josiane Minardi (2016, p. 906) dispõe que as hipóteses de imunidade previstas no § 2º do artigo 156 da Lei Maior, não prevalecem no caso de a atividade preponderante do adquirente ser a compra e venda dos bens e direitos, a locação de bens imóveis.

A Constituição Federal e o Código Tributário brasileiro, apresentam um rol taxativo, referente às imunidades, bem como a incidência - ou não - do tributo perante as sociedades empresariais. Entretanto, como discorre a lei, o ITBI é fruto de uma negociação onerosa entre as partes, sendo elas pessoas físicas ou jurídicas, e o seu fato gerador nasce na obrigação de transmitir o bem.

De forma prática, se uma empresa que possui como atividade preponderante a comercialização, locações e outras situações relacionadas a imóveis, a cobrança do ITBI deve acontecer, visto que a atividade principal da empresa não permite que ela seja beneficiada pela imunidade do tributo. Entretanto, o mesmo tema deve ser tratado com extrema cautela, pois se em um grupo econômico, uma empresa incorpora a outra, como aconteceu no caso concreto das empresas MRV Engenharia e a MRV Empreendimentos S/A (processo nº 01.075626.07.09), e existe o agravante de que nenhuma das partes auferiu lucro no negócio, nesses casos então não se deve

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

efetuar o lançamento do ITBI, visto que ouve o negócio, entretanto, não foi oneroso, sendo a onerosidade um dos requisitos para a cobrança do tributo.

Os doutrinadores que versam sobre o dito tema em seus manuais, apresentam como principal argumento para a incidência do ITBI em operações de incorporação, a relação da empresa no ramo imobiliário. Entretanto, pode-se perceber que as jurisprudências de alguns tribunais não compartilham deste mesmo entendimento, ficando claro que, não se deve ser observado somente o que reza a lei, mas sim, o que o caso concreto para o julgamento da lide.

Assim, alguns tribunais entendem que antes de efetivar o lançamento do tributo, ou antes de conceder a imunidade à empresa, deve-se observar se no caso concreto da incorporação, houve ou não o aumento de capital da empresa incorporadora.

Dessa forma, a tributação do ITBI perfaz a existência de uma negociação e transmissão de bens entre os polos, sendo eles pessoas físicas ou jurídicas de um negócio jurídico oneroso, sendo que nessa negociação uma das partes irá auferir renda. É notório ainda, que não serão todos os negócios societários que devem ser alvo da tributação do ITBI, por isso que o estudo do caso concreto é de suma importância para a incidência ou inaplicabilidade deste tributo.

4 CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 156, I, II e § 2º, estabeleceu a competência para os municípios instituírem impostos, no que se refere à transmissão de bens imóveis, em qualquer tipo de situação, tanto entre pessoas físicas ou jurídicas. Entretanto existe uma grande discussão jurídica referente a esta matéria, no que se refere à legitimidade e o reconhecimento – ou não - da incidência tributária e dos lançamentos do ITBI sobre as relações societárias das incorporadoras, ou seja, nas relações entre pessoas jurídicas.

Nesse sentido, a incidência do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis nas relações e operações societárias de incorporações, tem proporcionado grandes discussões na seara jurídica brasileira, visto que o seu reconhecimento dependerá da atividade preponderante, conforme disciplina o artigo 37, § 1º e § 2º do CTN.

Assim, a Constituição Federal e o Código Tributário brasileiro apresentam um rol taxativo, referente às imunidades, bem como a incidência - ou não - do tributo perante as sociedades empresariais. Entretanto, como discorre a lei, o ITBI é fruto de uma negociação onerosa entre as partes, sendo elas pessoas físicas ou jurídicas, e o seu fato gerador nasce com a transmissão do bem, porém, antes da incidência ou não do ITBI, deve ser analisado o cenário da relação, bem como o caso concreto

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

referente à situação, pois em uma incorporação pode haver um não o aumento do capital da sociedade incorporadora.

As jurisprudências e as doutrinas atuais versam que a primazia da realidade deve prevalecer aos documentos constitutivos das relações societárias, a exemplo o contrato social da empresa, que pode efetivamente ser distinto da sua atividade principal, e, nesse sentido, aquela empresa pode ou não ser tributada pelo município.

Assim, percebe-se na doutrina que trata do assunto, que a partir do momento que a sociedade jurídica possuir como atividade preponderante, ou seja, atividade principal a comercialização dos bens imóveis e direitos, bem como possuir em seu know-how de serviços a locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil, nos moldes da Constituição Federal e do Código Tributário, a mesma não será beneficiária da imunidade tributária, referente à tributação do ITBI.

Portanto, é necessário que seja analisado o caso concreto do negócio jurídico chancelado entre as partes, e que seja dada prioridade a primazia da realidade do fato, para que empresas não sejam tributadas incorretamente, visto que é taxativo o rol de imunidades constantes na Constituição Federal e no Código Tributário brasileiro, pois caso não haja aumento de capital derivada daquela incorporação, a cobrança seria ilegítima, mesmo que a atividade preponderante da empresa incorporadora seja o ramo imobiliário, além de todas as características já tratadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. 10 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARRETO, Aires F. **Curso de Direito Tributário Municipal**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRANCHIER, Alex Sander; TESOLIN, Juliana Daher Delfino. **Direito e Legislação Aplicada**. 3 ed. rev. e atual. Curitiba: Ibpex, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. *In*: Vade Mecum. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Site do Planalto Central – Constituição brasileira. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 03 Jul. 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Site do Planalto Central – Sistema Tributário brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm> Acesso em: 04 Jul. 2018.

BRASIL. Site do Planalto Central – Código Civil brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 06 Jul. 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Tributários do Município. Recurso Voluntário: 10144. Processo 01.075626.07.09. Relator: Felipe Mantuano Pereira. **DOM**, Minas Gerais, 2 outubro 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 12 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Anotações ao Código Tributário Nacional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GUSMÃO, Mônica. **Lições de Direito Empresarial**. 12 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 25 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MINARDI, Josiane. **Manual de Direito Tributário**. 3 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOVAIS, Rafael. **Coleção Descomplicando: Direito Tributário**. 1 ed. Recife: Armador, 2015.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquematizado**. 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito Empresarial Sistematizado: doutrina, jurisprudência e prática**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NOTAS:

[1] Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Mestre em Direito Público (Esfera Pública, Legitimidade e Controle) pela Universidade FUMEC. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Atuação na área de Direito Constitucional com ênfase em Direito Público. Tabelião.

[2] Art. 5º Os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria. (BRASIL, 1966).

[3] Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: I - impostos; II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição; III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas. § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. § 2º As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos. (BRASIL, 1988).

[4] Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte. (BRASIL, 1966).

[5] A base de cálculo é estabelecida por lei, com a finalidade de fixar o critério para determinacao do *quantum debeatur*, ou seja, o valor que servirá de base para aplicacao da alíquota correspondente, que resultará no valor do imposto devido. (BARRETO, 2012, p. 314).

[6] Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. (BRASIL, 1943).

www.conteudojuridico.com.br

A INCONSTITUCIONALIDADE DA INSTRUÇÃO SUBSIDIÁRIA PELO JUIZ PROCESSUAL PENAL: PRINCÍPIOS DA IMPARCIALIDADE, PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES/FUNÇÕES, PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO E PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

EDUARDA PINHEIRO BARROS: Bacharelanda do Curso de Direito do Centro universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

JULYANA ANDRESSA CARVALHO DA SILVA [1] (coautora)
MARCUS VINÍCIUS DO NASCIMENTO LIMA [2] (Orientador)

RESUMO[3]: A razão do tema foi determinada pela controvérsia da instrução subsidiária do juiz e sua parcialidade. Para tanto é feito uma análise dos sistemas processuais, dando ênfase para o sistema processual Brasileiro, que é o sistema acusatório, sistema este, que é eficaz em resguardar às partes as garantias de um Estado Democrático de Direito. Desenvolve-se uma crítica a despeito, pois embora a lei englobe princípios com a finalidade de justiça para as partes, na prática, ainda vê-se de maneira corriqueira a implementação de atitudes inquisitoriais por parte dos Magistrados, quando invocam o ônus da carga probatória, desrespeitando uma série de princípios constitucionais, ferindo o direito do réu a ser julgado por um juiz imparcial. Na instrução subsidiária, o próprio juiz, integra uma das partes, não cumprindo com sua função de ser imparcial, solucionador de conflitos e detentor da justiça, com o subterfúgio de apenas sanar eventuais lacunas dos verdadeiros detentores do ônus probatório. O presente trabalho visa apresentar os prejuízos que a instrução subsidiária do juiz causam ao processo penal brasileiro, atribuindo à figura do magistrado a responsabilidade de se desvencilhar dos resquícios inquisitoriais que ainda assolam o ambiente jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade. Magistrado. Processo Penal. Princípios Constitucionais.

Abstract: The reason for the issue was determined by the controversy of the judge's subsidiary instruction and its bias. To this end, an analysis of the procedural systems is carried out, emphasizing the Brazilian procedural system, which is the accusatory system, which is effective in safeguarding to the parties the guarantees of a Democratic State of Law. Criticism develops in spite of the fact that although the law encompasses principles for the purpose of justice for the parties, in practice, the implementation of inquisitorial attitudes by the magistrates is still commonly seen when they invoke the burden of proof, disrespecting a series of constitutional principles, violating the defendant's right to be tried by an impartial judge. In the

subsidiary instruction, the judge himself is part of one of the parties, failing to fulfill his function of being impartial, conflict resolution and justice holder, with the subterfuge of only remedying any gaps in the true holders of the evidential burden. The present work aims to present the damages that the subsidiary instruction of the judge cause to the Brazilian criminal process, attributing to the figure of the magistrate the responsibility to free himself from the inquisitorial remains that still plague the Brazilian legal environment.

Keywords: Unconstitutionality. Magistrate. Criminal proceedings. Constitutional principles.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO - 2. DOS SISTEMAS DO PROCESSO PENAL. 2.1. O Sistema Acusatório. 2.2. O Sistema Inquisitório. 3. OS PRINCÍPIOS QUE REGEM A ATUAÇÃO DO JUIZ NO PROCESSO PENAL: PRINCÍPIOS DA IMPARCIALIDADE, PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO* E PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. 3.1. Princípio da Imparcialidade e da Separação de Função. 3.2. Princípio do *In Dubio Pro Reo* e Princípio da Presunção de Inocência. 4. A INSTRUÇÃO SUBSIDIÁRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL. 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo fundamental demonstrar a inconstitucionalidade da instrução subsidiária pelo juiz. Por meio de um procedimento bibliográfico, abordagem qualitativa e método dedutivo, a finalidade do esudo baseia-se em demonstrar que o processo penal concede poderes instrutórios ao juiz, permitindo ao magistrado atividade instrutória no âmbito do processo, de modo complementar e suplementar à atividade das partes, atuando como substituto da função ministerial ou defensiva.

O estudo permite ainda questionar a postura de um juiz, que com a concentração de poderes instrutórios, acabe comprometendo a garantia da imparcialidade e o postulado do devido processo legal, uma vez que o magistrado se compromete previamente e psicologicamente com a demanda que futuramente terá que julgar.

O Código de Processo Penal Brasileiro iniciado em 1941, obteve uma grande inspiração do Código Rocco da Itália, no qual, estabelecia ao juiz uma posição hierarquicamente superior em oposição as outras partes jurídicas da relação processual, não respeitando o princípio da inércia da jurisdição.

No sistema inquisitório é nítido a inexistência de ampla defesa e contraditório, onde as funções de culpar, proteger e sentenciar encontram-se concentradas nas

mãos de uma única pessoa, denominada juiz. Assumindo uma postura acusatória, iniciando o processo criminal com a produção de provas e deferimento a sentenças.

Dotado de ampla liberdade probatória, nesse sistema, o magistrado coordena o procedimento de forma sigilosa, sendo capaz de determinar de ofício a colheita de provas, tanto no curso das investigações como no curso do processo penal, independentemente de ser requerido pela acusação ou pela defesa. Trate-se o acusado como um objeto do processo, não é tratado como um sujeito que possui direitos, é possível notoriamente observar uma restrição nas garantias e nos direitos individuais, fundamentada pela busca da verdade real.

Após a Segunda Guerra Mundial, o direito começou a defender que sua base legal não deveria ser apenas normas legais, mas como também em princípios, esse pensamento começou a vigorar porque os ordenamentos até então, só traziam regras que deveriam ser estritamente aplicadas pelo juiz, não haviam espaços para interpretações, adaptações a época. Esse contexto de que deviam se seguir as leis estritamente instrumentalizavam os governos, bastando a promulgação de leis no sentido desejado pelos governantes.

O Estado Democrático de Direito, possibilita aos magistrados interpretar as leis à luz da Constituição, de acordo com o momento que a sociedade vive, garantindo liberdade e independência para o Poder Judiciário como um essencial instrumento de manutenção da separação de poderes.

A Constituição é composta, por regras e princípios, que, depois de inseridos no ordenamento, tornam-se exigíveis e obrigatórios. O Sistema Constitucional Brasileiro dispõe de direitos e garantias individuais, que não se revestem de caráter absoluto, razões de relevante interesse público para adoção de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas derivadas do princípio de convivência das liberdades que as legitimam, ainda que excepcionalmente respeitem os termos estabelecidos pela própria Constituição.

A Constituição Federal de 1988, confere função privativa ao Ministério Público para promover a ação penal pública (art. 129, inciso I, CF/88[4]), deixando expressa sua preferência ao sistema acusatório, expresso no (Art. 3º-A do pacote anticrime - lei 13.964/2019[5]). A propositura da ação penal pública somente tem início, quando a pessoa incumbida inferir a pretensão punitiva em juízo, em virtude do princípio da inércia da jurisdição, carecendo o juiz, de dar impulso oficial, na condução do processo.

A prática de uma infração penal gera um efeito jurídico que na instauração de um processo criminal, que resulta na responsabilização da conduta ilícita praticada. Ocorre por meio de uma ação penal, exprimindo direito do Estado ou do ofendido

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de pleitear a pretensão jurisdicional no caso de realização de uma infração penal. A manifestação judicial se faz presente pela aplicação das normas penais.

NUCCI[6] leciona:

> "É o direito do Estado-acusação ou da vítima de ingressar em juízo, solicitando a prestação jurisdicional, representada pela aplicação das normas de direito penal ao caso concreto. Através da ação, tendo em vista a existência de uma infração penal procedente, o Estado consegue realizar a sua pretensão de punir o infrator".

Recebendo a peça inicial da ação penal, instaura-se processo, instrumento do Estado para aplicação da Lei Penal, os princípios e regras procedimentais, devem ser analisados e observados com a finalidade de que o autor da infração tenha pleno conhecimento acerca do que está sendo acusado para exercer sua ampla defesa e contraditório. A citação do acusado, é o primeiro ato processual, após o recebimento da denúncia ou da queixa-crime, com a finalidade de que ele tome conhecimento da conduta ilícita lhe está sendo atribuída e ofereça sua defesa prévia como expressa o artigo 396, do Código de Processo Penal[7].

NUCCI[8] exterioriza:

> "É o chamamento do réu a juízo, dando-lhe ciência do ajuizamento da ação, imputando-lhe a prática de uma infração penal, bem como lhe oferecendo a oportunidade de se defender pessoalmente e através de defesa técnica. Trata-se de um corolário natural do devido processo legal, funcionalmente desenvolvido através do contraditório e ampla defesa (art.5º, LIV e LV, CF) ".

No processo penal, é possível evidenciar o sistema penal acusatório pela validação do Princípio da Presunção de Inocência, no qual, consiste em um fundamento sistemático e estrutural do processo, base de um modelo processual penal que tenha como objetivo respeitar a dignidade e os direitos essenciais da pessoa humana. Como afirma LOPES[9]:

> "O referido princípio requer que o julgador mantenha uma posição negativa em relação ao acusado, e, ainda, uma postura positiva, na medida em que não o considere culpado, mas, principalmente, trate-o efetivamente como inocente".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Quando nos referimos ao processo, entende-se que é um o instituto processual como uma relação jurídica interpessoal, no qual, há uma pretensão de dois sujeitos e entre haverá um terceiro imparcial (o juiz), com o propósito de solucionar tais conflitos existentes, a quem incumbe o papel de Estado pacificador, que aplicando, via de regra, o direito positivo, irá soluciona o conflito.

A imparcialidade do juiz é imprescindível para a validade do processo, é a garantia de justiça para as partes, mesmo que não estando explícita, é uma garantia constitucional. Portanto, as partes, tem o direito de exigir um juiz imparcial. O estado atribuiu para si o exercício da função jurisdicional, que corresponde ao dever de agir, com imparcialidade na solução das causas que lhe são submetidas. Um julgamento justo e imparcial, é aquele no qual o acusado é tratado como parte no processo e não como um simples objeto como era feito anteriormente no sistema inquisitivo.

No processo o juiz, não poderá demonstrar interesse no processo que posteriormente que irá julgar, pois a sua função é apenas, decidir com base nas provas e fatos que foram levadas até ele, também deverá assegurar um julgamento justo, no qual sejam respeitadas as garantias fundamentais que são asseguradas constitucionalmente.

É a Imparcialidade, inclusive é uma das causas de impedimento e suspeição que são elencadas no Código de Processo Civil, é um dos pressupostos de validade processuais subjetivos; entende-se que é um requisito essencial e extremamente necessário para o julgar a súplica que foi expedida pela parte. A lei impõe que a autoridade judiciária seja isenta e distanciada dos interesses particulares em conflito, assegurando assim não só a probidade da atividade jurisdicional, mas também, a segurança dos provimentos obtidos.

O que questiona-se ao analisarmos a atuação do Juiz que instrui o processo penal é que: não estaria o Magistrado atuando como substituto da função ministerial ou defensiva, comprometendo a garantia a diversos princípios constitucionais, dentre eles, um pressuposto de validade processual que é a garantia ao juiz imparcial? Ao avaliar esta situação, nos é exposto que esta necessidade de instruir o processo com provas além das que já foram produzidas nada mais é do que a demonstração dos resquícios autoritários do sistema inquisitório, que acabou se tornando uma conduta corriqueira no processo brasileiro.

2 DOS SISTEMAS DO PROCESSO PENAL:

O processo penal enquanto ramo do direito não pode ser entendido como *locus* de construção da verdade. Essa verdade processual segundo as convicções de LOPES JR. é apenas contingencial[10]. Não retrata efetivamente o que

de fato aconteceu. A pretensão acusatória somente tem em voga os rastros de passeidade[11] capazes de auxiliar o magistrado como fonte de aproximação do que efetivamente aconteceu com os elementos constantes dos autos.

Outra perspectiva conclusiva seria totalmente especulativa. Querer alcançar a chamada verdade real seria algo impossível visto que o evento litis é pretérito. No máximo se consegue uma reprodução aproximada e prejudicada das descrições inconclusas da memória, profundamente influenciados pelos preconceitos, medos e, sobretudo, pelas condições desfavoráveis no presenciar um ato delituoso.

Nesse aspecto é que a adoção de um sistema processual acusatório ou inquisitorial se mostra determinante para a busca da verdade possível e da prova no processo penal. O mecanismo adotado define a natureza e a sistemática a ser adotada. COUTINHO[12] vai adiante afirmando que a natureza do sistema notadamente é demarcada a partir do momento em que é delimitada a responsabilidade pela gestão da prova.

Não custa lembrar, observando a lição de PRADO, que a estrutura processual penal está inserida não só no contexto normativo cujas linhas mestras são ditadas pela constituição da República, como também se encontra situada em um plano político[13]. Essa integração vai delinear, em última análise, o perfil do sistema processual penal.

ZAFFARONI[14] aduz que o sistema penal deve ser entendido como *controle social punitivo institucionalizado*, representando um conjunto de procedimentos, legais ou não, utilizados por parte do Estado para garantir a persecução penal. Reafirma BATISTA, o sentido da palavra *institucionalizado* como uma acepção de concernente a procedimentos estabelecidos, ainda que não legais[15], ou seja, sempre vem à tona a preocupação com o procedimento. É necessário debater cuidadosamente essa questão delicada, visto que no direito brasileiro a forma é uma garantia processual constitucional, mais especificamente no campo do sistema penal.

O entendimento passaria pela consagração do princípio fundante do sistema que se pretende adotar. De um lado o princípio dispositivo e de outro o princípio inquisitivo. O primeiro seria a matriz do sistema acusatório donde se extrai a base para uma sistemática de garantias processuais mínimas. Enquanto o segundo, seria em uma observação direta, o ponto fulcral do sistema inquisitório.

RANGEL[16] reconhece o sistema processual penal como um conjunto de princípios e de regras, previstas na Constituição, e que estão sempre de acordo com o momento político de cada Estado, estabelecendo as diretrizes a serem seguidas quando da aplicação do direito penal no caso concreto. Desta forma, é fácil

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

compreender a importância dos sistemas processuais no processo penal, isso porque o Estado deve segui-los, assegurando a aplicação de suas regras e de seus preceitos básicos. O processo deve ser revestido de duas formas, a depender do país que a adota: acusatório ou inquisitivo.

2.1 O Sistema Acusatório

O Sistema Acusatório nasceu do Direito Grego, que se organizava pela participação popular direta na acusação e no julgamento. No que tange à acusação, vigorava a ação popular, ou seja, qualquer pessoa podia julgar, quando se tratavam de delitos graves, e a acusação privada quando se tratavam delitos menos graves.

Neste Sistema as atribuições das partes eram separadas, ou seja, cada parte da relação processual agia nos limites legais, sem adentrar a esfera do outro. O autor ao acusar, assumia todo o ônus de provar o que foi alegado e o réu, exercendo todos os direitos inerentes à sua personalidade, defenderia todos os recursos inerentes à sua defesa. Desta maneira, existia o *actum trium personarum*, que significa o ato de três personagens: Juiz, autor e réu. Esta separação é o primeiro resquício da garantia de um juiz imparcial.

VERGER GRAU [17]diz que:

> "O importante é não encomendar ambas as tarefas (acusar e julgar) a mesma pessoa: o juiz. A separação inicial de ambas as funções é pressuposto necessário mesmo que não suficiente para configurar o caráter acusatório do processo. No fundo a última razão do processo acusatório é a de preservar a imparcialidade do juiz, para que seja um autêntico julgador supra partes. "

Importante salientar que apesar desta marca extremamente significativa que é a separação de funções, o que efetivamente se instala como elemento definidor é a gestão da prova. Todo sistema necessita de um princípio fundante. O sistema acusatório consolida-se no fato de que a gestão da prova se encontra depositado nas mãos das partes. O magistrado apenas, e não mais que isso, tem a função de avaliar a sua legalidade no sentido de verificar se houve ou não a conduta delituosa e, de acordo com essa verificação, condenar ou absolver.

Para haver confomidade com o sistema acusatório, os primeiros atos investigativos (a produção da prova, a busca pela prova, etc) cabem aos demais agentes envolvidos no processo e não ao magistrado responsável pelo julgamento posterior da ação, sob pena de trazer consigo a contaminação dos seus meios.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Neste Sistema é possível identificar que os direitos fundamentais e humanos são garantidos de forma mais efetiva, isso se dá por que tal sistema além de garantir o contraditório, o tratamento igualitário entre as partes, o duplo grau de jurisdição, a publicidade do processo, o livre convencimento e a imparcialidade do Juiz, também garante, dentre outras características, que a iniciativa e o ônus probatório devem ser das partes (acusação e defesa), afastando assim, a figura do "Juiz Inquisidor", que é predominante no Sistema Inquisitório.

Entretanto, é exatamente a inércia do Juiz frente ao ônus das partes, e somente delas, de munir o processo com provas, que há uma crítica que se fez, e se faz até hoje ao modelo acusatório: a de que quando o Juiz adota uma postura imparcial, sem se envolver nas partes do processo, ele acaba tendo que se contentar e firmar seu convencimento a partir, muitas vezes, de um material incompleto, com defeitos ou sem nexo, que as partes oferecem. Esta situação transporta a elas uma maior responsabilidade e também impõe ao Estado a obrigação de criar e manter uma estrutura capaz de conceder equidade processual aos de baixa renda. Essa crítica foi o fundamento histórico que conduziu à atribuição de poderes instrutórios ao juiz.

Antes da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, conhecida como o Pacote Anticrime, que modificou significativamente o Código Processual Penal brasileiro, existia um certo receio em afirmar que o Brasil adotava um sistema acusatório de fato, mesmo com a previsão do artigo 129, inciso I, da CF/88, o qual delega a função de acusar não ao juiz, mas sim ao Ministério Público, e em casos excepcionais, ao particular, de forma a garantir a separação de funções e a imparcialidade do processo penal, ainda assim, não se podia garantir que a adoção de tal sistema no Brasil era pura, pois, na fase preliminar, de investigações, existe um inquérito policial regido pela sigilosidade e inquisitoriedade. Todavia, a partir desta lei foi adicionado o artigo 3º-A, no Código de Processo Penal, na qual o legislador dirimiu tal dúvida estabelecendo expressamente que "O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. "

A inovação em questão aguarda o escrutínio do Supremo Tribunal Federal. No entanto, pode ser vista como um grande passo no caminho da democratização definitiva do processo penal, contribuindo sobremaneira para que seja implementado um contraditório real. A auditoria prévia feita por juiz de garantias que não participa da fase instrutória reduziria significativamente o cariz inquisitorial do ordenamento processual brasileiro. Nesta dimensão, a não utilização do Inquérito policial acompanhando os autos do processo tornaria essa combinação bem próxima de uma condição ideal para as situações jurídicas processuais penais.

2.2 O Sistema Inquisitório

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Este Sistema substituiu, ao longo do século XII até o XIV, o Sistema Acusatório, segundo LOPES JR.[18] isso ocorreu porque foi constatado que as partes, no que tange a obrigação de produzir provas necessárias para o convencimento do Juiz, estavam agindo de forma defeituosa, assim prejudicando a eficácia do processo e da busca pela verdade real, desta forma, entendeu-se que a persecução criminal deveria ser retirada das mãos dos particulares e passada para as mãos do Estado, nestes atos representados pelo Juiz. Esse sistema mudou radicalmente a fisionomia do processo, pois nele confundem-se às atividades do Juiz e do Acusador, virando então o Acusado um objeto de investigação.

O Estado-juiz atuava de ofício e recolhia o material constituidor de seu convencimento, desta forma, ele concentrava em suas mãos as funções de acusar e julgar, comprometendo gravemente a sua imparcialidade. EYMERICH[19] afirmou, a esse respeito, que conferir direito de defesa ao acusado seria motivo de lentidão no processo e atraso na proclamação da sentença, o que por sinal, demonstra a que interesses serve a lógica da celeridade processual, já em gênese.

SALAH, comentando manifestação de Francisco De La Peña, afirma ser assustador o entendimento de Eymerich quando aduz ter absoluta razão quando fala da total inutilidade da defesa: o papel do advogado é fazer o réu confessar logo e se arrepender, além de pedir a pena para o crime cometido[20].

Diferentemente do Sistema Acusatório, o Inquisitivo não resguardava a separação de funções, sobre isso preceitua FLORIÁN[21] "se as três funções se concentram em poder de uma só pessoa e se atribuem a um mesmo órgão, que as acumula todas em suas mãos, o processo é inquisitivo.". O convencimento do juiz não é formulado diante de provas trazidas pelas partes, mas visa convencê-las do juízo de valor que ele já emitiu no início da ação.

Inexistia, portanto, a figura do *actus trium personarum*. Para COUTINHO, ao inquisidor cabe o mister e acusar e julgar, transformando o imputado em mero objeto de verificação, razão pela qual a noção de parte não tem o menor sentido[22].

As características desse Sistema são: a sigilosidade do processo, a inexistência do contraditório e da ampla defesa, a confissão como rainha das provas e a concentração das três funções nas mãos de uma só pessoa (Juiz), o que garante a parcialidade do magistrado.

Nas palavras de COUTINHO, trata-se sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece[23]. Com uma lógica irretocável, serviu de inspiração para muitos ditadores e, apesar da mudança de alguns signos, sempre se pautou em um discurso de intolerância conjugado à base do interesse público,

porém legitimador das maiores barbáries em relação aos direitos e garantias fundamentais.

Na história recente do Direito Brasileiro, referenciado pela obra *Brasil; Nunca Mais,* constatou-se que, apesar dos imperativos da ordem constitucional da época uma série de julgamentos nos tribunais superiores contrapuseram princípios como a imparcialidade e a presunção de inocência versus in dubio pro condenação e utilização de elementos de prova legalmente não identificados, por exemplo o conteúdo do inquérito policial. A convicção do magistrado era absolutamente despida de qualquer cariz democrático.

3 OS PRINCÍPIOS QUE REGEM A ATUAÇÃO DO JUIZ NO PROCESSO PENAL: PRINCÍPIOS DA IMPARCIALIDADE, PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO* E PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA:

O Processo Penal deve estar sempre pautado na Constituição Federal, pois esta é a lei maior de um Estado Democrático de Direito e é nela que se encontram os principais princípios e garantias fundamentais do direito material e processual de um país, não obstante, existem também princípios infraconstitucionais de suma importância nos casos práticos do processo penal, os quais não serão abordados neste trabalho por desinteressarem a discussão da matéria abordada. Dentre os princípios existentes no ordenamento infra e constitucional do Brasil, ressaltam-se quatro, os quais são de suma pertinência à abordagem do tema, são eles: O Princípio da Imparcialidade, o Princípio da Separação dos poderes ou funções do magistrado, o Princípio do *In Dubio Pro Reo* e Princípio da Presunção de Inocência

3.1 Princípios da Imparcialidade e da Separação de Função

Um dos princípios e garantias mais importante para que o Processo Penal seja justo e eficaz é o Princípio da Imparcialidade (ou alheabilidade) sendo este um pressuposto de validade do processo, ou seja, uma condição para que o processo seja valido, e também a primeira imposição para que o juiz possa desempenhar a sua função jurisdicional. Este princípio consiste no fato do magistrado não poder ter vínculos subjetivos, como por exemplo ser amigo íntimo de uma das partes, com o processo ou com autor e réu, de modo a lhe tirar o distaniamento que é necessário para conduzi-lo com desapego. Dada a sua importância, este princípio foi reconhecido tanto pela Constituição brasileira, em seu artigo 5°, inciso XXXVII (1988), como também pelo artigo X DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM (1948)[24], conforme descrito a seguir:

> "Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele".

Nessa mesma linha de raciocínio, ZAFFARONI[25] afirma que:

> "A jurisdição não existe se não for imparcial. Isto deve ser devidamente esclarecido: não se trata de que a jurisdição possa ou não ser imparcial e se não o for cumpra eficazmente sua função, mas que sem imparcialidade, não há jurisdição. A imparcialidade é a essência da jurisdicionalidade e não o seu acidente. "

Na esfera Penal, o Princípio da Imparcialidade do Juiz está intimamente ligado ao Sistema Acusatório, tendo como elo de ligação os demais princípios que serão abordados nos tópicos seguintes: o Princípio da Separação das Funções dos sujeitos do processuais, Princípio do *In Dubio Pro Reo* e Princípio da Presunção de Inocência.

É excepcionalmente importante para a eficácia processual que o Magistrado esteja amparado na imparcialidade, porque do contrário ele estará negando a própria prestação jurisdicional. De tal forma que, quando esta não puder ser garantida por ele, o próprio juiz deve assumir o impedimento e a suspeição, de maneira *ex officio,* afastando-se voluntariamente de conduzir e julgar aquele processo e encaminhando-o a seu substituto legal.

Levando em consideração que o magistrado poderia sofrer com algumas restrições em determinados casos, o legislador garantiu a ele, no artigo 95, Constituição de 1988, as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios para que ele possa atuar com isenção – o que inclui declarar-se suspeito ou impedido. De todo modo, caso não reconheça a situação de imparcialidade, o juiz interessado deve ser recusado, e os permissivos legais para tanto se encontram no art. 254 do CPP (hipóteses de suspeição) e no art. 252 (hipóteses de impedimento).

Vale salientar que a imparcialidade, apesar de ser um pressuposto processual, não pode obrigar o juiz a abdicar de seus valores para que exerça sua função, isso acontece porque a imparcialidade não é sinônimo de neutralidade. A imparcialidade significa que o magistrado tem algum tipo de interesse no objeto da causa, a independência dele perante os demais poderes, o seu relacionamento com as partes e o seu afastamento na produção de provas. Já a neutralidade significa a visão de mundo e sociedade que ele tem, são as experiências passadas, preconceitos, costumes e valores que ele adquiriu durante sua vida, então, seria impossível e inumano expectar que um juiz se desvencilhe de tudo isso para ser considerado apto a julgar determinado processo. Não esqueçamos que o Juiz é um ser humano, que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

goza de sentimentos, sensações, traumas e crenças, os quais o diferenciam de uma máquina.

Ratificando o que foi dito acima, POZZEBON[26] afirma que:

> "O juiz exigido na contemporaneidade, diante da realidade complexa e da velocidade que o Direito não acompanha, senão a partir de princípios, é um juiz imparcial, mas não um juiz neutro, pois, ao interpretar a lei, examinar a prova e decidir, faz uso de seus valores, suas vivências, enfim, da sua forma de ver o mundo."

Deste modo, percebemos que todas as manifestações jurídicas de um Magistrado, estarão carregadas, de forma mais ou menos explícita, de características intrínsecas a sua personalidade, pois, é impossível isolar o inconsciente frente a tomada de uma decisão. A neutralidade só poderia ser um requisito legal para a validação do julgamento do magistrado caso este já tivesse nascido juiz, antes mesmo de ter nascido humano.

Seguindo a mesma linha que o Princípio da Imparcialidade impõe ao magistrado, existe também o Princípio da Separação das Funções, que é o responsável pela existência de três sujeitos no processo penal: Juiz, acusador e réu. Este princípio tem como previsão legal o mesmo artigo que prevê as funções institucionais do Ministério Público (artigo 129, CF/88), mas isso não acontece por acaso.

Foi justamente a imposição constitucional do ônus probatório da acusação ao Ministério Público, no sistema acusatório, que marcou o Princípio da Separação de Função e fez uma ligação direta deste com o Princípio da Imparcialidade do Juiz, diante do caso concreto. Isso ocorreu, pelo fato de a separação da função de acusar e julgar gerar instantaneamente ao juiz o dever de limitar-se ao conteúdo probatório oferecido pelas partes do processo, retirando dele a incumbência inquisitiva de instruir o processo com provas.

A garantia real da imparcialidade está justamente no fato de existir uma demarcação clara e objetiva de cada uma das autoridades que se fazem presentes no processo, separando assim, a situação jurídica e, consequentemente, o papel que cada uma desempenha no processo. Essa condição é identificada por COUTINHO[27] quando este afirma que o magistrado precisa ter definido o seu lugar e que respeitando as formalidades constantes na Constituição da República, bem como na legislação infraconstitucional, não poderia extrapolar a sua função. Caso ocorresse uma ruptura na formalidade posta, ou seja, o Magistrado passasse a fazer a gestão da prova em alguma medida, por menor que fosse, estaríamos diante de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

uma manifesta inconstitucionalidade pela afronta direta do princípio da imparcialidade e da separação de funções.

Portanto, estes são princípios de suma importância para embasar a decisão proferida pelo Estado-juiz, pois garante um Processo Penal justo e eficaz, pautado nos direitos e nas garantias constitucionais inerentes ao Estado Democrático de Direito.

3.2: Princípio do *In Dubio Pro Reo* e Princípio da Presunção de Inocência

O Princípio do *In Dubio Pro Reo*, também conhecido como princípio do *favor rei*, é um dos principais e mais importantes princípios do Estado Democrático de Direito porque ele garante que sempre que houver algum tipo de dúvida acerca da culpabilidade do acusado, deve-se interpretá-la ao favor deste, isso porque deve prevalecer a liberdade e não a pretensão punitiva do Estado.

RANGEL este princípio "é a expressão máxima dentro de um Estado Constitucionalmente Democrático, pois o operador do direito, deparando-se com uma norma que traga interpretações antagônicas, deve optar pela que atenda ao *jus libertatis* do acusado[28]". Nesse aspecto, o princípio do *In Dubio Pro Reo* tem uma ligação direta com o Princípio da Presunção de Inocência, que será tratado no tópico seguinte, porque ambos invertem o ônus da prova, ou seja, cabe ao acusador o dever de produzir provas suficientes para o convencimento do Juiz, e, caso não obtenha êxito, a interpretação do Magistrado deve ser a mais favorável ao réu, que é presumido inocente.

Tal princípio é tão relevante para assegurar o Processo Penal justo, que não somente assegura a absolvição do acusado em caso de dúvida acerca de sua culpabilidade, mas também é capaz de absolvê-lo quando tiver ocorrido a prescrição processual e também a quando houver a ocorrência de vício de cunho processual que invalide o processo.

Há na legislação brasileira diversos artigos que demonstram a legalidade de tal princípio como, por exemplo, o artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal: "O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: (...) VII – não existir prova suficiente para a condenação. ", e o artigo 615, § 1º, do Código de Processo Penal:

> Art.615: "O tribunal decidirá por maioria de votos:
>
> § 1o Havendo empate de votos no julgamento de recursos, se o presidente do tribunal, câmara ou turma, não tiver tomado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> parte na votação, proferirá o voto de desempate; no caso contrário, prevalecerá a decisão mais favorável ao réu. "[29]

Caso o Estado-juiz não consiga obter provas capazes de comprovar a materialidade e a autoria do crime imputado ao réu, o magistrado deverá absolve-lo e não solicitar a produção de provas subsidiárias, pois esta não é sua função, sendo aquele resguardado pelo princípio do *in dubio pro reo.*

Por sua vez o princípio da Presunção e Inocência foi criado como uma forma de proteger os cidadãos dos arbítrios do Estado que queria a sua condenação a qualquer preço, pois presumia-o culpado, tendo como base o sistema acusatório, que respeita mais a dignidade e o direito a locomoção do cidadão. Foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu artigo 9º, que garantiu pela primeira vez esse direito:

> "Art. 9º. Todo homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário empregado para a efetuar; deve ser severamente reprimido pela lei".

A Constituição Federal, de 1988, prevê este princípio do artigo 5º, inciso LVII:

> Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.
>
> LVII- ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"; [30]

A presunção e inocência não nasceu junto ao Direito, mas sim junto a necessidade de garanti-lo.

4. A INSTRUÇÃO SUBSIDIÁRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL:

A instrução subsidiária do juiz no Processo Penal consiste nas situações em que o Magistrado, mesmo após a produção de provas pelo Ministério Público e o contraditório da outra parte, ainda tem dúvidas acerca do caso e, não satisfeito com as provas já colhidas, solicita que mais sejam produzidas para que firme seu convencimento, justificando tal conduta como necessária para a decretação de uma sentença justa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ao se deparar com uma situação dessa e conhecendo as atribuições de cada parte (autor, réu e juiz), de acordo com o Princípio da Separação de Função, no Processo Penal, surgem as seguintes perguntas: o que seria uma sentença justa e o que é necessário fazer para decretá-la de tal forma?

Segundo o dicionário Aurélio a definição de justiça é "a faculdade de julgar segundo o direito e melhor consciência"[31], esta definição encontra-se ao lado da também definição em única palavra "magistratura", [32]logo, é possível visualizar que até mesmo o dicionário associa a justiça à figura do juiz, atribuindo ao mesmo a competência para pô-la em prática. Isso não é só um significado aleatório, é o espelho da opinião da sociedade brasileira em geral, pois essa enxerga o juiz como a justiça encarnada. Ocorre que, para alcançar a justiça de fato, que é direito do povo, é necessário a análise minuciosa de cada caso concreto, levando sempre em consideração os princípios norteadores dela, como por exemplo, o Princípio da Imparcialidade, do Juiz Natural, do *In Dubio Pro Reo*, dentre outros.

Respondidas as duas perguntas anteriores, partimos a uma terceira: O que uma sentença justa tem a ver com a instrução subsidiária do juiz no processo penal?

No Brasil, existe um dispositivo no Código de Processo Penal que garante ao juiz o poder de instruir o processo de ofício caso julgue necessário, porém, tal artigo foi vítima de diversas discussões acerca de sua inconstitucionalidade por ferir alguns princípios presentes da Constituição Federal/88, porém, com o pacote anticrime tal artigo foi suspenso e aguarda o julgamento de sua inconstitucionalidade, ocorre que, mesmo com a suspensão de tal artigo, ainda existem no referido código processual, diversos outros que resguardam ao juiz o poder de agir como bem entende necessário dentro do processo, como por exemplo:

> "Art. 196. A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003) "
>
> "Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.
>
> § 1o Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.
>
> § 2o Não será computada como testemunha a pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa. "

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> "Art. 234. Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível. "
>
> "Art. 616. No julgamento das apelações poderá o tribunal, câmara ou turma proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências.

Toda essa previsão legal demonstra de maneira clara e efetiva que o problema não se concentra apenas em um artigo, mas sim em todo um ordenamento jurídico e na cultura que o magistrado brasileiro tem de achar que pode e que deve fazer o papel das partes no processo. Trata-se muito mais do que um problema com um artigo em especial, mas sim com todo um sistema e uma sociedade que criou e que ainda alimenta juízes que burlam princípios constitucionais em busca de uma sentença que eles julgam ser justos.

Justamente nesse ponto que encontramos a resposta para a tal pergunta: a instrução subsidiária, tanto quanto a de ofício, é inconstitucional por ferir os princípios da imparcialidade, da separação de função, do *in dubio pro reo* e da presunção de inocência que são requisitos essenciais para a decretação de uma sentença realmente justa e que respeita a lei maior do Estado Democrático de Direito, onde cada parte tem e utiliza-se dos seus direitos e atribuições para consegui-la.

A necessidade do juiz processual penal brasileiro de instruir o processo com provas além das que já foram produzidas pelas partes não é nada mais do que um grave resquício do autoritarismo da época em que o Código foi editado. O Código Processual Penal é datado de 1941 e foi inspirado no Código de 1930, vigente na ditadura fascista de Mussolini, porém, já houveram diversas alterações no modelo brasileiro, com o intuito de atualizar o mesmo aos anseios e necessidades da sociedade atual. Todavia, há de se destacar, que ainda não se faz suficiente apenas a mudança de alguns dispositivos legais ou até mesmo a previsão expressa do Sistema Acusatório no Pacote Anticrime, já que se tornou intrínseco ao juiz esse tipo de atitude, sendo ele apoiado pela comunidade jurídica e não jurídica do país.

5. CONCLUSÃO

Ao chegarmos ao final deste artigo é importante frisar que foi explorado vários aspectos referentes aos sistemas processuais penais, identificando o sistema processual penal previsto na legislação brasileira comparando com os demais sistemas. Objetivou-se também a trazer para os operadores do direito, uma reflexão crítica acerca da inconstitucionalidade da instrução subsidiária, demostrando aos leitores, que mesmo com as inovações jurídicas, o Código de Processo Penal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Brasileiro e a postura dos magistrados, ainda possuem resquícios de uma postura inquisitória.

Para melhor entendimento, o poder punitivo estatal e as fases de instauração de um processo judicial criminal, são explicados, nessa perspectiva, é exposto que há uma pretensão de dois sujeitos, e entre eles, haverá um terceiro imparcial (o juiz), com o propósito de solucionar tais conflitos.

Uma hipótese para a validade do processo, é a neutralidade do juiz, pois a imparcialidade garante o julgamento justo, dando às partes um tratamento adequado, como parte no processo. A lei impõe que a autoridade judiciária seja distanciada dos interesses particulares em um conflito pois ao Estado é designado um papel pacificador, que aplicando o direito positivo, irá solucionar o conflito. Entretanto, devido a essa postura do Magistrado, é notório a violação e desrespeito de importantes princípios constitucionais, portanto é completamente questionável a figura de um magistrado que além de substituir de funções ministeriais ao instruir o processo de ofício, provas estas que vão além das que já foram produzidas por as partes, comprometa totalmente seu psicológico e sua parcialidade para julgar a demanda posteriormente.

É de suma importância o estudo e o debate do tema proposto pela comunidade jurídica do país, como por exemplo: advogados, bacharéis e estudantes de Direito, membros do Ministério Público, para as próprias partes de um processo, para que estes tenham completa ciência que tal situação, além de ferir os preceitos estabelecidos pela lei maior do país que visam garantir um processo justo para as partes, ainda atrapalham significativamente a sua atuação no caso prático. Entretanto, muito mais do que os profissionais citados acima, a inconstitucionalidade e o tamanho dos prejuízos ao pleno funcionamento do sistema acusatório no país devem ser enxergados principalmente pelo protagonista desta situação, o Juiz, já que estando este ciente de suas limitações e dos prejuízos que o ultrapassamento destas ocasionam no Estado Democrático de Direito, não existiria tamanha afronta ao sistema acusatório e nem à justiça dos caminhos tomados pelo Processo Penal no Brasil.

É de grande valia ressaltar que cabe aos admiradores do mundo jurídico, munidos das informações corretas, reivindicar e policiar tal atuação provinda dos magistrados, e, cabe a estes a tomada de consciência de seus limites de atuação e do desvencilho a velha cultura inquisitorial que ainda assola nosso país, pois, somente assim, estaríamos caminhando para um julgamento garantidor dos direitos das partes.

REFERÊNCIAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BRASIL, LEI Nº 11.690, DE 9 DE JUNHO DE 2008. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm/_Acesso em 19 de Abril de 2020

BRASIL, LEI Nº 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019.Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 19 de Abril de 2020

BRASIL,CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.Brasília, Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 19 de Abril de 2020

BRASIL,DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941.Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 19 de Abril de 2020;

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. In: Vade Mecum Saraiva 2016. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 8.

BRASIL.[Código de Processo Penal (1941)]. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Diário Oficial da União, 1941.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo Juiz no Processo Penal.* in.: *Crítica à Teoria Geral do Processo Penal.* Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Coordenador). - Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 18, 23, 24 e 44

DECLARAÇÃO, O. N. U. Declaração Universal dos Direitos do Homem. 1948. Disponível em:http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf. Acesso em 15 de out. 2019.

EYMERICH, Nicolau. *Manual dos Inquisidores.* Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993, p.138-139.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, 1910-1989. Miniaurélio Século XXI Escolar: O minidicionário da língua portuguesa/Aurélio Buarque de Holanda Ferreira; coordenação de edição, Margarida dos Anjos, Marina Baird Ferreira; lexicografia, Margarida dos Anjos... [et al.]. 4. Ed. Rev. Ampliada. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001. P. 410.

FLORIAN, Eugenio. *De las pruebas penales*. Temis, 1998. p.06

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

JÚNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 8 ed. V. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 179.

KALHED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. 2.ª ed. Belo Horizonte: Letramento Caso do Direito, 2016. p. 303.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011.

LOPES Jr., Aury. Direito processual penal. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 257

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 13. ed. Rio de Janeiro: Forene,2014. P 105;

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 13. ed. Rio de Janeiro: Forene,2014. P 749;

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila. A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro. 2007. p. 179

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório:A conformidade constitucional das Leis Processuais Penais.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 4.ª ed., 2006. p. 6.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*–22. ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 46

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal–22. ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 35

VERGER GRAU, Joan. *La defensa del imputado y el principio acusatorio*. José María Bosch, 1994. P. 23

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Apud* BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro.* Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 25

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos. Revista dos Tribunais, 1995. p.86 e 91

NOTAS:

[1] Acadêmica do Curso de Direito do Centro universitário Santo Agostinho – UNIFSA. *E-mail*: julyanaandressa123@gmail.com

[2] Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Mestre em Direito

pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. *E-mail*: marcus_n_lima@hotmail.com.

[3] Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Teresina-PI.

[4] BRASIL,CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.Brasília, Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 19 de Abril de 2020

[5] BRASIL, LEI Nº 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019.Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 19 de Abril de 2020

[6] NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 13. ed. Rio de Janeiro: Forene,2014. P 105;

[7] BRASIL,DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941.Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 19 de Abril de 2020;

[8] NUCCI, Guilerme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 13. ed. Rio de Janeiro: Forene,2014. P 749;

[9] JÚNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 8 ed. V. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 179.

[10] LOPES Jr., Aury. Direito processual penal. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 257

[11] KALHED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. 2.ª ed. Belo Horizonte: Letramento Caso do Direito, 2016. p. 303.

[12] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo Juiz no Processo Penal.* in.: *Crítica à Teoria Geral do Processo Penal.* Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Coordenador). - Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 24.

[13] PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório:A conformidade constitucional das Leis Processuais Penais.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 4.ª ed., 2006. p. 6.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[14] ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Apud* BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro.* Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 25.

[15] Idem.

[16] RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*–22. ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 46

[17] VERGER GRAU, Joan. *La defensa del imputado y el principio acusatorio*. José María Bosch, 1994. P. 23

[18] LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011.

[19] EYMERICH, Nicolau. *Manual dos Inquisidores.* Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993, p.138-139.

[20] Idem.

[21] FLORIAN, Eugenio. *De las pruebas penales*. Temis, 1998. p.06

[22] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo Juiz no Processo Penal.* in.: *Crítica à Teoria Geral do Processo Penal.* Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Coordenador). - Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.23.

[23] Idem. p. 18.

[24]DECLARAÇÃO, O. N. U. Declaração Universal dos Direitos do Homem. 1948. Disponível em:http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf**.** Acesso em 15 de out. 2019**.**

[25] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos. Revista dos Tribunais, 1995. p.86 e 91

[26] POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila. A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro. 2007. p. 179

[27] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo Juiz no Processo Penal.* in.: *Crítica à Teoria Geral do Processo Penal.* Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Coordenador). - Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 44.

[28] RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal–22. ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 35

[29] BRASIL.[Código de Processo Penal (1941)]. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Diário Oficial da União, 1941.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[30] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. In: Vade Mecum Saraiva 2016. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 8.

[31] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, 1910-1989. Miniaurélio Século XXI Escolar: O minidicionário da língua portuguesa/Aurélio Buarque de Holanda Ferreira; coordenação de edição, Margarida dos Anjos, Marina Baird Ferreira; lexicografia, Margarida dos Anjos... [et al.]. 4. Ed. Rev. Ampliada. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001. P. 410.

[32] Idem.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A ATENÇÃO ÀS PRÁTICAS CONTRA A LIBERDADE SINDICAL NO BRASIL

JULIANA MARY YAMANAKA NAKANO: Advogada, especialista em direito material e processual do trabalho, pós graduanda no curso de especialização de direito do trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP) e graduada pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

ESUMO: a liberdade sindical possui diversas facetas e levou um longo processo histórico até a consolidação dos conceitos e das garantias que hoje existem. No Brasil, além de não haver plenitude do princípio, deve-se atentar às diversas práticas antissindicais.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Liberdade sindical – 3. Evolução da liberdade sindical – 4. Práticas contra a liberdade sindical – 5. Conclusão – 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

No direito brasileiro, todo o trabalhador possuir direito à associação e à sindicalização, sem intervenção do Estado. Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegurou a liberdade de associação logo em seu artigo 5º e, de forma mais específica, a liberdade sindical no 8º, ao prever que "É livre a associação profissional ou sindical (...)".

O conceito de liberdade sindical foi sendo alterado e discutido ao longo dos anos e acompanha a própria evolução dos movimentos dos trabalhadores reunidos. O Brasil também seguiu sua história até o momento em que a situação de fato é abarcada pelo direito, após esse longo processo evolutivo, como se pretende demonstrar.

A referida liberdade, no entanto, apesar de ser assegurada tanto em âmbito constitucional brasileiro e no internacional, conforme convenções e outros instrumentos internacionais, trata-se ainda de situação paradoxal no país, pois a sua garantia não é plena. Aliada a essa realidade, práticas contrárias à liberdade sindical são constantemente realizadas, o que se abordará nos próximos tópicos.

2. Liberdade sindical

Preliminarmente, para fins de delimitação do tema, de acordo com a doutrina[1], a *liberdade sindical* poderia ser analisada com base em alguns enfoques.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O primeiro deles seria a própria liberdade de associação no âmbito trabalhista, necessária e essencial à existência de sindicatos, a qual deve ser assegurada tanto por meio de uma não ingerência estatal na organização dos particulares (ligado, nesse aspecto à uma garantia de primeira dimensão), além de atuação ativa do Estado no sentido de permitir essa reunião de indivíduos com os mesmos interesses profissionais e econômicos.

Ainda em relação à associação de pessoas e relacionada a uma perspectiva individual da liberdade sindical, consta também a liberdade de filiação e desfiliação que os trabalhadores devem possuir.

No âmbito do próprio ente coletivo, menciona-se a liberdade de organização, consistente na possibilidade de ordenar a atuação de trabalhadores que passa de desorganizada para organizada decorrente da necessidade de união para reivindicação de seus interesses.

Outra faceta conexa com a regulamentação sindical seria a liberdade de administração, relacionada à democracia interna dos grupos e a definição de seus estatutos e a liberdade de exercício das funções, estas que devem ser garantidas com o afastamento de ingerências externas na sua organização (seja do próprio Estado, seja de outros particulares – empregadores ou outros entes sindicais).

Quanto à liberdade de exercício das funções, verifica-se que uma plena liberdade sindical seria verificada caso exista liberdade na escola das funções representativas, negociais e de colaboração com o Estado dos sindicados, os quais devem poder decidir por si próprios (de acordo com a autonomia coletiva), quais funções atingir e a maneira como isso deve ser realizado.

Nesse ponto, Amauri Mascaro[2] já menciona uma polêmica no que tange a participação do sindicado em atividades políticas. Isto porque, eventualmente, um sindicado poderia assumir posição de oposição ao Estado, o que gera discussões acerca da possibilidade desse tipo de atuação, o que, na prática, não é admitido.

Como conclusão, a liberdade sindical poderia ser estudada sob as perspectivas da liberdade de associação, da liberdade de organização; da liberdade de administração; da liberdade de exercício das funções; e da liberdade de filiação e de desfiliação dos trabalhadores[3].

3. Evolução da liberdade sindical

A evolução do que se coloca hoje como liberdade sindical inicia-se com a própria organização dos trabalhadores. As revoluções industriais possibilitaram uma rápida ascensão da produção capitalista e, consequentemente, do aumento do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

número de trabalhadores, de aglomerações nos centros urbanos e da possibilidade de reunião desses indivíduos.

Nesse cenário, verificou-se um processo de massificação da vida em sociedade e da crescente desumanização dos indivíduos, visto que, como sujeito de direitos com possibilidade de efetuar trocas entre iguais, acabou-se normalizando a troca da força de trabalho e de partes da vida por valores monetários que não correspondem à produção realizada, nos moldes do modo de produção capitalista.

A desigualdade entre as forças de poder, então, encontrou lugar para crescer e, na ótica do liberalismo político da época, os trabalhadores começam a laborar sob condições precárias e surgem os primeiros desempregados.

Durante o século XIX, então, as primeiras reivindicações sociais são percebidas, como por exemplo o movimento dos ludistas, dos castistas, as revoluções de 1848 e 1871 na França, a edição do manifesto comunista em 1848, etc. Em meio a críticas às condições de trabalho existentes até então, iniciam-se os livres acordos entre grupos profissionais – direito social que nascia de forma espontânea (extra estatal).

O histórico do associativismo de trabalhadores passa então por um longo período, desde fase da sua proibição até enfim ser abarcado de forma lícita pelos ordenamentos jurídicos.

A primeira fase pode ser considerada a da ilicitude dos movimentos operários em reunião. Ilustra tal momento a edição de alguns documentos como a Lei Le chapelier na França e o Combination Act de 1800 na Inglaterra.

Para uma segunda fase, parte-se à uma situação de não punição da associação de trabalhadores, sem qualquer regulamentação legal ou garantias. E é apenas na terceira fase que ao associativismo é garantido o status de direito, assim como a greve, os quais passam a ser considerados atos legais de expressão dos trabalhadores.

Apesar dos momentos de proibição ou de indiferença, pode-se dizer que nunca deixaram de existir, de fato, órgãos coletivos, associações e reuniões que atuavam como intermediários entre indivíduo e Estado. Dessa forma, a terceira fase nada mais é do que apropriação de uma realidade de fato pelo direito, a fim de possibilitar melhor controle pelo Estado.

Com o aumento da importância do que passou a se denominar "fato sindical", tem-se a consequente diminuição da vontade imperiosa do Estado. A soberania estatal cede lugar à outras fontes de poder, como a soberania econômica

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

das entidades profissionais. Nesse sentido, inclusive, os indivíduos tendem a passar da esfera exclusiva do direito privado para a do direito público, visto que os agrupamentos de trabalhadores passam a adquirir aspectos da soberania[4].

Novas relações vão ganhando importância na realidade social, o que, inevitavelmente, tende a gerar um choque com o Estado, que antes era o único ente com poderes. Nesse sentido, Evaristo de Moraes Filhos expõe:

> *Daí o perigo de conservar o Estado numa posição de soberania absoluta e ilimitada perante as demais associações. Tem ele que atuar, constantemente, servindo-se da vontade de seus agentes, vontade que se origina de um conjunto de experiências que não coincidem, necessariamente, com os interesses da comunidade. Deve o Estado deixar autonomamente a cargo das diversas associações os seus problemas específicos, isto é, o exercício das suas funções próprias. Sua tarefa precípua é de harmonizar o caráter funcional das diferentes organizações concretas da sociedade, mas não roubar-lhes o objeto próprio e inconfundível. (...)* ***[5]***

A partir da segunda metade do século XIX, então, a doutrina trabalhista também passa a reconhecer o fenômeno associativo, paralelamente ao Estado, formando um pluralismo de ordenamentos. E nesse sentido, como mencionado, que se instalam as contradições, visto que muitas vezes tais vontades paralelas não convergiam com as do Estado.

Assim, "*Só havia um modo de conter o movimento sindical, sem mudança de regime político e econômico: era reconhecer a liberdade de ação que esses novos grupos pleiteavam e chama-los, dentro das suas funções específicas, a colaborar com o próprio poder público*"***[6]***.

Com o reconhecimento dos sindicatos, enfim, o Estado circunscreve uma realidade que nasce como um fato ao direito, delimitando a autonomia e criando limites para atuação dos trabalhadores em reunião.

Percebe-se que tais limites divergem a depender do regime adotado por cada Estado, o período histórico analisado e a conjuntura política de cada momento. Nota-se que nos modelos ditatoriais da primeira metade do século XX, por exemplo, a autonomia foi bastante restringida.

Foi esse contexto de limitação excessiva das garantias dos trabalhadores em reunião que levou ao aumento das discussões acerca da necessidade de garantia de liberdade sindical (a exemplo da conferência de Genebra em 1947 e da própria edição da Convenção n. 87 da OIT em 1948).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No que tange a Organização Internacional do Trabalho, especificamente, cumpre ressaltar que a liberdade de associação e a negociação coletiva estão entre os princípios centrais da OIT, conforme previsto na Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (item 2. a).

A convenção n. 87 da OIT, aprovada na 31ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho em 1948, versa sobre a liberdade sindical e a proteção do direito de sindicalização, delineando os contornos do que se defende quanto à autodeterminação dos grupos de empregados e de empregadores de se organizar e determinar as bases de sua atuação, sem qualquer ingerência estatal. O próprio Comitê de Peritos da OIT já previu em diversas e reiteradas oportunidades que o direito de greve, inclusive, seria desdobramento da Convenção 87.

Esta convenção, no entanto, não foi ratificada pelo Brasil. Apesar disso, pode-se dizer que a referida convenção é fonte material do direito do trabalho, devendo ser utilizada como vetor interpretativo no ordenamento jurídico brasileiro.

Em razão da importância da questão, a própria OIT chegou à conclusão de que seria necessário maior suporte para assegurar o cumprimento das recomendações do órgão pelos países membros e signatários das convenções. Em 1951, a OIT criou o Comitê de liberdade de associação (Commitee on Freedom of Association (CFA)) que tem como função a análise de reclamações contra países que podem estar deixando de cumprir com as normativas internacionais expedidas.

Em quase 70 anos de trabalhos, o Comitê examinou mais de 3300 casos, com repercussões reais em mais de 60 países[7]. O Comitê possui regras específicas a fim de se realizar as reclamações. Nota-se que o procedimento não se volta à crítica dos países, mas sim à promoção de ações ativa no sentido de promover um diálogo internacional com fins de promover o respeito às normas.

Em relação ao Brasil, no contexto da liberdade sindical, nota-se que o país também acompanhou as fases de restrição e de apropriação jurídica da reunião organizada de trabalhadores.

A constituição de 1934 foi a única que previu a pluralidade sindical (jamais regulamentada), no entanto, foi suspensa após o início de sua vigência com o estado de sítio de 1935 e, logo em seguida, foi definitivamente substituída pela Constituição de 1937, no regime do Estado novo.

Conforme ensina Alice Monteiro de Barros[8], sobre a constituição de 37:

> *(...) no art. 138, considera a associação profissional ou sindical livre, mas introduz a unicidade sindical, que consiste no reconhecimento,*

pelo Estado, de apenas urna entidade sindical de determinada categoria econômica ou profissional dentro de urna mesma base territorial. Essa Constituição impôs a contribuição sindical. A seguir, considerou a greve e o lock-out recursos antissociais, nocivos ao capital e ao trabalho e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional."

Foi então, estabelecida a unicidade sindical, a qual perdura até hoje no sistema brasileiro. Nesse tópico, cumpre realizar a distinção entre unicidade e unidade sindical.

Enquanto a unicidade significa a imposição pelo Estado da existência de um único sindicato representativo dos trabalhadores na base territorial, a unidade, por seu turno, é decorrência de livre movimento dos trabalhadores, os quais decidem por escolha própria (e não por imposições externas) se reunirem em um único sindicato. Nota-se que a unidade sindical ocorre em um ambiente livre, compatível com a liberdade sindical, bem como com a convenção 87 da OIT, enquanto a unicidade, por se tratar de limitação imposta, contraria o princípio.

Após períodos de maior liberdade no âmbito associativo dos trabalhadores e, posteriormente, de maior restrição (sobretudo durante o período militar), em 1987 foi elaborada Assembleia Nacional Constituinte instalada no Congresso nacional com o intuito de elaborar uma nova constituição para o Brasil, após os 21 anos de regime ditatorial militar.

Foi promulgada, então, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual é caracterizada por instituir o regime democrático e se pautar na centralidade dos direitos humanos, em oposição ao regime repressivo e conservador anterior. Trata-se da denominada, inclusive, "constituição cidadã", por enfatizar os direitos fundamentais[9], a qual, inclusive abarcou diversos debates em torno do princípio da liberdade sindical, inclusive os já consagrados internacionalmente com as Convenções n. 87, 98 e 154 da OIT.

No entanto, percebe-se que apesar do espírito da redemocratização que culminou na magna carta, esta foi promulgada contendo alguns resquícios do antigo sistema corporativista instalado na década de 30. A unicidade sindical e o poder normativo da justiça do trabalho em dissídios de natureza econômica são alguns desses tópicos.

Em âmbito infraconstitucional também se tinha o chamado imposto sindical, o qual era descontado anualmente dos trabalhadores para custear os seus sindicatos representativos. Após a edição da Lei 13467/2017, no entanto, tal contribuição passou a não ser mais obrigatória, retirando a sua natureza compulsória, a qual era

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

também vista como uma barreira à plena liberdade sindical, mudança que foi, inclusive, considerada constitucional pelo STF[10].

Percebe-se que o Brasil, então, apesar de toda a evolução no tocante à temática da liberdade sindical, ainda não possui um sistema de plena liberdade.

4. Práticas contra a liberdade sindical

As práticas contra a liberdade sindical não são novidade. Desde o início do sindicalismo já pode notar práticas antissindicais, seja por parte de empregadores ou de sindicatos patronais, seja por parte do próprio Estado.

Sem o intuito de esgotar as referidas práticas, mas sim como forma de explorar algumas formas, passa-se a elencar algumas práticas nocivas tratadas pela doutrina.

Dentre as classificações dos atos antissindicais, várias são realizadas com base no critério dos sujeitos relacionados aos atos[11]. Existiriam, portanto, aqueles praticados por empresas e sindicatos patronais contra trabalhadores e entidades obreiras; atos praticados pelos sindicatos obreiros contra os trabalhadores; e atos praticados pelo Estado contra entidades sindicais.

Sob a perspectiva de uma vertente coletiva da titularidade a proteção contra prática antissindical, esta abarca não apenas entes sindicais do sistema formal confederativo (sindicatos, federações e confederações), mas também os núcleos de representação dos trabalhadores nos locais de trabalho e centrais sindicais[12].

Focando-se na primeira das classificações e considerando o modelo de negociação coletiva adotado no Brasil, percebe-se que a necessidade da participação dos sindicatos nas negociações coletivas (art. 8º VI CF) é um poder dever, visto que os sindicatos não podem se esquivar dessa obrigação nem deixar de colaborar com sua representação, sob pena de incidir em conduta antissindical.

Considerando o conteúdo institucional da liberdade sindical, a própria constituição assegura a trabalhadores individualmente considerados a possibilidade de instituírem núcleos representativos de seus interesses nos locais de trabalho (de cunho sindical ou não) e, além disso, atos patronais que tendam a desmobilizar tais estruturas são coibidas, sendo consideradas condutas antissindicais. Assim, no âmbito da violação de garantias dos trabalhadores, pode-se mencionar, por exemplo, as atitudes de empregadores contra garantias de indivíduos sindicalizados ou que detenham algum poder de representação dos trabalhadores.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Além da perspectiva de práticas que incidem diretamente sobre aqueles particularizados por uma condição específica, pode-se mencionar, em primeiro lugar, as cláusulas de sindicalização forçada, também chamadas de cláusulas de segurança sindical, as quais possuem o intuito de incentivar a sindicalização de forma não compatível com a dimensão individual (liberdade de filiação de desfiliação) da liberdade sindical.

Na "Closed Shop" (empresa fechada), o empregador se compromete com o sindicato dos trabalhadores a somente contratar empregados que estejam vinculados a ele. Na prática, uma grande empresa pode ter interesse de que seus empregados se filiem a determinado sindicato, por se tratar de um sindicato fraco, sem tanto poder político para garantir direitos a trabalhadores no geral.

Na "Union shop" (empresa sindicalizada), por sua vez, não há o empecilho de contratação do trabalhador não sindicalizado, no entanto, a empresa se compromete a manter em seu quadro de funcionários apenas empregados que se filiarem ao sindicado após período razoável da contratação.

Já na "Preferencial shop" (empresa preferencial) ocorre a preferência à contratação de trabalhadores filiados a determinado sindicato. Em relação a essa prática, especificamente, nota-se que o artigo 544, I da CLT[13] prevê expressamente uma preferência ao sindicalizado na admissão em empresas exploradoras de serviços públicos ou que mantenham contrato com poderes públicos.

O TST[14], no entanto, possui posicionamento acertado no sentido de que viola a Constituição Federal qualquer preferência instituída na contratação de mão de obra, podendo-se dizer que o referido dispositivo da CLT não foi recepcionado.

Outra prática existente é a "Maintenance of membership" (manutenção de filiação), segundo a qual o empregado deve se manter filiado a determinada entidade sindical durante determinado período sob pena de perda do emprego.

Ainda, existem as práticas antissindicais, as quais desestimulam a sindicalização e/ou interferem na atuação dos sindicatos. Nos "Yelow dogs contracts" (contratos de cães amarelos), por exemplo, o empregado se compromete a não se filiar a sindicato para fins de admissão e permanência no emprego. A extrema difusão desse tipo de contrato ocorreu inicialmente nas primeiras décadas do século XX, o que dá o nome à prática. Hoje é expressamente vedada pela convenção n. 98 da OIT. Sobre a nomenclatura, de acordo com a doutrina:

> *A palavra 'yellow' (amarelo) tem sentido depreciativo na língua inglesa, sendo quase sempre aplicada para qualificar atos de covardia ou medo extremo. (...) Nesses termos, 'yellow dog' designava não apenas o*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

*trabalhador covarde, mas também aquele visto como submetido por conta das necessidades da vida***[15]**.

Nas "Company unions" (sindicatos de empresas ou também chamados no Brasil de *sindicatos amarelos ou sindicatos fantasmas*), por sua vez, o empregador estimula e controla, mesmo que indiretamente, o sindicato dos seus empregados, no que se refere à organização interna e atuação externa. Na "Agency shop", exige-se a contribuição sindical, mas não sua filiação.

Por fim, com a edição da Lei 13.467/2017, deve-se mencionar que algumas práticas que não eram comuns podem começar a se manifestar de forma mais acentuada, como por exemplo a *maintenance of membershio* ou a *yellow dog contract*.

A primeira, por exemplo, que trata da manutenção de filiação durante determinado período não era aplicável ao Brasil antes da reforma trabalhista. Isto porque, como não havia pluralidade sindical e ocorria exatamente a unicidade com a imposição do imposto sindical, não se discutia sobre o pagamento ou não de contribuições para o sindicato, o qual era sempre compulsório. No entanto, com a facultatividade do recolhimento, a cláusula pode se tornar viável, no sentido de uma empresa apenas admitir funcionários que paguem a contribuição para o seu sindicato, por exemplo.

Em relação ainda ao fim da obrigatoriedade da contribuição sindical (agency shop) que tínhamos até a reforma trabalhista, como existia o imposto sindical, também todos os acordos e convenções coletivas deveriam ser aplicados a todos os membros da categoria, já que estes também recolhiam os valores do imposto sindical anualmente.

Hoje, no entanto, com a facultatividade dessa contribuição, passa-se a existir um desequilíbrio, pois, no sistema passado, o sindicato trabalhava para a categoria mas recebia em contrapartida a referida contribuição. Atualmente, no entanto, retira-se a fonte de custeio dos trabalhos dos sindicatos, sem qualquer contrapartida para que estes possam continuar suas atividades. Novas questões, então, vem surgindo a partir dessa nova realidade, como a possibilidade de abrangência de normas coletivas apenas para os que contribuem, por exemplo.

Assim, percebe-se que são diversas as possibilidades de práticas que atentam contra a liberdade sindical e, atualmente, após a edição da reforma trabalhista, principalmente, o operador do direito também deverá se atentar às novas possibilidades que dela passam a poder decorrer.

5. Conclusão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Apesar da existência de disciplina legal quanto a liberdade sindical e de toda a proteção que se realiza a fim de assegurar o cumprimento desse princípio, como já visto, não se pode dizer que no Brasil há plena liberdade sindical. Além de não ter ratificado a convenção n. 87 da OIT, como supramencionado, o Brasil ainda convive com a unicidade sindical, além de existirem diversas práticas que atentam à liberdade.

De toda forma, pode-se dizer que o poder diretivo do empregador é ainda fortemente limitado por este princípio. Como vetor estrutural do direito coletivo do trabalho, deve ser garantido e protegido a fim de se possibilitar a existência de plena liberdade aos trabalhadores na reivindicação de seus direitos.

6. Referências bibliográficas

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*, volume único, 10. ed., Editora LTr: 2016

EBERT. Paulo Roberto Lemgruber. *O conteúdo deontológico da liberdade sindical e a proteção contra os atos antissindicais e antirepresentativos.* Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: 2015.

FILHO. Evaristo de Moraes. *O problema do sindicato único no Brasil*. 4ª edição. São Paulo: Alfa Omega, 1978.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 4ª edição. São Paulo:LTR , 2005

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINEZ, Luciano. *Condutas Antissindicais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

NOTAS:

[1] NASCIMENTO, Amauri Mascaro.*Compêndio de direito sindical*.4ª edição. São Paulo: LTR , 2005.

[2] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 4ª edição. São Paulo:LTR , 2005.

[3] NASCIMENTO, Amauri Mascaro.*Compêndio de direito sindical*.4ª edição. São Paulo: LTR , 2005.

[4] FILHO. Evaristo de Moraes. *O problema do sindicato único no Brasil*. 4ª edição. São Paulo: Alfa Omega, 1978.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[5] FILHO. Evaristo de Moraes. *O problema do sindicato único no Brasil*. 4ª edição. São Paulo: Alfa Omega, 1978. pp.127.

[6] FILHO. Evaristo de Moraes. *O problema do sindicato único no Brasil*. 4ª edição. São Paulo: Alfa Omega, 1978. pp. 136.

[7] Informações retiradas do site da própria Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: https://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/committee-on-freedom-of-association/lang--en/index.htm

[8] BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*, volume único, 10. ed., Editora LTr: 2016, pp. 56.

[9] TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2018. pp. 105 .

[10] Conforme decidido pelo STF em junho de 2018 (ADI 5794)

[11] Classificação utilizada em: EBERT. Paulo Roberto Lemgruber. *O conteúdo deontológico da liberdade sindical e a proteção contra os atos antissindicais e antirepresentativos.* Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: 2015.

[12] EBERT. Paulo Roberto Lemgruber. *O conteúdo deontológico da liberdade sindical e a proteção contra os atos antissindicais e antirepresentativos.* Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: 2015. pp. 287

[13] Art. 544 - É livre a associação profissional ou sindical, mas ao empregado sindicalizado é assegurada, em igualdade de condições, preferência:

I - para a admissão nos trabalhos de emprêsa que explore serviços públicos ou mantenha contrato com os podêres públicos; (...)

[14] 20. EMPREGADOS SINDICALIZADOS. ADMISSÃO PREFERENCIAL. CONDIÇÃO VIOLADORA DO ART. 8º, V, DA CF/88.

Viola o art. 8º, V, da CF/1988 cláusula de instrumento normativo que estabelece a preferência, na contratação de mão de obra, do trabalhador sindicalizado sobre os demais.

[15] MARTINEZ, Luciano. *Condutas Antissindicais*. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 282.

www.conteudojuridico.com.br

A FAMÍLIA SOB A ÓTICA CIVIL-CONSTITUCIONAL: A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E AS DISCUSSÕES SOBRE A SUA REVOGABILIDADE

KARINA POTSCH JUNQUEIRA XAVIER: Graduada em direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) e Pós-graduanda em Direitos Humanos pelo Círculo de Estudos pela Internet (CEI); Advogada.

Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: **ANA LUIZA MAIA NEVARES**

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo trazer aos leitores um panorama geral sobre a crescente importância que a filiação socioafetiva representa nas relações familiares e as consequências trazidas por ela no âmbito jurídico. São analisadas as principais modalidades desse tipo de relação paterno-filial e toda a controvérsia que pode vir a surgir. Ademais, são apresentados os pressupostos que configuram esse estado de filiação, a chamada posse de estado de filho, e os entendimentos que a doutrina e a jurisprudência compreendem sobre o instituto. Por fim, são explorados a importância do valor jurídico do afeto e o direito da personalidade do filho afetivo envolvido nessa relação. Apresenta-se, finalmente, a discussão sobre a possibilidade de revogação dessa filiação socioafetiva e os entendimentos dos tribunais e da doutrina.

Palavras-chave: Afeto. Discussões. Família. Filiação. Igualdade. Revogabilidade. Socioafetiva.

Sumário: Introdução. Capítulo 1 – A Família no Ordenamento Jurídico e os Modelos de Filiação. 1.1. Conceito e histórico. 1.2. Atual concepção. 1.3. Filiação biológica. 1.4. Filiação jurídica. 1.5. Filiação afetiva. 1.5.1 Breves considerações. 1.5.2 Filiação afetiva na adoção e na "adoção à brasileira". 1.5.3 Filiação socioafetiva do filho de criação. 1.6. "Barriga de aluguel". 1.7. Outras técnicas de reprodução assistida – a doação de gameta masculino. Capítulo 2 - O Estado de Filho Afetivo. 2.1. Elementos que caracterizam. 2.2. Filiação socioafetiva X direito à ascendência

genética. 2.3. Investigação de paternidade ou maternidade. 2.4. Direito a alimentos. 2.5. Direitos sucessórios . Capítulo 3 – Das discussões sobre a revogabilidade da filiação socioafetiva. 3.1. Noções gerais. 3.2. O valor jurídico do afeto e o direito da personalidade. 3.3. Da análise das discussões. Conclusão. Bibliografia.

Introdução

Nos últimos anos, vem se percebendo uma crescente evolução no direito de família, uma vez que a dinâmica da sociedade acaba trazendo consequências a esse instituto, que não pode se deixar estático diante das diversas mudanças que ocorrem. Nesse contexto, vislumbramos os modelos de filiação que existem nos núcleos familiares e que são amplamente assegurados pelo direito. No entanto, como novidade no âmbito jurídico, encontramos a filiação socioafetiva que é a relação entre pais e filhos em que não predomina a existência do elo biológico e sanguíneo entre eles, mas sim um relacionamento com fundamento no amor, carinho, afeto e, principalmente, com base no coração.

Busca-se, através dela, conferir uma filiação juridicamente reconhecida, ou seja, que os familiares sejam amparados pelo ordenamento, possibilitando a eles as mesmas consequências de uma filiação genética ou jurídica, como o direito a alimentos e os direitos sucessórios. Necessário, portanto, a plena configuração do estado de filiação, através da posse de estado de filho.

Não se olvida de que se trata de tema extremamente delicado, uma vez que é relacionado com os mais diversos sentimentos humanos e, como em qualquer situação que envolva o direito de família, requer muita atenção e compreensão dos casos em concreto a fim de evitar contradições e injustiças. Por isso, desde já, insta ressaltar que o presente trabalho não tem como pretensão esgotar o objeto em análise.

O que se pretende é fazer uma exposição consistente sobre as mudanças perceptíveis das famílias em nossa sociedade, trazendo os fundamentos que legitimariam o surgimento de novos laços familiares, no caso do presente trabalho, a filiação socioafetiva, além de apresentar os mecanismos inseridos de modo a conferir força e igualdade jurídica nesse tipo de relação, - como em qualquer outra filiação -, bem como as críticas que lhe são dirigidas no âmbito da doutrina e da jurisprudência. Desse modo, visa-se proporcionar a reflexão dos leitores acerca do assunto, levando-se sempre em consideração o contexto civil-constitucional que contorna as entidades familiares.

No primeiro capítulo, trazem-se noções gerais sobre o histórico do direito de família, bem como a atual concepção e inicia-se o assunto dos modelos de filiação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nesse ponto, são apresentados os três que merecem ser objeto de estudo, como a biológica, jurídica e, finalmente, a socioafetiva. Analisam-se, a partir daí, as espécies de filiação socioafetiva, ou seja, as situações que levam a esse estado de filiação, mencionando as que são reguladas pelo direito e dessa forma não complicam em muitas divergências, bem como as demais que trazem situações muito mais delicadas.

No segundo capítulo, expõe-se sobre a posse de estado de filho, pressuposto fundamental para a construção da filiação socioafetiva, bem como os elementos que o caracterizam. Ademais, diferencia-se a filiação socioafetiva do direito à ascendência genética, mostrando-se as questões pertinentes de cada tema. Além disso, explica-se sobre a investigação da paternidade ou maternidade na relação baseada no afeto e se analisa as consequências jurídicas, como o direito a alimentos e os direitos sucessórios.

Por fim, no terceiro e último capítulo, procura-se trazer os principais pressupostos da constituição da filiação socioafetiva, como o valor jurídico do afeto e o direito da personalidade que envolve um filho, sempre se baseando no melhor interesse do mesmo. Além disso, apresentamos as discussões sobre a possibilidade de revogação dessa filiação, invocando os argumentos encontrados na jurisprudência e na doutrina, além das criticas direcionadas ao assunto. Assim, o objetivo é estimular o pensamento crítico dos leitores, os induzindo a refletir sobre a grande importância que o afeto apresenta dentro da sociedade e no âmbito jurídico.

Capítulo 1

A Família no Ordenamento Jurídico e os Modelos de Filiação

1.1 Conceito e histórico

Apesar de o termo *família* possuir muitos conceitos dependendo do objeto a ser estudado e a sua origem histórica nos remeter a diversas controvérsias, é certo que tal instituto é considerado como um dos mais antigos em nossa sociedade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O homem surge dentro de um núcleo familiar e é neste berço que inicia a sua estrutura para viver em sociedade e para buscar a sonhada realização pessoal1 que, entretanto, nem todos alcançam.

Segundo Omar Gama Bem Kauss, sob o ponto de vista jurídico, família representa o que é o indivíduo e qual é a sua posição dentro desse agrupamento. Em sentido lato, representa a família de laços sanguíneos e a família criada através da vontade, da afinidade e da lei. Já em sentido estrito, a família é aquela formada apenas por pais e filhos, configurando uma unicidade de relações pelos mesmos interesses e afins.2

Ao conceituar a entidade familiar em sentido genérico e biológico, Caio Mário da Silva Pereira assim o fez:

> "[...] considera-se família o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum. Ainda neste plano geral, acrescenta-se o cônjuge, aditam-se os filhos do cônjuge (enteados), os cônjuges dos filhos (genros e noras), os cônjuges dos irmãos e os irmãos do cônjuge (cunhados)."3

Analisando essa definição juntamente com as demais já abordadas, podemos dizer que família é, de forma universal, o centro de relações interpessoais e de convivência humana a partir das diversas partes formadoras da estrutura familiar.

Conforme se nota, o direito de família é o ramo jurídico pelo qual essas relações pessoais (o casamento, a união estável, o parentesco, divórcio, guarda e etc.) são reguladas em nosso ordenamento, a partir de um emaranhado de normas jurídicas.

1 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias.* 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.2.

2 KAUSS, Omar Gama Bem. *Manual de Direito de Famílias e das Sucessões.* 6ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 4.

3 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do Direito Civil*, Direito de Família. Atualizado por Tânia da Silva Pereira. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 23.

As entidades familiares dos séculos passados eram essencialmente constituídas no meio rural, vivendo em uma economia basicamente doméstica e, portanto, eram consideravelmente mais numerosas.

Com o passar dos anos, o efeito da industrialização, das migrações para os grandes centros urbanos, e uma sociedade cada vez mais capitalista fez com que os membros dessas estruturas familiares diminuíssem cada vez mais.

Ao longo dos anos, portanto, o conceito do termo família e a sua própria estrutura em relação à sociedade foram se transformando.

O Estado que antes era ausente, que não intervinha no convívio familiar, alterou a sua posição inerte e, através do direito, passou a interferir nas relações familiares e afetivas a fim de proporcionar uma maior segurança diante das novas realidades sociais.

No plano constitucional, o Estado começou a tutelar os interesses e a definir modelos relacionados à família, pretendendo acompanhar a evolução social. Porém, como se sabe, nem sempre essa tutela se mostra suficiente, já que a rapidez nas transformações sociais acaba por produzir novas ideias e caminhos que não são acompanhados pelas legislações.4

O Brasil, desde os tempos de colônia e de império até o século XX, apresentava um modelo aristocrático baseado na estrutura familiar do patriarcalismo. O núcleo familiar era representado por um *pater* ou chefe, em que o homem exercia o poder e o comando sobre a mulher e os filhos.

O instituto familiar era extremamente baseado em questões como a legitimidade da filiação e o casamento válido e eficaz como única maneira de constituir uma família.

O Código Civil de 1916, elaborado na agonia do século XIX, nasceu para confirmar essa posição. Em seu texto, originalmente, havia o impedimento da dissolução do matrimônio e existia uma visão discriminatória em relação às pessoas que se relacionavam sem o instituto do casamento.

4 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Famílias*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 17.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Os filhos nascidos fora dos laços matrimoniais eram reconhecidos como bastardos. O homem, com algumas pequenas alterações, ainda era o chefe da família.

Era obrigatório o regime de comunhão universal dos bens, sendo necessária a autorização do marido para a venda de qualquer bem imóvel.

A família representava um instituto tão importante dentro da sociedade que muitas vezes os direitos individuais eram afastados e suprimidos a fim de prevalecer o direito do grupo familiar.

A evolução da família na sociedade brasileira e mundial ocorre juntamente com a evolução das pessoas individualmente consideradas e tratadas. As guerras mundiais, por exemplo, levaram a mobilização de milhares de homens, fazendo com que as mulheres assumissem posições nunca imaginadas até então.

Nesse contexto, a mulher conquistou o direito a participar do processo eleitoral em 1934 e, finalmente, em 1962 foi retirada do rol dos relativamente incapazes previsto na legislação da época.

Durante anos a mulher foi submissa e considerada subalterna em relação ao marido e aos homens de uma maneira geral, logo, os momentos mais efetivos e importantes da evolução histórica do direito foram essas conquistas femininas no decorrer dos anos.

Os filhos, do mesmo modo, sofreram duras diferenciações. Os que nasciam fora do casamento não eram reconhecidos pela sociedade e não lhe eram assegurados os direitos básicos inerentes aos filhos "naturais", pois representavam uma afronta para a estrutura social da época.

As mudanças e transformações em nossa legislação se deram por etapas, através de leis infraconstitucionais que lentamente foram alterando o papel dos membros e, consequentemente, da família na sociedade.

Em 1930 foi promulgado o Decreto-Lei nº 3.200 que normatizava a guarda de filhos menores no chamado desquite judicial.

A Lei nº 883 de 1949 veio para permitir a investigação de paternidade do filho havido fora do casamento, mas apenas depois da dissolução do mesmo, ou seja, havia um critério objetivo para obter a permissão de investigar essa relação paterno-filial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Já a Lei nº 7.250, publicada apenas de 1984, veio a autorizar o reconhecimento do filho havido fora do casamento pelo cônjuge separado de fato há mais de cinco anos.

O Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62) surgiu para modificar a situação jurídica das mulheres, acabando com a ideia arcaica e inferiorizada de serem relativamente incapazes no contexto jurídico. Mesmo ainda exaltando o homem como o chefe da família, essa lei acrescentou a importante função de colaboração à mulher e normatizou a condição das que trabalhavam fora de casa, dando-lhes autonomia financeira.5

A própria relação familiar também obteve um importante enriquecimento no plano jurídico pátrio através da Emenda Constitucional nº 9/77 e a Lei nº 6.515/77 que instituíram a possibilidade do divórcio e normatizaram a posição jurídica dessas pessoas divorciadas.

Ocorre que, apesar das mudanças que efetivamente incidiram no modo de pensar e de viver, a família prossegue sendo uma das mais importantes estruturas dentro de todas as sociedades e culturas.

Não importa se cada vez menos as pessoas se casem ou tenham uma quantidade menor de filhos, pois o que realmente interessa é que a instituição familiar é constantemente alterada para se enquadrar aos novos cenários familiares.

Nesse sentido, seja através da adoção, da doação de esperma, da barriga de aluguel e da própria filiação socioafetiva de uma maneira geral, a instituição familiar se mantém sendo respeitada em seus mais fundamentais princípios.

Nas palavras de Maria Berenice Dias, a família é "[...] cantada e decantada como **base da sociedade** e, por esta razão, recebe especial atenção do Estado (CF 226)".6

1.2 Atual concepção

5 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op.cit., p. 15.

6 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias.* 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 29.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A grande evolução no papel da família na sociedade e no direito, de fato, ocorreu com o advento da Constituição Federal de 1988. Esse instituto passou a ser protegido pelo Estado "constituindo essa proteção um direito subjetivo público, oponível ao próprio Estado e à sociedade".7

O conceito de família foi abrangido e diversos princípios foram sendo reconhecidos e intensificados.

A igualdade em sentido amplo8, a igualdade entre filhos adotivos e legítimos, a proibição de discriminação entre os filhos havidos na constância do casamento ou fora do mesmo, a supremacia dos interesses dos filhos e, principalmente, a dignidade da pessoa humana9 como pilar da República Federativa do Brasil, concorreram para transformar a visão atual da família.

Enquanto antes a família era considerada um fim em si mesmo, com a tutela constitucional atual, tal visão passou a ser de um meio para se atingir um fim, ou seja, a família é o instrumento pelo qual os seus integrantes vão se desenvolver em conjunto, em que todos os membros têm seus direitos, garantias e interesses, não havendo uma sobreposição entre os mesmos.10

O homem passou a ser o objeto essencial para o direito e não mais o objeto familiar. Assim, podem existir diversas formas de se constituir uma entidade familiar, mas em sua essência sempre haverá na base de sua estrutura o sujeito, com o intuito de desenvolver sua personalidade e seus elementos existenciais.

O ponto primordial da família passou a ser a vontade de seus membros e essa vontade é relacionada essencialmente aos sentimentos de modo geral e ao afeto,

---

7 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil:* Famílias. Op. cit., p. 17.

8 CRFB, art. 5º, *caput:* "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]."

9 CRFB, art. 1º, III: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a dignidade da pessoa humana."

10 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Responsabilidade Civil nas Relações Familiares.* Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, nº 24, p. 86-87, out./nov, 2011.

sendo este o princípio chave do direito de família. Além do afeto, a família se baseia na solidariedade de seus integrantes, na ética e na preservação da dignidade entre eles.

É dessa forma, com esses princípios norteadores, que a família contemporânea é baseada.

O objeto essencial da família na atual Carta Magna é observado principalmente no artigo 22611. Tal artigo contempla a união estável entre homens e mulheres, as famílias monoparentais, a igualdade entre os pais, o divórcio e o planejamento familiar livre.

Os filhos havidos dentro ou fora da constância do casamento ou através da adoção possuem os mesmos direitos, interesses e obrigações. Aos pais e ao Estado lhes são impostos os mesmos deveres em relação a todos os filhos, como garantir a proteção, educação, saúde, o desenvolvimento, lazer, afeto, contribuir ao sustento, independente do laço sanguíneo ou não entre eles.

Não existe diferenciação em nossas leis para o tratamento dos filhos, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil de 2002 e as muitas leis infraconstitucionais em nosso ordenamento são aplicáveis a todos irrestritamente, não podendo haver qualquer tipo de discriminação.

O Código Civil de 2002 apesar de já ter nascido atrasado, manteve algumas conquistas já garantidas por leis anteriores e apontou diversas inovações importantes ao direito de família.

11 CRFB, art. 226: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. § 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. § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Arnoldo Wald e Priscila M. P. Corrêa da Fonseca12 discriminam importantes assuntos, como que as resoluções familiares são resolvidas de comum acordo entre homens e mulheres e, também, a imposição da essencial colaboração da mulher na constância da união ou do casamento.

O exercício do pátrio poder compete a ambos, assim como a administração dos bens.

Existe a permissão para o casal escolher o regime de bens a ser adotado bem como a previsão da prestação de alimentos recíprocos, não sendo mais avaliado o arcaico e rígido critério de apenas ser possibilitado como meio de subsistência.

Fixou-se o direito da mulher de retomar ou não ao seu nome de solteira após a dissolução do casamento, de ambos contribuírem para as despesas do casal dentre outras diversas inovações.

Em suma, é fácil compreender que a família contemporânea é fruto de um longo desenvolvimento da sociedade e do direito.

Obviamente, como todas as conquistas observadas pelo mundo, a tendência é a continuação progressiva dessas mudanças estruturais familiares, uma vez que questões como o casamento homossexual, por exemplo, estão cada vez mais presentes nas discussões sociais e jurídicas.

Podemos concluir sobre a atual concepção de família através das palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

> "A família do novo milênio, ancorada na segurança constitucional, é *igualitária, democrática e plural* (não mais necessariamente casamentária), protegido todo e qualquer modelo de vivência afetiva e compreendida como estrutura socioafetiva, forjada em laços de solidariedade."13

1.3 Filiação biológica

12 WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M.P. Corrêa da. *Direito Civil:* Direito de Família. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 28-32.

13 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Op.cit., p. 21.

A família como base da sociedade, civil e constitucionalmente reconhecida, sofreu profundas alterações em seu contexto a frente do direito. Ocorre que Código Civil encara a filiação ainda com certas ponderações ao dividir, através de capítulos, os filhos havidos na constância do casamento e os nascidos fora do matrimônio.

Tais ponderações são refletidas em presunções sobre a filiação feitas pelo legislador infraconstitucional. Ou seja, a partir de certas situações fáticas e jurídicas é possível presumir uma filiação ou não entre descendente e ascendente, como por exemplo, através do próprio casamento.

O objetivo dessas presunções é concretizar as certezas sobre a filiação e, como prescreveu Maria Berenice Dias: "no afã de livrar-se do dever de dar proteção a todos os cidadãos, principalmente a crianças e adolescentes, cria o Estado mecanismos para que os filhos integrem estruturas familiares".14

O Código Civil de 2002 consagra uma ideia de entidade familiar indestrutível e inviolável, a fim de que todos os laços parentais sejam reconhecidos pelo direito e pela sociedade, mesmo que isso signifique creditar a filiação a partir dessas presunções que o Código estabelece e não necessariamente a uma verdade real.

Entretanto, tais presunções são relativas, sendo possível a apresentação de provas em sentido contrário, tal como a eficiente técnica da engenharia genética que é o conhecido exame de DNA (identificação do código genético através do ácido desoxirribonucleico).

O referido exame permite um resultado que alcança quase a absoluta presunção de veracidade, ou seja, a resposta sobre o resultado do exame chega perto dos 100% (cem por cento) de probabilidade sobre a existência ou não do vínculo biológico entre ascendentes e descendentes.

A filiação biológica é aquela que sempre foi reconhecida pela sociedade e protegida pelo direito. É o modelo de filiação que foi a base para a construção dos verdadeiros núcleos familiares estabelecidos desde os primórdios dos tempos até hoje e, na ausência dessa conexão biológica, termos discriminatórios eram adotados nas legislações anteriores para diferenciar os filhos nascidos de uma relação desse gênero ou não.

Ela está relacionada com o vínculo da consanguinidade, surge biologicamente com a ideia de que a criança nasce a partir da fecundação do gameta masculino com

14 DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 327.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

o óvulo feminino15, o que pode acontecer através da relação sexual ou não, como mais a frente será exposto.

Convém ressaltar que, apesar de hoje em dia existirem possibilidades viáveis para se conhecer a identidade ou a origem genética, certo é que apesar da mesma ser juridicamente apta para construção de uma filiação, ela pode não ser suficiente para desenvolver os reais sentimentos nessa relação parental. Assim, o fato dela existir não pressupõe um verdadeiro relacionamento baseado no amor, carinho, afeto e na convivência entre pai e filho.

A evolução da nossa sociedade - envolvendo os aspectos científico, social, econômico e jurídico – induziu algumas adaptações e consagrou criações inovadoras nas relações entre os familiares para cada novo contexto, fundamentando as entidades familiares primordialmente na afinidade.

Ao mesmo tempo em que essas relações se consagram e se efetivam exatamente por serem biológicas, ou seja, da mesma maneira que pais e filhos se amam, se respeitam e se admiram em razão desse laço biológico de parentesco, é possível também, com cada vez mais situações concretas, que essas relações sejam totalmente superficiais e insólitas, não se vislumbrando o princípio fundamental que é o afeto.

A partir disso, diversas formas de relações entre pais e filhos existem, podendo ou não decorrer do pressuposto biológico e, ainda que presente esse vínculo genético, elas podem ou não ter como base o princípio da afetividade.

1.4.Filiação jurídica

A filiação jurídica decorre de um Código Civil ainda de 1916. A realidade biológica poderia ser afastada pela verdade jurídica. Os filhos eram apenas aqueles nascidos na constância do casamento, portanto, eram filhos biológicos e juridicamente reconhecidos.

De maneira oposta, os filhos nascidos fora da relação matrimonial, apesar de serem filhos biológicos na medida em que nasceram da relação sexual entre um homem e uma mulher, ou seja, entre o pai e a mãe, ainda assim não construíam uma filiação jurídica justamente por não serem reconhecidos pelo ordenamento. Nada mais eram do que filhos ilegítimos.

15 FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação.* São Paulo: Atlas. 2011, p.62.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama conceitua a filiação legal (ou jurídica) como sendo aquela modelada no âmbito da filiação matrimonial do lado paterno:

> "A filiação jurídica se vinculava obrigatoriamente, portanto, ao casamento como valor absoluto, impondo o estabelecimento da relação de paternidade-filiação independentemente do fator biológico, já que era presumivelmente impossível que o filho da mulher casada tivesse outro pai que não o marido. Ainda que se constatasse a falta de pertinência biológica entre o homem e a criança, a lei imponha a filiação jurídica, somente ressalvando tal vínculo nos casos e nos prazos limitados, e no resguardo dos interesses do homem/marido, sem qualquer atenção à criança gerada e nascida. O grande argumento para a filiação legal era o resguardo *à paz doméstica* que de nenhum modo poderia ser abalada pelo ingresso de um *bastardo*, o que levava o marido a muitas vezes receber como seu, independentemente da certeza biológica."16

A filiação jurídica é interpretada a partir das presunções da filiação, segundo as palavras de Dilvanir José da Costa:

> "Evoluímos da filiação jurídica ou presumida para a filiação biológica ou comprovada. O Código Civil de 1916, em defesa da honra e da paz absoluta, consagrou a presunção absoluta de filiação legítima do filho concebido na constância do casamento (art. 338), atribuindo ao marido, privativamente, o direito de contestar essa legitimidade (art. 344), no prazo decadência de 2 a 3 meses, contados do nascimento (art. 178, §§3º e 4º)".17

Dilvanir José da Costa18 ainda explica que a doutrina, a jurisprudência e a própria legislação posterior ao supracitado Código Civil de 1916 facilitaram a

16 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: família*. 1ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 346.

17 COSTA, Dilvanir José da. *Filiação jurídica, biológica e socioafetiva*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 45, n. 180, p. 98, out./dezembro, 2008.

18 Ibid., p. 99.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

mudança de paradigma dessa filiação jurídica. Nesse sentido, começaram a surgir e a serem mais eficazes as ações negatórias da paternidade presumida.

O exame de DNA foi uma das grandes descobertas capaz de alterar a ordem civil anteriormente consagrada e baseada nas presunções de paternidade. Assim, a partir dele e de outros meios, foi possível encarar erros e falsidades ideológicas em registros civis além de outros tipos de provas.

Não obstante a isso, hoje a tendência é a valorização da filiação socioafetiva. O referido autor, para confirmar esse posicionamento, trata desse tipo de filiação relacionando-a com o gênero identidade real em que faz parte a identidade cultural ou socioafetiva, nesse sentido:

> "Mas a identidade real, embora parta do código genético e da filiação jurídica, não se resume nesses dois aspectos. Predomina hoje a identidade cultural ou socioafetiva, como componente maior da identidade real das pessoas, que não são objetos, mas seres humanos dotados de razão, vontade livre, sentimento, personalidade e dignidade. A identidade é fruto da convivência pessoal, familiar e social, desde que não contrarie, de forma criminosa ou fraudulenta, a identidade jurídica nem a biológica, frustrando legítimos sentimentos, anseios e esperanças. Bem por isso é que a identidade biológica ou genética deixou de constituir panacéia para se tornar instrumento valioso na pesquisa da identidade real da pessoa, como fator de realização e não de desagregação da família." 19

Portanto, a filiação socioafetiva ou afetiva é aquela envolvida e norteada pelo amor, carinho, afeto e respeito entre entes queridos de forma a concretizar uma verdadeira entidade familiar, como veremos no decorrer do presente trabalho.

1.5 Filiação afetiva

1.5.1 Breves considerações

A família deixou de ser uma exclusividade decorrente dos casamentos e das filiações legítimas. A entidade familiar do século XXI é fundada ainda no casamento, mas agora também engloba a união estável, as relações entre pais e mães

19 COSTA, Dilvanir José da. Op. cit., p. 99.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

homossexuais, as relações monoparentais e, cada vez mais atual e presente, a filiação socioafetiva.

O entendimento de Rolf Madaleno sintetiza com muita clareza essa mudança de paradigma familiar que se desenrola em nosso país e no mundo Ocidental:

> "Respeita em realidade uma mudança verificada ao menos em todo o mundo ocidental, sustentada no devido valor concedido ao afeto e cuja contrapartida valoriza um crescente e natural desapego aos sufocantes valores sociais e culturais que permearam entre as gerações mais distanciadas, e que disseminaram os valores sociofamiliares edificados a partir do matrimônio civil e da filiação biológica."20

A filiação afetiva ou socioafetiva está diretamente ligada ao afeto. As interações entre os seres humanos nesse tipo de filiação decorrem em razão dos sentimentos, mais precisamente do amor e do carinho.

Surge uma independência em relação aos valores familiares do passado, não importando mais a origem dessa filiação, podendo ser tanto a biológica, como a jurídica ou a afetiva, sem que isso ocasione drásticas distinções no âmbito jurídico e social.

A Constituição Federal de 1988 teve um papel primordial nessas mudanças estruturais do direito de família. Segundo Heloisa Helena Barboza, a CRFB/88 promoveu alterações "não só para harmonizá-lo com os valores ali consagrados, como também para concluir e sedimentar o processo de recepção da realidade social pelo ordenamento".21

Trata-se, portanto, de um enfrentamento constitucional da ótica familiar em decorrência do contexto social vivido à época. É certo que diversas legislações ao longo dos anos foram sendo editadas a fim de atender as necessidades básicas das estruturas familiares surgidas como, por exemplo, a Lei do Divórcio, que nasceu para acalmar os anseios de uma sociedade que não era mais e nem poderia ser a mesma do início do século XX.

---

20 MADALENO, Rolf. *Filiação sucessória: parentalidade socioafetiva e biológica*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, nº 6, p. 119, out./nov, 2008.

21 BARBOZA, Heloisa Helena. *Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo*. Revista do Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, nº 9, p. 25, abr./maio, 2009.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No entanto, nada foi mais forte e pontual do que a nossa CRFB/88. Ao consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana em seu art. 1º, III, houve a consagração direta da necessidade de por fim às discriminações até então vigentes e impostas pelo ordenamento jurídico.

Para comprovar a ideia de que os laços afetivos cada vez mais se inserem em nosso direito, Heloisa Helena Barboza22 traz o instituto da união estável como exemplo. Segundo ela, a união estável é gerada por laços afetivos, e somente após anos de batalhas judiciais é que foi reconhecida como entidade familiar, passando pelo concubinato, companheirismo e finalmente chegando ao instituto consagrado atualmente.

É importante ressaltar ainda, a título de complementação ao exemplo dado pela referida autora, que após decisão relativamente recente do nosso Supremo Tribunal Federal23, a união estável se consagrou aos laços homoafetivos, ou seja, conferiu-se uma interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do Código Civil, a fim de garantir uma leitura do artigo de forma a equiparar as relações homossexuais às relações entre homens e mulheres.

Luiz Edson Fachin24 diz que o elemento socioafetivo da filiação é timidamente presente em nosso Código Civil de 2002 no art. 1.593, entretanto, é ele que reflete a verdade jurídica que está para além do caráter biológico, sendo imprescindível para o estabelecimento de uma filiação.

Já Guilherme Calmon Nogueira da Gama, conceitua a filiação afetiva e discorre sobre seu desenvolvimento no âmbito jurídico:

22 Exemplo retirado da obra de Heloisa Helena Barboza. Cf. BARBOZA, Heloisa Helena. Op cit., p. 25-26.

23 STF, ADI 4277/ DF e ADPF 132/RJ, Rel. Ministro Ayres Britto, Brasília, 05 mai. 2011. Na referida decisão, o Ministro Relator argumentou que o art. 3º, IV da CRFB/88 veda qualquer tipo de discriminação em virtude de sexo, raça, cor e, assim, ninguém pode ser discriminado em razão de sua preferência sexual. Os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie acompanharam o entendimento do Ministro relator.

24 FACHIN, Luiz Edson. *Direito além do novo código civil: novas situações sociais, filiação e família*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v.5, n.17, p. 21, abr./maio, 2003.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> "[...] a filiação afetiva, fundamentalmente, só era concebida no âmbito da adoção e, em alguns casos limitados, à posse de estado de filho. Trata-se do vínculo que decorre da relação socioafetiva constatada entre filhos e pais – ou entre o filho e apenas um deles -, tendo como fundamento o afeto, o sentimento existente entre eles (...). Como vem sendo defendido pela doutrina contemporânea, a verdadeira paternidade – e, consequentemente, filiação – somente é possível em razão *de um ato de vontade ou de um desejo*, podendo ou não decorrer do fator biológico, e tal orientação vem merecendo atenção por parte de vários sistemas jurídicos que reformaram suas legislações em matéria de filiação, com a introdução, por exemplo, da noção da posse de estado de filho, como é o caso do direito francês. No direito brasileiro, com base na noção do melhor interesse da criança, tem-se considerado a prevalência do critério socioafetivo para fins de se assegurar a primazia da tutela à pessoa dos filhos, no resguardo dos seus direitos fundamentais, notadamente o direito à convivência familiar."25

Já Rose Melo Vencelau discorre que a falta do laço afetivo na filiação juridicamente baseada no dado biológico mais se apresenta como uma ficção:

> "Isto porque a relação paterno-filial, assim como todas as relações familiares, existe em vista de um fim: o pleno desenvolvimento da personalidade de seus membros. Deste modo, o vínculo entre pai e filho é instrumental. Dito diversamente, volta-se para uma função. O exercício dessa função também tem amparo normativo, sendo o art. 227, *caput*, da Constituição Federal uma síntese da função paterna em face do filho, pois a família, conjuntamente com a sociedade e o Estado, é instrumento garantidor dos direitos fundamentais da criança e do adolescente."26

25 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: família*. Op. cit., p. 347-348.

26 VENCELAU, Rose Melo. *O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 232.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Dessa forma, a verdade afetiva é construída não apenas em razão da descendência ou não entre os familiares, mas também em razão do comportamento dos envolvidos, ou seja, nos cuidados despendidos, carinho, amor, sinceridade dentro do laço familiar e também em público, frente à sociedade. E é isso que se pretende explicar e explorar no decorrer do presente trabalho.

1.5.2 Filiação afetiva na adoção e na "adoção à brasileira"

Trata-se de um modelo de filiação bem antigo em nossa sociedade. Os pais que adotam filhos possuem amplamente a consciência do tipo de filiação que constituem.

Segundo Belmiro Pedro Welter27, a adoção é um ato jurídico decorrente de um ato de vontade, que se prova e se estabelece por meio de um contrato ou de um julgamento. Assim, é necessária a vontade dos pais na instituição da adoção e a do juiz para jurisdicionar essa vontade.

Antes da entrada em vigor da Carta Magna de 1988, no caso de morte do adotante e na ausência de filhos legítimos, o filho regularmente adotado herdava a totalidade da herança legal, sendo considerado um verdadeiro descendente do falecido e participando normalmente da sucessão dos bens.

Entretanto, no caso do adotante já possuir filhos legítimos no momento da adoção, o filho adotado nada recebia. Por fim, na hipótese de o adotante obter filhos legítimos posteriormente ao ato da adoção, nesse caso o filho adotado receberia apenas a metade da herança cabível ao quinhão hereditário de cada filho.28

No entanto, apenas com a CRFB/88, é que finalmente acabou com a distinção entre esses filhos, inserindo-se o princípio da isonomia e garantindo constitucionalmente os mesmos direitos como a qualquer outro filho. Assim, conforme o §6º do art. 227, ao filho adotado passou a ser reconhecido os direitos sucessórios inerentes a qualquer outro tipo de filiação.

27 BELMIRO, Pedro Welter. *Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 14, p. 117, abr./junho, 2003.

28 CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito civil: questões fundamentais e controvérsias na parte geral, no direito de família e no direito das sucessões.* 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 260.

Nessa relação entre pais e filhos decorrentes da adoção, apesar de a vontade primeiramente considerada ser a dos pais que desejam, o real objetivo desse instituto é o bem estar da criança.

Assim, ao decidir sobre a adoção ou não, o juiz deverá analisar se o direito da criança a uma convivência familiar está de acordo com as previsões constitucionais para garantir ao adotado um pleno desenvolvimento mental, físico e educacional.

Já a "adoção à brasileira"29 é uma prática muito recorrente em nosso país. Nesse caso, um pai ou uma mãe reconhecem a filiação mesmo não sendo a verdade real, não obedecendo aos trâmites legais, o que é um crime tipificado no Código Penal.

Entretanto, em razão de ser muito comum esse tipo de adoção, ela é usualmente aceita pelo o ordenamento30 e, portanto, é irrevogável em razão do princípio do melhor interesse da criança e, consequentemente, prevalece essa filiação socioafetiva em detrimento de outras situações fático-jurídicas.

---

29 Instituto igual à adoção à brasileira é a filiação eudemonista no reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade ou maternidade, encontrada na doutrina com o autor, por exemplo, Belmiro Pedro Welter. É aquela típica do reconhecimento voluntário da filiação. Nesse caso, pais registram um filho como se seu fosse, independentemente do vínculo biológico ou não. Nas palavras precisas de Belmiro Pedro Welter: "Quem comparece perante um Cartório de Registro Civil, de forma livre e espontânea, solicitando registro de uma vida como seu filho, não necessita qualquer comprovação genética para ter sua declaração admitida [...]." Cf. BELMIRO, Pedro Welter. Op. cit., p. 117-118.

30 Apesar de essa prática ser tipificada como um crime, ela é na verdade considerada um "crime nobre". Nas palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo: "O declarante ou os declarantes são movidos por intuito generoso e elevado de integrar a criança à sua família, como se a tivessem gerado. Contrariamente à lei, a sociedade não repele tal conduta. A "adoção à brasileira", fundada no "crime nobre" da falsificação do registro de nascimento, é um fato social amplamente aprovado, por suas razões solidárias (...). Todavia, a intenção dolosa, tal como o rapto de criança, não pode ser enquadrada nessa espécie, pois o móvel não é a solidariedade e a afetividade, mas a satisfação egoísta." Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias*. Op. cit., p. 250.

Segundo Guilherme Couto de Castro, é esse o entendimento dos tribunais. Veja-se: "(...) Porém, os Tribunais, verificando a ausência de qualquer má intenção, e, pelo contrário, reconhecendo que muita vez a conduta atende ao melhor interesse do infante, afastam a caracterização do crime, e, no campo cível, reconhecem a situação como equiparada à adoção, não admitindo a afirmação de nulidade do registro (cf. *RT* 889/382 e 828/395). Cf. CASTRO, Guilherme Couto de. Op. cit., p. 379.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Portanto, esses dois tipos de relações paterno-filiais nada mais são do que uma filiação baseada no afeto, decorrente de um ato de amor e carinho. Mesmo sem vínculo sanguíneo, a importância recai sobre o relacionamento entre os genitores e o filho, não havendo qualquer tipo de diferenciação ou discriminação.31

Compreender o instituto da adoção de uma maneira geral não é analisar o objetivo jurídico de um ato solene que serve justamente para estabelecer o vínculo da filiação entre pais e filhos. Na verdade, é a partir desse tipo de relação que os laços afetivos se mostram presentes e são nutridos pelo maior sentimento de todos que é o amor entre os familiares.

1.5.3 Filiação socioafetiva do filho de criação

Nesse tipo de filiação, não existe qualquer espécie de vínculo, nem o biológico (sanguíneo), nem o jurídico. É uma liberalidade de pais em criar uma criança sem o devido registro do nascimento da mesma.

Essa relação de filiação comporta o mais amplo princípio decorrente de qualquer entidade familiar que é o afeto. A criança ou o adolescente é criado como um verdadeiro filho, não apenas entre a própria família, ou seja, aos olhos da família que cria, mas também para toda a sociedade que os envolve.

Os filhos criados nessa situação são tratados com amor, carinho, afeto, respeito; são educados, sustentados e levam consigo o aspecto e a figura de filhos como se biológicos fossem.

Esse tipo de filiação socioafetiva é muito comum em nossa sociedade, entretanto não temos uma legislação que proteja o filho de criação, levando a certas problemáticas que os tribunais acabam por resolver através de outros princípios norteadores da filiação.

Segundo Belmiro Pedro Welter32, existe uma divergência na doutrina e na jurisprudência sobre esse tipo de filiação. Segundo o autor, a partir de considerações de dois julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, encontramos uma

31 Sob essa ótica, Maria Berenice Dias afirma que: "A diferenciação entre parentesco consanguíneo e o civil repercute na classificação dos filhos naturais e civis, fundando-se em distinção que não justifica e é tida como discriminatória. Filhos são filhos, sem adjetivos". Cf. DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 315

32 WELTER, Belmiro Pedro. Op. cit., p. 117

posição que é no sentido de não existir esse tipo de adoção de fato, ou seja, o filho não pode ser equiparado ao adotado ou ao filho biológico para os fins legais.

Entretanto, existe outro entendimento no sentido da existência desse instituto, em razão de princípios constitucionais como a proteção à criança (art. 227 da CF), assim como o princípio da proteção integral consagrada na Lei 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, como forma de reforçar a aceitação da filiação socioafetiva nos casos de filhos de criação, vislumbramos a Súmula 116 do Tribunal de Contas da União33 que aceita esse instituto para fins previdenciários em casos de pensão de militar.

Dessa maneira, é imprescindível a comprovação da posse de estado de filho34 para assegurar direitos patrimoniais, por exemplo, uma vez que não se pode basear em meros indícios. Há um entendimento35 que, para tanto, é necessário haver o reconhecimento dessa filiação como através de um testamento36, ou de uma escritura pública e etc.

---

33 SÚMULA 116**: "**Ainda que não instituídas como beneficiárias, equipara-se a mãe de criação à mãe adotiva, bem como a filha de criação à filha adotiva, para feito de lhes ser assegurada a pensão militar prevista na Lei nº 3.765, de 04/05/60, desde que comprovadas nos autos essas qualificações e não haja herdeiros prioritários".

34 O tema sobre a posse de estado de filho será amplamente analisado no capítulo pertinente sobre o assunto. Entretanto, cumpre salientar que se entende por posse de estado de filho a situação fática na qual uma pessoa desfruta do *status* de filho em relação a outra pessoa, não importando se essa relação está ou de acordo com a verdade legal. Surge a partir de certos pressupostos que demonstram o vínculo de filiação entre tal pessoa e a família que se entende que ela pertence. "A posse de estado de filho oferece os necessários parâmetros para o reconhecimento da relação de filiação, fazendo ressaltar a verdade socioafetiva". Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias*. Op. cit., p. 236.

35 "EMENTA: ALVARÁ JUDICIAL. LEVANTAMENTO DE VALORES DE CONTA CORRENTE DE FALECIDA. FILIAÇÃO NÃO COMPROVADA. O parentesco constitui relação jurídica que deve ser comprovada documentalmente, e é o vínculo que une duas pessoas ao tronco ancestral comum. A condição de filho de criação, a par do seu significado afetivo, não constitui relação jurídica. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70010943199, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 01/06/2005)."

36 Nesse sentido de reconhecimento da filiação por testamento, segue ementa do TJMG que foi inédita quanto a essa possibilidade: "Ementa: Direito Processual Civil - Direito de Família - Ação de Investigação de Maternidade, cumulada com retificação de registro e declaração

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Havendo esse reconhecimento, não há razões concretas em negar qualquer tipo de direito aos filhos de criação na medida em que não apenas são tratados como filhos como na verdade eles são considerados de tal maneira.

Não obstante a isso, entretanto, os filhos de criação que não possuem nenhum tipo de registro nesse sentido, ou seja, que não possuem nenhuma prova jurídica desse estado de filiação podem se encaixar em uma realidade excluída do direito.

O fato de não haver qualquer tipo de registro não faz com que haja necessariamente uma diferenciação entre o filho de criação dos outros tipos de filiação socioafetiva. Na prática, os mesmo princípios, obrigações, deveres e direitos são opostos a todos esses filhos.

Ora, se o instituto da união estável, mesmo quando não for decorrente de nenhum contrato ou escritura pública, é devidamente resguardado pelo direito, inclusive em razão de direitos patrimoniais, por qual motivo o filho de criação não poderia ser assim protegido?

Não existe qualquer motivo pertinente que possa diferenciá-los dos filhos adotados ou dos filhos biológicos, uma vez que o fato de a criança não ter sido devidamente registrada não a afasta dos princípios inerentes a qualquer família ou filiação, ou seja, essa criança é amada, respeitada, educada da mesma maneira que qualquer outro filho.

Não aceitá-la dessa forma seria contrariar uma função primordial do Estado e da própria sociedade que é dar uma família e um lar para todas as crianças e

---

de direitos hereditários - impossibilidade jurídica do pedido - art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil - extinção do processo sem resolução do mérito. Dá-se a impossibilidade jurídica do pedido, quando o ordenamento jurídico abstratamente vedar a tutela jurisdicional pretendida, tanto em relação ao pedido mediato quanto à causa de pedir. Direito Civil - Apelação - Maternidade Afetiva - atos inequívocos de reconhecimento mútuo - testamento - depoimento de outros filhos - parentesco reconhecido - recurso desprovido. A partir do momento em que se admite no Direito Pátrio a figura do parentesco socioafetivo, não há como negar, no caso em exame, que a relação ocorrida durante quase dezenove anos entre a autora e a alegada mãe afetiva se revestiu de contornos nítidos de parentesco, maior, mesmo, do que o sanguíneo, o que se confirma pelo conteúdo dos depoimentos dos filhos da alegada mãe afetiva, e do testamento público que esta lavrou, três anos antes de sua morte, reconhecendo a autora como sua filha adotiva. (TJMG, Ap. Cível n. 1.0024.03.186.459-8/001, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Moreira Diniz, publicado em 23/03/2007).”

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

adolescentes que de alguma forma não mais possuem seus vínculos biológicos. A relação patrimonial nada mais é do que uma consequência desse vínculo socioafetivo e negar esse direito além de diversos outros significa ignorar qualquer direito a esses filhos.

Portanto, cabe a análise nos casos concretos da efetiva posse de estado de filho e não meros indícios de uma filiação, conforme dito anteriormente, para que um filho não seja discriminado na relação socioafetiva ou para que não haja injustiças com relação a outros filhos biológicos ou adotados. Filho tem que ser considerado filho e a ele devem ser garantidos todos os direitos.

1.1. "Barriga de aluguel"

Também conhecida como gestação por substituição ou mãe por substituição, é igualmente uma técnica de reprodução assistida. Nesse procedimento, uma mulher cede temporariamente seu útero para a gestação de um embrião fertilizado com gametas de outras pessoas ou do próprio casal que lhe solicitou.37

Ocorre que tal técnica não possui regulamentação em nosso ordenamento jurídico. Até o ano de 2013, pertencia à Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358/92 dispor sobre o assunto, entretanto, em maio do mesmo ano foi publicada a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.013/2013, que apresenta as atuais regras sobre o assunto.

Como primeiro grande evento com repercussão jurídica da chamada "barriga de aluguel", reconhecemos o episódio do bebê M que envolveu os tribunais americanos e teve grande repercussão mundial em 1986.

No caso em questão, foi firmado um contrato entre o casal contratante com Mary Beth Whitehead em que esta receberia o esperma do Sr. William Stern em seu útero, gestaria a criança e depois do nascimento a entregaria ao casal. Assim, a criança nascida já teria um pai biológico e a esposa do Sr. William Stern a adotaria para os devidos fins legais.

No entanto, com o efetivo nascimento da criança, a Sra. Mary Beth, mãe biológica - já que o bebê possuía seu material genético e foi gerado pela própria -

37 FILHO, José Roberto Moreira. *Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida.*. p. 1. Revista JusNavigandi. Disponível em <http://www.jus.com.br>. Acesso em 09 de abril de 2013.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

se recusou a cumprir o acordo celebrado e entregar o bebê ao casal contratante que assim desejava e, portanto, contratou com o objetivo de constituir essa filiação.38 39

Como em nosso país não existe regulamentação sobre o assunto, além da Resolução já mencionada que, entretanto, é proveniente da esfera administrativa, esse caso americano evidencia a real dimensão das consequências que podem ser ocasionadas com a gestação por substituição.

Como parte do material genético era da mãe por substituição, sendo que a mesma concebeu a criança, como enfrentar o caso concreto do não cumprimento do contrato? Ou ao invés disso, o casal que receberia a criança não mais a quisesse, como seria solucionada essa situação?

Seria necessária, portanto, uma regulamentação precisa sobre o assunto para evitar esses tipos de questionamentos. O nosso ordenamento jurídico nunca se preocupou com tais questões uma vez sempre houve uma presunção, como será mais adiante analisado, de que *mater semper certa est*. Assim, a situação fática de uma mulher engravidar e ter a criança levaria a uma certeza da filiação biológica e, consequentemente, da filiação jurídica.

No Brasil, essa doação temporária do útero só pode ser concretizada quando não houver qualquer tipo de interesse financeiro ou comercial envolvido. Nesse sentido, o instituto da "barriga de aluguel" com valores econômicos é considerado crime pelo nosso ordenamento jurídico.

Em razão dessa vedação anteriormente mencionada é que surgem críticas à expressão "barriga de aluguel", uma vez que o procedimento brasileiro deve ser absolutamente gratuito, não sendo correto e nem técnico falar na expressão

38 LUNA, Naara. *Maternidade desnaturada: uma análise da barriga de aluguel e da doação de óvulos*. Disponível em <http://www.scielo.br>. Acesso em 15 de abril de 2013.

39 Esse caso americano da "barriga de aluguel" chegou aos tribunais. Na primeira instância de Nova Jersey, a decisão foi de cumprimento ao contrato estabelecido, no sentido de entregar a custódia da criança ao casal Stern, deixando o processo de adoção correr como fora combinado. Em segunda instância, a Corte Suprema de Nova Jersey reconheceu a filiação da Sra. Whitehead e do Sr. Stern, cancelando o processo de adoção e concedendo a guarda ao casal contratante, porém, possibilitou o direito de visita à mãe biológica. A decisão foi baseada no melhor interesse da criança.

"aluguel" na medida em que esse termo nos remete a ideia de uma atividade de cunho essencialmente econômico.

Além disso, essa Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, que analisa a maternidade por substituição, ao prever a doação temporária do útero, condiciona o procedimento à relação de parentesco, ou seja, a doadora do útero deve ter um parentesco de até quarto grau com um dos parceiros, além de ter que ser respeitada a idade limite de cinquenta anos para a doadora temporária de útero.

Ainda levando em consideração as indagações feitas anteriormente - agora já sabendo quais são as restrições ao procedimento em nosso país - poderíamos levar a crer que as possíveis consequências elencadas não ocorreriam em nossa sociedade justamente porque o procedimento só pode acontecer quando há um vínculo familiar.

Entretanto, pensar assim não é a forma mais correta e muito menos a forma que está de acordo com a realidade. É sempre relevante lembrar que o vínculo familiar em muitas situações e com muitas pessoas é desconsiderado e ignorado nas atitudes dos outros membros da família, sendo certo que mesmo havendo laços de parentesco essas problemáticas situações são possíveis de ocorrer, podendo até serem mais graves exatamente em razão do elo familiar.

Ainda nessa linha de raciocínio, é possível questionar a maternidade da criança nascida da cessão temporária de útero: seria da cedente do óvulo ou da cedente do útero? Valeria a presunção *mater semper certa est* ou isso não mais seria uma presunção verdadeira?

Sobre essa questão, merece acompanhar o entendimento de Maria Berenice Dias:

> "A possibilidade de uso de útero alheio elimina a presunção *mater semper certa est*, que é determinada pela gravidez e pelo parto. Em consequência, também cai por terra a presunção *pater est*, ou seja, que o pai é marido da mãe. Assim, quem dá à luz não é a mãe biológica e, como o filho não tem sua carga biológica, poderia ser considerada, na classificação legal (CC 1.593), como "mãe civil". À vista da hipótese cada vez menos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> rara da maternidade por substituição, o que se pode afirmar é que a *gestatriz é sempre certa*."40

Deve-se prevalecer, portanto, o elemento volitivo em todo esse enquadramento. A vontade é o que consagra o vínculo da filiação, ou seja, o desejo de serem pais juntamente com o desejo de criar vínculos com a criança concebida por esse método. Dessa forma, mãe e pai são aqueles que assim desejaram, e em razão disso todos os efeitos legais devem ser a eles opostos.41

Nesse contexto, o momento mais importante para o estabelecimento e a constituição da filiação decorre da concepção propriamente dita da criança, ou seja, não importa mais se houve a conjunção carnal entre o homem e a mulher com o objetivo da gravidez, tal definição ficou abalada com as atuais técnicas de reprodução assistida.

Resta saber, por conseguinte, se no momento da concepção existia de fato a vontade do casal, principalmente da mulher, em ter a criança. Havendo essa vontade, a verdade biológica é afastada, na medida em que a gravidez e o parto são apenas consequências decorrentes da concepção. Isso porque não haveria gravidez e muito menos o parto se não houvesse previamente a vontade do casal em realizar a concepção da criança, dentro do âmbito do planejamento familiar livre.42

Logo, não restam dúvidas sobre a filiação socioafetiva que engloba o instituto da "barriga de aluguel". O filho não nasce do ventre da sua verdadeira mãe e ainda assim observamos o estado de filho que envolve todas as outras filiações.

Mesmo em decorrência da doação ou não do óvulo para fins de fecundação, com o nascimento do bebê e a consequente entrega do mesmo aos pais que requereram a gestação por substituição, a questão fica um pouco mais clara.

---

40 DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 337

41 SILVA, Flávia Alessandra Naves. *Gestação de substituição: direito a mulher ter um filho*. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais. Disponível em < http://revistas.ung.br>. Acesso em 15 de abril de 2013.

42 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: família*. Op. cit., p. 376.

Parece-me mais prudente e conveniente afirmar que são esses os pais que criarão o filho, que lhe darão amor e carinho e, acima de todo, serão responsáveis por essa criança, portanto, são seus verdadeiros genitores para todos os fins.

Obviamente que toda essa ideia deve ser balizada com o princípio do melhor interesse da criança, já que é ele que vai nortear não apenas qualquer possível decisão judicial referente a essa técnica de reprodução especificamente, como todo e qualquer tipo de situação envolvendo a filiação.

Isso porque esse princípio vai ser sempre aplicado a todas as situações em que figurarem crianças e adolescentes, em razão da fragilidade que os envolvem, sendo protegidos principalmente pela CRFB/88 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

O filho nascido dessa técnica não pode ser um objeto de um contrato para esse fim, ele deve ser respeitado e tratado como um verdadeiro ser humano e seus interesses devem se sobrepor a qualquer outro, inclusive aos dos pais.

Sobre esse ponto especificamente, Maria Berenice Dias faz uma importante ponderação ao dispor sobre a vedação da "barriga de aluguel" mediante pagamento:

> "A gestação por substituição seria um **negócio jurídico** de comportamento, compreendendo para a "mãe de aluguel" obrigações de fazer e não fazer, culminando com a obrigação de dar, consistente na entrega do filho. Como uma criança não pode ser objeto de contrato, a avença seria nula, por ilicitude de seu objeto (CC 104 II)."43

1.2. Outras técnicas de reprodução assistida – a doação de gameta masculino

A "barriga de aluguel", – bem como as demais técnicas de reprodução assistida -, segundo Guilherme Couto de Castro, "tem como objetivo viabilizar a gestação em mulheres ou casais com dificuldades de engravidar, ou que necessitem de condições especiais de gravidez".44 Dentro desse contexto, encontramos também

43 DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 336-337.

44 CASTRO, Guilherme Couto de. *Direito Civil: lições*. 5ª. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012, p. 372.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

outras técnicas de reprodução assistida conhecidas como a reprodução assistida homóloga e a reprodução assistida heteróloga.

Tais técnicas decorrem invariavelmente da evolução da medicina científica. O procedimento ocorre independentemente do ato sexual, e há fecundação do espermatozoide masculino com o óvulo feminino.

O nosso Código Civil de 2002, mais precisamente no art. 1.597, menciona superficialmente apenas algumas dessas técnicas. Entretanto, ele não soluciona questões relativas a esses procedimentos que podem gerar consequências problemáticas.

Para começar, encontramos a reprodução homóloga que ocorre quando houver a manipulação de gametas masculinos e femininos do próprio casal que deseja o procedimento. É feita a fecundação *in vitro* e após isso o óvulo é implementado no útero da esposa ou companheira com a consequente gestação do feto.

Os problemas com essa fecundação são menores, mas nem por isso são irrelevantes. O que acontece se o homem, após a colheita do esperma, desiste do procedimento e a mulher mesmo assim resolve dar continuidade e engravida? E se após o recolhimento do sêmen o homem falece e mesmo assim a mulher mantém o desejo de engravidar?

Respondendo a essas indagações, assim prescreve Guilherme Couto de Castro:

> "Nas duas hipóteses, o companheiro doador é o pai. Para a segunda, existe até a previsão do art. 1.597, III, do CC. Mas o ideal é que não ocorram e, se as clínicas e centros médicos que prestam serviço de reprodução assistida seguirem a Resolução nº 1.957, a possibilidade de esses problemas surgirem é minorada. O *consentimento informado* é um dos princípios reitores da intervenção médica na reprodução assistida, e todas as pessoas que se submetem a essa técnica devem assinar documentos que a Resolução nº 1.957 impõe como obrigatório

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> (os médicos, clínicas e centros que não cumprirem as exigências cometem infração profissional).”45

Nesse tipo de procedimento não há a obrigação de autorização por parte do marido. No entanto, no caso de falecimento do marido ou companheiro, é primordial que haja sua autorização expressa para dar prosseguimento à fertilização, uma vez que não se pode presumir o seu desejo de ser pai após o seu falecimento.

Ademais, não observamos nesse método as mesmas dificuldades que encontramos em outras técnicas de reprodução assistida uma vez que o material genético utilizado é dos próprios pais e a gestação é conduzida no útero da mulher do casal ocorrendo, portanto, a igualdade entre filiação genética, biológica e, invariavelmente, a afetiva.

Já na reprodução heteróloga, o esperma utilizado para a técnica não é daquele que futuramente será o pai da criança, é imperativa a participação de um terceiro. Em razão da infertilidade do homem, o esperma de um doador é utilizado para a fecundação com o óvulo da mulher.

Nesse caso é obrigatório o consentimento informado, já que a filiação biológica não corresponderá à filiação jurídica de uma maneira completa. Isso porque a criança nasce a partir do sêmen de um doador, mas quem na verdade irá registrá-la será outro e será esse homem quem vai registrar a paternidade, não podendo posteriormente negá-la.

No caso, portanto, da reprodução heteróloga, novamente encontramos o instituto da filiação, ou mais especificamente, da paternidade socioafetiva. O pai, conforme dito anteriormente, não é o pai biológico, este é apenas quem forneceu o material genético para a fecundação, logo, não é o mesmo que vai criar a criança, não é o mesmo que vai registrar como filho.

O pai é aquele que, a partir da vontade, do desejo e do consentimento, aceitou o procedimento para que a sua esposa ou companheira engravidasse através da inseminação artificial. Logo, se entende essa situação por uma relação, como outras já analisadas, baseada no afeto, amor, carinho entre pais e filhos independentemente da relação sanguínea.

---

45 CASTRO, Guilherme Couto de. Op.cit., p. 373-374.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Importante concluir o presente capítulo concordando com o importante entendimento da autora Rose Melo Vencelau:

> "Desta forma, não se pode aceitar que a paternidade seja submetida a um reducionismo biológico. A consangüinidade ainda é determinante do parentesco, mas não é só ela. A afetividade se apresenta como critério tão relevante quanto o biológico, podendo até prevalecer em alguns casos. exemplo disto é a adoção e a fecundação assistida heteróloga, onde os pais, independentemente de laço de sangue, *adotam* seus filhos, fazendo-os nascer do coração."46

Capítulo 2

O Estado de Filho Afetivo

2.1. Elementos que caracterizam

Ao analisar o direito de família da atualidade constatamos que, conforme já anteriormente exposto, mesmo com a grande importância da filiação biológica, hoje em dia consagramos e convivemos cada vez mais com a filiação que tem como pressuposto o afeto e, sempre que se mostrar necessário e imprescindível, ela deve prevalecer sobre a origem genética.47

---

46 VENCELAU, Rose Melo. Op. cit., p. 119.

47 Nesse sentido: "EMENTA: **DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA NEGATIVO. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.**

1. Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva.

2. No caso, as instâncias ordinárias reconheceram a paternidade socioafetiva (ou a posse do estado de filiação), desde sempre existente entre o autor e as requeridas. Assim, se a declaração realizada pelo autor por ocasião do registro foi uma inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com as então

Maria Berenice Dias descreve que "quando as pessoas desfrutam de uma situação jurídica que não corresponde à verdade, detêm o que se chama de posse de estado".48

A filiação socioafetiva é construída a partir da real posse de estado de filho. Essa situação não decorre do nascimento natural de um filho a partir do material genético dos pais, mas sim a partir da manifestação de vontade em benefício da afetividade, colocando em abalo as outras relações biológicas e jurídicas decorrentes da filiação.

Definindo tal situação fática, assim faz Paulo Luiz Netto Lôbo:

> "A posse de estado de filiação refere à situação fática na qual uma pessoa desfruta do *status* de filho em relação a outra pessoa, independentemente dessa situação corresponder à realidade legal. É uma combinação suficiente de fatos indicando um vínculo de parentesco entre uma pessoa e sua família que ela diz pertencer, como estabelece o art. 311-1 do Código Civil francês. A filiação pode ser provada se inexistente ou desconhecido o registro público, quando se construir e se estabilizar na convivência familiar. (...) A posse de estado de filiação é uma situação de fato, uma indicação da relação de parentesco, uma presunção legal. Para constituir-se deve ser contínua e notória. A pretensão é imprescritível."49

A atual concepção do direito de família consagrou a união estável como uma realidade no contexto de entidade familiar, assim como o casamento, em razão da comunhão, do respeito, da fidelidade entre outros fundamentos que sempre nortearam os dois institutos.

---

infantes vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro.

3. Recurso especial não provido."

STJ, *DJE*, 12 de março de 2012, REsp 1059214 / RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão.

48 DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 337.

49 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias*. Op.cit., p. 236.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Da mesma maneira, a posse de estado de filho também deve ser considerada, na medida em que é envolvida por uma adoção fática, sendo reconhecida, portanto, a filiação dela decorrente.

É a partir dessa posse de estado de filho que se reconhece juridicamente a socioafetividade nas relações entre pais e filhos. Significa falar em um conjunto de circunstâncias que corroboram para a presunção da existência desse tipo de relação ao ponto de até mesmo preencher a ausência de registro de nascimento de uma criança ou um adolescente.

Normalmente, a prova da filiação ocorre através da certidão de nascimento, mas não raras vezes isso por si só não constitui prova imprescindível desse vínculo familiar, cabendo ao julgador a análise da situação fática em que convivem os familiares para então verificar a existência desse grupo familiar, ou seja, o vínculo entre um pai e um filho, por exemplo.

Muito bem explicitada tal questão nas palavras de Rose Melo Vencelau:

> "A posse de estado de filho é utilizada, discretamente, como prova da filiação na falta ou defeito do termo de nascimento (349, CC1916; 1.605, CC2002). Mesmo com a falta de previsão expressa na lei civil nesse sentido, a posse de estado de filho representa a maior expressão do critério sócio-afetivo da paternidade. E esse critério alcançou juridicidade com a Constituição de 1988, sobretudo com a análise dos artigos 226, §7º, 227, *caput* e 229. Pai é aquele que vulgarmente se diz que "botou o filho no mundo", fato que o Direito atribui responsabilidade. Por conseguinte, pai não é apenas o genitor, ao contrário, é aquele que assume a responsabilidade que o Direito lhe impõe. E essa responsabilidade consiste em cuidar, educar, alimentar, proteger... Enfim, é o exercício contínuo de uma função."50

No século passado, o nosso Código Civil de 1916 apenas aferia esse estado de filiação quando houvesse necessariamente o instituto do casamento nos casos de ausência de registro de nascimento. Entretanto, a CRFB/88 passou a prever outras

50 VENCELAU, Rose Melo. Op. cit., p. 118-119.

entidades familiares que juntamente com os requisitos necessários, que serão analisados adiante, passaram a servir como prova do estado de filiação.51

O estado de filiação se apresenta através de como a convivência familiar se revela para sociedade em que vivem. São pais que amam seus filhos, os respeitam, educam, sustentam, são pais que assumem todas as responsabilidades e obrigações decorrentes de qualquer tipo de filiação.

Paulo Luiz Netto Lôbo relata que a doutrina de uma maneira geral identifica três elementos para a configuração do estado de filiação: a) o *tractatus* - que é o comportamento dos familiares aparentes, assim os pais tratam o filho como realmente filho e este trata aqueles como seus verdadeiros pais; b) *nomen* - que é quando o filho tem o nome da família dos pais em seu sobrenome e c) *fama* - que é como a família, a sociedade e as autoridades reconhecem a entidade, para eles a pessoa é vista como realmente integrante daquele núcleo familiar, como um membro, um filho.

Ainda segundo o autor, esses três elementos não precisam estar em conjunto para a caracterização do estado de posse de filho, uma vez que não há uma exigência legal para tanto e, em caso de dúvidas, esse estado deve prevalecer para a confirmação da existência da filiação.52

Impende ressaltar, portanto, que o nome vem acompanhado do sobrenome dos pais socioafetivos; o tratamento decorre da forma como o filho é criado, amado, educado como qualquer outro filho e a fama ou reputação, como também é chamada, decorre de como é aparentemente a convivência da família perante ela mesma e a sociedade, o filho é visto como tal não gerando dúvidas.

É inegável que essa posse de estado de filho se relaciona com a aparência da filiação, uma vez que essa situação faz com todos acreditem em uma relação de família que na realidade não é verdadeira ao se considerar o critério biológico entre os parentes envolvidos. Maria Berenice Dias melhor expressa essa ideia, ao expor

51 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias*. p. 236-237.

52 Ibid., p. 237.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

esse estado da seguinte maneira: "a tutela da aparência acaba emprestando juridicidade a manifestações exteriores de uma realidade que não existe".53

Para configurar essa posse de estado de filho, qualquer prova pode ser utilizada, desde que admitida pelo direito, uma vez que a lei não impôs qualquer restrição nesse sentido.54

Entretanto, essas provas são complementares a dois requisitos impostos de forma alternativa que a lei prevê e Paulo Luiz Netto Lôbo assim expõe e exemplifica:

> "[...] a existência de começo de prova por escrito, proveniente dos pais, ou presunções veementes da filiação resultante de fatos já certos. Entendemos que, para alcançar a finalidade da lei, em conformidade com a Constituição, que estabelece a prioridade absoluta da convivência familiar afetiva (art. 227) para criança e o adolescente, basta um dos requisitos na falta do outro. Considera-se começo de prova por escrito, como cartas, autorizações, para atos em benefícios de filhos, declaração de filiação para fins de imposto de renda ou de previdência social, anotações dando conta do nascimento do filho."55

Ressalta-se, todavia, que não basta simplesmente uma situação de carinho por parte dos familiares em prol da criança. Não é suficiente uma família a tratar bem, ou até mesmo amá-la, pois para tanto não é necessário um grupo familiar e, evidentemente, também não se cria uma relação de verdadeira família apenas em razão desses sentimentos.

É imprescindível a intenção, a vontade e o desejo de, - além do que anteriormente mencionado -, criar, cuidar, educar, sustentar como realmente um filho, concretizando o compromisso de estado de filho de forma indestrutível na filiação socioafetiva.

53 DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 337.

54 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias.* Op.cit., p. 237.

55 Ibid., p. 237.

Heloisa Helena Barboza faz uma constatação muito interessante sobre a importância das repercussões sociais para o reconhecimento jurídico da situação de fato existente nas relações familiares:

> "O vínculo que surge entre pessoas que convivem como se fossem pais e filhos se inclui nas relações de fato fundadas no afeto aptas a serem juridicamente reconhecidas. O estudo da questão deve levar em conta: (a) o importante papel que o afeto tem nas relações familiares, especialmente na construção de vínculos como o do casamento, da união estável e do parentesco; (b) a expansão do afeto, surgido no espaço eminentemente privado, para o espaço público, assumindo as pessoas funções sociais que autorizam o reconhecimento jurídico das relações assim criadas; (c) a consequente permanência dos efeitos jurídicos dos vínculos gerados pelo exercícios dessas funções, atendidos determinados requisitos, ainda que findo o afeto que os originou. Tais aspectos devem ser considerados, visto que as relações familiares *verdadeiras* são afetivas, embora muitas relações familiares *jurídicas* não o sejam."56

Não se pode olvidar, não obstante o posicionamento de Belmiro Pedro Welter57, que o fundamento da posse de estado de filho é a proteção da pessoa

56 BARBOZA, Heloisa Helena. Op.cit., p. 28-29.

57 Nessa dogmática da posse de estado de filho, encontramos o posicionamento diverso de Belmiro Pedro Welter sobre o assunto. O autor discorda da doutrina e da jurisprudência que tratam a relação paterno-filial como posse de estado de filho e igualmente não concorda quando fazem analogia entre esta posse de estado e a posse dos direitos reais. Segundo o autor, a relação paterno-filial não é posse de estado de filho, mas sim estado de filho afetivo, cujo vínculo com o advento da CRFB/88 não é mais caracterizado como de posse e de domínio, mas sim de amor, ternura, carinho, sem qualquer tipo de hierarquia. Outrossim, alega que equiparar a posse de estado de filho à posse dos direitos reais significa "coisificar" o filho com o mesmo pensamento e atitude que arcaicamente na história da sociedade era feito, quando o pai detinha a posse e a propriedade do filho, da mulher e dos escravos. Afirma também que a família afetiva tem os mesmos propósitos da família biológica; a família afetiva é "constituída à imagem e semelhança da família genética e vice-versa". À vista disso, no estado de filho afetivo devem ser cumpridos todos os requisitos desinentes do estado de filho biológico. Cf. WELTER, Belmiro Pedro. Op. cit., p. 120-121.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

humana na filiação socioafetiva, logo, importante analisar as respeitáveis palavras de Heloisa Helena Barboza:

> "No momento em que se tem como diretrizes a proteção da pessoa humana, em sua dignidade, e a solidariedade, impõe-se rejeitar, principalmente em matéria de família, qualquer afastamento entre a verdade dos fatos e sua significação jurídica. A relação familiar, em especial a de filiação, é gerada pelo afeto e construída tanto no espaço privado, quanto público, sendo, por natureza, socioafetiva."58

O direito brasileiro não fez menção em nenhum dispositivo, de forma expressa, da posse de estado de filho. Entretanto, encontramos fundamentos para a filiação socioafetiva em princípios constitucionais, principalmente o princípio referente à afetividade, que possibilitam o reconhecimento desse estado de filiação de forma implícita nos artigos 1.593, 1.605 e 1.606 do Código Civil de 2002.59

2.2. Filiação socioafetiva X direito à ascendência genética

Ao se verificar a plena existência da filiação socioafetiva nos núcleos familiares da atualidade, algumas questões se tornam extremamente relevantes, como a que tange o reconhecimento da ascendência genética desses filhos socioafetivos.

Nesse sentido, será que um filho adotado poderá descobrir a sua origem genética? E o filho de criação também pode conhecer seus pais biológicos?

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, tal direito à ascendência genética "não se trata de um mero capricho ou curiosidade, mas, sim, o reconhecimento de um direito da personalidade".60

Para os referidos autores, o fato de alguém não conhecer a sua verdade biológica pode trazer consequências devastadoras, como se apaixonar por uma pessoa sem saber que ela é sua irmã. Além do mais, pode ocorrer a necessidade de

58 BARBOZA, Heloisa Helena. Op.cit., p. 30.

59 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: família*. Op. cit., p.400.

60 GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional*. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 642.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

uma doação de órgãos e para tanto pode ser essencial encontrar algum parente sanguíneo compatível geneticamente por uma questão de "vida ou morte".

Sobre o direito da personalidade que envolve o estado de filiação, Rose Melo Vencelau assim se pronuncia:

> "Todo ser humano tem um pai biológico, de quem herda seus caracteres genéticos. Mas, tem pai que não sabe que é pai e filho que não sabe do pai. Tem, ainda, o filho que tem pai do coração, porém lhe carece o conhecimento das suas origens biológicas. Se com a denominação de direitos da personalidade se pretende discriminar os direitos que visam a tutelar a pessoa humana, não se pode negar que as ações de estado de filiação, bem como as que objetivam o conhecimento da origem biológica, são expressões processuais de tutela."61

E assim continua a autora com o seu entendimento:

> (...) Uma vez não coincidindo o genitor na pessoa do pai, há de ser tutelado o interesse ao conhecimento da origem biológica, sem que isto implique em alteração do status de filho.
>
> Não obstante a descoberta do exame de DNA tenha levado a confluir paternidade e origem biológica, nem sempre se pode inferir uma na outra. O *status* de filho se alcança com o estabelecimento jurídico do vínculo paterno-filial, enquanto a origem genética pode não fazer parte desta relação."62

Mas esse direito à ascendência genética não é de maneira nenhuma uma forma de afastar a filiação socioafetiva já construída. O que ocorre, conforme os autores mencionados, é apenas o direito ao conhecimento de quem é o material genético que envolve a pessoa nascida como forma de preservar interesses maiores decorrentes dessa pessoa.63

61 VENCELAU, Rose Melo. Op. cit., p. 65-66

62 Ibid., p. 72.

63 GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Op. cit., p. 642.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo64, o conhecimento da origem genética está diretamente ligado ao direito da personalidade das pessoas, na medida em que a ciência de uma maneira geral vem ressaltando a relação existente entre as formas de prevenção da saúde com a ocorrência de doenças entre parentes próximos.

Assim, ainda conforme Paulo Luiz Netto Lôbo, não se pode confundir o estado de filiação e o direito à origem genética:

> "O estado de filiação deriva da comunhão afetiva que se constrói entre pais e filhos, independentemente de serem parentes consanguíneos. A verdade em matéria de filiação colhe-se no viver e não em laboratório. Portanto, não se deve confundir o direto da personalidade à origem genética com o direito à filiação, seja genética ou não.
>
> (...)
>
> Em suma, a identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo. O direito dos filhos à convivência familiar, tido como prioridade absoluta pela Constituição Federal (art. 227), construído no dia a dia das relações afetivas, não pode ser prejudicado por razões de origem biológica."65

Em consonância com o acatado, Paulo Luiz Netto Lôbo ressalta a grande e importante diferença entre o direito à ascendência genética e a investigação de paternidade, ou seja, segundo ele esses institutos não se confundem na teoria e nem na prática.

A título de exemplo o autor relata o caso da inseminação artificial heteróloga que, conforme analisado em tópico anterior, há doação do gameta masculino para fins de gravidez de uma mulher, mediante a autorização do marido ou companheiro da mesma. Nesse cenário, a filiação não depende da relação genética entre pai e filho.

---

64 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias.* Op. cit., p. 227.

65 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias.* Op. cit., p. 228.

Havendo essa técnica de reprodução assistida, o filho interessado poderá conhecer os dados genéticos desse doador anônimo de sêmen que constam nos arquivos da instituição que o armazenou66 para fins do direito da personalidade. Entretanto, segundo o autor, essa pessoa não poderá vindicar com o escopo de atribuição de paternidade, ou seja, não é adequado o uso da ação de investigação de paternidade para esse fim.67

O objetivo dessa investigação da identidade genética é em razão da busca pela história da pessoa, pela sua ancestralidade, pelo o que ela realmente é e o que representa como ser humano, o que muitas vezes só se consegue com a verdade biológica. É o reconhecimento de um vínculo biológico entre pai e filho que nunca tiveram qualquer outro tipo de vínculo jurídico.

Nesse sentido, convém ressaltar, que nos casos da filiação socioafetiva, pais com o intuito de solidariedade, a partir da vontade, constroem uma verdadeira relação de filiação. Esse elo, portanto, não pode ser destruído em razão do direito à ascendência genética, de modo que o filho que exerce tal direito o faz apenas para identificar o doador do material genético, ou para saber quem são seus pais biológicos no caso da adoção.

Forçoso reconhecer que o reconhecimento do autêntico genitor não vai desconstituir a verdadeira família decorrente da filiação socioafetiva que foi construída ao longo dos anos a partir dos sentimentos mais sinceros e leais de amor, carinho e afeto.

Encontramos julgados, como o do STJ a seguir exposto, portanto, em que vislumbram a possibilidade de busca da identidade genética, - relativizando a filiação socioafetiva -, a partir da análise do caso concreto a fim considerar o melhor interesse para o filho. Dessa forma, segue a ementa abaixo que apresenta muito bem essa conjuntura:

---

66 Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina: "5 - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, de acordo com a legislação vigente."

67 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. p. 8. Disponível em <http://www2.cjf.jus.br>. Acesso em 01 de maio de 2013.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

"EMENTA: DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE. VÍNCULO BIOLÓGICO. VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO. PECULIARIDADES.

- A "adoção à brasileira", inserida no contexto de filiação sócio-afetiva, caracteriza-se pelo reconhecimento voluntário da maternidade/paternidade, na qual, fugindo das exigências legais pertinentes ao procedimento de adoção, o casal (ou apenas um dos cônjuges/companheiros) simplesmente registra a criança como sua filha, sem as cautelas judiciais impostas pelo Estado, necessárias à proteção especial que deve recair sobre os interesses do menor.

- O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros.

- O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, inc. III, da CF/88, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, traz em seu bojo o direito à identidade biológica e pessoal.

- Caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercear o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica.

- A investigante não pode ser penalizada pela conduta irrefletida dos pais biológicos, tampouco pela omissão dos pais registrais, apenas sanada, na hipótese, quando aquela já contava com 50 anos de idade. Não se pode, portanto, corroborar a ilicitude perpetrada, tanto pelos pais que registraram a investigante, como pelos pais que a conceberam e não quiseram ou não puderam dar-lhe o alento e o amparo decorrentes dos laços de sangue conjugados aos de afeto.

> - Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em lar "adotivo" e usufruído de uma relação sócio-afetiva, nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura. Presente o dissenso, portanto, prevalecerá o direito ao reconhecimento do vínculo biológico.
>
> - Nas questões em que presente a dissociação entre os vínculos familiares biológico e sócio-afetivo, nas quais seja o Pode Judiciário chamado a se posicionar, deve o julgador, ao decidir, atentar de forma acurada para as peculiaridades do processo, cujos desdobramentos devem pautar as decisões.
>
> Recurso especial provido."68

Conforme se pode verificar ainda no âmbito da jurisprudência, constatamos julgados no sentido de reconhecer o direito à ascendência genética, que é um verdadeiro direito da personalidade, mas sem que isso necessariamente ocasione qualquer direito patrimonial decorrente desse reconhecimento do vínculo biológico:

> "EMENTA: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PETIÇÃO DE HERANÇA. EXAME DE DNA. CONTRA O ESPOLIO DO PAI BIOLÓGICO. EXTINÇÃO QUANTO AO PEDIDO DE ANULAÇÃO DO REGISTRO. O direito da parte em conhecer sua verdade biológica não tem, necessariamente, relação direta com o reconhecimento do direito de herança e alteração do nome. Ao contrário. A livre investigação tão só da verdade biológica decorre da atenção que o Estado deve ter em relação aos direitos de personalidade e do amplo conhecimento da identidade da pessoa. Necessidade. Socioafetividade. Ainda que o exame pericial seja importante para o descobrimento da filiação biológica, não se pode perder de vista que o julgador não está adstrito apenas ao exame genético. A ação envolve possível modificação do registro civil, caso em que a prova não pericial se faz necessária também para a investigação de

68 STJ, *DJE*, 04 de junho 2007, REsp 833712/RS, rel. Min. Nancy Andrighi.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> possível paternidade socioafetiva. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70038310876, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 13/04/2011)."

2.3. Investigação de paternidade ou maternidade

Conforme já analisado anteriormente, hoje em dia observamos com muita clareza o instituto da filiação socioafetiva no âmbito de diversas famílias, prevalecendo sobre, muitas vezes, os outros tipos de filiações existentes em nosso ordenamento.

Com o avanço da ciência, exames como o do DNA passaram a garantir uma quase certeza da filiação biológica, deixando para trás as antigas presunções de paternidade que permearam diversas famílias.

Muitos familiares interessados, portanto, passaram a recorrer a tais exames para finalmente desvendar ou não a verdade biológica que norteia esses grupos familiares.

Muito bem interpretada essa questão nas palavras de Maria Berenice Dias:

> "O direito à **identidade genética** passou a ser reconhecido como **direito fundamental** integrante do direito de personalidade, o que tem levado a jurisprudência a aceitar, cada vez com mais desenvoltura, a busca da identificação da paternidade. Os avanços são significativos, cabendo lembrar a possibilidade do afastamento dos efeitos cristalizantes da **coisa julgada**, quando a anterior ação não foi acolhida por falta de prova do vínculo de filiação. Há a possibilidade de reconhecimento da filiação, mesmo que a demanda não gere **reflexos jurídicos** e sirva tão-só para atender à necessidade psicológica da parte de conhecer sua ascendência biológica."[69] [70]

69 DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 351.

70 No sentido da falta de prova da filiação, que posteriormente possibilita a flexibilização da coisa julgada, encontramos dois recentes julgados do STJ sobre o tema no *informativo* nº 512. No REsp 1.223.610-RS, da relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em virtude dessas considerações, Maria Berenice Dias discorre sobre a importância do critério socioafetivo frente à verdade real, jurídica e presumida:

> "Cresce o movimento para emprestar maior importância ao critério **socioafetivo**, que se sobrepõe à verdade presumida e também à verdade biológica, pois tem por base um valor maior: o vínculo de afetividade que a constituiu. Tem prevalência até sobre a **coisa julgada**, pois nada deve obstaculizar o estabelecimento do vínculo jurídico para chancelar uma verdade que não existe. Comprovada a posse de estado de filho, não há como destruir o elo consolidado pela convivência, devendo a justiça, na hora de estabelecer a paternidade, sempre respeitar a verdade da vida, constituída ao longo do tempo."71

O reconhecimento de um filho pode ocorrer de diversas maneiras, dentre elas encontramos a ação de investigação de paternidade ou maternidade também conhecida como decorrente de decisão judicial.

Em razão do princípio da igualdade da filiação, o filho pode investigar a paternidade contra o pai biológico independentemente de qualquer fator externo relacionado a esse pai, ou seja, é irrelevante se o investigado possui outra família, se é casado, solteiro e etc.

O direito a investigar a filiação é indisponível, sendo relevante o fato de que o filho não pode celebrar negócio jurídico com os pretensos pais que serão investigados com o objetivo de não ter reconhecida essa relação de filiação que os

---

06/12/2012, entendeu-se ser possível a flexibilização da coisa julgada material nas ações de investigação de paternidade, na situação em que o pedido foi julgado improcedente por falta de prova. Concluiu-se ser possível o interessado investigar sua ascendência genética mediante a utilização do exame do DNA. Ainda a título de complementação do estudo sobre o caso, no AgRg no REsp 929.773-RS, da relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 06/12/2012, entendeu-se que flexibilização da coisa julgada material em investigação de paternidade não atinge as decisões judiciais fundadas no conhecimento científico da época, se este ainda for válido nos dias atuais. Assim, se a decisão na ação de investigação de paternidade foi no sentido da impossibilidade do investigado e da genitora gerarem pessoa do mesmo grupo sanguíneo do investigante, essa verdade científica ainda é válida nos dias atuais e, portanto, não pode ser flexibilizada a coisa julgada. Disponível em <www.stj.jus.br>.

71 DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 351.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

envolve. Ou seja, não pode o filho contratar com os supostos pais para afastar a possibilidade da investigação de paternidade. Além disso, a ação de investigação de paternidade é imprescritível72 73, ou seja, não há perda da proteção jurídica ao direito em razão do decurso do tempo.74

Paulo Luiz Netto Lôbo explica que a ação de investigação de paternidade não tem mais como fundamento único o objetivo de desvendar e atribuir uma paternidade ou maternidade ao pai ou mãe biológicos. Hoje em dia o que se investiga é o "estado de filiação", que pode ocorrer ou não em razão da verdade biológica. Caso contrário, segundo o autor, "seria mais fácil e rápido deixar que peritos ditassem sentenças de filiação".75

A investigação de paternidade só é admissível nos casos em que não haja uma paternidade constituída, jamais poderá ser utilizada para desconstituir uma já existente. Nessa linha de pensamento, não é possível a investigação de paternidade, com fulcro na verdade biológica, com o intuito de desfazer uma paternidade socioafetiva anteriormente formada.

Sobre esse entendimento, Paulo Luiz Netto Lôbo faz uma explicação de extrema importância e relevância:

> "O estado de filiação supõe a convivência familiar, considerada prioridade absoluta da criança pelo art. 227 da Constituição Federal. É, portanto, situação que se comprova com a estabilidade das relações afetivas desenvolvidas entre pais e filhos. O direito ao conhecimento da origem genética integra o direito da personalidade de qualquer indivíduo, que não se confunde com o direito de família. A investigação do estado de filiação tem por fito seu reconhecimento forçado, por decisão

72 Nesse sentido, art. 27 do ECA: "O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça".

73 Súmula 149 do STF: "É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança".

74 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Famílias.* Op.cit., p. 264.

75 Ibid., p. 265.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> judicial, porque não houve o reconhecimento voluntário. Assim, não é o meio adequado para impugnar paternidade registrada, com intuito de atribuir outra em seu lugar. Para essa finalidade, cabe ao interessado vindicar a invalidação do registro civil, porque não pode haver duplicidade de paternidade, uma registrada e outra reconhecida judicialmente."76

Rolf Madaleno, analisando o tema da investigação de paternidade, diz causar estranheza qualquer oscilação da jurisprudência ou da doutrina no sentido de privilegiar a filiação biológica e registral em detrimento da socioafetiva:

> "[...] porquanto não é crível e tampouco ponderável subverter os valores destes princípios que encontram no afeto entre pais e filhos o prenúncio antecedente e prevalente da verdadeira interação familiar.
>
> (...) Apresenta-se realmente inquietante qualquer decisão judicial priorizando a filiação biológica em detrimento da perfilhação socioafetiva, cujos exemplos mais frequentes advém da *adoção à brasileira* que acaba sendo injustamente desconsiderada para dar lugar aos vínculos biológicos para acolher a pedido de herança."77

Maria Berenice Dias discorre que, entretanto, o fato da filiação socioafetiva se sobrepor a todas as outras, isso não significa que a verdade biológica não pode ser novamente perseguida quando não for apreciada em demanda anterior. Na medida em que é necessário um conjunto probatório para a configuração do estado de posse de filho, nada impede a utilização da ação de investigação ou a negatória de paternidade para esse fim.

Logo, o filho a qualquer tempo pode propor ação de investigação de paternidade, em razão de ausência de provas suficientes à época. Diferentemente ocorre com o pai, que mesmo sendo assim reconhecido sem a devida prova genética,

76 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Famílias.* Op. cit., p. 265.

77 MADALENO, Rolf. *Filiação sucessória: parentalidade socioafetiva e biológica*. Op. cit., p. 123.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

não pode procurar o Poder Judiciário para desvendar a verdade genética, pois em sua situação já foi constituída a coisa julgada.78

Dessa forma, assim se pronuncia a referida autora:

> "Mesmo que no registro de nascimento conste o nome de alguém como pai, tal não pode impedir a busca da verdade biológica. A existência de **filiação registral** não limita o exercício do direito fundamental à busca da ascendência genética ao lapso decadencial da ação impugnativa de reconhecimento (CC 1.614). No entanto, esse direito é assegurado ao filho, não ao pai biológico, que não pode buscar o reconhecimento da paternidade se o filho entretém vínculo de filiação afetiva com o pai registral."79

A autora diz ser um injustificado paradoxo o fato de que quem não tem registro de pai em sua certidão de nascimento poder buscar a sua verdade biológica ao passo que outra pessoa que foi registrada por um pai que não é seu genitor teria um prazo decadencial para questionar esse vínculo parental.

Em razão disso, a jurisprudência do STJ80 já tem se posicionado no sentido de ser imprescritível a demanda de impugnação de registro (art. 1.614, CC) em favor do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nem mesmo o devido registro do pai em razão da filiação socioafetiva, segundo Maria Berenice Dias, tem o poder de impossibilitar a utilização da ação de

78 DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 353-354.

79 Ibid., p. 354.

80 Nesse sentido: "EMENTA: AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. FILHO REGISTRADO POR QUEM NÃO É O VERDADEIRO PAI. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO. IMPRESCRITIBILIDADE. DIREITO PERSONALÍSSIMO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.
1. É assente nesta Corte que a ação de investigação de paternidade é imprescritível, estando subsumido no pedido principal o cancelamento do registro relativo a paternidade anterior, por isso que não há como se aplicar o prazo quadrienal previsto no artigo 1.614 do Código Civil vigente.
2. Recurso especial provido para afastar a decadência e determinar o prosseguimento da ação de investigação de paternidade." STJ, *DJE*, 25 de outubro 2010, REsp 939818 / RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão.

investigação de paternidade. Na medida em que é necessário um conjunto probatório para a configuração da posse de estado de filho, pressuposto da filiação socioafetiva, não é possível impedir o uso da ação de investigação de paternidade.81

Guilherme Calmon Nogueira da Gama diz que atualmente a investigação de paternidade ou maternidade não se pressupõe unicamente do fator biológico para definir o estado de filiação, pois segundo ele é perfeitamente possível a investigação de paternidade em situações relacionadas ao parentesco civil, como nos casos de reprodução heteróloga e da posse de estado de filho.82 Além disso, faz a ressalva já explicitada anteriormente sobre o filho já possuir uma paternidade registrada em seu assento civil.83

A doutrina de uma maneira geral, vale ressaltar, sempre apresentou uma importante diferenciação, nas palavras de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, entre a ação de estado de filiação e a investigação de paternidade ou maternidade:

> "O direito brasileiro prevê o direito de vindicar o estado de filiação, não havendo limitação quanto à origem e à espécie de entidade familiar, diversamente do que ocorreu no sistema do Código de 1916. A ação de estado de filiação não se sujeita a prazo decadencial ou extintivo, podendo ser ajuizada a qualquer tempo. Não se deve confundir a ação de prova de filiação com a ação de investigação (de paternidade ou maternidade). Enquanto a ação de prova de filiação objetiva a comprovação da situação de fato, como na posse de estado de filho, cuja aparência decorre de presunção veemente ou de inicio de prova escrita de pais ausentes ou falecidos, a investigação de paternidade visa ao reconhecimento judicial da filiação em razão de omissão ou recusa de investigado,

81 DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 354.

82 Esse posicionamento de Guilherme Calmon Nogueira difere do entendimento, já mencionado no item pertinente sobre "Filiação socioafetiva X direito à ascendência genética", de Paulo Luiz Netto Lôbo, que ressalta não ser possível a ação de investigação de paternidade nos casos de inseminação heteróloga.

83 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: família*. Op. cit., p. 397-398.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> independentemente da existência (ou não) de convivência familiar". 84

Ocorre que o STJ em 2011, de maneira inédita, julgou ser possível a utilização da ação de investigação de paternidade ou maternidade para a busca do reconhecimento do vínculo de filiação socioafetiva, desde que provada a posse de estado de filho.

Portanto, é o que se extrai de alguns julgados nos tribunais de justiça e no STJ, forçando a tese da possibilidade de investigação de filiação socioafetiva, conforme ementa que segue de relatoria da Ministra Nancy Andrighi:

> "EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. POSSIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO.
>
> 1. A paternidade ou maternidade socioafetiva é concepção jurisprudencial e doutrinária recente, ainda não abraçada, expressamente, pela legislação vigente, mas a qual se aplica, de forma analógica, no que forem pertinentes, as regras orientadoras da filiação biológica.
>
> 2. A norma princípio estabelecida no art. 27, in fine, do ECA afasta as restrições à busca do reconhecimento de filiação e, quando conjugada com a possibilidade de filiação socioafetiva, acaba por reorientar, de forma ampliativa, os restritivos comandos legais hoje existentes, para assegurar ao que procura o reconhecimento de vínculo de filiação sociafetivo, trânsito desimpedido de sua pretensão.
>
> 3. Nessa senda, não se pode olvidar que a construção de uma relação socioafetiva, na qual se encontre caracterizada, de maneira indelével, a posse do estado de filho, dá a esse o direito subjetivo de pleitear, em juízo, o reconhecimento desse vínculo, mesmo por meio de ação de investigação de

84 Ibid., p. 401.

paternidade, a priori, restrita ao reconhecimento forçado de vínculo biológico.

4. Não demonstrada a chamada posse do estado de filho, torna-se inviável a pretensão.

5. Recurso não provido."

Conforme se depreende do julgado, segundo o voto da Ministra Relatora, o mecanismo processual adequado para o reconhecimento da filiação socioafetiva deve ser analisado com menos rigidez formal, na medida em que o próprio instituto desse tipo de filiação é uma concepção decorrente do entendimento jurisprudencial e doutrinário, que ainda não está expressamente previsto em nossa legislação, mas que são aplicadas por analogia as normas da filiação biológica no que for pertinente e cabível.

Discorre que essa aplicação, por certo, não pode ser feita de forma literal, pois são tipos de filiações diferentes, não idênticas, que requerem, muitas vezes, ajustes ampliativos ou restritivos, o que impossibilitaria a utilização analogia.85

Para finalizar o assunto, Guilherme Calmon Nogueira da Gama ressalta que com o registro civil da sentença, há produção de efeitos jurídicos do estado de filiação *ex tunc*, ou seja, efeitos que retroagem à data da concepção, uma vez que a relação de filiação se estabeleceu antes da sentença. Na sentença, portanto, apenas ocorreu o reconhecimento judicial da relação jurídica estabelecida.86

2.4. Direito a alimentos

A partir do princípio da dignidade da pessoa humana, - como um valor fundamental em nosso direito contemporâneo -, encontramos o pressuposto essencial da nossa sociedade que é o direito das pessoas viverem, entretanto, mais do que isso, as pessoas têm o direito de viver com dignidade.

Surge, portanto, o direito aos alimentos como forma de preservar essa dignidade da pessoa humana decorrente do próprio direito à vida. A dogmática dos alimentos é considerada uma das mais importantes do direito de família, uma vez

85 STJ, *DJE*, 15 de setembro 2011, REsp 1189663 / RS, rel. Min. Nancy Andrighi.

86 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: família*. Op. cit., p. 309.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que envolve diversas relações familiares e é objeto de milhares de demandas judiciais em nosso ordenamento.

Maria Berenice Dias enfatiza que os alimentos têm natureza de direito de personalidade, na medida em que asseguram o direito à vida e o direito à integridade física. Dessa forma, os parentes são os primeiros a serem chamados para prestar os alimentos quando da impossibilidade do alimentado em garantir o próprio sustento. Trata-se de um dever mútuo de auxílio.

Revela dizer que a obrigação de prestar alimentos decorre do princípio da solidariedade, ou seja, essa prestação deriva dos vínculos de parentesco que ligam as pessoas dentro de uma mesma família, como o casamento, a união estável e as relações entre pais e filhos.87

Os alimentos, no âmbito do direito de família, tem correlação com valores, bens ou serviços destinados às necessidades básicas e existenciais de uma pessoa, em virtude da relação de parentesco, na medida em que a própria pessoa não é capaz de por si só prover a sua subsistência.

Cumpre assinalar, igualmente, que os alimentos podem ser devidos em razão dos deveres de assistência, quando há ruptura das relações matrimoniais ou da união estável, ou no caso dos idosos que necessitam de tal prestação como forma de subsistência.

Esses alimentos podem ser providos através de dinheiro, chamados de pensão alimentícia, ou *in natura*, também chamados de naturais quando decorrem, por exemplo, da entrega de um bem imóvel para a moradia do alimentado ou de bens para o consumo humano. O adimplemento da obrigação alimentar pode ocorrer de forma direta, quando do pagamento da quantia em dinheiro ou de forma indireta, com o pagamento dos serviços prestados ao alimentado, como colégio, academia, clubes e etc.88

Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, a obrigação de prestar alimentos provém de diversas legislações em nosso ordenamento jurídico, como a própria Constituição

87 DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 458.

88 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias.* Op. cit., p. 371.

Federal de 1988, o Código Civil de 2002, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso, conforme as palavras do autor:

> "Sob o ponto de vista da Constituição, a obrigação a alimentos funda-se no princípio da solidariedade (art. 3º, I), que se impõe à organização da sociedade brasileira. A família é base da sociedade (art. 226), o que torna seus efeitos jurídicos, notadamente os alimentos, vincados no direito/dever de solidariedade. A legislação infraconstitucional estabelece seus limites e contornos: o Código Civil (arts. 206, §2º, e 1.694 a 1.710), que deu unidade ao direito material sobre o assunto, além do ECA, art. 22, o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003, arts. 11 a 14), as normas residuais de direito material da Lei de Alimentos (Lei n. 5.478/68) e outras dispersas. É jurídica, pois, a obrigação alimentar, fundada no princípio normativo da solidariedade, seja na relação com parentes, seja na relação familiar (cônjuges, companheiros). O direito empresta-lhe tanta força que seu descumprimento enseja, inclusive, prisão civil (art. 5º, LXVII, da Constituição)."89

O Código Civil regula a questão sobre quem tem o dever de prestar os alimentos e sobre quem tem o direito de receber os mesmos, a partir de uma interpretação do art. 1.695.

Assim, necessário é que o juiz no momento da fixação do valor devido, faça a devida análise do binômio "necessidade - possibilidade", ou seja, deverá verificar a real necessidade daquele que pleiteia e a verdadeira possibilidade daquele que deve prover.

Cumpre ressaltar que, conforme esclarecimento de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, encontramos uma doutrina mais moderna exaltando que além da necessidade da configuração do binômio acima apontado, existe um terceiro pressuposto, - evidentemente alterando-se a relação de binômio para trinômio -, que engloba a justa medida de duas circunstâncias fáticas, quais sejam, a razoabilidade ou a proporcionalidade.

89 Ibid., p. 372-373.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Indubitável é, portanto, que não importa apenas a necessidade do credor e a possibilidade econômica do devedor, mas sim a conjugação dessas duas medidas de maneira adequada. Consoante os doutrinadores, a fixação de alimentos não é um "bilhete premiado de loteria" para o alimentado e nem uma "punição" para o alimentante, mas na verdade é uma justa composição entre a necessidade de quem requer e o recurso financeiro de quem tem o dever de pagar.90

Maria Berenice Dias expõe que os alimentos são devidos em razão da origem da obrigação. Os pais têm o dever de sustentar os filhos, logo, a natureza jurídica dessa prestação é de poder familiar, uma vez que a própria Constituição Federal de 1988, no seu art. 229, impõe obrigações aos pais em relação aos filhos.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, os filhos têm a obrigação de amparar, através da prestação de alimentos, os pais na velhice, na carência e na enfermidade em decorrência do princípio da solidariedade entre os parentes em linha reta e colaterais (nesse caso, até o limite do quarto grau de parentesco). Já o encargo alimentar decorrente do casamento e da união estável tem origem no dever de mútua assistência que nasce durante o relacionamento e perdura mesmo depois do fim da união.91

Uma vez fixado o valor devido a título de alimentos, essa prestação pode sofrer alterações em razão da mudança da capacidade econômica daquele que provém os alimentos ou através de uma modificação da realidade daquele que os recebe como, por exemplo, um colégio mais caro, ou o ingresso em uma faculdade particular.

Em virtude a todas essas considerações, fica clara a necessidade da observância do requisito "relação de parentesco" para se configurar a possibilidade da fixação de alimentos.

Como se pode notar, entretanto, a nossa legislação em nenhum momento previu a prestação de alimentos no caso da posse de estado de filho, cabendo à doutrina e à jurisprudência a exposição sobre o assunto.

90 GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Op. cit., p. 683.

91 DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 459.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Encontramos julgados, portanto, prevendo essa possibilidade de prestação alimentícia apesar de toda a controvérsia que envolve a matéria.

Como fundamento lógico para tanto, nos casos de pais socioafetivos em relação aos seus filhos, contemplamos o pressuposto da igualdade constitucionalmente considerada entre os filhos. Conforme já foi anteriormente exposto, não existe mais qualquer discriminação em relação a filhos nascidos na constância do casamento ou fora, dos filhos adotados ou não. Ou seja, não importa mais para o nosso ordenamento a origem da filiação (art. 227, §6º da CRFB/88).

O art. 1.593 do CC/0292 que dispõe sobre a natureza do parentesco, ao usar a expressão "outra origem", admitiu um conceito amplo de parentesco, surgindo a possibilidade, sem dúvidas, do reconhecimento da relação socioafetiva como inserida dentro dessa expressão. A filiação socioafetiva, decorrente da posse de estado de filho, portanto, surge a partir dessa brecha que a lei mencionou.

Corroborando como acima exposto, é possível apontar a possibilidade de prestação de alimentos decorrente desse tipo de filiação. Uma vez que é vedado qualquer tipo de discriminação entre filhos em razão da origem dessa relação paterno-filial, se um filho biológico tem direito aos alimentos, seria um ato discriminatório o impedimento desse filho afetivo em ter o seu direito de subsistência garantido.

Para fins de reforçar a hipótese dos alimentos, encontramos o Enunciado 341 do Conselho da Justiça Federal, que assim dispõe: "Art. 1.696. *Para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar"*. Apesar dos enunciados não representarem uma regra ou uma norma, tratam-se de manifestações de pensamentos que servem de orientação para os interessados sobre as matérias que representam.

A jurisprudência também vem aceitando aos poucos tal instituto, no Rio Grande do Sul, como exemplo, existem diversas decisões no sentido da prestação de alimentos decorrente dessa filiação.

Assim, encontramos acórdãos no TJ/RS:

92 Art. 1.593: "O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

"EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE **ALIMENTOS** E AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. PAI REGISTRAL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO DE VONTADE NO REGISTRO CIVIL DO MENOR. EXISTÊNCIA DE PATERNIDADESOCIOAFETIVA. PARA QUE SEJA POSSÍVEL A ANULAÇÃO DO REGISTRO CIVIL DEVE SER DEMONSTRADO UM DOS VÍCIOS DO ATO JURÍDICO OU A AUSÊNCIA DA RELAÇÃO DE SOCIOAFETIVIDADE. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ATO JURÍDICO E PELA RELAÇÃO **SOCIOAFETIVA** EXISTENTE ENTRE O MENOR E O PAI REGISTRAL. É CONSABIDO QUE, SEGUNDO O ARTIGO 1.694, §1º, DO CÓDIGO CIVIL, OS **ALIMENTOS** DEVEM SER FIXADOS EM CONFORMIDADE COM AS NECESSIDADES DO RECLAMANTE E OS RECURSOS DA PESSOA OBRIGADA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70046812434, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Munira Hanna, Julgado em 20/03/2013)."

"EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AGRAVO RETIDO. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE CUMULADA COM ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL E EXONERAÇÃO DE **ALIMENTOS**. AUSÊNCIA DE PROVA DA OCORRÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. EXISTÊNCIA DE VÍCULO AFETIVO ENTRE O PAI REGISTRAL E A MENINA. PARENTALIDADE **SOCIOAFETIVA** CONFIGURADA NOS AUTOS. MANTIDO A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. I - Não é de se conhecer do agravo retido, na forma do parágrafo único do artigo 523 do CPC, quando o apelante não requereu, nas razões do recurso, a apreciação do agravo. II - Embora o laudo de investigação de paternidade tenha excluído o apelante como pai biológico da menor, o parecer social comprova a paternidade **socioafetiva**. III - Devem ser mantidos os **alimentos**, diante do dever de sustento dos genitores. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO, E DESPROVIDA A APELAÇÃO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70045309119, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 28/03/2012)."

No julgado apresentado a seguir, a Des. Maria Berenice Dias, após a investigação de paternidade ser concluída com a negativa da mesma em relação ao alimentante, - que seria o suposto pai da criança -, decidiu manter os alimentos fixados até que ficasse provado o vínculo da filiação socioafetiva ou não:

> "EMENTA: NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C EXONERAÇÃO ALIMENTOS. MANUTENÇÃO DO PENSIONAMENTO. Embora ausente o vínculo biológico entre as partes, provado por exame de DNA, remanesce o dever de pensionamento à filha, à míngua de prova acerca da inexistência de filiação socioafetiva. Necessidades presumidas e crescentes da criança, a qual não pode ser privada in limine e inaudita altera pars dos alimentos. Quantum fixado é mínimo e o alimentante não demonstra impossibilidade de pagá-lo. NEGADO PROVIMENTO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Agravo de Instrumento Nº **70018751651**, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 11/04/2007)."

Em decisão recente, o STJ93 com a relatoria do Ministro Raul Araújo, apesar de não dar provimento ao Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial, - em razão da incidência da Súmula 7 do STJ -, demonstrou a possibilidade da questão dos alimentos na filiação socioafetiva ser analisada pelo Tribunal Superior:

> "EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC. ACÓRDÃO A QUO QUE ENFRENTOU OS TEMAS TRAZIDOS A DEBATE EM DECISÕES DEVIDAMENTE FUNDAMENTADAS. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ DECIDIDA. IMPOSSIBILIDADE EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRETENSÃO POSTA NO APELO NOBRE QUE DEPENDE DE DISCUSSÃO ACERCA DA EXISTÊNCIA DE SOCIOAFETIVIDADE NA RELAÇÃO ENTRE PAI E FILHO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

93 STJ, *DJE*, 24 de abril de 2013, AgRg no AREsp 244510 / RJ, rel. Min. Raul Araújo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> 1. Inexiste violação ao art. 535, II, do CPC no acórdão a quo, uma vez que as questões submetidas à Corte Estadual foram suficiente e adequadamente examinadas, com abordagem integral do tema e fundamentação compatível. Os aclaratórios apresentados na instância ordinária visavam à rediscussão de matéria já decidida, pretensão inadmissível nesse recurso de natureza integrativa.
>
> 2. O acórdão a quo afirmou inexistir relação socioafetiva entre o pai registral e o ora agravado. A desconstituição dessas conclusões, como se pretende no apelo nobre, demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória, inadmissível na estreita via do recurso especial, consoante o enunciado da Súmula 7/STJ. **A pretensão posta no apelo nobre requer o exame da existência de relação socioafetiva entre o agravado e o pai registral, para, em seguida, analisar as alegações jurídicas quanto à subsistência do dever do ora agravante de prestar os alimentos ao ora agravado.**
>
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento." (grifo nosso)

Regina Beatriz Tavares da Silva94 traz uma importante reflexão quanto à filiação socioafetiva e a possibilidade de fixação de alimentos. Segundo a autora, a análise da relação afetiva deve ser feita da forma mais minuciosa possível a fim de evitar a banalização do instituto baseado no afeto.

No caso de padrasto, por exemplo, apenas pelo fato de que ele tratou bem o filho da esposa, que proporcionou bons momentos, - mesmo que financeiramente falando -, e não teve a função de substituir o pai biológico, não é admissível que ele seja obrigado a prestar alimentos ao enteado após o fim do relacionamento com a mãe. Segundo a autora, poderia representar comodismo para mãe e pai biológicos, no sentido de menos trabalho e talvez melhores recursos econômicos, obrigar esse padrasto a prover o que é da obrigação deles, pais biológicos da criança.

94 SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Obrigação de alimentar decorrente de paternidade socioafetiva: posição contrária*. Disponível em <http:// www.cartaforense.com.br>. Acesso em 08 de maio de 2013.

Diferentemente seria, conforme exemplo dado pela referida autora, o caso da criança criada por uma mãe desde o nascimento, mas que manteve a maternidade biológica da mãe consanguínea falecida no parto. Trata-se de uma maternidade socioafetiva, uma vez que essa criança foi criada desde o nascimento como filho dessa mãe por afetividade.

Com essa linha de pensamento, a autora demonstra a sua opinião em relação à decisão pioneira proferida pela 1ª Vara de Família da Comarca de São José do Estado de Santa Catarina que fixou o dever de alimentos pelo padrasto em favor da enteada, por força de um vínculo perdurado por mais de dez anos.95

Não há duvidas que esse tipo de decisão envolva uma grande controvérsia no tocante aos doutrinadores.

É muito mais fácil imaginar os alimentos devidos aos filhos nos casos de adoção simples, adoção à brasileira e nos outros casos, do que na situação de relacionamento entre enteados e padrastos.

Por conta disso, deve-se analisar o caso concreto para poder verificar se realmente houve a configuração da posse de estado de filho. De uma maneira mais prática, a análise deve ocorrer no entorno da vontade desse padrasto em ser o pai da criança, e no desejo desse filho em considerar o marido da mãe como o seu pai. O simples fato do casamento entre a mãe e o padrasto, por si só, não deve ser indício da relação baseada na afetividade para fins de alimentos. Deve haver, sobretudo, amor, carinho, afeto de maneira mútua entre os familiares.

Apesar de ser um entendimento minoritário, acredito que é possível essa prestação de alimentos pelo padrasto, desde que presente verdadeiramente a

95 "*a relação afetiva restou demonstrada, posto que é o requerido quem representa a adolescente junto à instituição de ensino que a mesma estuda. Ademais, o requerido declarou ser a dependente, além de arcar com o custeio de sua viagem aos Estados Unidos. Não há nos autos notícia acerca de eventual contribuição financeira percebida pela adolescente de seu pai biológico. Contudo, mesmo que a menor receba tal auxílio, nada impede que pelo elo afetivo existente entre ela e o requerido, este continue a contribuir financeiramente para as suas necessidades básicas. Portanto, primando pela proteção integral da menor e com base na relação de afetividade existente entre a adolescente e o requerido, defiro os alimentos provisórios pleiteados"* (TJ/SC, processo em segredo de justiça, Comarca de São José, 1ª Vara de Família). Trecho do acórdão retirado da obra: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Direito das Famílias*. 5ª. Ed. Bahia: *Jus*PODIVM, 2013. p. 628.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

filiação socioafetiva e desde que outros parentes próximos, como o pai biológico, não tenham condições suficientes de garantir a subsistência dessa criança. A ideia, de uma maneira geral, é que uma criança ou adolescente não podem ficar desprotegidos, sem amparo financeiro, na medida em que isso desrespeitaria todos os preceitos constitucionais de apoio aos menores.

Ora, se o escopo dos alimentos é garantir a dignidade das pessoas que os necessitam, como excluir os filhos socioafetivos desse enquadramento? A lógica de serem tratados como filhos biológicos é para lhes garantir todo e qualquer direito desde que possível. Eles não podem e não devem ser marginalizados no tocante ao direito dos alimentos.

Cumpre observar, portanto, que não existem regras absolutas no caso da filiação socioafetiva, de modo que cada situação deve ser analisada diante das circunstâncias apresentadas.

Para finalizar essa questão toda, encontramos a posição de Maria Berenice Dias, alegando que a concepção gera o dever de alimentar, logo, os alimentos devidos pelo pai socioafetivo podem ser afastados diante da situação financeira do mesmo em relação ao pai biológico, conforme o entendimento abaixo apontado:

> "Como vem, cada vez mais, sendo prestigiada a **filiação socioafetiva** – que, inclusive, prevalece sobre o vínculo jurídico e o genético -, essa mudança também se reflete no dever de prestar alimentos. Assim, deve alimentos quem desempenha as funções parentais. No entanto, sob o fundamento de que a responsabilidade alimentar antecede o reconhecimento civil ou judicial da paternidade, moderna corrente doutrinária – sob o nome de **paternidade alimentar** – sustenta que a concepção gera o dever de prestar alimentos, ainda que o pai biológico não saiba da existência do filho nem de seu nascimento e mesmo que a paternidade tenha sido assumida por terceiros. Daí ser de todo defensável a possibilidade de serem reivindicados alimentos do genitor biológico, diante da impossibilidade econômico-financeira, ou seja, diante da menor capacidade alimentar do genitor socioafetivo, que não está em condições de cumprir satisfatoriamente com a real

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

necessidade alimentar do filho que acolheu por afeição, em que o pai socioafetivo tem amor, mas não tem dinheiro."96

2.5. Direitos sucessórios

Os direitos patrimoniais decorrentes da filiação socioafetiva seguem o mesmo raciocínio do instituto da prestação de alimentos resultante desse tipo de relação. Como há uma vedação expressa na CRFB/88 em relação a atos de discriminação dos filhos em razão da origem da filiação, da mesma maneira todos os filhos, inclusive os afetivos, têm direitos sucessórios em relação aos pais.

Uma vez estabelecida a igualdade entre os filhos, encontramos a necessidade de adaptação da legislação a fim de ter a possibilidade de resolver os conflitos, principalmente na esfera patrimonial, ou seja, em razão dos direitos sucessórios, decorrentes do predomínio da filiação socioafetiva sob a verdade biológica.

Em conformidade com a fundamentação do direito aos alimentos, o art. 1.593 do CC/02 abriu a possibilidade do parentesco resultar de outra origem que não a partir dos laços sanguíneos, portanto, doutrina e jurisprudência evidenciam a filiação socioafetiva dentro desse contexto.

Com relação à adoção, não existem maiores dúvidas quanto à questão patrimonial, uma vez que o instituto da adoção rompe com qualquer vínculo do filho em relação aos pais e parentes biológicos.

Em virtude disso, na filiação decorrente da adoção propriamente dita e da "adoção à brasileira", não há o que se falar na possibilidade de retorno à filiação biológica após a morte do pai adotivo, ficando os pais biológicos completamente afastados da herança.97

Aceitável, logo, o ajuizamento de demanda declaratória de paternidade ou maternidade socioafetiva, para comprovar a posse de estado de filho e garantir todos os efeitos da filiação, inclusive os direitos sucessórios. Caso isso não fosse assim entendido, haveria uma aversão ao tratamento igualitário entre os filhos.

96 DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 477-478.

97 MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 483.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim como no caso dos alimentos provenientes desse tipo de filiação, para fins de direitos sucessórios, deve-se analisar cada caso concreto para se configurar a plenitude da posse de estado de filho a fim de não serem concretizadas injustiças em relação ao próprio filho afetivo ou em relação a outros parentes. Esse tipo de filiação não pode se basear em meros indícios ou presunções, deve haver um real e verdadeiro relacionamento baseado no afeto.

Muito bem explicitada essa ponderação e a necessidade de uma repercussão social, conforme Heloisa Helena Barboza que diz ser indispensável a ponderação dos interesses de todos os envolvidos e, também, a análise da questão deve levar em consideração "não só os laços afetivos, mas, principalmente, as repercussões sociais (*sócio*) geradas por esses laços (*afetividade*)".98

É de ser revelado que, entretanto, ao passo que autores defendem a paternidade alimentar, conforme no item acima exposto nas palavras de Maria Berenice Dias, no que tange a possibilidade de alimentos por parte dos pais biológicos em detrimento da relação socioafetiva anteriormente constituída, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald99, - que não concordam com essa tese a não ser em casos absolutamente extraordinários100 -, destacam outra perspectiva quanto aos direitos sucessórios.

Alegam tais autores que no tocante ao direito sucessório, não seria cabível o seu reconhecimento em relação ao genitor biológico em detrimento da relação socioafetiva em hipótese nenhuma, uma vez que isso romperia a igualdade

98 BARBOZA, Heloisa Helena. Op.cit., p. 25.

99 FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Direito das Famílias*. Op. cit., p. 697.

100 Para argumentar esse posicionamento, os autores admitem esse caráter excepcional da paternidade alimentar, com a intenção de impedir que venha a ameaçar a dignidade do filho, nesse sentido: "Ou seja, não parece possível cobrar alimentos do pai biológico (*rectius*, genitor) pelo simples fato de ter uma capacidade contributiva melhor do que o *pai* (afetivo). Somente em casos excepcionais, quando visivelmente o pai não tiver condições de prestar os alimentos e *desde que não possam ser pleiteados de outra pessoa da família socioafetiva* (os avós afetivos, por exemplo) é que entendemos cabível a tese da paternidade alimentar. Fora disso, não parece razoável, até porque estaria implicando em enfraquecimento da filiação sócio-afetiva, não rompendo, em definitivo, os vínculos genéticos." Cf. FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Direito das Famílias*. Op. cit., p. 697.

constitucionalmente assegurada aos filhos, ao permitir, por via indireta, que uma pessoa pudesse suceder duas vezes.

Entretanto, ressaltam ser sempre possível ao filho afetivo ajuizar uma ação de investigação de origem genética a qualquer tempo, para ver reconhecida a sua ancestralidade, sem que isso gere qualquer efeito patrimonial. Segundo os autores, é dizer: "terá o direito da personalidade de reconhecer a sua origem genética, (...). Terá direito à determinação judicial do seu *genitor*, sem que isso afete a sua relação com o seu *pai*".101

Uma questão muito interessante que Rolf Madaleno102 assinala é em relação ao pedido de desconstituição da filiação socioafetiva em razão dos direitos sucessórios do pai biológico.

Aponta o autor sobre se é ético ou não desconstituir essa relação baseada no afeto construída durante anos com o genitor registral que sabia não ser seu filho biológico, sob a tardia alegação do registro de nascimento ser ideologicamente falso, para assim prevalecer um reconhecimento da relação biológica com um pai que nunca conviveu e nunca conviverá por estar falecido.

Em suma, afastadas todas as questões técnicas e processuais referentes à decadência entre outras coisas, importa trazer à discussão o exame ético e jurídico da filiação afetiva:

> "Interesse e legitimidade são pressupostos indissociáveis, premissas inafastáveis à prestação jurisdicional, porque pode haver o interesse econômico e, no entanto, estar afastado o interesse moral na ação de desconstituição da paternidade socioafetiva de longa duração, cuja convivência em se movimentar judicialmente para buscar um *segundo pai*, falecido, está tão só no propósito de retirar os efeitos econômicos do vínculo parental, tendo em conta ser totalmente inviável qualquer outra interação, nunca exercida e

101 FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Direito das Famílias*. Op. cit., p. 697-698.

102 MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Op. cit., p. 480.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> tampouco procurada, não obstante o investigante há muito tempo soubesse da existência de seu pai biológico."103

Segundo o autor, portanto, razões éticas orientam para o afastamento desse reconhecimento de filiação biológica com efeitos primordialmente patrimoniais quando da existência da filiação socioafetiva, dentre as quais assim enumera o referido doutrinador:

> "[...] a uma, porque o tardio vínculo biológico não deve prevalecer sobre a paternidade construída na convivência familiar, obra de intensa relação socioafetiva, erguida pelo afeto desenvolvido ao longo dos anos entre pai e filho registrais; a duas, porque negar esse precioso e puro elo de vínculos originados do afeto apenas por dinheiro os bens materiais seria desconsiderar a nova ordem jurídica da dignificação da pessoa justamente em detrimento da matéria; a três, porque o filho socioafetivo, ao investigar a sua ascendência genética depois da morte do pai biológico, geralmente está desconstituindo a sua ascendência registral e socioafetiva, por vezes de pai registral já falecido, habilitando-se então em duas heranças, de dois pais, o registral, socioafetivo e o biológico, de quem a busca a compensação econômica; e a quatro, porque na ponderação dos valores deverá, e sempre, prevalecer como *princípio* do sistema jurídico brasileiro o respeito constitucional à dignidade da pessoa humana e digno será preservar os vínculos nascidos do amor."104

Oportuno tornar-se dizer, novamente, que configurada a posse de estado de filho, a esse relacionamento entre pais e filhos devem ser aplicados todos os direitos e deveres plenamente garantidos pelo direito brasileiro.

---

103 Ibid., p. 481.

104 MADALENO, Rolf. *Curso de direito de* família. Op. cit., p. 482.

Na medida em que foi o pai, por exemplo, afetivo que ajudou na construção da identidade, do caráter e da personalidade do filho, não seria razoável excluir o mesmo do direito sucessório nascido a partir desse elo baseado no afeto.

Capítulo 3

Das discussões sobre a revogabilidade da filiação socioafetiva

3.1. Noções gerais

Considerações acerca da filiação socioafetiva foram abordadas durante o presente trabalho, entretanto, sobre o tema da revogabilidade que a envolve, poucas explicações foram apontadas. Dessa maneira, compreende-se ser imprescindível o presente capítulo a fim de reforçar teses que foram anteriormente explicitadas e expor mais informações essenciais sobre o tema em questão.

O instituto da filiação socioafetiva é cada vez mais presente em nossa sociedade e cada vez mais estudado e analisado pelo direito de uma maneira geral. Como forma de corroborar com tal amplitude de situações que abarcam essa relação sociológica, recentemente o STF105 reconheceu a repercussão geral sobre o tema que envolve a prevalência ou não da paternidade socioafetiva sobre a biológica.

Em diversas oportunidades o conceito de filiação socioafetiva foi explicitado. O elo afetivo, ressalta-se, não decorre do nascimento como critério de parentesco, mas sim a partir da manifestação de vontade e do desejo construído ao longo dos anos, com base no tratamento recíproco entre pais e filhos de modo a ser possível o afastamento da verdade biológica e as presunções que poderiam nortear tal relação, em favor do relacionamento baseado no afeto.

Para substanciar a filiação socioafetiva no tocante à Carta Magna, encontramos nas palavras do Desembargador Antônio Carlos Mathias Coltro, uma

105 A discussão chegou ao STF por meio do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 692186, interposto contra decisão do STJ que não admitiu a remessa do Recurso Extraordinário para a Suprema Corte. No caso em questão, foi pedida a anulação de registro de nascimento feito pelos avós paternos, que o fizeram como se pais realmente fossem, e o reconhecimento da paternidade do pai biológico. No julgamento em primeira instância, a ação foi julgada procedente, decisão essa mantida em segunda instância e também pelo STJ. Foi interposto, portanto, um recurso para o STF no qual os herdeiros do pai biológico alegaram que a decisão do STJ, dando preferência à relação biológica em detrimento da socioafetiva, afrontava o art. 226 da CRFB/88.

Disponível em < http://www.stf.jus.br>. Acesso em 20 de maio de 2013.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

melhor explicação sobre a essência da nossa Constituição, o que nos remete aos pressupostos de aceitação para esse modelo de relação:

> "Nem poderia ser diferente, em uma Constituição cujo preâmbulo alude ao exercício dos direitos sociais e individuais, à liberdade, segurança, ao bem-estar e desenvolvimento, à igualdade e justiça como valores supremos de uma sociedade **fraterna, pluralista** e **sem preconceitos,** fundada na harmonia social e cujo art. 1º afirma, dentre outros, serem **fundamentos republicanos**, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, dispondo o art. 3º, como um dos objetivos fundamentais da República, a edificação de uma sociedade livre, justa e solidária, acentuando o art. 226, § 7º, como direito fundamental disperso e alicerçado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, ser o planejamento familiar 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, sem olvidar, no art. 227, e na mesma condição, ser 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 (...), além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão."106

Ainda segundo o referido autor, com a promulgação da CRFB/88, foi possível levar em consideração, no âmbito do direito de família, sobre o quanto de destaque foi conferido à instituição familiar, seja no aspecto legislativo, seja no judicial e, especialmente, no que diz respeito à filiação decorrente da socioafetividade, que sem maiores dúvidas possui um viés constitucional.107

Muitas vezes pode haver o conflito entre a filiação socioafetiva e a biológica. Sobre isso, por exemplo, podemos encontrar situações em que uma criança foi registrada de acordo com o procedimento envolvendo a "adoção à brasileira" e em

106 COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *O fundamento constitucional da filiação socioafetiva*. Revista do Advogado, São Paulo, v. 32, n. 117, p. 8, out., 2012.

107 Ibid., p. 11.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

certo momento de sua vida resolve desvendar a sua verdade genética para fins patrimoniais, desconsiderando a relação afetiva perdurada durante toda a sua vida.

Sobre isso, fica clara a necessidade da análise da situação meticulosamente. Um filho nascido biologicamente de seus pais pode ter advindo de um "descuido", de um "fato isolado", ao passo que o elo afetivo, em razão da vontade e do desejo que norteiam a relação, pode ser muito mais importante e verdadeiro em razão da dinâmica que envolve o relacionamento.

Insta salientar o entendimento de Paulo Luiz Netto Lôbo sobre a importância da relação afetiva, - que em seu texto é especificado através da paternidade socioafetiva -, quanto a sua natureza no direito de família. Segundo o referido autor, essa espécie de paternidade não é acrescida, excepcional ou supletiva da paternidade biológica. Assim, toda a paternidade na verdade é socioafetiva independentemente da origem, podendo ocorrer ou não concomitantemente a relação biológica entre pais e filhos.108

Seguem as palavras do doutrinador:

> "Sua complexidade radica no fato de não ser um simples dado da natureza, mas uma construção jurídica que leva em conta vários fatores sociais e afetivos reconfigurados como direitos e deveres. Superou-se a equação simplista entre origem genética, de um lado, e deveres alimentares e participação hereditária, de outro. A paternidade é múnus assumido voluntariamente ou imposto por lei no interesse da formação integral da criança e do adolescente e que se consolida na convivência familiar duradoura."109

No decorrer do Capítulo 1 do presente trabalho, analisamos os tipos de filiações que podemos encontrar nos núcleos familiares, independentemente do elo sanguíneo que se constate. Através da prova da filiação, ou seja, da configuração da

108 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Paternidade socioafetiva e o retrocesso da súmula 301 do STJ*. p. 2. Revista JusNavigandi. Disponível em <http://www.jus.com.br>. Acesso em 01 de junho de 2013.

109 Ibid., p. 2.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

posse de estado de filho, é possível compreender a relação afetiva e as naturais consequências jurídicas que dela decorrem.

Sobre a posse de estado de filho, existem os três requisitos analisados no tópico pertinente sobre o assunto que, entretanto, não devem ser apreciados com excessivo formalismo e rigidez, uma vez que a finalidade é delinear o exercício fático, por exemplo, da paternidade, o que é realmente relevante para o melhor interesse da criança.110

Partindo desse esclarecimento, Roberto Paulino de Albuquerque Júnior faz a seguinte indagação: no caso do desaparecimento posterior desses elementos da base fática, ou seja, com o fim da convivência, do afeto, cessando a relação paterno-filial, como permanece a função do direito de família? Assim, depois da construção da filiação socioafetiva e com a alteração das condições fáticas que possibilitaram a existência dessa relação, é possível a revogação desse instituto face ao direito?111

Como as relações familiares são extremamente complexas uma vez que representam a interação entre seres humanos inseridos em um mesmo núcleo de convivência, não restam dúvidas de que conflitos podem vir a surgir entre os membros. Dessa forma, não diferentemente encontramos situações envolvendo pais e filhos, o que no caso de uma relação socioafetiva, diversos problemas podem vir a eclodir, como a possibilidade ou não da desconstituição dessa filiação.

Certo é que o afeto112 decorre de uma liberalidade que envolve pais e filhos no que tange aos sentimentos recíprocos. Ninguém pode ser obrigado a amar outra pessoa, mas quando isso ocorre por livre e espontânea vontade, consequências práticas surgem.

---

110 JÚNIOR, Roberto Paulino de Albuquerque. *A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v.8, n.39, p. 67, dez./janeiro, 2007.

111 Ibid., p. 68.

112 No momento do presente trabalho, se mostra oportuno ressaltar o conceito da palavra afeto: "A palavra *afeto* provém do latim *affectus*, que se origina da justaposição dos termos latinos *ad* (para) e *fectum* (feito), que significa "feito um para o outro", estado ou disposição do espírito, sentimento, afeição, paixão, ternura de uma pessoa para outra." Cf. FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Op. cit., p. 105.

Com base em todas essas noções expostas, se apresenta importante mencionar sobre o valor jurídico do afeto e o envolvimento do direito da personalidade nas relações de filiação. Além disso, essencial se torna a discussão sobre a revogabilidade do relacionamento socioafetivo, temas esses que serão analisados nos itens que se seguem.

3.2. O valor jurídico do afeto e o direito da personalidade

Se em um sistema jurídico anterior havia prevalência da defesa dos direitos patrimoniais como um todo, a nova ordem jurídica atende amplamente o princípio da dignidade da pessoa humana e os alcances que ele propõe. O homem deve ter seus direitos respeitados como uma pessoa humana, e não mais apenas o seu patrimônio deve ser defendido.

Nesse caminho de discussão, o afeto adquire tamanha importância nas relações atuais que o direito de família não pode esquecê-lo, na medida em que os tribunais vêm baseando as suas decisões levando em consideração esse princípio ou sentimento que decorre de valores muito maiores.

Luiz Edson Fachin afirma que a Constituição de 1988 dispõe sobre a vedação do tratamento discriminatório entre os filhos, levando em consideração princípios da igualdade e da inocência, surgindo para consolidar o afeto como o elemento de maior relevância no que diz respeito à definição de uma paternidade.113

O autor continua sua argumentação discorrendo sobre o importante fato da jurisprudência brasileira admitir o valor jurídico do afeto. Os tribunais, portanto, reconhecem uma circunstância que se coloca como alicerce das relações familiares. Ressalta que não restam dúvidas sobre a importância da verdade biológica da filiação, porém, o que determina a relação entre pais e filhos, - e em razão disso faz com que assim sejam chamados -, é mais abrangente do que a carga genética que os une:

> "[...] diz respeito às relações concretas entre eles, o carinho dispensado, o tratamento afetuoso, a vontade paterna em se projetar em outra pessoa, a quem reconhece como filho, não

113 FACHIN, Luiz Edson. Op. cit., p. 22.

> só em virtude do sangue, mas em virtude do afeto, construído nas relações intersubjetivas concretas."114

Ainda em se referindo ao pressuposto do real valor jurídico, Rolf Madaleno nos relembra que o mesmo deve estar na verdade afetiva e jamais alimentada na ascendência genética:

> "[...] porque essa, quando desligada do afeto e da convivência, apenas representa um efeito da natureza, quase sempre fruto de um indesejado acaso, obra de um indesejado descuido e da pronta rejeição. Não podem ser considerados genitores pessoas que nunca quiseram exercer as funções de pai ou de mãe, e sob todos os modos e ações se desvinculam dos efeitos sociais, morais, pessoais e materiais da relação natural de filiação."115

Roberto Paulino de Albuquerque Júnior ressalta a consequência do reconhecimento por parte do direito da relação fática de paternidade baseada no afeto e no serviço. Veja-se:

> "Temos que esta é a constituição plena da relação de filiação. Quando ocorre a concretização, no mundo dos fatos, dos elementos integrativos do suporte fático da paternidade socioafetiva, gerada está a relação complexa de filiação, com a vinculação do filho aos pais, a instalação dos respectivos poderes-deveres inerentes à autoridade parental e todos os demais efeitos típicos da parentalidade."116

Ainda sobre as indagações feitas no fim do item anterior, - sobre uma possível desconstituição da relação afetiva -, o mencionado autor articula dizendo que a resposta mais óbvia seria no sentido do obstáculo de uma relação de filiação amplamente configurada. Entretanto, segundo ele, essa situação não é convincente para impossibilitar a revogação desse tipo de filiação.

---

114 FACHIN, Luiz Edson. Op. cit., p. 23.

115 MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Op. cit., p. 472.

116 JÚNIOR, Roberto Paulino de Albuquerque. Op. cit., p. 68.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No entendimento do autor, a resposta aparenta estar nos reflexos que a formação da posse de estado de filho representa na personalidade do filho, "formatando-a e dando-lhe uma identidade própria tutelada em sede de direitos de personalidade".117

Sob o paradigma do direito da personalidade, compreendemos que a construção de um laço paterno-filial, - que no caso da relação afetiva se estrutura ao longo dos anos -, se reflete na identidade tanto de um pai como de um filho.

O caráter, a imagem e o perfil dos membros da família se desenvolvem a partir da relação que os mantém unidos. Da mesma maneira isso se mostra pertinente, como visto anteriormente, no que tange ao direito à ascendência genética, que não apenas pode colaborar, como na verdade pode ser essencial para o desenvolvimento da personalidade do filho.

Nesse sentido, os filhos são os mais afetados pelas transformações familiares uma vez que são eles que estão em desenvolvimento físico e psíquico, sendo certo que tais alterações nas estruturas familiares, como a revogação da filiação com o pai ou a mãe, podem ser prejudiciais para a personalidade dos mesmos.

Importante ressaltar que o art. 27 do ECA118 prevê o direito personalíssimo do reconhecimento do estado de filiação. Não obstante a isso, entendemos que tal

---

117 Ibid., p. 69.

118 Sobre o artigo em questão, merece expor a indagação feita por Maria Berenice Dias no que concerne ao prazo decadencial de quatro anos, a partir da maioridade, para um filho impugnar o seu reconhecimento (art. 1.614 do CC). Segundo a autora, esse é um dos dispositivos que mais gera polêmica em sede doutrinária levando a decisões desiguais nos tribunais pátrios. Veja-se: "Nitidamente, a limitação temporal – quatro anos – entra em rota de colisão com o que dispõe o art. 27 (...). O fato de ter havido o **reconhecimento voluntário** da paternidade não pode afetar o direito de investigação da verdade biológica. Não cabe mantença da distinção que sustenta boa parte da doutrina e consegue adeptos nos tribunais. Não há por que limitar o direito de investigar a paternidade ao exíguo **prazo** da impugnação da filiação. Modernamente, não se pode admitir prazo para uma ação que é tão **imprescritível** quanto o é a negatória de paternidade (CC 1.601). O lapso decadencial não se amolda ao novo direito de filiação e não pode subsistir." Cf. DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 348-349. Diferentemente indagam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que alegam não haver conflito entre tal artigo e o prazo de quatro anos: "Essa possibilidade de impugnar o reconhecimento feito pelo pai, no prazo de quatro anos, não conflita com a regra do art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente que estabelece a imprescritibilidade do direito ao reconhecimento forçado da paternidade. Ou seja, não há prazo para que um filho procure obter o seu reconhecimento filiatório. Mas, há prazo decadencial para impugnar o ato pelo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

disposição não deve ser usada como forma de desconstituir uma filiação já perdurada, mas sim para reconhecer o direito do filho em buscar a sua identidade genética.

É de ser revelado, segundo o autor Renato Maia, que esse dispositivo veio a assegurar, além de outros, também o princípio constitucional da isonomia dos filhos. Veja-se:

> "A igualdade constitucional da filiação (art. 227, §6o da Constituição Federal) considerou o estabelecimento da filiação um *direito* de todo filho, seja ele legítimo, espúrio ou natural, possibilitando a toda criança conhecer sua origem e crescer em um ambiente familiar. Teoria comprovada através dos tribunais que têm entendido que os filhos podem a qualquer tempo, pleitear a paternidade que imputam a alguém, derrubando qualquer presunção e até mesmo o registro público de nascimento. (Resp. n. 4.987 – RJ – 4ª turma – STJ)."119

O doutrinador acima mencionado continua sua explanação sobre o direito personalíssimo que envolve o reconhecimento da filiação:

> "A expressão "personalíssimo", além de significar a individualidade no que tange a sua legitimidade, também, sob outro prisma, indica que a filiação é um direito diretamente vinculado à personalidade jurídica de seu detentor ou melhor dizendo, do filho.
>
> A capacidade do homem (pessoa natural), como sujeito apto a adquirir direitos e assumir obrigações, para satisfazer suas necessidades nas relações sociais lhe é outorgada pela sua personalidade jurídica, a qual adquire com o nascimento com vida.

qual foi reconhecida a sua ancestralidade." Cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Direito das Famílias*. Op. cit., p. 708.

119 MAIA, Renato. *Filiação Paternal e seus efeitos*. 1ª. Ed. São Paulo: SRS Editora, 2008, p.57.

> A personalidade é o conjunto de caracteres próprios da pessoa. Sem se consubstanciar em um direito, é ela que apoia os direitos e deveres que dela nascem. (...) Os direitos da personalidade são direitos da existência."120

Indubitável é, portanto, que qualquer discussão sobre a revogabilidade de uma filiação socioafetiva também deve ser analisada à luz dessas questões indagadas, ou seja, levando-se em consideração o valor jurídico do afeto e as consequências que essa possibilidade de desconstituição pode acarretar ao direito da personalidade de um filho. Além disso, outros pontos se mostram pertinentes sobre o assunto, e é o que se apresenta no item que segue o presente trabalho.

3.3. Da análise das discussões

Dentre os modelos de filiação existentes, em alguns encontramos regulamentação, como a adoção e a inseminação artificial que possuem a Resolução do Conselho Federal de Medicina, e por isso não geram muitas dúvidas quanto à existência jurídica do afeto nesses vínculos. Doutrina e jurisprudência, assim sendo, já consolidaram o entendimento sobre a impossibilidade de desconstituição dessas relações.

Em contrapartida, existem laços baseados no afeto que não são regularizados pelos institutos jurídicos, na medida em que surgem com a convivência, em meio às ligações de amor, carinho e afeto. Entretanto, não podem ser desprezadas as suas ocorrências na sociedade e nem no âmbito do direito, sendo certo que para serem plenamente configuradas, deve ser provada a posse de estado de filho.

Revela dizer que, em relação a essas situações, encontramos discussões sobre a possibilidade de revogação uma vez que é preciso configurar a situação fática que deu ensejo a esses relacionamentos, o que pode levar a diversas incertezas. Para tanto, o afeto, o direito da personalidade e o melhor interesse da criança e do adolescente são essenciais para a análise das discussões.

A proteção da criança e do adolescente está plenamente prevista em diversos dispositivos, tanto constitucionais como infraconstitucionais. O art. 1º do ECA, por exemplo, exalta a incidência dos princípios da proteção integral à criança e ao adolescente. O art. 6º da mesma lei, referenda que na interpretação dessa legislação,

120 Ibid., p. 57-58.

deve-se levar em consideração, além de outras situações, a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. Já o art. 15 dispõe que sobre os direitos das crianças e dos adolescentes como pessoas humanas em processo de desenvolvimento.121

Com base nessas considerações feitas a partir do desígnio do Estatuto da Criança e do Adolescente, é de fácil percepção o interesse do legislador atualmente em proteger integralmente o menor e lhe garantir todos os direitos que a Constituição de 1988 possibilita e assegura.

O registro de nascimento, na seara das discussões, pode ser realizado por livre e espontânea vontade, no sentido do declarante saber que o filho nascido não é biologicamente seu. Ainda sim, dispõe conscientemente a sua vontade e resolve por registrar o filho com o seu nome e com a sua paternidade.

Nessas situações, apesar de julgados em sentido contrário, como abaixo podemos verificar, doutrina e jurisprudência ponderam em favor da irrevogabilidade dessa filiação, inclusive com decisões no âmbito do STJ122, uma vez que a filiação socioafetiva está plenamente configurada.

Além disso, como fundamento para essa não desconstituição, preceitua na doutrina a autora Rose Melo Vencelau, que no caso da falsidade do registro feita pelo pai que registrou a criança, se deve aplicar a vedação ao *venire contra factum proprium*. Trata-se do princípio que impõe que a ninguém é permitido agir contra seus próprios atos. Portanto, segue a explicação da mesma:

> "Caracteriza-se pela existência de dois comportamentos de uma mesma pessoa, sendo que o segundo é contrário ao primeiro. Se o comportamento contraditório provoca danos em virtude da expectativa ou da aparência jurídica que o primeiro

121 WELTER, Pedro Belmiro. Op. cit., p. 137-138.

122 "EMENTA: RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE REGISTRO CIVIL - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO GENÉRICA - RECURSO ESPECIAL, NO PONTO, DEFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO - APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 284/STF - ADOÇÃO À BRASILEIRA – PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA - IMPOSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE DE DESFAZIMENTO - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO."

STJ, *DJE*, 04 de agosto de 2009, REsp 1088157 / PB, rel. Min. Massami Uyeda.

> causou, não poderá ser tutelado. Preserva-se, assim, o comportamento anterior.
>
> (...)
>
> Mais evidente se apresenta para restringir o exercício do direito do perfilhante de impugnar o registro inverídico, se ele sabia que não era o pai biológico do perfilhado no momento do reconhecimento."123

Nesse sentido, não deve haver procedência do pedido de um pai para desconstituir a filiação quando sabia que o filho não era seu. Mesmo que o registro não retrate a realidade biológica, essa falsidade do mesmo não legitima esse pai registral, que compactuou com a mesma, a agir contra os seus próprios atos.124

A título de exemplo de como pode haver controvérsia no tema da desconstituição da filiação socioafetiva, merece apontar o julgamento de uma apelação pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.125

No caso em questão, um homem que começou a namorar uma mulher grávida, sabendo que o bebê não era seu, resolveu reconhecer a paternidade e o registrou como filho. Nesse sentido, o desembargador relator Francisco Figueiredo argumenta a sua decisão dizendo que sempre entendeu que um ato voluntário de reconhecimento deveria ser mantido, uma vez que é da responsabilidade da pessoa a prática do mesmo.

Não obstante a isso, pondera que três condições devem ser analisadas antes de configurar essa impossibilidade de desconstituição. A primeira tem relação com a questão volitiva e emocional do ato tido por "consciente". Segundo o desembargador, isso significa que o homem ao registrar a criança assim o faz para conquistar a mulher amada, ou seja, o reconhecimento é para o agrado da mãe da

123 VENCELAU, Rose Melo. Op. cit., p. 202.

124 VENCELAU, Rose Melo. Op. cit., p. 205-206.

125 "EMENTA: PATERNIDADE - ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO DO MENOR - HIPÓTESES - ACOLHIMENTO. - A anulação de registro civil por pessoa (que não é o pai biológico) merece exame pelo que se chama de ato consciente e livre." (Apelação Cível n° 1.0313.05.158855-3/001 – MG, Comarca de Ipatinga, Rel. Francisco Figueiredo, j. 18/09/2007, pub. 25/09/2007).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

criança, ao passo que o filho propriamente dito é apenas a consequência desse sentimento.

A segunda questão é em relação à criança envolvida. Diz o julgador que entende-se não poder haver a revogação dessa paternidade, pois como o ato foi consciente e sem vício, o filho teria direito às consequências patrimoniais, como alimentos e herança. Considera, entretanto, que o sentimento pela mulher amada também pode ser considerado um vício para a prática do ato e, além disso, ressalta que caso assim se entendesse, a mulher também deveria ser responsabilizada, pois compactou com o marido ou companheiro para registrar a criança.

Por fim, como terceira condição, alega a questão jurídica do ato de vontade que teria sido expresso sem qualquer tipo de vício, como acima analisado. Segundo o relator, o sentimento de amor pela mulher seria um vício que acabou resultando em seu consentimento.

Assim, o julgador reitera a falta da verdade real dessa relação de filiação. Para ele, uma criança não merece ter um pai que a renega, que não a quer como sua.126

Revela-se dizer, entretanto, que não convém concordar com essa posição do desembargador e tampouco com a decisão desse julgado.

Em decisão comentada sobre o acórdão acima exposto, Leila Maria Torraca de Brito diz concordar com o referido desembargador que o tema sobre os critérios que devem definir a filiação não é pacífico. Segundo ela, existem decisões judiciais que determinam a paternidade por meio do critério biológico e aceitam a desconstituição dessa filiação sob os argumentos da necessidade de busca da verdade real, que os registros de nascimentos devem retratar a verdade genética e em razão das modernas técnicas que aferem a paternidade com grande precisão, como o exame do DNA. Assim, compreende-se o entendimento:

> "Com esta visão equipara-se o reconhecimento jurídico da paternidade à origem genética, admitindo-se nos pronunciamentos jurisprudenciais que quando não há essa equivalência existiria erro ou falsidade no registro, além de se

126 Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso em 01 de junho de 2013.

considerar irrelevante ter havido reconhecimento por vontade própria de quem registrou a criança."127

Por outro lado, afirma a autora, encontramos outras decisões em que o entendimento é no sentido de que o reconhecimento jurídico da paternidade não deve ser feito levando em consideração a genética envolvida, sendo que os argumentos utilizados são em razão da comprovação da posse de estado de filho, a definição do parentesco pela verdade social e a análise da presença ou não da paternidade socioafetiva.

Ocorre que, conforme a própria autora reitera, existem consequências jurídicas ao laço da filiação constituída, uma vez que é atribuído um nome de família a uma criança, o que vai determinar também a formação da identidade da mesma. Veja-se:

> "Compreende-se que a filiação não deve ser entendida como eletiva, bem como famílias não podem inventar sistemas de parentescos, sendo indicado observar a responsabilidade do Estado quanto à preservação dos vínculos de filiação. Regras de parentesco são de ordem pública, sendo contra-indicado que haja incertezas quando aos critérios que a definem (...).
>
> Observa-se, portanto, que tanto as disposições legais como as interpretações dispostas nos julgamentos podem trazer repercussões ao exercício e à definição da paternidade, sendo que muitos processos judiciais podem acarretar o que alguns estudiosos qualificam como violências contra a criança (George, 1998), apesar das boas intenções expressas como justificativas."128

O que se compreende da referida decisão, é que o desembargador relator em nenhum momento cogitou sobre as possíveis consequências que tal desconstituição

127 BRITO, Leila Maria Torraca de. *Paternidade socioafetiva e anulação de registro civil*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, nº 4, p. 116, jun./julho, 2008.

128 BRITO, Leila Maria Torraca de. Op. cit., p. 118.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

acarretaria da vida do filho e, como anteriormente exposto, na sua personalidade e identidade como ser humano.

Importante ressaltar, como crítica a tal decisão, a ideia Rose Melo Vencelau, que defende o reconhecimento do *status* de filho como um direito da personalidade e, dessa maneira, é imprescindível para a formação da dignidade da pessoa merecendo, portanto, ser amplamente tutelado. Mas, entretanto, faz uma importante ressalva:

> "Porém, observa-se que o estado que pode vir a ser alterado em razão de dados biológicos é do filho. Não há *status* de paternidade. Em virtude disso, entende-se o problema da filiação sob supremacia do interesse do filho, devendo ser sempre analisado sob essa ótica."129

Ainda no que tange ao reconhecimento de um filho, por outro lado, encontramos registros de nascimento que são feitos a partir do erro, do vício de consentimento do declarante. Assim, como exemplo, um homem pode ser levado ao erro pela mulher que alega ser ele pai do filho que ela está esperando, o que faz com que ele registre a criança com o seu nome.

Rose Melo Vencelau diz que na situação do pai registral impugnar o registro de nascimento em caso de vício da vontade, não se aplica o princípio que veda o *venire contra factum proprium*, uma vez que a conduta contraditória só se apresenta quando o comportamento desse pai não sofre de nenhum vício de vontade.130

Descoberto o erro que envolveu tal registro, poderia o pai enganado propor a anulação desse registro de nascimento por não apresentar a verdade real sobre a filiação e por ter sido levado ao erro. Ocorre que, ao analisar essa situação, não podemos ignorar os direitos do filho que foi registrado por um pai que não era o seu, mas que não teve nenhuma culpa nessa conjuntura.

A situação não deve ser analisada apenas sob a ótica do direito do pai, mas também em favor dos interesses do filho, uma vez que é essa a essência da nossa CRFB de 1988 e da legislação infraconstitucional.

---

129 VENCELAU, Rose Melo. Op. cit., p. 72.

130 VENCELAU, Rose Melo. Op. cit., p. 207.

Sobre o melhor interesse do filho, Rose Melo Vencelau assim ressalta a sua opinião:

> "[...] em matéria de filiação o elo perdido está no *melhor interesse do filho*, por analogia ao princípio do *melhor interesse da criança*. (...) Assim, por se tratar de *status* de filiação o interesse do filho ganha relevo, uma vez que também por meio desse *status* a pessoa busca o melhor desenvolvimento da sua personalidade e afetividade."131

Também se deve mencionar a grande importância que se apresenta com a relação propriamente construída entre pai e filho. Ou seja, a configuração da posse de estado de filho é pressuposto para a presença da filiação socioafetiva, que uma vez plenamente constituída, difícil é a sua revogação. Sobre isso, seguem importantes e esclarecedoras decisões:

> "EMENTA: NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. PROVA PERICIAL FRUSTRADA. LIAME SOCIOAFETIVO. 1. O ato de reconhecimento de filho é irrevogável (art. 1º da Lei nº 8.560/92 e art.1.609 do CCB). 2. A anulação do registro civil, para ser admitida, deve ser sobejamente demonstrada como decorrente de vício do ato jurídico (coação, erro, dolo, simulação ou fraude). 3. Em que pese o possível distanciamento entre a verdade real e a biológica, o acolhimento do pleito anulatório não se justifica quando evidenciada a existência do liame socioafetivo. 4. Inexistência de prova do vício induz à improcedência da ação. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 700158777, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 27/09/2006)."

Nesse mesmo sentido, apresentamos o caso em que a paternidade socioafetiva não foi configurada:

> "EMENTA: AÇÃO ANULATÓRIA DE RECONHECIMENTO. PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA NÃO CONFIGURADA. A paternidade não é apenas um mero fato, um dado biológico, e

131 Ibid., p. 239-240.

> sim, uma relação construída na vida pelos vínculos que se formam entre o filho e seu genitor. Caso em que as evidências levam à conclusão de que o reconhecimento da paternidade foi decorrente de erro, e não de decisão consciente do autor, o que o levou a afastar-se da criança, tão-logo soube que não era seu filho, entre ambos não se formando a relação socioafetiva que deve ser preservada. Negaram provimento, por maioria, vencido o Relator. (Apelação Cível Nº 70000849349, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 20/08/2003).”

Esse é o entendimento de Rose Melo Vencelau. Veja-se:

> “Ainda que o pai registral demonstre por exame de DNA que não há vínculo biológico, não deve prosperar o cancelamento do registro nessa hipótese. Há na doutrina o pensamento de que a lei deve prestigiar a paternidade biológica, independentemente dos motivos que levaram os pais registrais a fazer declarações falsas, razão pela qual devem ser revistos os conceitos sobre a irrevogabilidade do ato de reconhecimento, a partir da vigência das Leis 8.069/90 e 8.560/92. Não obstante essa posição, é preciso analisar que o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe no art. 27 o reconhecimento do estado de filiação como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível do filho, não do pai. Já a Lei nº 8.560/92 reza a irrevogabilidade do reconhecimento voluntário dos filhos. Entender que a revogabilidade do reconhecimento da paternidade fica ao livre alvedrio do pai registral com base apenas no exame de DNA é uma afronta à estabilidade das relações de filiação.”132

Assim, - ainda que encontremos divergências -, compreendemos que mesmo havendo erro sobre o consentimento no momento do registro de nascimento da criança, caracterizada a filiação socioafetiva, não pode ela ser revogada em razão do

132 VENCELAU, Rose Melo. Op. cit., p. 201.

melhor interesse desse filho, levando em consideração ainda o valor jurídico do afeto, pressuposto dessa relação e o direito da personalidade que prevalece para o filho.

Diferentemente ocorre se, havendo vício de consentimento, não se apresenta o vínculo da filiação socioafetiva, sendo possível a desconstituição do registro de nascimento. Isso porque uma vez que não encontramos o elo genético entre duas pessoas, a única situação que faz com que eles sejam considerados pai e filho é justamente a configuração do vínculo afetivo, assim, não apresentada tal situação, não há o que se falar em relação paterno-filial.

É de ser revelada a posição da doutrina sobre a desconstituição de uma filiação socioafetiva, conforme encontramos em Zeno Veloso, que repudia tal possibilidade, consoante suas palavras:

> "Extrema injustiça seria permitir que o pai pudesse desfazer o estabelecimento da paternidade de um filho, a seu bel-prazer, a todo e qualquer tempo alegando que o ato não corresponde à verdade. Este gesto é reprovável, imoral, sobretudo se o objetivo é fugir do dever de alimentos, ou para evitar o agravante de parentesco num crime, por exemplo."133

Nesse mesmo sentido, assim preceitua Renata Cristina Othon Lacerda de Andrade:

> "A vinculação estabelecida entre pais e filhos pelo afeto não está subordinada à duração do mesmo, pois diferentemente das relações conjugais, as relações filiais necessitam de continuidade e estabilidade, em respeito ao melhor interesse da criança, que não pode ficar à mercê dos humores humanos. Assim, o vínculo formal surgido da socioafetividade na filiação é indissolúvel, razão porque se deve falar em afetividade e não apenas em afeto."134

133 VELOSO, Zeno. *Negatória de paternidade – Vício de consentimento*. Disponível em <http://www.iob.com.br>. Acesso em 23 de maio de 2013.

134 ANDRADE, Renata Cristina Othon Lacerda de. Aplicabilidade do princípio da afetividade às relações paterno-filiais: a difícil escolha entre os laços de sangue e o afeto sem vínculos. In: *Famílias no Direito Contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Rolf Madaleno sintetiza esse entendimento dizendo que quando um casal adota uma criança, se cria um laço parental de coração e não de sangue, estabelece-se vínculo jurídico e não biológico entre pais e filhos e nem por isso essa relação é menos forte e intensa.

Da mesma maneira, essa relação nasce quando uma pessoa de forma voluntária comparece ao Ofício Civil e registra um filho como se seu fosse, sabendo ou não da falsidade ideológica que envolve esse registro. Normalmente, mesmo esse ato decorre de uma relação de amor, de afeto, ou até mesmo quando a pessoa acreditar ser o filho realmente seu. Sobre isso, dispõe o autor que esse erro poderia ser corrigido de maneira a invalidar o erro da declaração de nascimento.135 Entretanto, indaga uma importante ressalva:

> "Mas se nada faz, ficando e forjando com o considerável passar dos tempos irreversíveis laços de afeição, quando então já lhe será extremamente penoso descaracterizar a sociológica filiação, sobre o fato deita forte tendência de ser julgada improcedente a então serôdia ação negatória de paternidade e pretensão à anulação judicial do registro civil.
>
> Seria traumático retirar a identidade civil do filho perfilhado voluntariamente, e pouco importa se por erro involuntário do registrante, quando este filho já gozou da posse do estado de filiação durante considerável espaço tempo, não havendo como desfazer com outra incorreção de maiores proporções um erro registral de há muito compensado pelo afeto que se criou entre *pai e filho* aproximados pelo coração."136

Em entendimento similar, Maria Berenice Dias ainda relata as características do reconhecimento voluntário de um filho que não depende da prova da origem genética:

Lôbo. Coord. Fabíola Santos Albuquerque, Marcos Ehrhardt Jr. e Catarina Almeida de Oliveira. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 74.

135 MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Op. cit., p. 526.

136 Ibid., p. 526.

> "É um ato **espontâneo**, **solene**, **público** e **incondicional**. Como gera o estado de filiação, não pode estar sujeito a termo, sendo descabido o estabelecimento de qualquer **condição** (CC 1.613). É ato livre, **pessoal**, **irrevogável** e de **eficácia** *erga omnes*. Não é um negócio jurídico, é um ato jurídico *stricto sensu*. O ato do reconhecimento é **irretratável** e **indisponível**, pois gera o **estado de filiação**. Assim, inadmissível **arrependimento**. Não pode, ainda, o reconhecimento ser impugnado, a não ser na hipótese de erro ou falsidade do registro. O pai é livre para manifestar sua vontade, mas seus efeitos são os estabelecidos na lei."137

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald relembram que o pressuposto socioafetivo, assim como os demais, pode ser aplicado em todas as ações que versem sobre a filiação. Para os doutrinadores, pode ser usada a ação investigatória de parentalidade, promovida pelo filho para o reconhecimento do pai ou da mãe; a ação de impugnação de filiação, proposta pelo filho, pai, mãe ou mesmo por um terceiro interessado para provar a inexistência de uma relação paterno-filial já reconhecida e até mesmo a ação negatória de filiação ajuizada pelo pai, mãe ou filho para negar a existência do vínculo.

Nesse sentido, no que tange ao estado de filho, o critério da afetividade pode ser discutido em qualquer uma das demandas apresentadas, com o escopo de analisar a presença ou não desse princípio. Ponderam os autores, entretanto, que o julgamento da presença da afetividade só pode ser feito para determinar o estado de filiação, jamais para negá-lo. O juiz não pode se valer de uma tese de "desafetividade" para negar o vínculo, cabendo ao interessando utilizar outros critérios que não o afetivo.138

Forçoso reconhecer, após tudo que foi analisado, que o direito não pode desconstituir algo que o amor, o carinho, afeto e os demais sentimentos construíram ao longo dos anos. Uma relação paterno-filial não é igual a um casamento ou a uma união estável que podem ser destituídos a qualquer momento.

---

137 DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 343.

138 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Direito das Famílias*. Op. cit., p. 695-696.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O direito deve proporcionar e garantir que as filiações sejam formadas e mantidas, deve criar os limites necessários para evitar que essas relações filiais se extinguem ou se alterem na mesma proporção e velocidade que ocorre com as relações entre homens e mulheres, como o casamento e a união estável.

Ora, para tanto se levanta a bandeira sobre a igualdade jurídica entre filhos, da não discriminação, da impossibilidade de aceitação que um pai biológico fuja das suas responsabilidades, ou seja, não poder se afastar da filiação que o envolve com seu filho por mero capricho, como aceitar a desconstituição da filiação socioafetiva?

Pai é pai e filho é filho independentemente de fatos posteriores quando realmente configurado esse estado de filiação. Se o pai aceitou e registrou tal criança como se seu filho realmente fosse, como poderá mudar de ideia e deixá-la de amar, cuidar e até mesmo sustentar? Seria um retrocesso sem igual na esfera jurídica e na própria sociedade.

Para consolidar esse entendimento, insta ressaltar o brilhante voto da Ministra Nancy Andrighi do STJ no Recurso Especial 1.000.356/SP julgado em 2010.139

Em suma, no caso em questão havia o pedido de anulação do registro de nascimento de uma irmã em face da outra sob a alegação de falsidade ideológica perpetrada pela falecida mãe que registrou a criança como sua filha.

Alega a Ministra que apesar do disposto no art. 348 do CC/16 que dispõe sobre a possibilidade de vindicar o estado contrário ao que se mostra no registro nos casos de falsidade ideológica ou erro do registro, não se verificou qualquer vício de consentimento na livre vontade manifestada pela mãe, que sabia que a criança não era sua filha e mesmo assim a reconheceu em razão do afeto que as unia.

Merece destaque as palavras da Ministra Relatora:

> "Inexiste meio de desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade daquela que um dia declarou perante a sociedade, em ato solene e de reconhecimento público, ser mãe da criança, valendo-se, para tanto, da verdade

139 "Ementa: Direito civil. Família. Recurso Especial. Ação de anulação de registro de nascimento. Ausência de vício de consentimento. Maternidade socioafetiva. Situação consolidada. Preponderância da preservação da estabilidade familiar." Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 03 de junho de 2013.

> socialmente construída com base no afeto, demonstrando, dessa forma, a efetiva existência de vínculo familiar.
>
> O descompasso do registro de nascimento com a realidade biológica, em razão de conduta que desconsidera o aspecto genético, somente pode ser vindicado por aquele que teve sua filiação falsamente atribuída e os efeitos daí decorrentes apenas podem se operar contra aquele que realizou o ato de reconhecimento familiar, sondando-se, sobretudo, em sua plenitude, a manifestação volitiva, a fim de aferir a existência de vínculo socioafetivo de filiação.
>
> (...)
>
> Permitir a desconstituição de reconhecimento de maternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da criança, hoje pessoa adulta, tendo em vista os 17 anos de tramitação do processo preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade. E a identidade dessa pessoa, resgatada pelo afeto, não pode ficar à deriva em face das incertezas, instabilidades ou até mesmo interesses meramente patrimoniais de terceiros submersos em conflitos familiares."

Dessa forma, corroboro com o entendimento da Ministra no sentido de que configurada a posse de estado de filho da filiação socioafetiva, não se pode questionar, sob o argumento da não ocorrência da filiação biológica, o registro de nascimento do filho que foi criado com base no afeto e no amor, uma vez que nos deparamos com o princípio da proteção integral à criança.

Ressalta ainda, como anteriormente exposto, que a busca da origem genética deve ser analisada de forma correlata às circunstâncias inerentes às ações de investigação de paternidade e jamais em relação às negatórias da filiação, pois isso poderia prejudicar a ordem e a segurança para aqueles que querem investigar a sua identidade biológica.

Por fim, assim determina a irrevogabilidade da filiação socioafetiva no acórdão do caso concreto:

> "Mantém-se o acórdão impugnado, impondo-se a irrevogabilidade do reconhecimento voluntário da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> maternidade, por força da ausência de vício na manifestação da vontade, ainda que procedida em descompasso com a verdade biológica. Isso porque prevalece, na hipótese, a ligação socioafetiva construída e consolidada entre mãe e filha, que tem proteção indelével conferida à personalidade humana, por meio da cláusula geral que a tutela e encontra respaldo na preservação da estabilidade familiar."

Portanto, para finalizar tais constatações, merece ressalva o entendimento de entende Roberto Paulino de Albuquerque Júnior:

> "[...] a cláusula geral de tutela da personalidade humana proíbe tal dissolução, que significaria retirar ao indivíduo, por vontade de outrem (e por vezes visando a um interesse meramente patrimonial), um dos mais relevantes fatores de construção de sua identidade própria e de definição de sua personalidade.
>
> Constitui-se, pois, para todos os efeitos, uma relação plena de filiação, a qual, para adequada proteção da pessoa pelo ordenamento, não pode se sujeitar a incertezas ou a instabilidades emocionais dos sujeitos envolvidos."140

Conclusão

Ao longo deste trabalho, procurou-se demonstrar o crescente movimento e a dinâmica do direito de família com a promulgação da CRFB/88, o novo CC/02, além das outras legislações infraconstitucionais. A partir de todo esse movimento, surge a filiação socioafetiva como um novo modelo de relação entre pais e filhos.

É certo que encontramos atualmente uma tendência cada vez maior de aproximação desse novo modelo de filiação às relações paterno-filiais. Assim, não obstante a importância do vínculo biológico ou genético e a presença ainda de presunções jurídicas, hoje em dia eles podem não se mostrar mais suficientes para efetivar um verdadeiro laço de filiação.

Dentre os modelos de filiação socioafetiva apresentados e explicitados, forçoso reconhecer que todos surgem com a configuração da posse de estado de

140 JÚNIOR, Roberto Paulino de Albuquerque. Op. cit., p. 72.

filho. Ou seja, a partir da construção dos elementos que caracterizam esse estado de filiação, além dos sentimentos recíprocos de amor, carinho, respeito, responsabilidade entre outros, encontramos representada a relação baseada no afeto.

Nesse sentido, ao configurar plenamente a filiação socioafetiva, entendemos que todas as consequências jurídicas de qualquer outra filiação se tornam pertinentes a esse modelo. A força e a intensidade de tal instituto se mostram tão relevantes, que é possível afastar a verdade biológica em favor da sociológica.

Outrossim, configurada a relação afetiva, o filho que tiver interesse ainda assim pode buscar a sua identidade genética uma vez que é parte integrante do seu direito da personalidade, entretanto, não poderá ele negar o vínculo afetivo construído ao longo dos anos. O pai com quem nunca teve contato, que nunca lhe deu amor ou jamais lhe prestou qualquer sentimento, é apenas o seu genitor, para fins genéticos, ao passo que aquele que garantiu tudo com os mais profundos sentimentos, esse sim é o verdadeiro pai. Nesse sentido, apesar de ser possível a busca pela ascendência genética, a filiação socioafetiva não pode ser destituída, ou seja, o filho não pode perder esse *status* nessa relação com seu real pai, o afetivo.

Seguindo a mesma linha de pensamento, esse filho não pode propor ação de investigação de paternidade em face do pai biológico, uma vez que não se mostra adequado sobrepor a filiação genética em detrimento da socioafetiva, baseada na convivência e nos mais sinceros sentimentos que podem decorrer de uma relação paterno-filial.

Ainda assim, a relação socioafetiva acaba por garantir a esses filhos e aos pais os direitos decorrentes de qualquer tipo de filiação, como o direito a alimentos e os direitos patrimoniais. A partir da análise do caso concreto, configurada plenamente tal relação, não se tem um motivo para se negar tais direitos uma vez que a vedação ao tratamento diferenciado dos filhos é um fundamento civil e constitucional.

Em razão do valor jurídico do afeto, do direito da personalidade e ainda do melhor interesse da criança e do adolescente, é possível que a discussão sobre a revogabilidade da filiação socioafetiva seja concluída com o fundamento da impossibilidade de tal desconstituição. Não pode um filho viver na incerteza do seu verdadeiro pai um dia se cansar de ser assim chamado, ou ficar na incerteza se a briga de seus pais resultará no fim da relação paterno-filial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Se o valor jurídico do afeto e o direito da personalidade além de outros pressupostos se mostram essenciais na constituição de uma filiação socioafetiva, da mesma maneira eles devem se mostrar imperiosos para impedir a sua revogação sem nenhum justo motivo.

De certo, o tema ainda não está plenamente pacificado. Encontramos julgados muito interessantes e inéditos sobre a questão, como o caso do dever de alimentos por parte do padrasto, e debates travados em sede doutrinária. Entretanto, isso se mostra extremamente pertinente, para que se evite, ao máximo, decisões equivocadas e por muitas vezes injustas por parte dos julgadores.

Bibliografia

ANDRADE, Renata Cristina Othon Lacerda de. Aplicabilidade do princípio da afetividade às relações paterno-filiais: a difícil escolha entre os laços de sangue e o afeto sem vínculos. In: *Famílias no Direito Contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*. Coord. Fabíola Santos Albuquerque, Marcos Ehrhardt Jr. e Catarina Almeida de Oliveira. Salvador: Juspodivm, 2010.

BARBOZA, Heloisa Helena. *Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo.* Revista do Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, nº 9, abr./maio, 2009.

BELMIRO, Pedro Walter. *Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 14, abr./junho, 2003.

BRITO, Leila Maria Torraca de. *Paternidade socioafetiva e anulação de registro civil*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, nº 4, jun./julho, 2008.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito civil: questões fundamentais e controvérsias na parte geral, no direito de família e no direito das sucessões.* 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

CASTRO, Guilherme Couto de. *Direito Civil: lições*. 5ª. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *O fundamento constitucional da filiação socioafetiva*. Revista do Advogado, São Paulo, v. 32, n. 117, out., 2012

COSTA, Dilvanir José da. *Filiação jurídica, biológica e socioafetiva*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 45, n. 180, out./dezembro, 2008.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias.* 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito além do novo código civil: novas situações sociais, filiação e família*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v.5, n.17, abr./maio, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Direito das Famílias*. 5ª. Ed. Bahia: *Jus*PODIVM, 2013.

_____. *Direito das Famílias.* 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FILHO, José Roberto Moreira. *Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida*. Revista JusNavigandi. Disponível em <http://www.jus.com.br>. Acesso em 09 de abril de 2013.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação.* São Paulo: Atlas. 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional*. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: família*. 1ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Responsabilidade Civil nas Relações Familiares.* Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, nº 24, out./nov, 2011.

JÚNIOR, Roberto Paulino de Albuquerque. *A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v.8, n.39, dez./janeiro, 2007.

KAUSS, Omar Gama Bem. *Manual de Direito de Famílias e das Sucessões.* 6ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. p. 8. Disponível em <http://www2.cjf.jus.br>. Acesso em 01 de maio de 2013.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

_____. *Direito Civil: Famílias.* 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Paternidade socioafetiva e o retrocesso da súmula 301 do STJ*. Revista JusNavigandi. Disponível em <http://www.jus.com.br>. Acesso em 01 de junho de 2013.

LUNA, Naara. *Maternidade desnaturada: uma análise da barriga de aluguel e da doação de óvulos*. Disponível em <http://www.scielo.br>. Acesso em 15 de abril de 2013.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *Filiação sucessória: parentalidade socioafetiva e biológica.* Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, nº 6, out./nov, 2008.

MAIA, Renato. *Filiação Paternal e seus efeitos*. 1ª. Ed. São Paulo: SRS Editora, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do Direito Civil,* Direito de Família. Atualizado por Tânia da Silva Pereira. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SILVA, Flávia Alessandra Naves. *Gestação de substituição: direito a mulher ter um filho*. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais. Disponível em < http://revistas.ung.br>. Acesso em 15 de abril de 2013.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Obrigação de alimentar decorrente de paternidade socioafetiva: posição contrária*. Disponível em <http:// www.cartaforense.com.br>. Acesso em 08 de maio de 2013.

VELOSO, Zeno. *Negatória de paternidade – Vício de consentimento*. Disponível em <http://www.iob.com.br>. Acesso em 23 de maio de 2013.

VENCELAU, Rose Melo. *O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M.P. Corrêa da. *Direito Civil:* Direito de Família. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 956 de 02/05/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454