

Esmese

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE SERGIPE

REVISTA DA ESMESE

Revista da ESMESE N° 15, 2011

©REVISTA DA ESMESE
ISSN 1679-785X

Conselho Editorial e Científico
Presidente: Juiz José Anselmo de Oliveira
Membros: Desembargador Netônio Bezerra Machado
Juiz João Hora Neto
Desembargador Cezário Siqueira Neto
José Ronaldson Sousa

Coordenação Técnica e Editorial: Angelo Ernesto Ehl Barbosa
Revisão: José Ronaldson Sousa e José Mateus Correia Silva
Editoração Eletrônica: José Mateus Correia Silva
Capa: Juan Carlos Reinaldo Ferreira

Tiragem: 500 exemplares
Impressão: Nossa Gráfica Editora.

Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe
Escola Superior da Magistratura de Sergipe
Centro Administrativo Desembargador Antonio Goes
Rua Pacatuba, nº 55, 7º andar - Centro
CEP 49010-080- Aracaju – Sergipe
Tel. (79) 3214-0115. Fax: 3214-0125
http: wvw.esmese.com.br
e-mail: esmese@tjse.jus.br

R454 Revista da Esmese.
Aracaju: ESMESE/TJ, n° 15, 2011.

Semestral

1. Direito - Períodico. I. Título.

CDU:
34(813.7)(05)



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE SERGIPE

COMPOSIÇÃO

Diretora
Desembargadora Maria Aparecida Santos Gama da Silva

Presidente do Conselho Administrativo e Pedagógico
Desembargador Osório de Araújo Ramos Filho

Subdiretora de Administração
Ana Patrícia Souza

Subdiretores de Curso
Angelo Ernesto Ehl Barbosa
Renata Mascarenhas Freitas de Aragão

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....11

DOUTRINA.....13

BREVE ANÁLISE SOBRE A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NOS DELITOS TRIBUTÁRIOS
Patrícia Cunha Barreto de Carvalho.....15

A IMPOSIÇÃO DE MULTA À PESSOA FÍSICA RESPONSÁVEL PELO CUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL DIRIGIDA À PESSOA JURÍDICA
Gaspar Feitosa de Gouveia Filho.....21

A CONSTITUCIONALIDADE DO JULGAMENTO LIMINAR DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO EM AÇÕES REPETIDAS INSTITUÍDO PELO ART. 285-A DO CPC
Ulysses Maynard Salgado.....39

A GUARDA COMPARTILHADA E A PONDERAÇÃO DE VALORES ENTRE OS DIREITOS DOS GENITORES E O BEM-ESTAR DOS FILHOS
Raphael Silva Reis & Nara Conceição Santos Almeida Reis.....81

PATERNIDADE SOCIOAFETIVA: DIREITOS DE GUARDA E DE VISITA CONCEBIDOS AO PAI SOCIOAFETIVO SEM VÍNCULO JURÍDICO
Laís Machado Ramos.....95

A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA: DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL
Maria Fernanda Souza Carvalho.....103

DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONSUMIDOR
Marta Suzana Lopes Vasconcelos.....157

PROCEDIMENTOS NOTARIAIS À LUZ DA LEI 11.441/07 E DA EC 66/2010: PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E DA ECONOMIA PROCESSUAL
Gicélia Oliveira de Santana.....183

ADOÇÃO POR CASAL DE HOMOSSEXUAIS
Ítalo Augusto Ferreira de Melo.....205

A CRIMINALIDADE E AS RELAÇÕES DE PODER NA SOCIEDADE SERGIPANA NA PRIMEIRA REPÚBLICA
Alessandro Araújo Mendes & Kátia Regina Lopes Costa.....215

ASPECTOS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS
Hélio Mamede Frota.....227

ATRASO AÉREO: A ANTINOMIA DE NORMAS EM RELAÇÃO AO ATRASO AÉREO EM VOOS DOMÉSTICOS DE PASSAGEIROS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA
Roberto Fonseca de Aguiar.....257

TRANSAÇÃO PENAL E RESPONSABILIDADE SOBRE CONFISSÃO CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA FACE À AUSÊNCIA DE GARANTIAS
Rômulo Gomes da Mota Júnior.....291

JULGAMENTO PRIMA FACIE – A APLICAÇÃO DO ART. 285-A DO CPC SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL
Fagner Dantas Barros.....311

PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ: VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS?
Joelma Safira de Menezes Reis.....331

DEVIDO PROCESSO LEGAL NA LICITAÇÃO PÚBLICA
Durvalina Araújo.....359

JURISPRUDÊNCIA.....381

CONVALIDAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA
Netônio Bezerra Machado.....383

APRESENTAÇÃO

Em sua décima quinta edição, a Revista da Esmese visualiza um terreno fértil. Desde sua criação, em 2001, a publicação vem incentivando a pesquisa e o debate sobre temas jurídicos atuais e relevantes. A cada ano, cresce consideravelmente o número de operadores do Direito de todo o país que encaminham seus estudos para o Conselho Editorial e Científico da revista.

Isso se deve ao respeito que a publicação conquistou, não só no Estado de Sergipe, seu berço, mas também em todo o Brasil, já que ela é distribuída em todo o território nacional. Ao longo de todos esses anos, claro está que o estímulo à produção científica na área das ciências jurídicas tem contribuído para o amadurecimento do pensar o Direito.

Nesta edição, como tem sido a tônica desde o nascedouro, a revista traz um repertório variado e de excelência, abordando temas que refletem a multiplicidade da seara do Direito: seu universo rico e nunca estanque, sempre aberto a possibilidades de discussão porque é reflexo da problemática social e humana.

A Revista da Esmese é parte do sucesso do trabalho desenvolvido pela Escola Superior da Magistratura de Sergipe, que tem por finalidade principal a formação, a especialização, o aperfeiçoamento e a atualização continuada de magistrados e candidatos à magistratura.

Por acréscimo, ao fomentar no meio da comunidade jurídica sergipana o debate teórico-pragmático da aplicação do Direito e servir de canal de expressão da produção do corpo docente e discente da escola, nossa revista atrai também os trabalhos técnicos e científicos de desembargadores, de estudantes da escola, de advogados, servidores de Poder Judiciário sergipano e de vários outros profissionais da área jurídica.

E esta tem sido a prova maior de que a Esmese, com seu periódico, tem cumprido sua nobre missão de expor sem aparas os escritos científicos, de operadores que anseiam por um mundo mais justo através da crítica e da reflexão jurídica em seus diversos matizes.

Desembargadora Maria Aparecida Santos Gama da Silva
Diretora da Esmese

DOUTRINA

BREVE ANÁLISE SOBRE A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NOS DELITOS TRIBUTÁRIOS

Patrícia Cunha Barreto de Carvalho, magistrada em Sergipe. Bacharela em Direito graduada pela Universidade Federal de Sergipe (1998). Pós-graduada no Curso de Especialização *lato sensu* em Direito Público UCAM (2007). Pós-graduada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Ciências Penais – UNISUL/IPAN/LFG (2007/2008). Formada pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Sergipe – ESMESE - (VIII - 2008). Pós-graduada em direito penal e processual penal pela Faculdade de Sergipe – FASE. Autora do livro *Crimes Hediondos e a Lei 11.464/2007*, editado pela EVOCATI, 2008. Professora de Deontologia Jurídica e Código de Ética da Magistratura – ESMESE/Marcato (2010/2011). Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela PUC/SP- ESMESE (2009/2011).

RESUMO: A extinção da punibilidade pode ser declarada nos delitos tributários diante do pagamento ou parcelamento do débito. Contudo, uma breve análise acerca do objeto jurídico tutelado pela referida norma, implica o questionamento a respeito da legitimidade e existência do próprio tipo penal. A ideia de preservação de um direito penal mínimo se contrapõe à eleição da conduta em epígrafe como crime a ser disciplinado pelo direito penal.

PALAVRAS-CHAVE: Extinção da punibilidade; delitos tributários; pagamento ou parcelamento da dívida; direito penal mínimo; objeto jurídico tutelado.

ABSTRACT: The extinction of the punishability can be declared in the tax crimes before the payment or parcelamento of the debit. However, a short analysis about the legal object protected by the above-mentioned standard implicates the questionamento about the legitimacy and existence of the

penal type itself. The idea of preservation of a penal least right is in opposition to the election of the conduct in epigraph like crime to be disciplined by the penal right.

KEYWORDS: Extinction of criminality; tax offenses, or installment payments on debt, criminal law minimum; protected legal object.

Na legislação brasileira, é possível a extinção da punibilidade nos delitos tributários, em razão do pagamento ou parcelamento da dívida. Tal previsão está inserta no art. 9º da Lei 10.684/2003.

A doutrina tem se manifestado sobre o assunto a partir de questionamentos acerca da própria constitucionalidade da incriminação de infrações contra a ordem tributária.

Realmente, para que se analise o instituto em apreço não se pode prescindir dos comentários sobre a própria constitucionalidade da incriminação de infrações contra a ordem tributária.

Não resta dúvida de que o simples ato de deixar de pagar tributos é atípico, já que o ilícito tipificado requer a prática de uma conduta dolosa, mediante fraude ou ardil. Do contrário, estar-se-ia admitindo a possibilidade de prisão civil por dívida.

Analisando a matéria, o STF já se manifestou no sentido da constitucionalidade dos crimes tributários no HC 77.631-SC. Em seu voto, asseverou o Min. Celso de Melo:

"Observo, no entanto, que a prisão de que trata o art. 2º. II, da Lei 8.137/90, longe de reduzir-se ao perfil jurídico e à noção conceitual de prisão meramente civil, qualifica-se como sanção de caráter penal resultante, quanto à imponibilidade, da prática de comportamento juridicamente definido como ato delituoso".

Entretanto, grande parte da doutrina ainda persiste em questionar acerca da desnecessidade da intervenção penal em matéria de crime tributário, argumentando sobre a ausência de a conduta tipificada não ofende bem jurídico digno de proteção penal.

Argumenta-se que a preocupação primordial do Estado, ao incriminar tais condutas, estaria adstrita tão-somente à arrecadação de tributos, já que renuncia à punição quando do pagamento almejado.

Alega-se a violação ao princípio da proporcionalidade, já que é admitida

a possibilidade de prisão de uma pessoa com a finalidade precípua de arrecadar tributos, sem que antes seja utilizada a perda patrimonial para esta mesma finalidade.

Ademais, diante da renúncia do Estado à sanção penal diante da quitação do débito, questiona-se sobre a necessidade da tutela, contrapondo-se com o Direito Penal Mínimo.

Diante de tal quadro, responder sobre o cabimento ou não da extinção da punibilidade aos crimes tributários requer um exame mais detalhado acerca da própria possibilidade de incriminação de tais condutas.

É simples. Explico. Se a lesão ao Erário Público, decorrente das condutas dolosas de supressão ou redução do tributo, for penalmente relevante e passível de tutela penal, não há razão para que seja admitida a extinção da punibilidade.

Isto porque ao se defender que a lesão ao bem jurídico ordem tributária é penalmente relevante, estar-se-ia argumentando que tal bem seria indisponível, já que necessário ao próprio desenvolvimento de funções sociais do Estado, destinadas a toda a coletividade. Sendo assim, não se admitiria renúncia a um bem tão imprescindível ao funcionamento do Estado, já que esta necessidade constitui-se na própria razão da tutela penal.

Por outro lado, se for adotado o pensamento de que não devem os delitos tributários serem tutelados pelo direito penal, porque o seu bem jurídico não é penalmente relevante, devendo ser amparado por outros ramos do Direito, em nome do princípio da Intervenção Mínima e da Subsidiariedade, a defesa da extinção da punibilidade se corrobora, mas não como objeto do Direito Penal, mas sim em outros ramos do direito, que tratariam da matéria como um direito disponível.

Sendo assim, se posicionar a respeito da extinção da punibilidade nos crimes tributários requer a própria análise acerca da tutela de tais crimes pelo Código Penal.

Diante de tais premissas, resta então a análise da atual sistemática da legislação penal brasileira então vigente.

É sabido que os crimes tributários estão tipificados, assim como a previsão da extinção da punibilidade pelo pagamento do débito.

Verifica-se que tais previsões legislativas são notadamente contraditórias, por isso que há espaço para discussões acerca do tema.

E, considerando que o STF já se manifestou sobre o tema acatando a constitucionalidade da pena privativa de liberdade em face de crimes

tributários, presume-se que a Corte Constitucional defende a necessidade da tutela penal a tais delitos, uma vez que tem por objeto jurídico imediato a função arrecadatória do Estado e como objeto mediato, a satisfação dos interesses sociais de toda a coletividade.

Diante de tal perspectiva, já que a previsão de tais crimes é uma realidade, tendo sido, inclusive, declarada constitucional pelo STF, rechaça-se a discussão acerca da possibilidade ou não de tais condutas serem tipificadas e denota-se que a previsão de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo realmente não está em consonância com os objetivos da dogmática penal.

Se um bem jurídico é penalmente relevante e houve lesão dolosa mediante fraude ou ardil, impondo-se a pena de prisão, por que razão é que se deve extinguir a punibilidade pura e simplesmente?

Das duas uma. Ou não se prevê no Código Penal e se admite o pagamento como forma de adimplemento e extinção da dívida, inclusive impondo multas em razão da sonegação ou redução do tributo, ou então se ratifica a importância do bem jurídico não prevendo a extinção da punibilidade pelo simples pagamento, pois este não é capaz de neutralizar a fraude outrora existente, que lesionou até então os interesses da coletividade.

Ressalte-se, ainda, a ausência de igual oportunidade nos crimes contra o patrimônio cometidos sem violência ou grave ameaça, tais como o furto, o estelionato ou a apropriação indébita.

Nestes crimes, há um patrimônio individualizado, um bem material e disponível que foi retirado indevidamente do poder de disposição de seu proprietário. Já o Fisco, possui apenas o direito ao crédito, mas que ainda não foi incorporado ao seu patrimônio.

Além disso, a Fazenda Pública é detentora de outros meios para fazer valer o seu direito ao crédito, a exemplo da Execução Fiscal, em que se tem o meio de coerção indireta da penhora e outras restrições impostas ao inadimplente.

Daí é que se aponta a desnecessidade da pena e do Direito Penal para a proteção de tais bens jurídicos, uma vez que há outros meios que satisfazem a pretensão almejada, sendo assim, em nome do Princípio da Subsidiariedade, não deveriam tais crimes ser tipificados penalmente.

O mero indivíduo singular, ao contrário, já detém em seu poder, desde o princípio, o objeto material do delito e é privado de sua disponibilidade pelo infrator.

E mais. Não detém o mesmo benefício que o Fisco, pois não faz jus a qualquer execução para reaver o seu objeto através de penhora visando o

ressarcimento de prejuízo patrimonial que lhe foi acometido em razão do delito.

Percebe-se, portanto, que para os crimes tributários há a possibilidade de extinção da punibilidade com a reparação integral do dano, mas que para os crimes patrimoniais não há idêntico tratamento.

E esta é uma situação esdrúxula.

Alega-se que os crimes tributários não deveriam ser objeto do Direito Penal. Entretanto, possuem importância vital para empreender o desenvolvimento do bem-estar da coletividade. Apesar disso, permitem a extinção da punibilidade pela reparação integral do dano.

Já os crimes patrimoniais exclusivamente disponíveis, não ferem a coletividade e devem ser protegidos pelo Direito Penal, já que não há outro meio legal para tanto. Entretanto, não permitem a mesma possibilidade, qual seja: a extinção da punibilidade pela reparação integral do dano.

Dois pesos e duas medidas. Patente é a ofensa ao Princípio da Proporcionalidade.

Admitir-se a extinção da punibilidade aos crimes tributários, portanto, acarreta o questionamento acerca da atribuição de idêntico efeito aos crimes exclusivamente patrimoniais cometidos sem violência ou grave ameaça, quando realizada a reparação integral do dano suportado pela vítima, particular que não detém os mesmos privilégios do Estado quando se depara com a inadimplência do crédito tributário.

Enfim, por tais razões, entendo, não obstante a previsão legal, cuja vigência impõe a sua aplicação e observância obrigatória por qualquer operador do direito, ser inadmissível extinguir-se a punibilidade quando do pagamento nos crimes tributários, já que tais delitos são tutelados pelo Código Penal justamente em razão da importância vital da arrecadação em prol de toda a coletividade. Ademais, tal comportamento não seria suficiente para neutralizar a lesão dolosamente empregada através de fraude ou ardil.

Entretanto, se fosse reconhecido, por razões de política criminal, que o bem jurídico tutelado por tais delitos não é relevante penalmente, sendo apenas ilícito administrativo passível de multa, seria favorável sim a um tipo de anistia da multa em razão do pagamento, mas isto fora da esfera de proteção penal, apenas como forma de incentivo de política tributária.

BIBLIOGRAFIA

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao código penal: doutrina: jurisprudência*

selecionada: leitura indicada. 2ª ed. Ver e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. 4ª ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2007.
FÖPPEL, Gamil El Hirechel; SANTANA, Rafael de Sá. *Dos crimes tributários*. Salvador: JusPodivm, 2005.

A IMPOSIÇÃO DE MULTA À PESSOA FÍSICA RESPONSÁVEL PELO CUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL DIRIGIDA À PESSOA JURÍDICA

Gaspar Feitosa de Gouveia Filho, Juiz de Direito do Estado de Sergipe e pós-graduado em Direito Processual Civil.

RESUMO*:* O presente estudo tem como escopo fundamentar a admissibilidade da imposição de multa à pessoa física, estranha à relação jurídica processual, mas que corporifica a vontade da pessoa jurídica demandada, como forma de conferir efetividade às decisões judiciais e assegurar a tutela específica do direito material.

PALAVRAS-CHAVE: Multa; pessoa física; pessoa jurídica demandada; efetividade das decisões judiciais; tutela específica.

ABSTRACT: The present study is to explain the scope of admissibility to the imposition of a fine person, outside the legal relationship procedural, but externalizes the will of the defendant corporation, in order to give effect to the judicial decision and ensure the specific protection of the substantive law.

KEYWORDS: Fine; individual; corporation defendant; effectiveness of judicial decisions; specific protection.

INTRODUÇÃO

A proteção aos direitos fundamentais, como imposição constitucional, e os reclamos por uma justiça mais efetiva e social tornaram a ciência processual clássica vetusta e insustentável, revelando novos paradigmas de aplicação do direito, com destaque para a hermenêutica constitucional e as normas de princípio.

Com efeito, as evoluções histórica e social trouxeram necessidades concretas que não eram capazes de serem atendidas pelas técnicas processuais então regulamentadas por lei, denotando-se a insuficiência destas.

Neste contexto é que os direitos fundamentais se revelaram como importante instrumento de integração das lacunas apresentadas pelo sistema e de facilitação ao atendimento das exigências sociais acima reportadas.

A atual sistemática processual, alicerçada em preceitos constitucionais, não mais se contenta com a observância formal da garantia do acesso à justiça, mas reclama a implementação de um processo justo e de uma outorga jurisdicional efetiva, viabilizados pela concretização dos direitos fundamentais expressos (art. 5º, XXXVII, LIII, LV, LVI, LX, LXIV e art. 94, IX, dentre outros preconizados pela Constituição Federal) e principiológicos (art. 5º, § 2º, CF), bases de um Estado Democrático de Direito.

Na esteira da atual constitucionalização do direito processual e na perspectiva do direito fundamental da efetividade das decisões judiciais, advieram as minirreformas do Código de Processo Civil, com destaque para as Leis nº 8952/94 e 10444/2002, face ao objeto deste estudo, e para as medidas de apoio preconizadas pelo art. 461 daquele Diploma, facilitadoras da implementação da tutela específica das obrigações.

De fato, o sistema executivo concebido originariamente pelo Código de Processo Civil se mostrou incapaz de realizar a tutela dos direitos relativos às prestações de fazer, não fazer ou de entrega de coisa, não alcançando os julgados a efetividade prática dos seus comandos, eis que o inadimplemento daquelas obrigações desaguavam quase sempre na tutela ressarcitória, o que não satisfazia ao real interesse do credor.

Contudo, com a introdução, no ordenamento jurídico processual, das técnicas elencadas no art. 461 e 461-A do Código de Processo Civil, tal cenário vem sendo substituído por uma realidade mais favorável àqueles que demandam judicialmente a real efetivação dos seus direitos, eis que se tratam de mecanismos que conferem força coercitiva às decisões judiciais, através do constrangimento da vontade do demandado ao cumprimento daquilo a que de fato se obrigou, evitando-se a resolução do inadimplemento com a apuração das perdas e danos.

Constata-se portanto, nesta seara, a importância da aplicação da multa como técnica processual destinada à promoção da tutela específica da obrigação, uma vez que atinge diretamente o patrimônio do devedor, coagindo a sua vontade ao cumprimento da obrigação.

Observa-se, neste diapasão, que a eficácia da multa se relaciona

estreitamente com a potencialidade do gravame que incidirá sobre o patrimônio daquele que resistir ao atendimento do comando judicial, por representar a razão da própria coerção, sendo, por isso, importante que o receio de sofrer o prejuízo patrimonial recaia sobre aquele que tem a incumbência de adimplir a ordem judicial, a prestação assumida.

É neste ponto que reside a problemática a que este estudo se propõe a discutir e lançar luzes para a sua resolução, eis que não é raro ter-se como parte demandada numa relação processual uma pessoa jurídica, sendo um terceiro, o seu representante ou diretor, o real responsável pelo cumprimento da ordem veiculada na decisão judicial. E, diante da premissa de que a multa, como mecanismo de coerção ao atendimento do comando judicial, tem a sua eficácia vinculada ao temor do prejuízo patrimonial, revelaria-se, em tese, tíbia a sua imposição em tal hipótese, considerando que o gravame recairia sobre patrimônio da pessoa jurídica e não da pessoa física incumbida de realizar a prestação obrigacional.

No entanto, perfilhando um posicionamento alinhado com a constitucionalização do direito ao processo e à jurisdição, preocupado com a implementação de técnicas processuais adequadas às necessidades substanciais que reclamam a intervenção do Poder Judiciário, busca este estudo argumentar a possibilidade de imposição de multa ao terceiro responsável pelo cumprimento do comando judicial, em obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, quando o pólo passivo de uma relação processual estiver ocupado por uma pessoa jurídica, ante a inafastável necessidade de conferir efetividade ao direito fundamental de ação, na sua exata compreensão constitucional.

2. MATERIAIS E MÉTODO

O método de abordagem e as técnicas de pesquisa utilizados na consecução deste trabalho foram o dedutivo e a qualitativa, respectivamente, com base no acervo bibliográfico declinado no tópico 7 deste artigo, além da legislação vigente, com ênfase para o Código de Processo Civil, com as alterações encetadas pelas Leis de nº 8952, de 13 de dezembro de 1994 (preconizou a concessão da tutela específica da obrigação e do resultado prático equivalente, em demandas envolvendo obrigações de fazer ou não fazer) e nº 10.444, de 7 de maio de 2002 (introduziu as medidas de apoio para a efetivação das decisões judiciais, com a alteração da redação do art.

461, § 5º, do CPC).

3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO E O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

O art. 1º, *caput,* da Constituição Federal reconheceu a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, o que imprimiu profundas mudanças no campo da jurisdição, dentre outros, eis que, posicionando-se contrário ao Estado Legislativo, onde as normas jurídicas tinham a sua validade dependente apenas da observância dos critérios formais estabelecidos pelo sistema normativo, passou-se a adotar como fundamento de validade os princípios constitucionais e os direitos fundamentais.

Tal reconhecimento deitou reflexos diretamente, a partir de uma análise empírica, na forma de atuação dos membros do Poder Judiciário, posto que no modelo anterior cabia aos Juízes apenas a aplicação escorreita da lei, sendo coerentes as palavras de Montesquieu, que, referindo-se ao poder judicial (*puissance de juger*), assim se expressou: "os juízes não são senão (...) a boca que pronuncia as palavras da lei"[1] [2].

Contudo, o reconhecimento constitucional acima aludido conferiu ao magistrado o poder de avaliar a constitucionalidade das normas e não apenas a sua legalidade, ampliando o âmbito de incidência da outorga jurisdicional e possibilitando a produção jurídica pelo Judiciário, eis que fundamentada em princípios e valores fundamentais, de caráter mais geral que a norma positivada.

Doutra banda, com a superação de conceitos arraigados do Estado Liberal, como a intangibilidade da vontade humana, e a moderna concepção social da atividade estatal, iniciou-se uma corrente de valorização da doutrina processual, passando o processo a ser concebido como instrumento real de efetivação do direito material e de realização de uma justiça social.

Assim, não era mais satisfatória a simples garantia formal do direito

[1] SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Curso de processo civil.* 5ª ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 24.

[2] Consoante anota OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, "esta concepção estreita de jurisdição, como simples *declaração de direitos*, estava firmemente consagrada em direito romano, como consequência da oposição entre os conceitos de *iurisdictio* e *imperium*, de modo que a jurisdição acabou sendo limitada ao *procedimento ordinário* – procedimento do *ordo iudiciorum privatorum* " (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica, 2ª ed., São Paulo: Editora RT, 1997*, p. 26/27).

de ação, reclamando-se mecanismos de facilitação do acesso à justiça e a prestação de uma tutela jurisdicional plena e adequada, capaz de promover a igualdade material e a implementação dos direitos fundamentais[3].

Para tanto, fez-se necessário um rompimento com o procedimento ordinário clássico, adotado até então como paradigma de tutela dos direitos, uma vez que toda a sua formação era voltada para uma prestação de uma sentença condenatória, que priorizava as tutelas ressarcitória e repressiva, havendo estas se revelado insuficientes para atender às novas exigências sociais, resultantes do surgimento de relações mais complexas e plurais e de novos direitos, máxime os relativos à coletividade.

Neste contexto, o direito de ação, antes apenas garantido formalmente, passou a ser entendido como um direito a um resultado prático, concreto, eis que, consoante assinalado por Ada Pellegrini Grinover, "da declaração dos novos direitos era necessário passar à sua tutela efetiva, a fim de se assegurarem concretamente as novas conquistas da cidadania"[4].

E, como bem acentuou Carlos Alberto Álvaro de Oliveira[5], "a perspectiva constitucional do processo veio a contribuir para afastar o processo do plano das construções conceituais e meramente técnicas e inseri-lo na realidade política e social".

Destarte, o acesso à justiça, entendido a partir da visão ora desenvolvida, imbuída de conteúdo constitucional, representa muito mais que um direito a uma decisão judicial, constituindo-se verdadeiramente numa garantia de um processo justo e capaz de realizar o direito material, com a entrega ao jurisdicionado de um resultado concreto e não apenas de uma declaração do seu direito, como ocorria no modelo clássico.

A respeito do tema, Teori Albino Zavascki explanou que "o direito fundamental à efetividade do processo – que se denomina também, genericamente, *direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa* – compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma

[3] Segundo LUIZ GUILHERME MARINONI, o direito de ação compreende três aspectos: "direito de acesso à jurisdição, direito ao processo justo e direito à técnica processual adequada". (MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo. São Paulo: Editora RT, 2006, v. 1, p. 211)

[4] GRINOVER, Ada Pellegrini. *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*. *In*: Revista de Processo. São Paulo: Editora RT, nº 97, 2000, p. 10.

[5] *In O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. In:Revista de Processo. São Paulo: Editora RT, nº 113, 2004, p. 18.

decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos"[6].

Já Luiz Guilherme Marinoni exortou, com percuciência, que "se o direito de acesso à justiça é um direito fundamental, porque garantidor de todos os demais, não há como imaginar que a Constituição da República proclama apenas que todos têm o direito a uma mera resposta do juiz. O direito a uma mera resposta do juiz não é suficiente para garantir os demais direitos e, portanto, não pode ser pensado como uma garantia fundamental de justiça"[7].

Também abraçando esta nova concepção do direito de ação, coerente com os atuais valores constitucionais e sociais, José Roberto dos Santos Bedaque sustentou que "muito mais do que prever mera formulação de pedido ao Poder Judiciário, a Constituição da República garante a todos o efetivo acesso à ordem jurídica justa, ou seja, coloca à disposição de todas as pessoas mecanismo destinado a proporcionar a satisfação do direito."[8]

É a partir desta perspectiva constitucional de garantia de uma tutela judicial comprometida com implementação do direito material e adequada às peculiaridades do caso concreto que é concebido o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, o qual reclama a adoção de mecanismos processuais alinhados com os princípios de justiça material contidos na Carta Magna.

Portanto, observa-se que a constitucionalização do ordenamento jurídico alterou a própria concepção de prestação jurisdicional, uma vez que esta não mais se circunscreve aos lindes estabelecidos cegamente pela lei, mas transcende-os, impulsionada pelos valores e princípios insertos na Constituição, agora alçados à categoria de norma, ao lado das regras.

4. A ADOÇÃO DA MULTA COMO MECANISMO PROCESSUAL VOLTADO À REALIZAÇÃO DO DIREITO MATERIAL

Como já visto, a constitucionalização do ordenamento jurídico, incluindo-se o direito processual civil, trouxe dinamicidade à atuação do magistrado, máxime em razão da mitigação do positivismo normativo e

[6] ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 64.

[7] MARINONI, Luiz Guilherme. *Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição*. In: Garantias Constitucionais do Processo Civil. Coord. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Editora RT, 1999, p. 218.

[8] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantia da amplitude de produção probatória.* In: Garantias Constitucionais do Processo Civil. Coord.: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Editora RT, 1999, p. 151.

à adoção dos princípios e valores como categoria normativa, propiciando a implementação de técnicas processuais garantidoras da efetivação dos comandos judicias.

Dentro das inovações trazidas com esta nova concepção do direito processual, tem-se a concentração dos poderes de execução do juiz[9], em detrimento do princípio da tipicidade dos meios executivos[10], detendo o magistrado maior liberdade para escolher o meio executivo que se revelar mais adequado à efetivação da ordem judicial, à luz das aspirações emanadas da natureza do direito material a tutelar.

Trata-se do poder geral de efetivação, preconizado pelo art. 461, § 5º, do CPC, que assim dispõe, *verbis:*

> *§ 5º. Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.*

Segundo o escólio de Marinoni[11], tal dispositivo legal estabeleceu uma cláusula geral executiva, ao prever medidas exemplificativas que serão escolhidas pelo magistrado, à luz de cada caso concreto, com vistas à efetivação da decisão judicial. Trata-se de norma processual aberta, que possibilita ao magistrado a construção de normas, a partir das orientações principiológicas e valorativas contidas na Constituição, voltadas à uma prestação jurisdicional efetiva.

Dentre as aludidas medidas se observa a multa, que possui caráter

---

[9] MARINONI, Luiz Guilherme. "Controle do poder executivo do juiz". *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Paulo Furtado.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 229.

[10] "O princípio da tipicidade deseja significar que os meios de execução devem estar previstos na lei, e assim que a execução não pode ocorrer através de formas executivas não tipificadas. O seu objetivo é, de um lado, impedir que meio executivo não previsto em lei possa ser utilizado e, de outro, garantir o jurisdicionado contra a possibilidade de arbítrio judicial na fixação da modalidade executiva. Se o jurisdicionado sabe, em razão de previsão legal, que a sua esfera jurídica somente poderá ser invadida através de determinadas modalidades executivas, confere-se a ele a possibilidade de antever a reação ao seu inadimplemento, bem como a garantia de que a jurisdição não determinará ou permitirá a utilização de meio executivo diverso daqueles previstos." (MARINONI, Luiz Guliherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, São Paulo: Editora RT, 2004, p. 212).

[11] Obra citada, p. 231.

coercitivo, por implicar numa ameaça de diminuição do patrimônio daquele que se recusa a cumprir espontaneamente a obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa, determinada judicialmente[12].

Com efeito, o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional reclama o cumprimento da obrigação nos exatos termos em que foi assumida, não sendo mais satisfatória a sua conversão em pecúnia, sob pena de não se realizar a tutela específica do direito substancial.

É neste contexto que a multa revela a sua importância e eficácia, na medida em que força o demandado ao real cumprimento da obrigação assumida e solidifica a autoridade estatal, através do exercício de *imperium* pelo juiz, representado pelo provimento mandamental dirigido àquele[13].

Ademais, constituindo-se a multa num instrumento, ao alcance do juiz, apto a promover a concretização das suas decisões, também este possui interesse em obter a tutela específica da obrigação ou do resultado prático equivalente, não mais sendo interesse exclusivo do demandante, até mesmo porque sobre o magistrado pesa o dever, e não uma faculdade, de promover a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, através da aplicação de mecanismos adequados.[14]

Deve-se ressaltar que o campo de atuação mais eficaz da multa se destaca nas tutelas que não se satisfazem com a técnica da execução por sub-rogação, própria da sentença condenatória, como na hipótese de cumprimento de obrigações infungíveis. Isto porque tais direitos geralmente não admitem a simples conversão em pecúnia, exigindo-se a realização específica da obrigação, como a abstenção de poluir o meio ambiente ou a determinação ao município de estruturação de instituições de abrigamento a crianças e adolescentes em situação de risco, pro exemplo.

De fato, a multa cumpre mais efetivamente o seu papel quando empregada em conjunto com uma sentença mandamental, por conferir força executiva à ordem judicial dela emanada, consistindo, portanto, num meio executivo de coerção indireta e num instrumento garantidor da autoridade estatal.

---

[12] Kazuo Watanabe leciona que "a multa é medida de coerção indireta imposta com o objetivo de convencer o demandado a cumprir espontaneamente a obrigação."(WATANABE, Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer, p. 47).

[13] Neste sentido ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, São Paulo: RT, 2003, p. 84-85.

[14] Neste sentido PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Inovações no código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 68.

Neste toar, Luiz Guilherme Marinoni pondera que, *ad litteram:*

> "*Um direito que depende do cumprimento de fazer infungível ou de uma obrigação de não-fazer encontra meio processual adequado para a sua tutela na sentença que ordena o fazer ou não fazer mediante uma 'ameaça' que possa levar o réu a adimplir voluntariamente.*"[15]
>
> *"A multa, ainda que imediatamente tenha por fim tutelar o direito do autor, visa precipuamente, a garantir a efetivada das decisões do juiz. Sem a multa não seria possível ao estado exercer plenamente a atividade jurisdicional, até porque a sentença mandamental se constituiria em mera recomendação, a refletir a falta de capacidade do Estado para tutelar efetivamente os direitos. É ela, portanto, instrumento indispensável para o Estado exercer seu poder.*"[16]

Destarte, observa-se que a multa encontra o seu fundamento de legitimação no interesse do próprio Estado em prestar uma outorga jurisdicional efetiva, até mesmo por se tratar de imposição constitucional, e assegurar o seu poder de império.

5. A IMPOSIÇÃO DE MULTA A TERCEIRO ESTRANHO À RELAÇÃO PROCESSUAL

A previsão contida na Constituição Federal (art. 5º, § 1º, CF), no sentido de que "*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata",* autorizam o juiz a criar técnicas processuais voltadas à concretização dos direitos fundamentais, ainda que não existentes de forma expressa no ordenamento jurídico, mediante uma interpretação das leis conforme as regras e princípios constitucionais.

Atento a esta realidade excepcional, Marinoni[17] pontuou que "na hipótese que o Estado se omite em editar técnica processual adequada à efetiva prestação da tutela jurisdicional, o juiz deve justificar que a sua aplicação

---

[15] MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)*. São Paulo: RT, 2000, p. 71-72.

[16] MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória.* 4ª ed. São Paulo: RT, 2006 p. 222.

[17] MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos.* São Paulo: Editora RT, 2004, p. 233.

é necessária em face das necessidades do direito material (das tutelas que devem ser prestadas para que ocorra a efetividade do direito). Partindo-se da premissa de que não há dúvida de que o juiz deve prestar a tutela efetiva, é fácil justificar, em conformidade com a Constituição, que determinada técnica é imprescindível à tutela da situação concreta".

O constitucionalista português José Carlos Vieira de Andrade vai mais além, defendendo que o juiz pode até mesmo ir de encontro à norma, a fim de dar aplicabilidade aos preceitos constitucionais, arrimado na competência da qual dispõe para o controle da constitucionalidade das leis.[18]

Comungando do presente entendimento, Nelson Nery Júnior assinalou que "quando a tutela adequada para o jurisdicionado for medida urgente, o juiz, preenchidos os requisitos legais, tem de concedê-la, independentemente de haver lei autorizando, ou, ainda, que haja lei proibindo a tutela urgente".[19]

Destarte, com arrimo na imposição constitucional da aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais e no poder geral de efetivação, é que pode o magistrado lançar mão da multa como medida de coerção indireta ao cumprimento de uma obrigação, imposta através de uma decisão mandamental.

No entanto, a discussão se instaura na doutrina quando se aventa a possibilidade da multa ter como destinatário um terceiro, estranho à relação processual. Admitindo-a, encontramos Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga, Rafael Oliveira[20] e Eduardo Talamini[21]. Em sentido contrário se posicionam Guilherme Rizzo Amaral[22] e Juvêncio Vasconcelos Viana[23].

Com efeito, a multa tem se revelado um instrumento idôneo de promoção da tutela dos direitos materiais vinculados às obrigações de fazer, não fazer e de entrega de coisa, por ter o condão de imprimir no destinatário da ordem judicial um receio de vir a sofrer um prejuízo

---

[18] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1987*, p. 259.

[19] NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7ª ed., *São Paulo: Editora RT, 2002*, p. 100.

[20] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil.* Vol. 2. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 353.

[21] Cf. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84)*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 450.

[22] Cf. *As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 102.

[23] Cf. *Efetividade do processo em face da fazenda pública.* São Paulo: Dialética, 2003, p. 84.

patrimonial, caso não a cumpra espontaneamente. Sua eficácia, portanto, parte desta premissa.

Como consequência lógica, a multa, enquanto mecanismo de coerção indireta, somente se revestirá de eficácia se a sua aplicação recair sobre o patrimônio daquele que tem a incumbência de dar cumprimento à decisão judicial.[24]

Neste contexto é que melhor se visualiza a problemática relativa à ocupação do pólo passivo da demanda por pessoa jurídica, seja de direito público ou privado, tendo em vista que o ato de volição necessário à efetivação do comando judicial tem origem numa pessoa física, enquanto que a ameaça de diminuição patrimonial recai sobre a pessoa jurídica.

Estaria, então, o objetivo da multa fadado ao insucesso, quando o mandamento judicial fosse destinado a uma pessoa jurídica, uma vez que não estaria presente a premissa de eficácia já acima citada?

Sérgio Cruz Arenhart[25] observa que o estímulo "sentido pelo diretor de uma empresa, que é ordenado a praticar um fato, sob pena de incidir, sobre a empresa que administra, determinada multa diária, claramente não é o mesmo que receberia se a multa fosse dirigida à sua pessoa".

Na busca de conferir solução a tal impasse, parte da doutrina tem defendido a possibilidade da multa atingir o patrimônio da pessoa física que concretiza a vontade da pessoa jurídica demandada numa relação processual, com supedâneo no direito fundamental à tutela executiva, o qual reclama a adoção de um sistema que preveja "meios executivos capazes de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva"[26], com a produção dos seguintes reflexos na atuação do magistrado: "(i) deve interpretar esse direito como se interpretam os direitos fundamentais, ou seja, de modo a dar-lhe o máximo de eficácia; (ii) poderá afastar, aplicando o princípio da proporcionalidade, qualquer regra que se coloque como obstáculo irrazoável/desproporcional à efetivação de todo direito fundamental; (iii) e tem o poder-dever de adotar os meios executivos que se revelem

[24] Neste sentido, ARENHART, Sérgio Cruz. *A efetivação de provimentos judiciais e a participação de terceiros*. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins.* São Paulo: RT, 2004, p. 980.

[25] ARENHART. Id.

[26] GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil.* São Paulo: RT, 2003, p. 102.

necessários à prestação integral da tutela executiva, ainda que não previstos em lei ou por ela expressamente vedados"[27].

Assim, na mesma esteira dos poderes concedidos ao magistrado em face do direito fundamental à prestação jurisdicional efetiva, conforme já explanado no tópico anterior deste estudo, se encontra o direito fundamental à tutela executiva, permitindo-se ao juiz a adoção de meios executivos aptos a realizarem o direito material, ainda que não previstos expressamente em lei, a exemplo da imposição de multa ao terceiro responsável pela pessoa jurídica, na hipótese de prolação de uma ordem dirigida a esta.

Amparado em tal tese, Marcelo Lima Guerra sustenta que "a só qualidade de terceiro do dirigente da pessoa jurídica, ou de quem quer que, com sua ação ou omissão injustificáveis, deixa de praticar ato através do qual se obtenha a satisfação *in executivis* de determinado crédito, não é capaz de afastar o uso dos poderes indeterminados conferidos ao juiz para, buscando a prestação da tutela executiva efetiva, cominar-lhe multa por dia de atraso no cumprimento do referido ato (ou abstenção)."[28]

Poderia ainda se indagar como seria possível, dentro da técnica processual, superar a questão da ilegitimidade do representante da pessoa jurídica, que não foi parte no processo, para suportar os efeitos da incidência da multa, imposta em sentença mandamental dirigida à pessoa jurídica, na hipótese de seu descumprimento.

Discorrendo sobre este tema, Guerra[29] assinala que a vedação legal se circunscreve ao direcionamento de um comando judicial final exclusivamente a um terceiro que não foi parte na relação processual, tratando-o como o destinatário da outorga jurisdicional. Contudo, ressalva que tal limitação não se observa quando se está no execício do "poder de coerção"[30].

Com efeito, compulsando as disposições do Código de Processo Civil (Lei nº 5869/73), vislumbram-se algumas hipóteses de sujeição de terceiros ao poder jurisdicional, a exemplo dos artigos 339 ("ninguém se

[27] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil.* Vol. 2. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 340.
[28] Obra citada, p. 132.
[29] GUERRA, Marcelo Lima. Obra citada, p.131.
[30] O termo "poder de coerção" é empregado por Giuseppe Chiovenda. (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil.* Campinas: Bookseller, 2000, v. 2, p. 40-41).

exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade"), 341 ("Compete ao terceiro, em relação a qualquer pleito: I - informar ao juiz os fatos e as circunstâncias, de que tenha conhecimento; II - exibir coisa ou documento, que esteja em seu poder."), 362 ("Se o terceiro, sem justo motivo, se recusar a efetuar a exibição, o juiz lhe ordenará que proceda ao respectivo depósito em cartório ou noutro lugar designado, no prazo de 5 (cinco) dias, impondo ao requerente que o embolse das despesas que tiver; se o terceiro descumprir a ordem, o juiz expedirá mandado de apreensão, requisitando, se necessário, força policial, tudo sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência.") e 662 (Sempre que necessário, o juiz requisitará força policial, a fim de auxiliar os oficiais de justiça na penhora dos bens e na prisão de quem resistir à ordem."), todos do Código de Processo Civil.

Observa-se que em todos as situações legais supra o terceiro não se encontra na condição de destinatário final da prestação jurisdicional, mas de colaborador da atuação jurisdicional, podendo, inclusive, sofrer penalidades, acaso oponha obstáculos à efetivação das ordens judiciais, asseverando Chiovenda que "o órgão jurisdicional pode remover coercitivamente os obstáculos, acaso opostos ao exercício de sua função, especialmente à execução de suas ordens."[31]

Outrossim, não se pode olvidar a disposição contida no art. 14 do Diploma Processual Civil, o qual, a partir da redação conferida pela Lei nº 10358/2001, estendeu a possibilidade de imposição de sanção pecuniária àqueles que descumprirem os provimentos mandamentais ou criarem embaraços à efetivação de decisões judiciais, de natureza antecipatória ou final, não mais se limitando às partes e procuradores, consoante redação anterior.

Constata-se que o aludido dispositivo legal, em seu *caput,* operou uma ampliação subjetiva quanto aos destinatários da norma, impondo o dever de colaboração com a atividade judicial a "todos aqueles que de qualquer forma participam do processo". E, em seu parágrafo único, consoante lição empreendida por Luiz Rodrigues Wambier, trouxe a figura do "responsável" pelo descumprimento dos provimentos mandamentais ou pela criação de embaraços à efetivação dos provimentos judiciais[32],

[31] CHIOVENDA, op. cit., p. 41.

[32] WAMBIER, Luiz Rodrigues. *O contempt of court na experiência brasileira: anotações a respeito da necessidade* premente *de se garantir efetividade às decisões judiciais*. In: MARINONI, Luiz

ultrapassando, destarte, a noção restrita de parte da relação processual.

Na esteira desta previsão normativa, máxime quanto à criação do "responsável" pelo descumprimento de ordens judiciais, é que se poderia fundamentar a imposição de multa a terceiro responsável pela efetivação do provimento mandamental, a exemplo do dirigente ou representante de uma pessoa jurídica que foi demandada numa relação processual.

De fato, se o art. 14 do Código de Processo Civil permite ao magistrado lançar mão de expediente sancionatório dirigido ao responsável pelo não atendimento da decisão judicial, ainda que não ocupante de um dos pólos da lide processual, por que não poderia também aplicar multa, como instrumento de coerção, à pessoa física responsável pela execução dos atos da pessoa jurídica destinatária de um comando judicial? Acaso não seria a pessoa física a verdadeira responsável pelo eventual descumprimento do aludido comando, à semelhança da figura do "responsável" pelo descumprimento do provimento mandamental preconizado pelo art. 14, parágrafo único, do Código de Processo Civil?

Com efeito, é indiscutível que tanto a multa do art. 14, parágrafo único, quanto a do art. 461, § 5º, ambos do Código de Processo Civil, têm como escopo o cumprimento das decisões judiciais, revestindo-se a primeira de caráter repressivo (pelo descumprimento do provimento mandamental) e a segunda, de caráter coercitivo.

Assim, diante da unidade finalística apontada, seria possível concluir pela extensão do tratamento doutrinário[33] dado à multa punitiva para a multa coercitiva, no sentido de que quando imposta à pessoa jurídica, deve alcançar o patrimônio da pessoa física responsável pela realização daquele objetivo, tudo com vistas a alcançar a efetividade da decisão judicial.

6. CONCLUSÃO

A previsão, no ordenamento jurídico pátrio, de mecanismos

Guilherme (coord.). *Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão.* RT: São Paulo, 2005, p. 590.

[33] ASSIS, Araken de. "O *contempt of court* no direito brasileiro", Revista de Processo, n. 111, 2003, p. 30; WAMBIER, Luiz Rodrigues. op. cit., p. 593; VIANA, Juvêncio Vasconcelos. "Ato atentatório ao exercício da jurisdição – Multa – Comentários ao novo inciso V, art. 14 do CPC". Revista Dialética de Direito Processual**,** São Paulo, v. 1, 2003, p. 86-87 *apud* WAMBIER, op. cit., p. 593; MACHADO, Hugo de Brito. "Descumprimento de ordem judicial". Revista da Ajufe, n. 70, 2002, p. 215-216.

processuais capazes de conferir efetividade às decisões judiciais e tutelar as diversas manifestações do direito material que se apresentam na atualidade, a exemplo das medidas de apoio elencadas no art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil, vem atender às exigências decorrentes do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Neste cenário é que se fundamenta a possibilidade de adoção de multa, pelo juiz, como medida de coerção ao cumprimento dos provimentos mandamentais.

Todavia, quando se tem como destinatário do comando judicial uma pessoa jurídica, a premissa da eficácia da multa, consistente no temor de sofrer prejuízo patrimonial em caso de descumprimento, é mitigada ou até mesmo anulada, eis que se está diante de um ente destituído de vontade, dependendo a efetivação da ordem judicial da colaboração e do ato volitivo de pessoa física que não foi parte no processo, mas que corporifica a vontade daquela.

Assim, embora alheia à relação jurídica processual da qual se originou a ordem judicial, revela-se a pessoa física, que representa a pessoa jurídica demandada, a principal responsável pela efetivação daquela, razão por que deve também ser alcançada pela medida coercitiva, a fim de que seja garantida a real tutela do direito material.

Com efeito, segundo exortação feita por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira[34], "nada obstante a regulação legal do processo, e o formalismo aí implicado, pode ocorrer defasagem em relação às necessidades sociais. Também é possível que, diante das peculiaridades do caso concreto, a aplicação da regra dificulte a realização do direito material, conduzindo a situação injusta e não desejada pelo sistema constitucional e os valores imperantes na sociedade."

Nesta perspectiva, considerando que a finalidade da imposição da multa é promover a efetivação da decisão judicial, mediante o mecanismo de pressão psicológica num ato de vontade, mostra-se imprescindível que o terceiro responsável pelo seu cumprimento possa ser atingido pelos seus efeitos, sob pena de se ver dificultada a realização do direito material.

Em que pese a inexistência de norma expressa neste sentido, é possível ao magistrado, valendo-se de uma interpretação conforme as regras e princípios constitucionais e no exercício do poder geral de efetivação, direcionar a

[34] *In Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica.* Revista e Processo 2008 – RePro 155, p. 12.

multa ao verdadeiro responsável pelo cumprimento da decisão judicial, ainda que não ocupante de um dos pólos da demanda, como técnica processual voltada à implementação dos direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e à tutela executiva.

Por outro lado, pode-se ainda adotar como referencial hermenêutico a previsão contida no art. 14, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que autoriza a aplicação de multa ao terceiro responsável pelo descumprimento de provimentos mandamentais ou por criar embaraços à efetivação de decisões judiciais, quando da utilização da multa, como medida de apoio, preconizada pelo art. 461, § 5º, daquele Diploma, já que tanto aquela quanto esta possuem o mesmo objetivo: estimular o cumprimento dos comandos judiciais.

Portanto, a solução propugnada pelo presente estudo se apresenta, face à atual sistemática processual brasileira, imbuída de viés constitucional, como meio adequado de conformação da técnica processual à exigência de aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, consoante dicção do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal.

7. REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.* Coimbra: Almedina, 1987.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A efetivação de provimentos judiciais e a participação de terceiros*. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins.* São Paulo: RT, 2004.

_____. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, São Paulo: RT, 2003.

ASSIS, Araken de. "O *contempt of court* no direito brasileiro", Revista de Processo, n. 111, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantia da amplitude de produção probatória.* In: Garantias Constitucionais do Processo Civil. Coord.: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Editora RT, 1999.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal. Disponível em: www.planalto.

gov.br. Acesso em: 23 jan. 2008.
BRASIL. Lei nº 8.952, de 11 de janeiro de 1994. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 23 jan. 2008.
BRASIL. Lei nº 10.358, de 11 de janeiro de 2001. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 23 jan. 2008.
BRASIL. Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 23 jan. 2008.
CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil.* Campinas: Bookseller, 2000.
DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil.* Vol. 2. Salvador: JusPODIVM, 2007.
GRINOVER, Ada Pellegrini. *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*. *In*: Revista de Processo. São Paulo: Editora RT, nº 97, 2000.
GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil.* São Paulo: RT, 2003.
MACHADO, Hugo de Brito. "Descumprimento de ordem judicial". Revista da Ajufe, nº 70, 2002.
MARINONI, Luiz Guilherme. *Controle do poder executivo do juiz. Execução civil: estudos em homenagem ao professor Paulo Furtado.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
_____. *Curso de processo civil: teoria geral do processo.* São Paulo: Editora RT, 2006.
_____. *Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição.* In: Garantias Constitucionais do Processo Civil. Coord. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Editora RT, 1999.
_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*, São Paulo: Editora RT, 2004.
_____. *Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)***.** São Paulo: RT, 2000.
_____. *Tutela inibitória.* 4ª ed. São Paulo: RT, 2006.
NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7ª ed., São Paulo: Editora RT, 2002.
OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais.* In:Revista de Processo. São Paulo: Editora RT, nº

113, 2004.
_____. *Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica.* Revista e Processo 2008 – RePro 155.
PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Inovações no código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Curso de processo civil.* 5ª ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 24.
_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica,* 2ª ed., São Paulo: Editora RT, 1997.
TALAMINE, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84)*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003.
VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Ato atentatório ao exercício da jurisdição – Multa – Comentários ao novo inciso V, art. 14 do CPC*. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, v. 1, 2003.
_____. *Efetividade do processo em face da fazenda pública.* São Paulo: Dialética, 2003.
WAMBIER, Luiz Rodrigues. *O contempt of court na experiência brasileira: anotações a respeito da necessidade* premente *de se garantir efetividade às decisões judiciais*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão.* RT: São Paulo, 2005.
WATANABE, *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Reforma do código de processo civil.* São Paulo: Saraiva, 1996.
ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela.* 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

A CONSTITUCIONALIDADE DO JULGAMENTO LIMINAR DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO EM AÇÕES REPETIDAS INSTITUÍDO PELO ART. 285-A DO CPC

Ulysses Maynard Salgado, Juiz de Direito
do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

RESUMO: Esta monografia pretende reconhecer a constitucionalidade do art. 285-A do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei nº 11.277/06, que possibilita o julgamento liminar de improcedência das ações repetidas. Inicia-se demonstrando a crescente força dos precedentes judiciais nas reformas do direito processual civil. Identificam-se os requisitos necessários para a correta compreensão e aplicação do novo dispositivo: matéria unicamente de direito; sentença de total de improcedência em outros casos idênticos, precedentes do juízo de acordo com a jurisprudência sumulada ou dominante. Também são analisados a possibilidade de recurso, o juízo de retratação, a citação do réu nessa fase, as hipóteses de julgamento da apelação. Conclui-se pela constitucionalidade do novo instituto processual, após analisar separadamente os princípios com sede constitucional ou infraconstitucional: acesso à justiça; contraditório; ampla defesa; duplo grau de jurisdição; isonomia; publicidade; motivação; devido processo legal; segurança jurídica; celeridade e duração razoável do processo.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalidade; Art. 285-A do CPC; julgamento liminar; improcedência; ações repetidas.

ABSTRACT: This monograph intend to recognize the constitutionality of the article 285-A of the Civil Procedural Code, added by the Law 11.277/06, which enables a "liminar" denial judgment in repeated actions. It begins to demonstrate the growing force of previous judgment in the changes of the civil procedural law. It identifies the necessary requisites to the correct comprehension and applicability of the new institute: subject exclusively related to law; entirely denial judgment in similar cases, previous decisions of the law court according to dominant jurisprudence or "sumulada". The possibility of appeal to superior courts, the review of judgment, the defendant call in the appeal stage and the hypothesis of appeal decisions are also analyzed. It concludes that the new institute of the procedural

law is constitutional, after analyzing separately the constitutional and legal following principles: access to justice; contradiction; irrestricted defense; double jurisdiction instance; equality; publicity; motivation; due process of law; secure jurisdiction; effective timely guardianship and reasonable duration of the process.

KEYWORDS: Constitutionality; Article 285-A of the Civil Procedural Code; "liminar" judgment; denial; repeated actions.

SUMÁRIO: Introdução; I Art. 285-A do CPC: julgamento antecipadíssimo da lide ou julgamento liminar de improcedência das ações repetidas; 1.1 Tutela jurisdicional tempestiva e os precedentes judiciais; 1.2 Requisitos; 1.2.1 Matéria unicamente de direito; 1.2.2 Sentença de total improcedência em outros casos idênticos; 1.2.3 Precedentes do juízo; 1.2.4 Sentença paradigma de acordo com a jurisprudência dominante; 1.2.5 Recurso de apelação, juízo de retratação, citação do réu para oferecer contra-razões e seus efeitos; 1.2.6 Julgamento da apelação; 1.2.7 Sucumbência; 1.2.8 Aplicabilidade e direito intertemporal; II Constitucionalidade do Art. 285-A do CPC – ADIN 3.695/DF; 2.1 Vícios apontados pela OAB e refutados pelo Instituto de Direito Processual Civil Brasileiro na qualidade de *amicus curiae*; 2.2 Princípios constitucionais do Direito Processual Civil; 2.2.1 Princípios jurídicos e o direito processual civil; 2.2.1.1 Princípio da proporcionalidade; 2.2.2 Acesso à Justiça; 2.2.3 Contraditório e ampla defesa; 2.2.4 Duplo grau de jurisdição; 2.2.5 Isonomia; 2.2.6 Publicidade; 2.2.7 Motivação; 2.2.8 Devido processo legal; 2.2.9 Segurança jurídica; 2.2.10 Duplo grau de jurisdição; 2.2.11 Celeridade e duração razoável do processo; III. Considerações finais; IV. Referências.

INTRODUÇÃO

A morosidade da prestação jurisdicional e a crise do Poder Judiciário são temas recorrentes em matérias nos meios de comunicação, bem como em estudos científicos.

O crescente número de demandas, a ampliação de acesso à justiça com a criação dos Juizados Especiais, o número insuficiente de magistrados e de funcionários, problemas orçamentários do Poder Judiciário, a lentidão do

processo, a formalidade e a complexidade dos procedimentos, a previsão de um vasto sistema recursal são exemplos dos problemas que geram o quadro negativo da Justiça perante a sociedade e os meios de comunicação.

As inovações legislativas têm procurado solucionar o problema da morosidade do processo, principalmente, após a Emenda Constitucional nº 45/2004, assegurando a razoável duração do processo e os meios adequados que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal).

Criaram-se mecanismos para acelerar o andamento do feito, seja através de tutelas de urgência, seja com procedimentos diferenciados para determinadas questões. Suprimiram-se artifícios processuais utilizados para protelar o feito. Instituiu-se o processo coletivo, além de se reforçar as conciliações e formas de solução extrajudiciais, como a arbitragem.

O presente trabalho objetiva analisar a constitucionalidade de uma das inovações processuais que buscam dar celeridade aos feitos, qual seja, o julgamento liminar de improcedência das ações repetidas instituído pelo art. 285-A do CPC, através da Lei nº 11.277/06. Também pode ser denominado de julgamento antecipadíssimo da lide[1] ou de julgamento de improcedência *prima facie* das demandas seriadas[2] [3], desde quando soluciona o processo antes mesmo da citação do réu.

A relevância do estudo científico fica evidenciada por se tratar de recente alteração do Código de Processo Civil, que também promoverá discussões forenses com teses diferenciadas. Aliás, qualifica-se o estudo em virtude de já haver discussão abstrata acerca da constitucionalidade do novo instituto processual através da Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 3.695/DF, ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil-OAB[4]. Além disso, já existe petição do Instituto Brasileiro de Direito Processual, atuando na qualidade de *amicus curiae*, contrapondo-se a todos os argumentos levantados na

[1] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento *antecipadíssimo* da lide. São Paulo: RT, n. 141, nov. 2006. Material da 6ª aula da Disciplina Processo Civil: Grandes Transformações, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual de Direito Processual: Grandes Transformações – UNAMA – UVB - REDE LFG, p. 1.

[2] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 14.

[3] SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As reformas de 2005 e 2006 do código de processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 146.

[4] Petição inicial da ADI 3695/DF. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=285-A&processo=3695>. Acesso em: 09 out. 2007.

inicial para defender a constitucionalidade do novo instituto processual. Alguns autores já se pronunciaram favoráveis à constitucionalidade, ainda que com algumas discordâncias nos requisitos ou aplicabilidade da norma.

A elaboração deste trabalho utilizou os métodos dedutivo e comparativo, além da técnica de pesquisa bibliográfica, dividindo-se em três capítulos.

No primeiro capítulo, após um breve retrospecto das reformas do Código de Processo Civil que enfatizaram a força dos precedentes judiciais, bem como de institutos semelhantes no ordenamento jurídico, serão analisados os requisitos exigidos para aplicação do art. 285-A do CPC. Na análise dos requisitos, enfrentam-se algumas controvérsias acerca do tema na literatura jurídica.

No segundo capítulo, será elaborada uma síntese dos argumentos pela inconstitucionalidade suscitada pela Ordem dos Advogados do Brasil e refutada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, de acordo com as peças da ADIN 3.695/DF.

Ainda no mesmo capítulo, serão feitas breves considerações sobre os princípios jurídicos e a mudança metodológica do Direito, para posterior abordagem dos princípios constitucionais do direito processual cuja violação está sendo discutida naquela ação direta de inconstitucionalidade e alguns outros relacionados ao novo instituto processual.

I. ART. 285-A DO CPC: JULGAMENTO ANTECIPADÍSSIMO DA LIDE OU JULGAMENTO LIMINAR DE IMPROCEDÊNCIA DAS AÇÕES REPETIDAS

1.1 TUTELA JURISDICIONAL TEMPESTIVA E OS PRECEDENTES JUDICIAIS

As reformas do Processo Civil brasileiro realizadas nos últimos anos objetivam criar novos mecanismos para a efetividade processual, bem como conferir maior celeridade aos feitos, em especial, às ações repetidas.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 deu nova redação ao art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, assegurando a razoável duração do processo e os meios adequados que garantam a celeridade de sua tramitação.

Os precedentes judiciais têm obtido, cada vez mais, papel de destaque para garantir a tempestividade da tutela jurisdicional, privilegiando a

uniformização dos julgados.

Nesse contexto, ainda em 1998, destaca-se o art. 557, do CPC, permitindo ao relator monocraticamente negar seguimento ao recurso em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, bem como dar provimento ao recurso se estiver em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Em 2001, a alteração do art. 475, do CPC, com o acréscimo do § 3º, afastou a necessidade de reexame necessário quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

Recentemente, em 2006, surgiu a possibilidade de o juiz não receber a apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal – súmula impeditiva de recursos, por força do art. 518, § 1º, do CPC.

O art. 285-A do CPC segue essa tendência, potencializando ainda mais a força dos precedentes judiciais, na medida em que permite que, antes mesmo da citação do réu, o juízo de primeiro grau, quando a matéria controvertida for unicamente de direito e já houver proferido sentença de improcedência daquela pretensão em outros casos semelhantes, possa prolatar a sentença no mesmo sentido com a reprodução daqueles mesmos fundamentos.

Diante da necessidade de se analisar neste capítulo os requisitos do novo instituto processual previsto no art. 285-A do CPC, importante sua transcrição:

> Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. § 1º. Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação. § 2º. Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso[5].

[5] BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial*

Assim, verifica-se a crescente força dos precedentes judiciais, não só do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores, dos Tribunais de Justiça, mas também das sentenças de improcedência do próprio julgador de primeiro grau. Tudo em prol da celeridade com a antecipação do resultado judicial esperado com base em precedentes, tendo em vista a busca pela isonomia de solução entre os jurisdicionados.

Apesar da nova disciplina prevista no artigo em comento, existem institutos processuais anteriores que seguiam a mesma linha, viabilizando o julgamento liminar de improcedência da ação.

O primeiro deles era a possibilidade de indeferimento da inicial se identificada a prescrição ou a decadência, matérias que constituem preliminares de mérito e, por isso, trata-se de julgamento de mérito, de acordo com o art. 269, IV e o art. 295, IV, ambos do CPC. Hipótese que teve seu alcance ampliado com o novo Código Civil de 2002, admitindo o reconhecimento da prescrição em matéria de direitos patrimoniais em favor de absolutamente incapaz e com a mudança do art. 219, § 5º, do CPC[6] [7].

Nas ações de improbidade administrativa, também existia a possibilidade de julgamento imediato pela improcedência com análise do mérito, caso o julgador estivesse convencido da inexistência de ato de improbidade pelos elementos dos autos, de acordo com a disciplina do art. 17, da Lei nº 8.429/92, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45/2001. Diferencia-se do art. 285-A, do CPC, porque tal julgamento só ocorria após a fase de defesa prévia e porque se aplicava restritivamente aos processos daquela natureza.

1.3 REQUISITOS

1.3.1 MATÉRIA UNICAMENTE DE DIREITO

O primeiro pressuposto para aplicação do art. 285-A, do CPC é que a matéria controvertida seja unicamente de direito.

Tal regra deve ser interpretada no sentido de que a matéria seja exclusivamente de direito ou, havendo matéria de fato, já esteja comprovada

da União, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 09 out. 2007.

[6] GAJARDONI. *Op. cit.*, p. 6.

[7] THEODORO JÚNIOR. *Op. cit.*, p. 14.

pelos documentos apresentados, não dependendo de produção de outras provas em audiência. Trata-se, portanto, de regra semelhante àquela prevista para o julgamento antecipado da lide, previsto no art. 330, do CPC.

Por isso, Cassio Scarpinella Bueno afirma: "O que o art. 285-A reclama para sua incidência é que a questão jurídica, a tese jurídica, *predomine* sobre eventuais de fato"[8] (itálico no original). O mesmo autor conclui: "Aqueles casos em que a prática do foro levará, sempre e em qualquer caso, ao 'julgamento antecipado da lide', justamente porque a questão a ser resolvida é 'unicamente' (leia-se: predominantemente) de direito, porque fatos sempre há"[9].

Aliás, não há que se falar em aplicação do art. 285-A após a citação, porque caracterizaria aquela hipótese do julgamento antecipado da lide já previsto no art. 330, do CPC.

1.3.2 SENTENÇA DE TOTAL IMPROCEDÊNCIA EM OUTROS CASOS IDÊNTICOS

Também se exige que haja, no juízo, precedente de sentença de total improcedência em outros casos idênticos.

Desde logo, há de se ressaltar que não se trata de identidade de causas ou ações disciplinada no art. 301, §§ 1º a 3º, do CPC, isto é, mesmas partes, causa de pedir e pedido. Nessa hipótese de completa identidade, continua caracterizando-se a litispendência ou a coisa julgada, com a consequente extinção do processo sem julgamento do mérito, por força do art. 267, V, do CPC.

O que se pretende aqui é que, no caso novo, haja a repetição da questão[10], da controvérsia, da tese jurídica já discutida no caso padrão, capaz de ensejar a mesma resposta judicial de improcedência proferida em outros processos, tornando, assim, desnecessária a fase de citação e resposta do réu e conferindo maior celeridade ao feito.

Segundo o ensinamento de Humberto Theodoro Júnior, a identidade

[8] BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2, p. 68-69.

[9] BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2, p. 69.

[10] "A identidade, portanto, que se reclama para aplicar o art. 285-A, localiza-se no objeto da causa, isto é, na questão (ponto controvertido) presente nas diversas ações seriadas". THEODORO JÚNIOR. *Op. cit.*, p. 17.

tem que ser de pedido e de causa de pedir, comentando ainda: "Se a tese de direito é a mesma, mas a pretensão é diferente, não se pode falar em 'casos idênticos', para fins do art. 285-A. Da mesma forma, não ocorrerá dita identidade se, mesmo sendo idêntico o pedido, os quadros fáticos descritos nas duas causas se diferenciarem"[11].

Já o entendimento de Fernando da Fonseca Gajardoni é de que é suficiente a identidade da causa de pedir, ainda que os pedidos sejam distintos, como se observa no seguinte trecho:

> A expressão *casos idênticos* deve ser interpretada, por isso, como sendo casos semelhantes, isto é, que tenham os mesmos fundamentos de fato e de direito (causa de pedir), ainda que o pedido seja diverso. Por exemplo, nada impede a aplicação do dispositivo para julgar improcedente de plano pretensão que veicule tese sobre a inconstitucionalidade de determinado tributo ou contribuição (causa de pedir) para fins de repetição de indébito (pedido da nova ação), quando idêntica tese jurídica, com a invocação dos mesmos fundamentos, haja sido rejeitada em ação com pedido de compensação (pedido primitivo)[12] (itálicos no original).

Nesse ponto, o último posicionamento demonstra ser o mais adequado, desde quando a norma pretende que os fundamentos do julgamento anterior sejam capazes e suficientes para a motivação do novo julgamento, permitindo que a sentença deste reproduza, repita o teor da sentença primitiva. O exemplo citado pelo autor transcrito demonstra claramente tal possibilidade.

Por outro lado, considerando a redação do artigo de que a sentença deve ser de total improcedência, também merece comentário a hipótese de cumulação de pedidos, pois o julgamento deve ser sobre cada pedido. Assim, se existe um paradigma em que a sentença foi de procedência parcial, por acolher um pedido e denegar o outro, possível o julgamento liminar de nova ação em que se deduz apenas o pedido que foi julgado improcedente naquele caso anterior[13].

---

[11] THEODORO JÚNIOR. *Op. cit.*, p. 16.
[12] GAJARDONI. *Op. cit.*, p. 10.
[13] GAJARDONI. *Op. cit.*, p. 8.

Por exemplo, numa ação em que são cumulados os pedidos de nulidade contratual e de entrega do bem, sendo julgado improcedente o primeiro e procedente o último. Se houver novas ações discutindo a mesma nulidade contratual suscitada naquele caso paradigma, possível a aplicação do art. 285-A, do CPC, porque esse pedido repetido foi julgado totalmente improcedente na sentença anterior.

O que interessa, como mencionado acima, é que o caso novo tenha semelhança com precedente, a fim de que o julgamento possa ser feito com a reprodução da mesma fundamentação da sentença paradigma daquele juízo, sob pena de configurar algum vício de omissão, contradição ou obscuridade, ou pior, falta de motivação. Além disso, essa mesma semelhança permite, inclusive, uma previsibilidade do resultado infrutífero do processo que repete questão julgada improcedente em outros casos daquele juízo.

1.3.3 PRECEDENTES DO JUÍZO

Impõe-se ainda que existam, pelo menos, dois precedentes de improcedência no mesmo juízo que sentenciará o novo caso, uma vez que o dispositivo legal faz referência a outros casos, no plural.

Certamente, os precedentes em que se concluiu pela improcedência devem ter observado o devido processo legal, o contraditório[14] e a ampla defesa, para que os próximos casos semelhantes sejam abreviados com a sentença liminar.

Tudo isso para garantir maior segurança aos jurisdicionados. Ressalva-se, dessa forma, que cada unidade judiciária já terá apreciado aquela questão controvertida nos autos, demonstrando os motivos pelos quais o pedido merece ser julgado improcedente.

Evita-se que certo juízo estabeleça seu posicionamento reiterado pela improcedência de determinado pedido e os demais se utilizem daquele raciocínio jurídico para julgar da mesma forma os casos que lhe são postos sem nunca ter decidido acerca do tema ou naquele sentido.

Cria-se, dessa forma, a necessidade de cada juízo estabelecer o padrão de improcedência daquele pedido antes de promover o julgamento antecipadíssimo da lide, possibilitando inclusive um conhecimento prévio

[14] PAVAN, Dorival Renato. *Comentários às Leis nºs 11.187 e 11.232, de 2005,e 11/382, de 2006*: o novo regimento do agravo, o cumprimento da sentença, a lei processual civil o tempo e a execução por título extrajudicial. 2ª ed. São Paulo: Editora Pillares, 2007, p. 87.

da posição adotada naquela unidade judiciária[15].

Ademais, tal exigência facilitará o cumprimento de outro requisito, no tocante à reprodução de sentença paradigma, pois não poderá ser aplicado quando houver alguma questão não apreciada naquele caso.

Por isso, não pode o juiz de direito substituto ou que estiver cumulando suas atividades basear o julgamento da causa repetida em sentenças de improcedências que proferiu em outros juízos.

Em contrapartida, o novo dispositivo poderá ser aplicado por qualquer magistrado que estiver atuando no juízo onde já houver julgados de improcedência daquela questão, mesmo não sendo o titular, seja substituto ou tenha sido designado para cumular suas funções.

1.3.4 SENTENÇA PARADIGMA DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE?

A sentença que julga o caso novo deve conter o relatório, com o breve resumo do caso, a fim de que possa se identificar a semelhança com o paradigma, para, em seguida, transcrever o mesmo fundamento utilizado naquele paradigma. Não sendo suficiente a simples referência aos números dos processos julgados naquele sentido, já que impossibilita o imediato conhecimento pela parte dos fundamentos que levaram à improcedência de seu pedido[16].

Juristas têm se manifestado pela necessidade de que esse julgamento liminar pela improcedência do pedido ou o julgamento antecipadíssimo da lide deve estar de acordo com o posicionamento sumulado ou dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior[17] [18] [19] [20].

Tudo isso, levando em consideração a competência daqueles em promover a uniformidade jurisprudencial, garantindo o princípio da isonomia de forma mais ampla, além de não justificar um célere julgamento no primeiro grau para ser rapidamente modificado nas instâncias superiores, tendo em

[15] GAJARDONI. *Op. cit.*, p. 7.
[16] PAVAN. *Op. cit.*, p. 88.
[17] BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do código de processo civil.* São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2, p. 50-51.
[18] GAJARDONI. *Op. cit.,* p. 11-12.
[19] MARIONI, Luiz Guilherme e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *apud* GAJARDONI. *Op. cit.*, p. 9.
[20] PAVAN. *Op. cit.*, p. 88.

vista, inclusive, os mecanismos criados pelos dispositivos citados no item 1.1, previstos nos art. 557, art. 475, § 3º e art. 518, § 1º, todos do CPC.

Cassio Scarpinella Bueno destaca:

> Proponho, contudo, em nome da leitura sistemática do processo civil a que insistentemente me refiro – e que norteia, a bem da verdade, a produção destes meus comentários à mais recente etapa da reforma do Código de Processo Civil –, uma *interpretação* do art. 285-A em que "sentença do juízo"seja entendida simetricamente aos já referidos dispositivos de lei, isto é, súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior", para empregar, aqui, o referencial amplo do *caput* do art. 557, na redação da Lei n. 9.756/1998. Até porque, também por força de premissas fundantes do meu pensamento sobre o direito processual civil, esta é a única forma de manter o art. 285-A afinado ao "modelo constitucional de processo", observando-se a forma potencializada o princípio da isonomia a que fiz referência acima[21].

Mesmo que não tivesse sido essa a intenção do legislador, o art. 285-A do CPC já teria grande valor por ser capaz de conferir a maior celeridade possível à fase cognitiva de primeiro grau nas circunstâncias ali delimitadas de improcedência em questões de controvérsia unicamente de direito, pois o conflito dessa sentença com a jurisprudência sumulada ou dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior também poderia ser corrigido permitindo o julgamento monocrático na forma do art. 557, do CPC.

Certamente, apesar de o art. 285-A não fazer referência a tal necessidade, a interpretação sistemática de todos os outros institutos – art. 557, art. 475, § 3º, e art. 518, § 1º, todos do CPC – induz que aquela decisão de primeiro grau esteja em consonância com a orientação jurisprudencial, pois não foi diferente ao permitir ao relator o julgamento monocrático do recurso ou ao juiz sentenciante não receber a apelação ou afastar o reexame necessário.

---

[21] BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do ccódigo de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2, p. 51.

Defende-se ainda que os precedentes do juízo já tenham transitado em julgado[22]. A mesma interpretação sistemática aponta para tal necessidade, pois os precedentes já se encontrarão consolidados, para impedir que haja uma contradição decorrente da reforma deles antes mesmo do julgamento liminar dos casos novos.

Assim sendo, evita-se que o julgamento liminar se baseie em sentença que não possui mais validade, além do atraso desnecessário com a reforma sucessiva de todas as demais sentenças. Tal uniformidade e consolidação garantem uma celeridade ainda maior ao feito, além de ser mais coerente com a lógica criada pelo sistema processual.

1.3.5 RECURSO DE APELAÇÃO, JUÍZO DE RETRATAÇÃO, CITAÇÃO DO RÉU PARA OFERECER CONTRA-RAZÕES E SEUS EFEITOS

Por se tratar de sentença, o julgamento antecipatíssimo da lide poderá ser atacado através de recurso de apelação, não deixando dúvidas o § 1º do artigo em análise.

Assim como ocorre com o indeferimento liminar da petição inicial, existe a previsão do juízo de retratação, determinando-se o prosseguimento do feito com citação do réu para oferecer defesa, segundo o mesmo dispositivo citado acima.

Na fase recursal, mantida a sentença no juízo de retratação, o réu é citado para responder ao recurso, uma vez que surge a possibilidade de o órgão julgador não confirmar a sentença, gerando uma situação desfavorável. A citação objetiva assegurar o contraditório, dando-lhe o conhecimento da ação, do julgamento pela improcedência do pedido e do recurso já interposto, ao tempo em que permite que apresente os fundamentos para reforçar aquela conclusão.

Não existem questionamentos se a sentença for mantida no julgamento da apelação, permanecendo vitorioso o réu ainda que não tenha respondido ao recurso.

O problema do efeito da citação surge caso seja provida a apelação e não haja possibilidade de o tribunal julgar de plano a matéria. O processo tomará seu curso originário, promovendo-se nova citação do réu para, agora

[22] PAVAN. *Op. cit.*, p. 92-95.

sim, responder à pretensão do autor, suscetível nessa fase à revelia e todos os seus efeitos, se não responder tempestivamente.

Acerca do tema, Ernane Fidélis dos Santos afirma:

> Ainda que o réu não se manifeste, **não se pode considerar revelia e decidir contra ele**, mesmo porque a questão deve ser apenas de direito. A confirmação da sentença faz coisa julgada favorável ao réu, mas a reforma da decisão, se a questão for, realmente, de puro direito, poderá ser definitiva; se por motivo de questão fática, no entanto, os autos retornam e se permite ao réu adendo em sua defesa[23].

Em sentido contrário, Fernando da Fonseca Gajardoni defende:

> Tendo natureza de contestação, urge esclarecer que a falta de apresentação de resposta ao recurso, no prazo legal, **implica revelia do demandado, mas não presunção de veracidade dos fatos alegados na inicial** (art. 319 do CPC). Com efeito, a presunção só recai sobre fatos, e o julgamento liminar se dá em regra quando a matéria for unicamente de direito (item 5.3), o que afasta a presunção legal. Haverá, entretanto, a incidência do efeito secundário da revelia, ou seja, **o réu contumaz não será intimado dos posteriores atos processuais em 2º grau enquanto não intervier no feito** (art. 322 do CPC). Caso a sentença liminar seja cassada pelo Tribunal por impossibilidade do art. 285-A do CPC, a citação para as contra-razões, por ser ato subsequente à sentença neste novo regime, automaticamente restará prejudicada (art. 248 do CPC). Assim, com os autos devolvidos à origem, **nova citação do réu deverá ser efetuada**, agora para que apresente defesa em sua plenitude (contestação tanto com a matéria quanto de fato, exceções, reconvenção, etc.)[24] (grifou-se).

[23] SANTOS. *Op. cit.,* p. 149.
[24] GAJARDONI. *Op. cit.,* p. 14-15.

Uma terceira corrente é sustentada por Dorival Renato Pavan:

> A citação prevista no § 2º do art. 285-A **valerá para todos os demais atos e termos do processo**, não só para acompanhamento do recurso, mas e principalmente para apresentação da resposta posteriormente, caso seja dado provimento à apelação do autor, sendo portanto **desnecessária** *nova citação*. Nessa hipótese, se houver oferecimento de contra-razões, o réu terá advogado constituído nos autos, que terá a missão de acompanhar a tramitação do recurso em segunda instância. Destarte, ocorrerá simples *intimação*, na pessoa do advogado, para oferecer a resposta (contestação, exceção ou reconvenção), daí começando a correr o prazo. (...).
>
> Se o réu, embora citado, optou por *não contra-arrazoar*, deixando fluir *in albis* o prazo para tanto, e tampouco não juntou instrumento de mandato para seu advogado nos autos, a providência a ser ordenada, **quando ocorrer a decisão de segundo grau de** *provimento* **do recurso, será a aplicação do artigo 322 do CPC**. Nessa hipótese **o juiz ordenará a abertura do prazo para resposta, correndo o prazo contra ele independentemente de intimação**, ou seja, em cartório, o que exigirá do réu, então, citado para contra-arrazoar o recurso, o cuidado objetivo exigível na espécie, ou seja, acompanhar ainda que informalmente o desate do resultado do julgamento no tribunal, para apresentar sua resposta em tempo oportuno, sob pena de se consumar sua revelia, quando então o juiz poderá decidir a lide antecipadamente (art. 330, II, do CPC)[25] (grifou-se).

Se restar decidido pela inaplicabilidade do art. 285-A do CPC, afasta-se a possibilidade de abreviar o procedimento, devendo ser obedecido todo o rito tradicional.

[25] PAVAN. *Op. cit.*, p. 105-106.

Tratando-se de anulação da sentença por inadequação do procedimento e considerando que a citação ocorreu após o julgamento liminar, razoável que aquela citação não produza outros efeitos. Deve ser renovada a citação pessoal do réu para tomar conhecimento do novo prazo agora para oferecer sua resposta através de contestação, exceção ou reconvenção, tenha ou não oferecido contra-razões anteriormente.

Ademais, no novo instituto, o réu já tem conhecimento dos fundamentos que levaram à improcedência do autor, baseada em precedente transitado em julgado e de acordo com o entendimento dos tribunais, podendo entender desnecessária sua atuação naquela fase. Em contrapartida, no rito tradicional, o réu precisa defender seus argumentos e apresentar as provas para obter o julgamento que espera que lhe seja favorável.

A possibilidade de julgamento antecipado da lide em virtude da omissão do réu após a anulação da sentença de improcedência liminar, sem que haja a nova citação do réu, violaria o princípio do contraditório.

Portanto, entende-se que os dois primeiros posicionamentos defendidos por Ernane Fidélis dos Santos e Fernando da Fonseca Gajardoni apresentam melhor solução para o caso, propondo nova citação do réu sempre que o tribunal afastar a aplicabilidade do art. 285-A do CPC.

Quanto à possibilidade de o tribunal decidir de plano a matéria, por se tratar de questão de direito, a citação do réu para contra-razoar é fundamental para assegurar o contraditório, ainda que não venha a exercer seu direito. Nessa circunstância, também demonstra acerto a posição de Fernando da Fonseca Gajardoni. Deve incidir o efeito do prosseguimento do recurso sem a necessidade de intimação do réu para os atos posteriores, por força do art. 322, do CPC.

1.3.6 JULGAMENTO DA APELAÇÃO

Na fase recursal, o Tribunal poderá confirmar a sentença se atendidos todos os requisitos do art. 285-A vistos acima, bem como cassá-la por ausência de algum deles, remetendo, nesta hipótese, os autos de volta ao primeiro grau para processamento regular do feito, ou ainda, reformá-la se não depender de produção de provas.

No tocante à possibilidade de o órgão julgador do recurso, seja relator monocraticamente ou o colegiado, promover de plano a reforma da sentença em confronto com orientação jurisprudencial dominante, há divergência

entre autores. Cassio Scapinella Bueno[26] e Fernando da Fonseca Gajardoni[27] podem ser citados como defensores de sua aplicação e Dorival Renato Pavan[28] em sentido contrário.

Estudou-se acima que a interpretação sistemática do processo civil impõe a necessidade de o julgamento liminar de improcedência do art. 285-A do CPC estar em consonância com a orientação jurisprudencial. Desde que observados todos os demais requisitos do novo instituto, versando apenas sobre questão de direito, não se justificam a anulação da sentença e o retorno dos autos para adotar o rito tradicional e, ao final, proferir a mesma decisão, por ser o convencimento daquele magistrado.

Considerando que existe oportunidade de participação do réu na fase recursal, associada aos demais requisitos do art. 285-A do CPC, não há violação ao contraditório, ampla defesa nem ao devido processo legal. A reforma da sentença nessa hipótese tanto pode ser feita pelo colegiado, quanto pelo relator monocraticamente, com base no art. 557, § 1º-A, do CPC, para adequar a sentença ao posicionamento baseado na súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou Tribunal Superior.

A mesma divergência dos autores acima indicados existe no que diz respeito à aplicação do art. 515, § § 3º e 4º, do CPC. Sustenta Dorival Renato Pavan que aquele dispositivo disciplina a hipótese de extinção do processo sem julgamento do mérito[29].

A inovação do art. 515, §§ 3º e 4º, do CPC foi permitir excepcionalmente que o tribunal decida o mérito, sem que houvesse supressão de instância, mesmo quando o juiz ainda não se pronunciou a respeito. Isso por já haver os elementos necessários para o julgamento ou pela possibilidade de sanar eventual vício com a repetição do ato processual.

Por outro lado, a regra da apelação sempre foi no sentido de ser possível o tribunal decidir sobre o mérito após pronunciamento do juiz de primeiro grau acerca da mesma matéria. Nesse sentido, não se verifica a supressão de instância, pois já houve decisão de mérito na sentença recorrida.

Dessa forma, a aplicabilidade do art. 515, § § 3º e 4º, do CPC está

[26] BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2, p. 80-81.
[27] GAJARDONI. *Op. cit.*, p. 16-17.
[28] PAVAN. *Op. cit.*, p. 106-107.
[29] PAVAN. *Op. cit.*, p. 108.

de acordo com o ordenamento jurídico, preservados os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal pela citação do réu para responder ao recurso, segundo art. 285-A, § 2º, do CPC.

1.3.7 SUCUMBÊNCIA

Como consequência do julgamento liminar de improcedência das ações repetidas, antes da citação do réu, não há condenação do autor ao pagamento de honorários, já que não haverá a necessidade de contratação de advogado pelo réu.

Na apelação, aplica-se o mesmo raciocínio, somente sendo devida a condenação ao pagamento de honorários se o réu efetivamente atuou naquela fase, contratando advogado para apresentar suas contra-razões.

1.3.8 APLICABILIDADE E DIREITO INTERTEMPORAL

A aplicabilidade do art. 285-A, do CPC é uma faculdade que a lei confere ao julgador, não sendo obrigado a utilizá-lo, embora seja um mecanismo útil e eficaz para garantir a tempestividade da prestação jurisdicional nas ações repetidas. Repercute ainda no andamento dos demais processos por reduzir o tempo necessário para o julgamento das causas já decididas.

O crescente número de processos envolvendo questões de consumidores, tributárias, previdenciárias pode servir de exemplo da necessidade de o julgador se utilizar dos meios disponíveis para alcançar a garantia da razoável duração do processo.

Como já mencionado acima, a Lei nº 11.277/06 que acrescentou o art. 285-A no CPC entrou em vigor dia 09.05.2006. Considerando sua aplicabilidade imediata, poderá ser aplicada a processos ajuizados antes mesmo de sua vigência, desde que ainda não tenha sido promovida a citação do réu. Isso porque, tratando-se matéria unicamente de direito e já havendo citação, possível o julgamento antecipado da lide, com base no art.330 do CPC, ou ainda, em virtude da revelia já verificada.

Também não há nenhum impedimento que a sentença paradigma tenha sido proferida antes da vigência daquela lei, na medida em que importa para o novo instituto a existência de precedentes de improcedência daquela questão no juízo sentenciante.

Por último, o novo instituto processual demonstra ser um eficaz

instrumento para garantir a razoável duração do processo, principalmente, no momento em que se percebe o crescente número de ações, dentre elas as que envolvem consumidores, na Justiça Comum ou nos Juizados Especiais.

II. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 285-A DO CPC – ADIN 3.695/DF

2.1 VÍCIOS APONTADOS PELA OAB E REFUTADOS PELO IBDP

Todas as inovações legislativas que promoveram as reformas do Direito Processual Civil têm procurado solucionar o problema da morosidade do processo e garantir mais efetividade à tutela jurisdicional.

Naturalmente, as novidades são objeto de análise de diversos estudos científicos e de discussões forenses, surgindo correntes divergentes sobre o tema. Não foi diferente com o julgamento liminar de improcedência do pedido em ações repetidas instituído pelo art. 285-A do CPC.

A constitucionalidade dessa norma processual tem sido questionada pela Ordem dos Advogados do Brasil-OAB, na ADIN 3.695/DF, cujo relator é o Min. Cézar Peluso. A ação foi ajuizada ainda em 29.03.2006, antes da entrada em vigor da Lei n° 11.277/06, o que somente ocorreu em 09.05.2006, em virtude da *vacatio legis* de noventa dias, segundo art. 3º daquela Lei. Ainda não houve decisão sobre o pedido de suspensão liminar da Lei n° 11.277/06[30].

Na inicial, a Ordem dos Advogados do Brasil-OAB, baseada em parecer elaborado pelo jurista Paulo Medina, argumenta que o dispositivo viola:

1. a **isonomia constitucional**, ante a diversidade de juízes e varas, a permitir que processos debatendo o mesmo tema, mas distribuídos a diferentes magistrados, tenham curso normal ou abreviado, conforme tenha sido proferida ou não sentença relativa ao mesmo assunto no juízo;

2. a **segurança jurídica**, no que concerne ao procedimento judicial, já que o processo será normal ou abreviado segundo sentença antes proferida, cuja publicidade para os jurisdicionados que não foram partes naquele feito

[30] Acompanhamento processual da ADI 3.695/DF. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3695&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 08 fev. 2008.

não existe;

3. o **direito de ação**, consistente no direito de provocar o surgimento da relação processual triangular (autor-juiz-réu), fica afastado, restringido pela possibilidade no âmbito de primeiro grau de eliminar o procedimento normal pela pronta prolação da sentença emprestada;

4. o **contraditório**, uma vez que retira a garantia de participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (fatos, provas, questões) que se encontrem em ligação com o objeto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão;

5. o **devido processo legal**, diante do curso abreviado do feito com fundamento em sentença cuja publicidade é inexistente, que acaba por dar fim ao processo sem examinar as alegações do autor, sem as rebater[31].

O Instituto Brasileiro de Direito Processual-IBDP, atuando na qualidade de *amicus curiae*, manifestou-se pela constitucionalidade, em petição subscrita pelo associado Cassio Scarpinella Bueno, refutando todos os vícios acima apontados. Entende que o dispositivo questionado está de acordo com o "'modelo constitucional do processo civil brasileiro', bem cominando as eficácias dos diversos princípios regentes da atuação jurisdicional em busca de um processo civil mais *justo*, mais *equânime*, mais *racional*" [32] (itálicos no original). Ao contrário, defende estar em conformidade com o novel princípio da tempestividade da tutela jurisdicional (art. 5º, LVIII, da CF) e com os anseios por justiça célere.

Em síntese, o IBDP sustenta que não existe violação:

1. à **isonomia constitucional**, desde quando a diversidade de decisões nos diferentes juízos não é nenhuma novidade, além de a nova regra ser uma faculdade do juiz, cabendo aos tribunais uniformizarem gradativamente qual o posicionamento que deve prevalecer. Ao contrário, entende que está em consonância com o princípio da isonomia, na medida em que propõe uma

[31] Petição inicial da ADI 3695/DF. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=285-A&processo=3695>. Acesso em: 09 out. 2007.

[32] Petição juntada em 24.02.2006, pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, na ADI 3.695/DF, conforme acompanhamento processual. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3695&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 08 fev. 2008.

mesma solução para os casos idênticos;

2. à **segurança jurídica**, pois esta consiste no conhecimento das regras a serem aplicadas em cada caso concreto, enquanto o juiz deve motivar e fundamentar sua decisão, explicando por que os casos são idênticos para autorizar a aplicação da nova regra e sua má utilização pode ser corrigida via recursal;

3. ao **direito constitucional de ação**, pois existe uma resposta jurisdicional à pretensão do autor, contudo, negativa, não podendo ser confundida tal garantia apenas com a de decisões favoráveis ao requerente. Sustenta ainda que o exercício do direito de ação ocorre gradativamente no processo, com a previsão de recurso e possibilidade de juízo de retratação, como acontece nos casos de indeferimento liminar da inicial;

4. ao **contraditório**, que é apenas postergado, mas assegurado ao autor através da possibilidade de interposição de recurso de apelação e de juízo de retratação, bem como ao réu que será citado para responder ao recurso, não sendo necessária sua intervenção anteriormente por não ter nada a acrescentar ao convencimento do julgador;

5. ao **devido processo legal**, pois não viola nenhum dos princípios acima, sendo aquele um princípio síntese, além de ter decorrido a nova norma processual de regular processo legislativo e em consonância com o princípio da razoável duração do processo introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, art. 5º, LVIII, da CF)[33].

Na literatura jurídica , além da manifestação do professor Cassio Scapinella Bueno[34], observa-se uma tendência pela constitucionalidade do novo dispositivo processual, a exemplo de Dorival Renato Pavan[35], Ernane Fidélis dos Santos[36], Fernando da Casta Gajardoni[37], Flávio Cheim Jorge, Fredie Didier Júnior, Marcelo Abelha Rodrigues[38], Humberto Theodoro

[33] Petição juntada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, na ADI 3.695/DF. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/dados/File/enciclopedia/Textos%20Importantes/Microsoft%20Word%20-%20Amicus%20curiae%20-%20285-A%20-%20IBDP.pdf>. Acesso em: 15 out. 2007.
[34] BUENO. *Op. cit.*, p. 57-66.
[35] PAVAN. *Op. cit.*, p. 84-86.
[36] SANTOS. *Op. cit.*, p. 145-146.
[37] GAJARDONI. *Op. cit.*, p. 5.
[38] JORGE, Flávio Cheim, DIDIER JÚNIOR, Fredie e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 58.

Júnior[39] [40].

2.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

2.2.1 PRINCÍPIOS JURÍDICOS E O DIREITO PROCESSUAL CIVIL

O Direito é uma ciência voltada para regular os fatos da vida através de um vasto sistema de normas e, por isso, dinâmica, a fim de acompanhar as mudanças sociais.

O dinamismo do Direito não se resume apenas às mudanças legislativas, mas também às mudanças de interpretação das normas existentes. Observa-se que, em alguns casos, a nova interpretação das regras jurídicas pelos tribunais reconhecendo direitos ainda não normatizados tem provocado a inovação legislativa, podendo ser citado como exemplo a união estável.

Uma das características do direito contemporâneo tem sido o reconhecimento e a crescente aplicabilidade dos princípios[41], cuja relevância sempre foi reconhecida no plano teórico. Antes os princípios eram vistos apenas como conteúdo programático, algo distante da prática forense, passando a ser incluídos nos textos legais com a finalidade principal de evitar uma lacuna normativa, na medida em poderiam ser aplicados sob o fundamento de que a solução para aquele problema decorreu da aplicação da própria lei[42].

Nessa nova concepção, os princípios obtiveram destaque na solução de casos de maior complexidade e na visualização ou percepção de unidade, harmonia e coesão no ordenamento jurídico em constante mutação[43]. Entre os princípios de todos os sistemas jurídicos, os princípios constitucionais

---

[39] THEODORO JÚNIOR. *Op. cit.*, p. 18-19.

[40] MACÊDO, Amanda Romeiro. Artigo 285-A do Código de Processo Civil: Constitucional! *Revista da Esmese*, Aracaju, nº 10, 2007, p. 84-89.

[41] "A função dos princípios para imprimir unidade às normas que integram o ordenamento positivo vem sendo notada na doutrina, já que, de fato, o direito constituído por norma não exaure a ideia de ordenamento 'jurídico'" (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 50).

[42] WAMBIER. *Op. cit.*, p. 57.

[43] "Não chegamos ao ponto de afirmar que os princípios tornam o sistema efetivamente *harmônico* e *coeso*, mas certamente a tendência à harmonia e à coesão que existem nos sistemas jurídicos se deve aos princípios que a eles são subjacentes" (WAMBIER. *Op. cit.*, p. 62).

possuem um papel de maior relevância, por ser a base para todos os ramos do direito material ou processual, repercutindo nos estudos acadêmicos e na atividade forense.

No tocante à importância dos princípios no dinamismo do Direito, Tereza Arruda Alvim Wambier destacou:

> Nesta linha é o ensaio de José Miguel Garcia Median, cujo trecho a seguir merece transcrição: "Os princípios revelam não apenas aquilo que é presente *estaticamente* no sistema jurídico. Os princípios se manifestam também, com sua maior força, na compreensão das relações sociais concretas submetidas ao ordenamento jurídico: os princípios se exprimem, pois, num *dinamismo*". Consoante afirma Chaïm Perelman, "tradicionalmente, duas interpretações se opõem uma à outra: a interpretação *estática* e a interpretação *dinâmica*. A interpretação estática é a que se esforça por descobrir a vontade do legislador que votou o texto da lei. A interpretação dinâmica é a que interpreta o texto consoante o bem comum ou a equidade, tais como o juiz os concebe na espécie que lhe é submetida" (*Ética e direito,* § 51, p. 624). Noutro passo o mesmo filósofo esclarece que "foi a inadaptação de um texto legal, à situação que ele deve reger, que permitiu opor à interpretação estática da lei, que é a busca da vontade do legislador no momento da votação da lei, a interpretação dinâmica que quer adaptar o sentido da lei às mudanças ocorridas desde a sua promulgação (*op. cit.* § 50, p. 617). Este modo de ver os princípios vem ganhando cada vez mais importância no cenário jurídico, ante as crescentes modificações sociais e políticas pelas quais passa o mundo atual[44].

Ao lado do reconhecimento da importância dos princípios, também houve uma mudança do método de se compreender o direito como um todo. Cada vez mais, o ordenamento jurídico tem permitido uma maior participação do intérprete e aplicador do direito, diante da impossibilidade

[44] WAMBIER. *Op. cit.*, p. 71.

de o legislador prever a solução exata para todas as situações decorrentes das relações sociais e estatais[45]. A previsão de conceitos jurídicos indeterminados é um exemplo dessa mudança metodológica.

Percebe-se, então, que houve uma mudança do método de se compreender o direito como um todo. Tratando-se de um fenômeno geral, como não podia deixar de ser, essa alteração também ocorreu com o direito processual civil, o qual vem sofrendo constantes alterações por leis variadas, principalmente após 1994.

Ao abordar um pensamento contemporâneo para o direito processual civil, Cassio Scarpinella Bueno conclui:

> O que vale destacar aqui é que a "matéria-prima" sobre a qual recai o trabalho do intérprete e do aplicador do direito alterou-se profundamente nos últimos anos. Não só a concepção do que sejam as normas jurídicas, assunto a que se referem os números anteriores, mas, mais ainda, a sua forma de expressão e realização sensível, perceptiva, alterou-se profundamente. Assim, cada vez mais, fala-se, estuda-se e trata-se dos "princípios", das "cláusulas gerais", das "normas de conceito vago e indeterminado", de "discricionariedade" e assuntos tais que, a olhos vistos, correspondem, hoje, à maneira usual da produção normativa. Cada vez mais é difícil o intérprete e o aplicador encontrarem-se diante daquela lei que contém, nela própria, todos os elementos necessários e inquestionáveis para sua *segura* e *inequívoca* aplicação[46] (itálicos no original).

Merece breve comentário a atual fase do direito processual civil, por

[45] "Por outro lado, pensamento jurídico considerado como um todo, e não apenas o do direito processual civil, atravessa uma sensível alteração de *pólo metodológico* com a que vem sendo chamada de "abertura" da norma jurídica. De um ordenamento jurídico claramente "hermético", em que a "lei" deixava pouco ou nenhum espaço para ser preenchida pelo seu intérprete e aplicador, passou-se, gradativamente, a uma textura de ordenamento jurídico completamente diversa, em que o legislador, consciente de que não tem condições de prever com exatidão todas as situações das complexas relações sociais e estatais da atualidade, permite, expressamente, que o intérprete e o aplicador do direito *criem a melhor solução para cada caso concreto*" (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 46-47).

[46] BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 67.

demonstrar um equilíbrio entre as fases anteriores. O direito processual civil, inicialmente, era confundido com o próprio direito material e passou, num segundo momento, a ser visto como um ramo próprio do direito, afastando-se demasiadamente do direito material.

O direito processual civil contemporâneo preserva a reconhecida autonomia em relação a quaisquer outros ramos do Direito, ao tempo em que demonstra uma preocupação com as finalidades exteriores que precisam ser alcançadas para garantir sua efetividade. Tudo isso decorre da consciência de que o direito processual é autônomo, ao tempo em que também é o instrumento de direito material.

Sobre a necessidade de aproximação entre direito processual e direito material, destaca-se:

> O direito processual, civil, não obstante tenha identidade, função, finalidade e natureza próprias, *serve, atende e volta-se* para a aplicação concreta do direito material. O direito processual civil *realiza* o direito material e, por isto mesmo, deixa-se influenciar de forma mais ou menos intensa por ele. Nesta perspectiva, o direito processual civil desempenha a finalidade de *instrumento* do direito material[47] (itálicos no original).

Toda a mudança metodológica vista acima e a atual fase do direito contemporâneo impõem que todo estudo sobre processo observe atentamente os princípios constitucionais para que tenha um suporte valorativo válido[48].

Antes de examinar os princípios constitucionais questionados no caso do julgamento antecipadíssimo da lide, necessária uma sucinta abordagem sobre o princípio da proporcionalidade, por ser instrumento de solução do conflito entre princípios.

---

[47] BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 49-50.

[48] "A 'constitucionalização' do direito processual civil, por si só, convida o estudioso do direito processual civil a lidar com métodos hermenêuticos diversos – a 'filtragem *constitucional*' de que tanto falam alguns constitucionalistas –, tomando consciência de que a interpretação do direito é valorativa e que o 'processo', como método de atuação do Estado, não tem como deixar de ser, em igual medida, valorativo, até como forma de realizar adequadamente aqueles valores: *no* e *pelo* processo (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. vol. 1. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 71).

Em seguida, serão analisados aqueles princípios constitucionais do direito processual civil apontados como violados pelo novo instituto e alguns outros relacionados ao tema. Após a abordagem de cada princípio, será retomado o exame dos requisitos vistos no capítulo anterior para verificar se atendem ou não os princípios constitucionais do direito processual civil.

2.2.1.1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Os princípios representam as ideias fundamentais do ordenamento jurídico, conferindo-lhe racionalidade, lógica, ordenação, coesão e unidade a todo o sistema[49] [50].

Entretanto, existem princípios opostos ou colidentes, não sendo válidas as regras estabelecidas na Lei de Introdução do Código Civil, no art. 2º, §§ 1º a 3º. Aqueles critérios somente são aplicáveis nos conflitos entre regras jurídicas, pois determinam a prevalência de uma norma, retirando a validade da outra no ordenamento jurídico, por ser mais recente, mais específica etc.

A literatura jurídica tem apontado o princípio da proporcionalidade como instrumento adequado para solução do conflito entre princípios. Através dele, identifica-se qual princípio colidente deve preponderar em determinado caso concreto, sem que isso afaste a validade do outro, embora tenha sua eficácia diminuída naquela situação específica[51]. Por isso, também é chamado de "princípio dos princípios".

Ao versar sobre os princípios jurídicos, Cassio Scarpinella Bueno afirma:

> Interpretam-se e aplicam-se "princípios jurídicos" de

[49] "Os princípios são importantes auxiliares no ato do conhecimento, na compreensão global do sistema. São a base do ordenamento jurídico. São as ideias fundamentais e informadoras de qualquer organização jurídica. São os elementos que dão racionalidade e lógica, um sentido de coesão e unidade ao ordenamento jurídico. Dão ao todo um aspecto de coerência, logicidade e ordenação. São instrumentos de construção de um sistema, seu elo de ligação, de coordenação, sua ordem e sua unidade" (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil : teoria geral do direito processual civil*. vol. 1. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 96)

[50] "Princípios são 'normas fundantes'. Intuímos a existência de princípios examinando um ordenamento jurídico neles inspirado, principalmente porque nem sempre são expressamente formulados. Desempenham portanto, além de outros papéis, o de regras interpretativas, já que, se o ordenamento positivo, de certo modo, se cria e se estrutura a partir de princípios, a estes deve o intérprete recorrer quando extrai o sentido da regra positiva, para, com isso, dar coesão, unidade e imprimir harmonia ao sistema (WAMBIER. *Op. cit.*, p. 58-59).

[51] "Willis Santiago Guerra Filho alude a que os princípios, quando não aplicados na solução de certos casos, em favor de outros, se mantêm *íntegros em sua validade*, embora *diminuídos em sua eficácia*, o que ocorre *circunstancial e pontualmente*" (WAMBIER. *Op. cit.*, p. 63).

> forma muito diferente do que as "regras jurídicas" são interpretadas e aplicadas. Porque as "regras", por definição, têm em mira uma limitação clara e inequívoca de casos que reclamam sua incidência, o que não ocorre com os princípios; porque as regras colidem umas com as outras e revogam umas às outras e o princípios, não; eles *convivem* uns com os outros mesmo quando se encontrem em estado de total colidência. Eles não se revogam, não se sucedem uns aos outros, mas, bem diferentemente, *preponderam*, mesmo que momentaneamente, uns sobre os outros. Eles tendem, diferentemente do que ocorre com regras colidentes, a conviverem, uns com os outros, predominando, uns sobre os outros, mesmo que temporariamente, mas sem eliminação (revogação) recíproca. Eles, os princípios, tendem a se *acomodar* em um mesmo caso concreto que reclama sua incidência, conforme sejam as necessidades presentes ou ausentes que justificam a sua incidência[52].

O princípio da proporcionalidade é dotado de critérios para compatibilizar o conflito entre princípios, quais sejam, necessidade da medida, adequação entre os meios e os fins e proporcionalidade em sentido estrito[53] [54].

Na necessidade, a avaliação feita é sobre os meios possíveis, necessários para alcançar determinado fim. Na adequação, devem ser avaliados entre os meios possíveis quais são os mais adequados para alcançar os fins desejados.

A proporcionalidade em sentido estrito também examina os meios possíveis e adequados, prevalecendo aqueles que representem menores prejuízos aos demais direitos naquele caso concreto.

Podem ser citados como exemplos de aplicação do princípio da proporcionalidade a possibilidade de concessão de antecipação de tutela ainda que a medida seja irreversível[55], bem como a da conversão da separação judicial em divórcio, ainda que haja inadimplemento das obrigações

---

[52] BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. vol. 1. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 97.

[53] BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. vol. 1. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 99-100.

[54] WAMBIER. *Op. cit.*, p. 63-69.

[55] GRINOVER, Ada Pellegrini *apud* WAMBIER. *Op. cit.*, p. 66.

assumidas pela parte naquele feito[56].

2.2.2 ACESSO À JUSTIÇA

O chamado princípio de acesso à justiça, da "inafastabilidade da jurisdição", "inafastabilidade do controle jurisdicional" ou "ubiquidade da jurisdição"[57] está previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal: "A lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Tal princípio garante que o autor que entende haver lesão ou ameaça a seu direito leve sua pretensão ao Judiciário, cabendo a este decidir a controvérsia.

O Judiciário não pode se recusar a decidir a questão. Por outro lado, a resposta judicial pode ser negativa à pretensão autoral ou sequer conhecer o mérito da questão, diante da ausência das condições da ação.

Ademais, o julgamento precisa ser feito de forma adequada, eficaz e em tempo razoável, pois o princípio em comento não se limita a "possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o *acesso à ordem jurídica* justa"[58] (itálicos no original).

Nesse ponto, há divergência entre a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB e o Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP.

A OAB entende que o direito de ação consiste no direito de provocar o surgimento da relação processual triangular (autor-juiz-réu), de forma que a aplicação do art. 285-A do CPC viola tal garantia em virtude da eliminação do procedimento normal com a imediata prolação de sentença de improcedência sem a citação do réu.

Em contrapartida, o IBDP defende que o direito constitucional de ação está preservado, pois existe uma resposta jurisdicional à pretensão do autor, embora seja negativa, não podendo ser confundida tal garantia apenas com a de decisões favoráveis ao requerente. Sustenta ainda que o exercício do direito de ação ocorre gradativamente no processo, com a previsão de recurso e possibilidade de juízo de retratação, como acontece nos casos de indeferimento liminar da inicial.

Assim, precisa-se avaliar se o direito de ação decorrente do princípio do

---

[56] LAZZARINI, Alexandre *apud* WAMBIER. *Op. cit.*, p. 68.

[57] BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 101.

[58] WATANABE, Kazuo *apud* PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 114.

acesso à justiça somente está satisfeito se houver a triangulação processual com a citação do réu.

A concepção do princípio do acesso à justiça é de que a parte possa provocar o Poder Judiciário para solucionar uma questão controvertida pela resistência do réu. Uma vez que continua garantido ao autor ajuizar a ação que deseja, por entender que houve violação ou ameaça a seu direito, havendo uma resposta do Poder Judiciário de acordo com regra processual positivada, tudo leva a crer que não foi atingido o princípio de acesso à justiça ou da inafastabilidade da jurisdição.

O controle jurisdicional efetivamente existiu ainda que para negar a pretensão formulada em juízo. Portanto, não decorre desse princípio o direito à citação do réu para posterior solução da controvérsia posta em juízo.

Como visto acima[59], a possibilidade de indeferimento da inicial antes da citação do réu já era prevista no art. 295, do CPC. Aquela regra processual, cuja constitucionalidade não foi questionada, é um exemplo de que não há necessidade da triangulação processual desejada pela OAB.

Ressalta-se que, naquele art. 295, existem hipóteses de indeferimento não só por vícios processuais, como as condições de ação, mas também questões de mérito, como a prescrição e decadência, de acordo com o art. 269, IV, do mesmo Código. A última situação, inclusive, teve seu alcance ampliado com o novo Código Civil de 2002, admitindo o reconhecimento da prescrição em matéria de direitos patrimoniais em favor de absolutamente incapaz e com a mudança do art. 219, § 5º, do CPC.

O dispositivo questionado apenas criou mais uma circunstância em que pode ser feito o julgamento liminar, ou seja, sem a citação do réu, desde que preenchidos os demais requisitos ali previstos, de modo a preservar o acesso à justiça garantido constitucionalmente.

2.2.3 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Os princípios do contraditório e ampla defesa estão previstos no mesmo dispositivo constitucional, art. 5º, LV, da Constituição Federal: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

[59] Ver item 1.1.

O princípio do contraditório também é conhecido como princípio da bilateralidade da audiência ou da ação[60]. Impõe que seja dado conhecimento ao réu sobre a existência do processo e às partes acerca de todos os atos do processo, permitindo-se ainda que as partes reajam contra os atos que lhe sejam desfavoráveis[61].

Percebe-se que, a exemplo do que ocorre com o direito de ação, existe a necessidade de estar caracterizado o efetivo interesse da parte em reagir ao ato por representar uma desvantagem para ela, em virtude do princípio da efetividade processual.

O primeiro elemento desse princípio de que haja a informação ou comunicação às partes de tudo que ocorre no processo é obrigatório. Ele permite eventual reação ou resistência a quem se sinta prejudicado, propiciando uma igualdade de influência pelas partes no convencimento do julgador. Entretanto, o contraditório não impede os provimentos liminares previstos no processo civil nem mesmo o julgamento antecipado da lide ou o indeferimento de provas desnecessárias para a solução do feito.

Na discussão estabelecida na ADIN 3.695/DF, a OAB alega a violação ao princípio do contraditório, uma vez que retira a garantia de participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio. Sustenta que o art. 285-A, do CPC afasta a possibilidade de, em plena igualdade, as partes influírem em todos os elementos (fatos, provas, questões) que se encontrem em ligação com o objeto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão.

Em contrapartida, o IBDP argumenta que o contraditório foi apenas postergado, mas continua assegurado ao autor através da possibilidade de interposição de recurso de apelação e de juízo de retratação, bem como ao réu que será citado para responder ao recurso, não sendo necessária sua intervenção anteriormente por não ter nada a acrescentar ao convencimento do julgador.

A solução para a controvérsia está na restrição imposta ao novo instituto processual, uma vez que somente poderá haver o julgamento liminar de improcedência do pedido. A decisão não é capaz de causar desvantagem ao réu. Ao contrário, cria a vantagem de sair vitorioso no processo sem que tenha a necessidade de antecipar as despesas dos honorários advocatícios,

[60] PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 160.
[61] NERY JUNIOR *apud* MACÊDO. *Op. cit.*, p. 78-81.

já que a improcedência do pedido implicaria a condenação do autor no pagamento deles.

Não havendo prejuízo para o réu com sentença liminar de improcedência, não se verifica seu interesse em atuar no feito, associado à economia dos honorários e à celeridade no julgamento da ação.

O mesmo raciocínio se aplica ao argumento de que o contraditório representa a garantia de participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, em plena igualdade, para influírem em todos os elementos (fatos, provas, questões) potencialmente relevantes para a decisão.

Diante da ausência de risco de decisão desfavorável para o réu em virtude do convencimento prévio do julgador pela improcedência do pedido formulado, o que se afasta é o interesse de agir do réu em tentar influir naquele julgamento, motivo pelo qual não viola o contraditório e a igualdade constitucionalmente garantida.

Por outro lado, o mesmo mecanismo recursal previsto em todas as outras hipóteses de improcedência do pedido está assegurado ao autor que se encontra em situação desfavorável com a recusa de seu pedido, isto é, o recurso de apelação. Na fase recursal, o contraditório em relação ao réu está garantido com sua citação para responder ao recurso. Assegura-se o conhecimento da ação, do julgamento pela improcedência do pedido e do recurso já interposto, ao tempo em que permite que apresente os fundamentos para reforçar aquela conclusão.

Diferentemente do primeiro grau, a apelação traz a possibilidade de o órgão julgador não confirmar a sentença, gerando uma situação desfavorável ao réu. Ainda que o acórdão decida pela inaplicabilidade do art. 285-A naquele caso concreto, o princípio do duplo grau de jurisdição implica a possibilidade de a decisão judicial ser revista por órgão judicante superior.

Caracterizado está o interesse do réu em agir a favor da manutenção da sentença para evitar que enfrentar todas as etapas do processo comum com a demanda de tempo e despesas a elas inerentes.

Trata-se aqui de uma situação de aparente conflito entre princípios. Além da economia em honorários, na realização de alguns atos processuais e de ser conferida maior celeridade ao feito, o contraditório seria inútil para as hipóteses previstas no art. 285-A do CPC, por não haver risco de desvantagem para o réu. Ademais, o novo instituto prevê o sistema recursal para garantir a efetivação do contraditório no momento adequado, tanto com a interposição da apelação pelo autor, quanto pela possibilidade de

atuação do réu.

O princípio da ampla defesa, a seu turno, consiste na plena liberdade que o cidadão possui de, na defesa de seus interesses, alegar fatos e propor provas[62]. Representa a forma livre que a parte possui de alegar quaisquer fatos e requerer todas as provas em direito admitidas na reação decorrente do princípio do contraditório.

Cabe ressaltar que o novo instituto processual objetiva solucionar as questões unicamente de direito repetidas no juízo em que já houve reiterado pronunciamento pela improcedência. De qualquer forma, os requisitos estabelecidos para o julgamento liminar de improcedência das ações repetidas, bem como o sistema recursal previsto no art. 285-A preservam a ampla defesa, facultando à parte a liberdade de alegação dos fatos e utilização dos meios de prova que entender necessários, até mesmo para demonstrar a propriedade da aplicação daquela medida liminar.

2.2.4 ISONOMIA

O princípio da isonomia tem como base a previsão do art. 5º, inc. I e reiterado no art. 37, ambos da Constituição Federal. A concepção de isonomia no direito processual civil está bem caracterizada no art. 125, I, do CPC, competindo ao juiz assegurar tratamento igualitário entre as partes. Representa a ideia de igualdade de oportunidades de manifestação e de produção de provas durante o processo.

Na ADIN 3.695/DF, a abordagem não foi feita com relação ao tratamento das partes de um mesmo processo, mas sim de processos distintos. Sustenta a OAB a violação à isonomia desde quando os processos terão curso normal ou abreviado a depender do juiz ou da vara, conforme tenha sido proferida ou não sentença relativa ao mesmo assunto no juízo.

O IBDP entende preservada a isonomia, pois a diversidade de decisões nos diferentes juízos não é novidade do art. 285-A do CPC, tratando-se aquele dispositivo de uma faculdade do juiz, cabendo aos tribunais uniformizarem gradativamente qual o posicionamento que deve prevalecer.

Deve-se observar que o questionamento feito pela OAB refere-se a diferentes ritmos de julgamento da demanda, não mencionando a diversidade do julgamento do mérito. Nesse raciocínio, o princípio da

[62] PORTANOVA. *Op. cit.*, p. 125.

isonomia dependeria de um padrão mais demorado no andamento do processo para obtenção do mesmo resultado de improcedência, desde quando aquele juízo já se pronunciou repetidas vezes nesse sentido acerca daquela controvérsia.

No entanto, não parece ser o entendimento mais apropriado para o princípio da isonomia, pois ele não está diretamente ligado à velocidade do julgamento. Como ressaltado pelo IBDP, não é novidade no ordenamento jurídico, a exemplo da faculdade de o relator monocraticamente negar seguimento ou dar provimento ao recurso nas hipóteses do art. 557 do CPC.

Também assiste razão ao IBDP quando acrescenta que o novo instituto está em consonância com o princípio da isonomia, ao propiciar uma mesma solução e mais célere para os casos idênticos e reiteradamente decididos. Se há necessidade de se buscar um padrão de celeridade nos julgamentos para garantir a isonomia entre os usuários do Poder Judiciário em questões reiteradamente julgadas improcedentes, que seja o mais breve em benefício da economia para as partes e para o Estado-juiz. Dessa forma, poderá se dedicar aos casos de maior complexidade e ainda sem precedentes.

2.2.5 PUBLICIDADE

O art. 83, inc. IX, da Constituição Federal impõe a publicidade de todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário, que também devem ser fundamentados, sob pena de nulidade. O Código de Processo Civil reproduziu o mesmo princípio no art. 155.

Alega a OAB a inexistência de publicidade da sentença paradigma que fundamenta o julgamento liminar de improcedência. Contudo, o julgamento antecipadíssimo da lide também respeita o princípio da publicidade, desde quando caberá ao juiz proferir sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada, da qual serão cientificadas as partes, sem prejuízo do acesso pelos demais interessados, salvo hipóteses de segredo de justiça.

O modelo constitucional do processo civil não exige a publicidade prévia da sentença que solucionará a questão, sob pena de caracterizar o impedimento do magistrado. O eventual conhecimento prévio de uma das partes da linha de raciocínio do magistrado que atua naquela unidade não representa o princípio da publicidade.

2.2.6 MOTIVAÇÃO

Aquele mesmo art. 83, inc. IX, da Constituição Federal exige que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário sejam motivados, sob pena de nulidade. O CPC também reproduziu o mesmo princípio nos arts. 131 e 458. Através da motivação, é possível conhecer o raciocínio jurídico desenvolvido para o livre convencimento do magistrado, demonstrando a valoração realizada sobre a prova dos fatos alegados pelas partes, bem como o direito que deve ser aplicado para a solução do litígio.

Segundo Calamandrei:

> A fundamentação da sentença é sem dúvida uma grande garantia de Justiça quando consegue reproduzir exatamente, como num levantamento topográfico, o itinerário lógico que o Juiz percorreu para chegar à conclusão, pois se esta é errada, pode facilmente encontra-se, através dos fundamentos em que altura do caminho o Magistrado se desorientou[63].

Como visto no item anterior, no julgamento antecipadíssimo da lide, compete ao juiz proferir sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. A sentença deverá identificar, primeiramente, que se trata de repetição de matéria de direito já julgada improcedente naquele juízo, para que haja correlação entre os argumentos da inicial e os motivos apresentados na sentença paradigma que serão repetidos.

A situação excepcional do julgamento liminar de improcedência exige um cuidado na análise da identidade das questões, devendo ficar demonstrada na sentença, por força do princípio da motivação. O equívoco nessa etapa repercutirá na nulidade do julgamento antecipadíssimo da lide, por falta ou inadequação da motivação indispensável à prestação jurisdicional. Por outro lado, a correta aplicação do novo instituto processual também atende o princípio da motivação.

2.2.7 DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do devido processo legal está expresso no art. 5º, LIV, da

[63] CALAMANDREI *apud* PORTANOVA. *Op. cit.*, p. 248.

Constituição Federal: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

A síntese desse princípio é de que a atuação do Estado-juiz somente ocorra segundo as regras previstas no ordenamento jurídico, constitucionais e infraconstitucionais, que devem assegurar aos envolvidos, através dos meios necessários, as possibilidades de atuação no feito para defender suas alegações[64].

Trata-se de um princípio que engloba muitos outros capazes de pautar o método de atuação do Estado-juiz, ditando critérios mínimos a serem observados, a exemplo do contraditório, da ampla defesa, juiz natural, motivação, publicidade etc. Por isso, deixou-se propositadamente para ser analisado posteriormente, o que também ocorreu na abordagem pela OAB e pelo IBDP na ADIN 3.695/DF.

A OAB alega a violação ao devido processo legal, diante do curso abreviado do feito com fundamento em sentença cuja publicidade é inexistente, que acaba por dar fim ao processo sem examinar as alegações do autor, sem as rebater[65].

Já o IBDP se contrapõe à inconstitucionalidade, pois entende que não viola nenhum dos outros princípios, além de ter decorrido a nova norma processual de regular processo legislativo e em consonância com o princípio da razoável duração do processo introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, art. 5º, LVIII, da CF)[66].

O julgamento liminar de improcedência das ações repetidas efetivamente possui suas regras estabelecidas no novo art. 285-A do CPC. Ao mesmo tempo, apesar de o procedimento ter sido abreviado, suas regras obedecem aos demais princípios do contraditório, da ampla defesa, publicidade, motivação, como visto acima.

2.2.8 SEGURANÇA JURÍDICA

Questiona-se a violação à segurança jurídica, no tocante ao procedimento judicial, na medida em que o processo será normal ou abreviado segundo

[64] PORTANOVA. *Op. cit.*, p. 145.

[65] Petição inicial da ADI 3695/DF. Disponível em: http://www.stf.gov.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=285-A&processo=3695. Acesso em: 09 out. 2007.

[66] Petição juntada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, na ADI 3.695/DF. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/dados/File/enciclopedia/Textos%20Importantes/Microsoft%20Word%20-%20Amicus%20curiae%20-%20285-A%20-%20IBDP.pdf>. Acesso em: 15 out. 2007.

sentença antes proferida, cuja publicidade para os jurisdicionados que não foram partes naquele feito não existe.

O problema quanto à publicidade foi enfrentado anteriormente[67], restando apenas comentar que a segurança jurídica não decorre exclusivamente da garantia do devido processo legal, mas também da previsibilidade do resultado, ao menos, em questões mais corriqueiras e já decididas.

Na análise da relevância dos princípios no ordenamento jurídico, Tereza Arruda Alvim defende "que, nesse contexto, um dos valores que não pode ser desprezado é a SEGURANÇA, tomada esta expressão no sentido de PREVISIBILIDADE"[68] (grifos no original). Ao concluir seu estudo, aquela autora afirma:

> A luta pela manutenção desses valores (*segurança/ previsibilidade*) se ancora fundamentalmente no prestígio do tripé lei/jurisprudência/doutrina (e princípios aqui incorporados) como elementos de que devem brotar os padrões das decisões judiciais. (...)
> O fenômeno da *previsibilidade*, identificável com a expectativa de que os conflitos sejam resolvidos à luz de certos padrões, tem sido vivido como uma(*sic*) valor em si mesmo, já que a regularidade objetiva, como fenômeno oposto à arbitrariedade, em si mesma é capaz de gerar um certo grau de satisfação social[69] (itálicos no original).

Portanto, o art. 285-A do CPC preserva a segurança jurídica, tanto por permitir o prévio conhecimento dos requisitos essenciais para sua aplicação que devem ser demonstrados na sentença, quanto por possibilitar uma previsibilidade do resultado em situações reiteradas.

2.2.9 DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

O presente estudo não comporta discutir se o princípio do duplo grau

[67] Ver item 2.2.5.
[68] WAMBIER. *Op. cit.,* p. 26.
[69] WAMBIER. *Op. cit.,* p. 390-391.

de jurisdição representa uma garantia constitucional. No entanto, importa destacar que a Constituição Federal prevê a possibilidade de recursos das decisões judiciais e alguns autores defendem que esse princípio possui uma relação de dependência ou continência com o devido processo legal[70]. Assim, há de se reconhecer o princípio constitucional do duplo grau de jurisdição, ainda que não caracterize uma garantia.

Na realidade, a previsão de todo o mecanismo recursal objetiva a revisão das decisões, a fim de se estabelecer uma uniformidade de entendimento, ao menos, nas questões rotineiramente analisadas pelo Poder Judiciário.

A recorribilidade do julgamento liminar de improcedência das ações repetidas está claramente previsto nos parágrafos do art. 285-A do CPC e foi analisado em itens anteriores[71]. Por último, representa mais um instrumento na busca de uma solução uniformizada para as questões repetidas, conferindo-lhe maior celeridade.

2.2.10 CELERIDADE E DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

O princípio da celeridade estabelece que o processo deve ter o andamento mais rápido possível, observando certamente as demais garantias constitucionais do direito processual civil.

A Emenda Constitucional nº 45/2004, através do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, assegurou a razoável duração do processo e os meios adequados que garantam a celeridade de sua tramitação.

O art. 285-A do CPC está em perfeita sintonia com ambos os princípios, por conferir a máxima celeridade possível para as causas que versam sobre questões de direito já julgadas improcedentes em determinado juízo[72]. Tudo isso, antes mesmo da citação, sem que haja violação aos outros princípios processuais como destacado acima, evitando os atos desnecessários, a fim de assegurar a razoável duração do processo.

III. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A investigação sobre a constitucionalidade do julgamento liminar de

[70] MARCATO, Ana Cândida Menezes. *O princípio do duplo grau de jurisdição e a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 27-28.
[71] Ver itens 1.3.5 e 2.2.3.
[72] PAVAN. *Op. cit.,* p. 85-86.

improcedência do pedido em ações repetidas instituído pelo art. 285-A do CPC depende fundamentalmente da correta identificação dos requisitos exigidos para sua aplicação. O equívoco acerca dessa análise dos pressupostos do novo instituto pode implicar a violação a princípios constitucionais do direito processual civil.

Quanto aos requisitos, primeiramente, a matéria controvertida nos autos precisa ser unicamente de direito ou, havendo matéria de fato, já esteja comprovada pelos documentos apresentados, não dependendo de posterior produção de prova.

Também é necessário que já exista, no juízo, precedente de sentença de total improcedência em outros casos idênticos. Não se trata da completa identidade de ações, pois caracterizaria a coisa julgada, mas sim de semelhança entre os casos por repetirem a mesma questão controvertida.

Suficiente, então, a semelhança da causa de pedir, ainda que existam pedidos distintos, já que aquela tese sobre o direito já foi apreciada, de forma que a reprodução da mesma motivação da sentença paradigma é capaz de justificar sua improcedência.

O novo dispositivo legal só é aplicável se o caso anterior foi de total improcedência. Verifica-se a regularidade da sentença quando o novo processo repete apenas o pedido que foi julgado improcedente no caso paradigma, ainda que tenha sido procedente o pedido cumulado.

Somente são admissíveis os precedentes do próprio juízo para os efeitos do artigo analisado, ainda que não tenham sido proferidos pelo mesmo juiz que julgará o caso novo. Não pode o juiz titular, substituto, auxiliar ou designado se utilizar de sentenças por eles proferidas em outros juízos.

A sentença de improcedência liminar deve conter o relatório para que possa demonstrar a semelhança com o caso paradigma para somente depois transcrever o mesmo fundamento utilizado anteriormente. É necessário que a sentença possibilite o imediato conhecimento pela parte dos fundamentos que levaram à improcedência do pedido, sem precisar recorrer a outros processos.

Embora não esteja expressa na lei, a interpretação sistemática de todos os outros institutos do Código de Processo Civil que permitem a antecipação do julgamento com base em precedentes judiciais indica a necessidade de estar o julgamento liminar do 285-A de acordo com o posicionamento sumulado ou dominante no respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

O mesmo raciocínio se aplica à necessidade de que os precedentes do juízo já tenham transitado em julgado, evitando que o julgamento liminar se baseie em paradigma que não possui mais validade. Tal uniformidade e consolidação garantem uma celeridade ainda maior ao feito, além de ser mais coerente com a lógica criada pelo sistema processual.

O julgamento antecipadíssimo da lide, tratando-se de sentença, pode ser atacado através de recurso de apelação, com possibilidade de retratação pelo juízo de primeiro grau, no prazo de cinco dias. Mantida a sentença de improcedência, o réu deverá ser citado para responder ao recurso. Contudo, anulada a sentença por inaplicabilidade do art. 285-A do CPC, também não subsiste aquela citação, não podendo gerar nenhum de seus efeitos. Nesse caso, deve ser renovada a citação pessoal do réu para apresentar sua defesa por meio de contestação, exceção ou reconvenção.

Por outro lado, tratando-se de hipótese de julgamento de plano pelo tribunal, o réu que, embora citado, deixa de responder ao recurso, não será intimado para os atos processuais posteriores no segundo grau de jurisdição.

Ao apreciar a apelação, possível a confirmação da sentença ou sua anulação, se houver ou não o cumprimento dos requisitos do art. 285-A do CPC, respectivamente. Além disso, possível o julgamento de plano para reformar a sentença que não esteja de acordo com a orientação jurisprudencial dominante, aplicando-se o art. 557, § 1º-A, do CPC. Também deve prevalecer a aplicabilidade do art. 515, §§ 3º e 4º, do CPC, não havendo supressão de instância, em virtude de a sentença recorrida já ter apreciado o mérito.

No que diz respeito à sucumbência, ressalta-se que o julgamento liminar afasta a condenação do autor ao pagamento de honorários, pois o réu não precisará contratar advogado. Na apelação, somente incidirá tal condenação se o réu efetivamente responder ao recurso.

O novo instituto processual é uma faculdade conferida ao julgador que, tanto pode ser aplicado nos feitos anteriores à sua vigência, desde que não tenha sido realizada a citação, quanto os precedentes de improcedência não precisam ser posteriores àquela data.

O art. 285-A do CPC é objeto da ADIN 3.695/DF ajuizada pela OAB, alegando violação aos princípios da isonomia constitucional, segurança jurídica, direito de ação, contraditório e devido processo legal. Em contrapartida, o Instituto Brasileiro de Direito Processual, na qualidade de *amicus curiae*, já peticionou no feito para se manifestar pela

constitucionalidade, refutando todas as alegações da inicial. A ação é anterior à vigência da Lei 11.277/06 que acrescentou aquele artigo questionado, tendo como relator o Ministro Cézar Peluso, sem manifestação acerca do pedido liminar.

A importância dos princípios jurídicos é evidente para todo ordenamento jurídico, em especial os constitucionais, sendo o princípio da proporcionalidade o instrumento adequado para a solução do conflito entre princípios.

O direito de ação decorrente do princípio do acesso à justiça não implica o direito de citação do réu para concretizar a triangulação processual. Essa garantia constitucional é de que o cidadão que tenha seu direito prejudicado ou ameaçado possa levar sua pretensão ao Judiciário, o qual não pode se recusar de solucioná-la. No entanto, não representa uma garantia de êxito, podendo ser negada sua pretensão.

O princípio do contraditório também está assegurado no novo instituto processual, garantindo-se que as partes tenham conhecimento dos atos processuais que são capazes de lhes causar alguma desvantagem, além de permitir que reajam através dos meios próprios. O julgamento sem a citação não viola aquele princípio porque a improcedência do pedido do autor afasta o interesse do réu em atuar no feito.

A previsão de recurso com a citação do réu para respondê-lo evidencia a preservação da ampla defesa e o duplo grau de jurisdição.

Além disso, a isonomia entre as partes não está representada pela igualdade na velocidade do julgamento das ações. Ao contrário, o instituto que objetiva propiciar a mesma solução de forma mais célere para os casos reiteradamente decididos enaltece a isonomia desejada no processo. Isso, sem falar no cumprimento da razoável duração do processo, capaz de gerar economia de tempo e recursos para as partes e para o Estado-juiz. A possibilidade de este se dedicar a causas de maior complexidade e ainda sem precedentes permite uma maior eficiência do Judiciário.

A publicidade e a motivação estão previstas no próprio art. 285-A do CPC. Caberá ao juiz demonstrar os requisitos daquela norma, em especial, quanto à identidade da tese jurídica já decidida, para depois reproduzir os mesmos fundamentos utilizados no paradigma.

Como consequência da observância de todos os princípios acima, não há qualquer violação do devido processo legal pelo dispositivo ora analisado. Ao mesmo tempo, a previsibilidade da decisão para as mesmas situações confere

a segurança jurídica desejada pela sociedade e pelo ordenamento jurídico.

Portanto, uma vez que todos os princípios constitucionais ou infraconstitucionais relacionados acima estão assegurados com a correta identificação dos requisitos para aplicação do julgamento liminar de improcedência, entende-se que o novo instituto processual é constitucional.

IV. REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 09 out. 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência* (tentativa de sistematização). 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Teoria Geral do Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

_____. Petição do Instituto Brasileiro de Direito Processual, na qualidade de *amicus curiae* na ADI 3695/DF. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/dados/File/enciclopedia/Textos%20Importantes/Microsoft%20Word%20-%20Amicus%20curiae%20-%20285-A%20-%20IBDP.pdf>. Acesso em: 15 out. 2007.

BUSATO, Roberto Antônio. Petição inicial da ADI 3695/DF. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=285-A&processo=3695>. Acesso em: 09 out. 2007.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento* antecipadíssimo *da lide*. São Paulo: RT, n. 141, nov. 2006. Material da 6ª aula da Disciplina Processo Civil: Grandes Transformações, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual de Direito Processual: Grandes Transformações – UNAMA – UVB - REDE LFG.

_____. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003.

JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MACÊDO, Amanda Romeiro. Artigo 285-A do Código de Processo Civil: Constitucional! *Revista da Esmese*, Aracaju, n. 10, 2007, p. 65-91.
MARCATO, Ana Cândida Menezes. *O princípio do duplo grau de jurisdição e a reforma do código de processo civil. São Paulo: Atlas, 2006.*
PAVAN, Dorival Renato. *Comentários às leis nºs 11.187 e 11.232, de 2005, e 11.382, de 2006*: o novo regimento do agravo, o cumprimento da sentença, a lei processual civil no tempo e a execução por título extrajudicial. 2ª ed. São Paulo: Editora Pillares, 2007.
PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As reformas de 2005 e 2006 do código de processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

A GUARDA COMPARTILHADA E A PONDERAÇÃO DE VALORES ENTRE OS DIREITOS DOS GENITORES E O BEM-ESTAR DOS FILHOS

Raphael Silva Reis. Juiz de Direito do Poder Judiciário do Estado de Sergipe. Graduado em Direito e Pós-graduado em Teorias do Estado e do Direito Público pela Universidade Tiradentes – UNIT (Aracaju/SE).

Nara Conceição Santos Almeida Reis. Psicóloga Clínica com atuação na Psicologia Infantil. Graduada em Psicologia pela Universidade Tiradentes – UNIT (Aracaju/SE). Pós-graduada em Psicoterapia Cognitivo-comportamental pela Faculdade de Ciências Médicas de Minas Gerais - FCMMG (Belo Horizonte/MG).

RESUMO: Este trabalho se debruça sobre o tema da guarda compartilhada, numa análise comparativa com o modelo tradicional de guarda unilateral, investigando-se as vantagens e desvantagens de cada um. Inicialmente, se discorre sobre o panorama da guarda unilateral e do direito de convivência que assiste ao outro genitor, institutos intrinsecamente ligados. Em seguida, são analisadas as vicissitudes da guarda compartilhada, sua disciplina normativa e o tratamento jurisprudencial sobre a matéria, bem como a viabilidade de sua aplicação. Noutro momento, passa-se a uma avaliação do tema sob o prisma da Psicologia, numa exposição acerca da repercussão que pode advir da experiência da guarda compartilhada no contexto emocional da vida dos filhos. Em conclusão, constata-se que a modalidade compartilhada da guarda pode culminar numa experiência bem-sucedida e favorável ao bem-estar da criança ou do adolescente, desde que resulte de um consenso entre os pais, que devem conduzi-la de forma harmônica, afastada qualquer litigiosidade.

PALAVRAS-CHAVE: Guarda compartilhada; direito dos genitores; bem-estar da criança e do adolescente.

ABSTRACT: This work focuses on the issue of custody, a comparative analysis with the traditional model of unilateral custody, investigating the advantages and disadvantages of each. Initially, it discusses the outlook of the guard and the unilateral right of association that assists the other parent, institutes intrinsically linked. Next, we analyze the vicissitudes of custody, his jurisprudential normative discipline and treatment on the subject, as well as the feasibility of its application. At another time, pass to an evaluation of the subject through the prism of psychology, an exhibition about the repercussions that might come from the experience of shared custody in the emotional life of children. In conclusion, it appears that the type of shared custody might lead to a successful experience and favorable to the welfare of the child or adolescent, since it derives from a consensus among parents, who should conduct it in a harmonious way, far from any litigation.

KEYWORDS: Custody; the right of the parents; welfare of children and adolescents.

SUMÁRIO: 1. A guarda unilateral e o direito de convivência. 2. O instituto da guarda compartilhada e sua finalidade. 3. O desenvolvimento da criança e do adolescente no contexto da dissolução conjugal. 4. Conclusão.

1. A GUARDA UNILATERAL E O DIREITO DE CONVIVÊNCIA

O nosso ordenamento jurídico cogita a aplicação do instituto da guarda em duas hipóteses distintas. A primeira delas corresponde ao poder-dever que toca aos pais no que se refere à criação dos filhos menores, sendo uma das manifestações do exercício do poder familiar **(art. 1634, II, do Código Civil)**. Já o segundo tipo de guarda consiste numa das modalidades de inserção dos infantes em família substituta, tratada precipuamente nos **artigos 33 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente**.

Aqui, interessa-nos exclusivamente a primeira modalidade, que por sua vez se subdivide entre as formas de guarda unilateral e, a atualmente festejada, guarda compartilhada, esta última disciplinada e enaltecida como favorita pela **Lei 11.698/2008**, que alterou a redação dos artigos **1583 e 1584 do Código Civil**.

A guarda unilateral, modelo tradicional e ainda o mais aplicado pelo Judiciário nas lides de família, corresponde ao deferimento da guarda, com todos os deveres e prerrogativas a ela inerentes, a um dos genitores, cabendo ao outro o exercício regular do direito de convivência e a fiscalização da criação da prole (art. 1589 do CC).

Neste ponto, vale salientar a não mais recente concepção de que, ao genitor que não detém a guarda do(s) filho(s), assiste um direito muito maior que o de simplesmente visitá-los, mas também o de tê-los efetivamente em seu convívio, ainda que por um período mais reduzido de tempo.

Na lição de **Denise Duarte Bruno**, ressaltada por **Maria Berenice Dias**:

> "A visitação não é somente um direito assegurado ao pai ou à mãe, é direito do próprio filho de com eles conviver, o que reforça os vínculos paterno e materno-filial. Talvez o melhor seria o uso da expressão direito de convivência, pois é isso que deve ser preservado mesmo quando pai e filho não vivem sob o mesmo teto. Não se podem olvidar suas necessidades psíquicas. Consagrado o princípio da proteção integral, em vez de regulamentar as visitas, é necessário estabelecer formas de convivência, pois não há proteção possível com a exclusão do outro genitor."[1]

Assim, constata-se claramente que o instituto da guarda unilateral não afasta o poder familiar do genitor que não a possui, apenas concentra no seu detentor as prerrogativas referentes às principais decisões sobre a vida dos filhos que, contudo, continuam a conviver com o outro genitor, assegurando-se, dessa maneira, a saudável interação familiar e preservando-se os direitos de pais e filhos. Registre-se, inclusive, que até a **Lei de Diretrizes e Bases da Educação, em seu art. 12, VII**, impõe às escolas o dever de informar ao pai e à mãe, mesmo àquele genitor que não convive com o filho, sobre a frequência e rendimento do aluno, bem como sobre a execução da proposta pedagógica da escola.

---

[1] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.436.

Ademais, ao cogitar da incidência da guarda unilateral, estabelece o legislador que o juiz, ao deferi-la, escolherá como destinatário aquele que demonstre, objetivamente, possuir aptidão para proporcionar ao filho afeto nas relações com o outro genitor e o grupo familiar, além de saúde, segurança e educação, nos termos do art. **1583**, **§ 2º do CC**. Noutras palavras, a própria lei estabeleceu critérios bem definidos para evitar o abuso de direito por parte do guardião, prevenindo-se, inclusive, a antiga, mas hoje famosa, alienação parental.

Por outro lado, definida a guarda unilateral, pode e deve a parte que se sentir prejudicada por excessos do outro genitor, recorrer às vias judiciais para a proteção de seu direito de convivência, devendo o Judiciário, inclusive, estar atento para todas as eventuais dissimulações e falsas acusações que podem surgir neste contexto. Mais uma vez, a lição de **Maria Berenice Dias**:

> "Infelizmente, são frequentes pedidos de suspensão das visitas por denúncia de abuso sexual. Em face da natureza da acusação e da dificuldade de sua comprovação, deve ser imediatamente determinada a realização de estudo social e perícia psicológica e psiquiátrica não só com o filho, mas também com ambos os genitores. Sem provas além da versão da genitora, descabe simplesmente interromper as visitas e cortar qualquer contato do pai com o filho. Suspender as visitas ocasiona prejuízos emocionais ao filho, e, para evitar risco de danos reais, torna-se necessária a determinação de visitas supervisionadas. Mister que a visitação seja levada a efeito do modo menos traumatizante possível."[2]

Diante deste contexto, resta bem demonstrado que o direito de convivência e o poder familiar do genitor que não possui a guarda, se bem exercida esta, não estarão prejudicados, resguardando-se, também, os superiores interesses dos infantes.

---

[2] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.438/439.

2. O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA E SUA FINALIDADE

Visando aperfeiçoar o sistema jurídico que disciplina o instituto da guarda, os artigos 1583 e 1584 do CC tiveram sua redação alterada para que nela fosse incluída a normatização acerca da guarda compartilhada, nos seguintes termos:

> "Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.
> § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.
> § 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:
> I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;
> II – saúde e segurança;
> III – educação.
> § 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.
> § 4º (VETADO).
> Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:
> I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;
> II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.
> § 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao

> pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.
> § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.
> § 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.
> § 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.
> § 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade."

Com esta disciplina, percebe-se que o legislador ordinário claramente optou pela guarda compartilhada como principal modalidade deste instituto, buscando estabelecer uma prioridade quanto a sua aplicação, em detrimento da guarda unilateral, inclusive, "quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho".

Em verdade, numa análise estritamente teórica das relações socioafetivas no grupo familiar, a previsão normativa acima transcrita se revela perfeita. Pai e mãe, apesar de separados, unidos para conduzir os interesses e a criação dos filhos, em absoluta igualdade de condições, numa atmosfera de plena harmonia. Outrossim, o cotidiano das lides forenses traça um panorama fático bem distante dessa família idealizada, na qual a guarda compartilhada se ajusta perfeitamente.

O contexto de dissolução das uniões afetivas, na maioria das vezes, revela um conflito de interesses e opiniões entre os genitores que ultrapassa

as questões de ordem patrimonial e culmina em divergências quanto à criação dos filhos, o que pode comprometer o bem-estar dos infantes e fomentar uma guerra familiar da qual todos sairão derrotados e, os filhos, certamente, serão os maiores prejudicados.

Não se mostra crível, nem razoável, que a guarda compartilhada possa resultar numa experiência bem-sucedida quando não advém de consenso entre as partes. Ora, se os pais não chegam a um bom entendimento quanto à escolha da modalidade de guarda à qual se sujeitarão, de que forma irão se harmonizar para o bom desempenho da guarda compartilhada? De que maneira os genitores entrarão em comum acordo para a definição de pontos importantes para a vida dos filhos, tais como educação, saúde, lazer etc?

É, sem dúvida, extremamente louvável a intenção do legislador de colocar pai e mãe em igualdade de condições para o exercício do poder familiar, porém, a realidade dos fatos demonstra que uma vida harmoniosa não se constrói pura e simplesmente a partir do comando de uma sentença, ao contrário, é o resultado de anos de convivência que, apesar de não terem bastado para sustentar uma união amorosa, conseguiram preservar ao menos uma amizade remanescente, esta sim, capaz de propiciar o ambiente adequado para a aplicação da guarda compartilhada, o que nem sempre se constata após o fim das relações conjugais.

Obviamente, uma guarda compartilhada amplia os poderes e prerrogativas daquele que não deteria a guarda unilateral, contribuindo para a satisfação de seu direito de participação na criação da prole, contudo, ao se definir a modalidade de guarda a ser adotada, devem prevalecer os superiores interesses dos menores, na forma do art. 227 da Constituição Federal, o que poderá estar comprometido diante de constantes conflitos de opiniões e decisões oriundas de genitores que não conseguem se entender para definir os rumos da criação de sua prole.

Sobre a viabilidade da guarda compartilhada, assim têm decidido os nossos tribunais:

> "DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA DOS FILHOS MENORES. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA REJEITADA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. INOCORRÊNCIA. ANIMOSIDADE

ENTRE OS PAIS. IMPOSSIBILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA. 1. NÃO HÁ NULIDADE A SER DECLARADA QUANDO O DOCUMENTO JUNTADO AOS AUTOS SEM AUDIÊNCIA DA PARTE CONTRÁRIA NÃO SE APRESENTA RELEVANTE PARA A RESOLUÇÃO DA LIDE. 2. **O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA FOI CRIADO EM BENEFÍCIO DO MENOR. CONSTATADO NA INSTRUÇÃO DA CAUSA QUE OS PAIS NÃO CONSEGUEM MANTER UM NÍVEL RAZOÁVEL DE ENTENDIMENTO, NÃO É POSSÍVEL ESTABELECER A GUARDA COMPARTILHADA.** 3. DEMONSTRADO QUE A MÃE TEM APTIDÃO PARA O EXERCÍCIO DA GUARDA, DEVE SER NEGADO O PEDIDO DE GUARDA FORMULADO PELO GENITOR. 4. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO." (TJDFT - APC 00686152920078070001 – 1ª Turma Cível – Rel. Des. Sandoval Oliveira – DJ em 09.05.2011)

"SEPARAÇÃO JUDICIAL. GUARDA COMPARTILHADA. ANIMOSIDADE ENTRE OS PAIS. GUARDA UNILATERAL. CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONDENAÇÃO DEVIDA. I - **A GUARDA COMPARTILHADA PRESSUPÕE A CAPACIDADE DE DIÁLOGO DOS PAIS NA TOMADA DE DECISÕES DE INTERESSE DO MENOR. O GRAU DE ANIMOSIDADE ENTRE OS GENITORES, RELATADO NOS AUTOS, ACONSELHA A FIXAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL. PREVALECE, PORTANTO, O DISPOSTO NO ART. 1.583, §2º, DO CC, POIS A MÃE VEM PROPICIANDO AS CONDIÇÕES IDEAIS DE DESENVOLVIMENTO AO ADOLESCENTE SOB SUA GUARDA.** II - PARA OBTER A SEPARAÇÃO, A AUTORA PRECISOU INGRESSAR COM

AÇÃO LITIGIOSA E, UMA VEZ CITADO, O REQUERIDO VEIO AOS AUTOS CONFIRMAR A EXISTÊNCIA DE PRETENSÃO RESISTIDA. LOGO, O ACOLHIMENTO DO PEDIDO INICIAL ACARRETA A SUCUMBÊNCIA E TORNA APLICÁVEL O ART. 20, §4º, DO CPC. III - APELAÇÃO IMPROVIDA."(TJDFT - APC 2009061008645-8 – 6ª Turma Cível – Rel. Desa. Vera Andrighi – DJ em 17.03.2011).

"APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. CONVERSÃO DE SEPARAÇÃO EM DIVÓRCIO. PARTILHA DOS BENS MÓVEIS QUE GUARNECIAM A RESIDÊNCIA DO CASAL. POSSIBILIDADE. CEDÊNCIA DOS BENS AO VARÃO QUE NÃO RESTOU COMPROVADA. USUCAPIÃO QUE NÃO SE CARACTERIZA, DADA A EXISTÊNCIA DE PERMISSÃO DA DIVORCIANDA PARA QUE O VARÃO CONTINUASSE A RESIDIR NO IMÓVEL E A USUFRUIR DOS BENS MÓVEIS ATÉ A PARTILHA. **GUARDA DAS FILHAS MENORES DE IDADE QUE DEVE SER ATRIBUÍDA À GENITORA, NÃO PODENDO MANTÊ-LA COMPARTILHADA, ANTE AS DESAVENÇAS ENTRE AS PARTES E A INSURGÊNCIA DA FILHA MAIS VELHA, COM 14 ANOS.** ALIMENTOS QUE DEVEM SER MANTIDOS NA FORMA EM QUE FIXADOS NA SENTENÇA, POIS ATENDEM ÀS NECESSIDADES DAS MENINAS, SEM ONERAR EM DEMASIA O GENITOR QUE, ALÉM DE AUDITOR FISCAL FEDERAL, EXERCE A ADVOCACIA. APELAÇÃO DESPROVIDA." (Apelação Cível Nº 70040638827, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 11/05/2011).

"APELAÇÃO. FAMÍLIA. AÇÃO DE **GUARDA** C/C ALIMENTOS. EM VISTA DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA, AS TROCAS DE **GUARDA** SOMENTE PODEM

> SER REALIZADAS QUANDO DEMONSTRADA NOS AUTOS SUA NECESSIDADE. **EMBORA O DISPOSTO NO § 2.º DO ART. 1.584 DO CC/02, DESCABE O EXERCÍCIO DA GUARDA COMPARTILHADA POR PAIS QUE NÃO MANTÉM RELAÇÃO HARMONIOSA E SE UM DELES SE OPÕE AO PEDIDO. NÃO HÁ NECESSIDADE DE EXISTIR ANIMOSIDADE ENTRE AS PARTES PARA INDEFERIMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA. INEXISTINDO CONTATOS FREQUENTES ENTRE OS PAIS A FIM DE POSSIBILITAR O MELHOR TRATAMENTO E QUESTÕES AFINS SOBRE A CRIAÇÃO E EDUCAÇÃO DO FILHO, TORNA-SE INAPLICÁVEL ESSA MODALIDADE DE GUARDA.** APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA." (Apelação Cível nº 70038206165, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 27/04/2011).

Ademais, vale salientar, como lembra **Valter Kenji Ishida**, que mesmo na hipótese de deferimento de guarda unilateral para terceiros, é assegurado ao pai e à mãe o direito de convivência com os filhos[3]. Sendo assim, com muito mais razão se constata que esta convivência há de ser preservada quando um dos genitores detém a guarda unilateral, não constituindo a forma compartilhada a única via de acesso justa para o regular exercício do poder familiar.

3. O DESENVOLVIMENTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO CONTEXTO DA DISSOLUÇÃO CONJUGAL

Segundo **Denise Maria Perissini da Silva**, as diversas transformações operadas na família moderna produzem uma significativa mudança de conceitos e valores:

> "A família, como um sistema composto por pessoas,

[3] ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 11ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2010, p.65.

> indivíduos, seres humanos, enfim elementos vivos da sociedade, vem passando por modificações estruturais ao longo do tempo. Não se concebe mais o conceito simplista de família nuclear tradicional: pai, mãe e filho(s). As sociedades ocidentais dos séculos XX-XXI permitiram a diversidade de organizações familiares, passando desde a união de pessoas do mesmo sexo, com filhos de inseminação artificial, de mulheres que compartilham uma gestação na qual uma entra com o óvulo e a outra com o útero, e filhos de bancos de sêmen de doadores desconhecidos, filhos da nova medicina genética que modificam os conceitos de paternidade e maternidade (GOLDIN, 2002), e incluindo aquelas famílias formadas por novas relações após a separação/divórcio, viuvez ou dissolução da união estável. Nesses últimos, os novos núcleos familiares passam a existir a partir da fusão de novos membros com os membros de relacionamentos anteriores, configurando uma rede de relações e vínculos de duas ou mais famílias com características diferentes. São as denominadas famílias reconstituídas que, embora cada vez mais presentes no nosso cotidiano, ainda carecem de legislação específica e de uma especial atenção do Estado (GRISARD FILHO, 2003)." [4]

Diante desta conjuntura familiar modificada, urge saber, na hipótese de separação dos genitores, qual o tipo de guarda mais adequado do ponto de vista do bem-estar da criança ou adolescente, uma vez que, somente o advento da separação já repercute de forma notável no contexto emocional dos filhos. Sobre este aspecto, comentam **Laura Affonso da Costa Levy** e **Maiana Ribeiro Rodrigues**:

> "O efeito psicológico, contudo, está longe de ser considerado passageiro. Famílias que passam pela separação do casal parental enfrentam uma das mais difíceis tarefas ao procurar se reequilibrar. Terapeutas de família afirmam que seguir em frente, após o

[4] SILVA, Denise Maria Parissini da. *Famílias reconstruídas*. Extraído do site www.psicologiajuridica.org.br. Acessado em 25.05.2011.

> rompimento do vínculo da conjugabilidade, é um grande esforço para todos os membros da família. A dissolução do vínculo do casamento representa, do ponto de vista psicológico, o rompimento de um pacto relacional e, dessa forma, deve ser encarada como um processo complexo. Tal processo se inicia já no momento em que o casal está considerando a possibilidade de se separar, o que gera uma gama de sentimentos ambivalentes. Após a separação, em muitos casos, tem-se mostrado muito presente a dificuldade de alguns pais para seguir exercendo seus papéis parentais – de pai e de mãe - sem misturar os sentimentos que está vivenciando em relação ao ex-cônjuge. Quando isto ocorre, a vida dos filhos geralmente fica tumultuada devido à mudança no sistema familiar de um modo geral e, principalmente, devido à mudança na maneira de interação com os pais. Desta forma, é importante que se procure minimizar tais efeitos na vida dos filhos e agir de modo mais próximo ao saudável."[5]

Primeiramente, há que se investigar de que forma o relacionamento dos filhos com seus genitores transcorrerá do modo mais favorável para o desenvolvimento e a qualidade de vida dos infantes.

Neste contexto, é importante destacar que os conflitos e desentendimentos resultantes de constantes divergências entre os pais, no que se refere à criação da prole, pode trazer aos filhos um considerável sofrimento, culminando num abalo psicológico capaz de prejudicar diversos aspectos de evolução infanto juvenil.

Debruçando-se sobre este tema, a Psicologia Infantil, apesar de estar atenta para um possível quadro de abuso no exercício da guarda unilateral, que inclusive pode evoluir para um contexto de alienação parental, não deixa de se preocupar com o conflituoso relacionamento de pais que não se separaram consensualmente e até não chegaram a um consenso sobre guarda dos filhos, mas que, por decisão judicial, devem compartilhar a guarda da prole.

---

[5] LEVY, Laura Affonso da Costa e, RODRIGUES, Maiana Ribeiro. *Guarda compartilhada: um enfoque psico-jurídico*. Extraído do site www.jusvigilantibus.com.br. Acessado em 25.05.2011.

Obviamente, uma saudável convivência entre pais e filhos, compartilhando aqueles, pela via consensual, a condução dos principais aspectos da vida dos infantes, pode contribuir muitíssimo para a construção de um ambiente familiar adequado ao pleno desenvolvimento da criança ou adolescente.

Contudo, verificando-se durante o procedimento judicial que os genitores não demonstram consenso sobre a modalidade de guarda a ser aplicada ou sobre outros pontos da criação e educação da prole, afigura-se temerário impor o compartilhamento da guarda pois, caso assim se decida, dá-se ensejo à instauração de um ambiente familiar permeado de conflitos e divergências que, além de sacrificar psicologicamente os próprios genitores, pode comprometer sensivelmente a estabilidade emocional dos filhos, inclusive, com negativa repercussão em sua vida adulta.

Em suma, sob o prisma da avaliação psicológica do instituto, a guarda compartilhada não se apresenta como um instrumento louvável para o regular desenvolvimento da criança ou adolescente nas hipóteses em que não resultar de consenso entre os pais para a sua aplicação, consenso este que deve se perpetuar como experiência contínua no processo de criação e educação dos filhos.

4. CONCLUSÃO

Traçado este enfoque psico-jurídico, constata-se a viabilidade, em tese, da modalidade de guarda compartilhada, condicionando-se, contudo, o seu deferimento àquelas hipóteses fáticas nas quais se percebe, durante a instrução do processo, que os genitores convencionam acerca de sua adoção, revelando também um bom entrosamento para que decidam, por consenso, os rumos a serem observados para a condução da vida dos filhos menores, o que, inclusive, pode e deve ser investigado mediante avaliação psicológica.

Noutros termos, visando tutelar os superiores interesses dos infantes, deve o magistrado buscar a exegese da norma legal de modo a adaptá-la à realidade dos fatos e não percorrer este caminho em sentido contrário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 7ª ed. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 2011.
ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 11ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2010.
LEVY, Laura Affonso da Costa e, RODRIGUES, Maiana Ribeiro. *Guarda compartilhada: um enfoque psico-jurídico*. Extraído do site www.jusvigilantibus.com.br. Acessado em 25.05.2011.
SILVA, Denise Maria Parissini da. *Famílias reconstruídas*. Extraído do site www.psicologiajuridica.org.br. Acessado em 25.05.2011.
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS: jurisprudência. Disponível em www.tjdft.jus.br. Acessado em 25.05.2011.
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL: jurisprudência. Disponível em www.tjdft.jus.br. Acessado em 25.05.2011.

PATERNIDADE SOCIOAFETIVA: DIREITOS DE GUARDA E DE VISITA CONCEBIDOS AO PAI SOCIOAFETIVO SEM VÍNCULO JURÍDICO

Laís Machado Ramos, Bacharela em Direito.

RESUMO: A paternidade socioafetiva baseia-se no vínculo afetivo existente entre pessoas que não possuem parentesco biológico. A paternidade socioafetiva sem vínculo jurídico é uma de suas espécies e vem sendo aceita pelos tribunais em suas decisões, devendo possuir os mesmos direitos e deveres que as outras. Por conseguinte, o pai socioafetivo deve ter direito de guarda, se provado que é o melhor para o filho; e de visita, pois o elo afetivo entre pai e filho é essencial para a formação do ser humano.

PALAVRAS-CHAVE: Paternidade socioafetiva; poder familiar; direitos.

ABSTRACT: The affective paternity based on the emotional bond between people who haven't biological relationship. The affective paternity without legal link is one of their species and has been accepted by courts in their decisions, should have the same rights and duties than others. Therefore, the socioaffective father should have custody, if proven to be the best for the child; and visit, because the emotional bond between parent and child is essential for the formation of human.

KEYWORDS: Affective paternity; family power; rights.

I. INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Carta Magna de 1988, que conferiu maior enfoque à família e delineou o atual Código Civil, que a paternidade socioafetiva passou a ter relevância jurídica. Hodiernamente, a família não se limita mais a um grupo de pessoas ligadas pela mesma carga genética, e sim pelo vínculo baseado no amor, afeto, carinho e respeito entre elas. Essas são características da paternidade socioafetiva, como é chamada pela doutrina, que é uma nova forma de parentesco civil, que tem como base a posse de estado do filho, a qual tem sido aceita pelos tribunais como valor

probatório, não o suficiente para provar a paternidade, mas sendo utilizada como prova subsidiária.

Essa paternidade tem como base a convivência familiar, independente do laço consanguíneo, observando a integração do menor no ambiente familiar e a afetividade estabelecida com o tempo entre quem exerce o papel de pai e o que exerce o papel de filho.

Toda a verdadeira paternidade é socioafetiva, pois gerar, transmitir nome e bens não é o suficiente para ser pai, para ser pai tem que estabelecer um intenso vínculo de amor com o filho, tem que proteger e amparar.

Na paternidade socioafetiva, o poder familiar também é exercido. Esse poder é exclusivo do pai e da mãe em igual condição, independente da relação que existe entre eles, deve ser exercido com o desenvolvimento de funções que o compõem e com prática de atos que protejam e defendam os interesses do menor. Os pais têm a função de educar, fiscalizar e fornecer as necessidades básicas aos filhos. Esse poder tem como características primordiais a irrenunciabilidade, imprescritibilidade e intransmissibilidade, visto que, é obrigatório e personalíssimo.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê a paternidade socioafetiva nos casos de:

Adoção jurídica, a qual está regida no ordenamento jurídico brasileiro pelos arts. 227, §§ 5º e 6º da Constituição Federal, pela Lei 12.010, de 2009 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente no capítulo III, seção III e subseção IV. Nela é gerado um vínculo jurídico de parentesco civil equiparado ao consanguíneo (como os direitos e deveres), entre a pessoa do adotante com a pessoa do adotado, estabelecendo entre eles um laço de parentesco de primeiro grau em linha reta. Há uma integração total da família do adotante com o adotado. Com exceção apenas dos impedimentos que estão discriminados no art. 1.521 do Código Civil de 2002.

Adoção à brasileira, também chamada de adoção simulada, é uma criação da jurisprudência. Esse tipo de adoção acontece quando alguém registra como seu filho pessoa alheia. Apesar de ser um ato ilegal é um hábito costumeiro. A pessoa sabe que não é seu filho biológico e o registra como se assim fosse.

E por último, a inseminação artificial heteróloga, a qual o óvulo da mulher é fecundado por um sêmen não pertencente ao marido, que irá registrar a criança como seu filho. A presunção da paternidade na fertilização heteróloga advém do inciso V do art. 1.597 do Código Civil de 2002, em

que dispõe:

> Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
> [...]
> V- havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Mas, há também a paternidade puramente afetiva, que não possui nenhum vínculo biológico e jurídico, e não está prevista no ordenamento jurídico brasileiro, mas tem ganhado destaque no Direito de Família brasileiro, e tem sido bastante considerada nos tribunais em suas decisões.

II. REQUISITOS

São três os requisitos para se concretizar a paternidade socioafetiva: o nome (*nominatio),* o tratamento (*tratactus)* e a reputação (*reputatio).*

O primeiro é o filho ter o nome do pai, ou seja, o sobrenome, ou o apelido. Entretanto, a doutrina majoritária dispensa esse requisito, já que a pessoa, principalmente uma criança, é quase sempre conhecida pelo prenome. Então esse requisito se não efetivado não descaracteriza a posse de estado do filho se os outros forem aplicados.

Já o tratamento é o requisito que prepondera, tem maior valor, pois reflete na conduta que é empregada ao filho, fornecendo-lhe o indispensável à sobrevivência, como alimentação, vestimenta, educação, a formação de um ser humano. É zelar pelo bem-estar do filho, preocupando-se tanto com a assistência material, quanto com a moral.

Por último a reputação, que pode ser melhor chamada de fama, é a reputação social, é o fato de a criança ter sido sempre considerada por toda a sociedade como filha das pessoas que a cria.

Como foi bem explicado por Adauto de Almeida Tomaszewski e Manuela Nishida Leitão:

> A fama é a exteriorização dessa realidade para o público, diante de atitudes do hipotético pai para com o hipotético filho, levando terceiros a acreditar que exista uma relação paterno-filial entre eles. Ressalva-se que é necessária a convicção dessa relação

> paternofilial. Não basta que a pessoa ache, é preciso que ela acredite nisso. Também não é suficiente o fato de alguém ter ouvido falar, ela precisa ter vivenciado algum momento de afeto e preocupação entre o pai e o filho, pois os boatos e a má língua não servem para comprovar a reputação. (REVISTA JURÍDICA da UniFil, Ano III, nº 3. p.15)

É necessário que esses requisitos estejam presentes na relação pai e filho por um prazo razoável, uma duração mínima, dentro do qual é preciso a reiteração de atos para que indiquem a existência da relação. Esse tempo não é determinado, depende do caso concreto, cada caso é um caso, e deve ser analisado de maneira exclusiva, devendo o magistrado estabelecer esse prazo, considerando as circunstâncias específicas.

III. DIREITOS DE GUARDA E DE VISITA CONCEBIDOS AO PAI SOCIOAFETIVO SEM VÍNCULO JURÍDICO

O Código Civil de 1916 protegia a paternidade biológica, sucedida do casamento, exclusiva estrutura familiar reconhecida à época, a qual gradativamente foi sendo, substituída por entidades familiares que, com o advento da Constituição Federal de 1988, receberam proteção especial do Estado.

A paternidade socioafetiva baseia-se no afeto, no amor, no carinho, no respeito entre as partes, o que gera um vínculo, através da convivência, que não deve ser ignorado.

O fator biológico não é essencial para que o menor tenha afeto com aquele que o cria. Então por que o fator jurídico tem tanta importância? Se o adotante ou o pai de inseminação heteróloga, que não tem nenhuma consanguinidade com o menor, tem responsabilidades sobre os filhos, por que aquele que cria como se seu filho fosse não tem responsabilidades?

Como o fator biológico, o fator jurídico vem perdendo destaque, visto que já existem decisões de alguns tribunais que atribuem responsabilidades ao pai socioafetivo sem vínculo jurídico. Não seria justo nem para o pai, nem para o filho que não tivessem direitos e deveres um sobre o outro. Entretanto, não será por uma simples afinidade que se adquirirá responsabilidades, deve ser considerado o tempo de convivência e, principalmente, os requisitos de tratamento e reputação, mesmo ambos sabendo que não possuem nenhum

vínculo biológico.

A ligação entre as partes, mesmo ambos sabendo que não possuem carga genética um do outro, demonstra que o afeto criado entre eles ultrapassa qualquer barreira estabelecida pela ciência.

A relação baseada no afeto existente entre duas pessoas de um grupo familiar possui uma extrema importância, já que devem ser levados em conta todos os sentimentos criados com essa relação.

A paternidade socioafetiva tem ganhado cada vez mais espaço no Direito de Família, sendo uma maneira de assegurar o bem estar do menor.

E os tribunais brasileiros vêm reconhecendo a paternidade socioafetiva, visto que em várias apreciações de casos, tem sido reconhecida a paternidade baseada no afeto.

O seu valor tem sido reconhecido nas decisões, com base na posse do estado do filho, na dedicação e no amor entre as partes, que servem de prova subsidiária para o reconhecimento da paternidade como uma realidade sociológica que não pode ser desconsiderada, e também nos requisitos fama e tratamento.

A preocupação com o melhor interesse da criança também tem feito com que os tribunais reconheçam a paternidade fundada no vínculo afetivo e entendam que a verdade biológica não se sobrepõe à socioafetividade, já que a relação socioafetiva é espontânea, baseada no amor, no respeito, na convivência; tendo o simples afeto como vínculo primordial dessa relação.

Levando em consideração a realidade social atual, em que o afeto é imprescindível para a base familiar, não há como negar a existência da paternidade socioafetiva, que tem sido considerada pelos tribunais brasileiros como um fenômeno social de bastante relevância para o desenvolvimento emocional e afetivo para o menor.

3.1 DE GUARDA

A guarda do menor pode ser unilateral, que é quando é "atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua" (art. 1.583, § 1º, primeira parte do Código Civil), ou pode ser compartilhada, que é quando há uma "responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns" (art. 1.583, § 1º, segunda parte do Código Civil).

O que deve ser analisado na guarda, independentemente se foi requerida

por causa do divórcio ou se foi fruto de um relacionamento não jurídico, e também se for compartilhada ou unilateral, é o melhor interesse do menor.

Então, se o melhor interesse do menor for fornecido pelo pai puramente afetivo, nada deve impedi-lo de ficar com a criança. Não se deve excluí-lo desse direito. Se durante o relacionamento que teve com a mãe biológica do menor ele soube cuidar, ajudou no suprimento das suas necessidades básicas, como educando, brincando, contribuindo financeiramente, não será porque rompeu o relacionamento com a mãe que deve romper com o filho.

O amor, o afeto, a ternura, o carinho paternal não estão ligados apenas por causa da paixão entre os pais, esses sentimentos não estão condicionados se amar um tem que amar o outro ou se deixar de amar um deixa de amar os dois.

3.2 DA VISITA

A visita, regulamentada pelo Código Civil no artigo 1.589, tem o mesmo liame da guarda, sendo assegurada ao que não possuir a guarda. Mesmo aquele que não tenha a melhor condição de cuidar do menor tem o direito de visitá-lo, de manter o vínculo.

Os pais biológicos e jurídicos têm o direito de visita, como também de contribuir e fiscalizar na criação do filho. Então, o pai puramente afetivo deve ter os mesmos direitos que aqueles pais, pois este possui o que é mais importante no relacionamento com a criança: o amor.

IV. CONCLUSÃO

O pai puramente afetivo deve ter direitos sobre a criança que criou, se dedicou, onde concedeu tempo e dinheiro por amor. Pois, mais importante que o vínculo biológico ou jurídico é o afetivo, que é gerado sem cobrança, sem obrigação, sem haver troca de favores, apenas doação.

Esse pai deve ter o direito de visita e de guarda e não deve se desvincular daquele que criou e amou como filho. O vínculo afetivo que foi estabelecido entre o pai e o filho socioafetivo sem vínculo jurídico não deve ser dissolvido, as responsabilidades que ele tinha com a criança devem continuar, e principalmente o direito de perpetuar com essa ligação deve ser defendido.

O direito de guarda e de visita para aquele que não possui nenhum elo biológico e jurídico, mas que criou como se seu filho fosse já está sendo

aplicado pelos tribunais. Gerar um ser humano não é mais um fator determinante para estabelecer um parentesco entre pessoas. Pai é quem cria, ama, educa, transmite seus valores culturais e morais, não mais aquele que apenas passa a sua herança genética.

V. BIBLIOGRAFIA

BRASIL. *Código civil brasileiro*. Lei nº 10.406, de10 de janeiro de 2002.
COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. 331p.
DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010. 672p.
LÔBO, Paulo. *Famílias*. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2009. 411p.
LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A paternidade socioafetiva e a verdade real*. REVISTA CEJ/ Conselho da Justiça, Centro de Estudos Judiciários. Brasília. nº 34, p. 15-21. jul./set. 2006.
REVISTA JURÍDICA da UniFil, Ano III, nº 3.
VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*, volume IV. 9ª ed. – São Paulo: Atlas, 2009. 483p.

A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA: DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Maria Fernanda Souza Carvalho, Bacharela em Direito pela Faculdade Estácio de Sergipe, Aprovada no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil e Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Social da Bahia em parceria com o Curso Ciclo Renovando Conhecimento.

RESUMO: Este presente artigo recai sobre a área do Direito Processual Civil, ramo do Direito Público, tendo como foco, prioritariamente, a possibilidade da revisão de decisão judicial transitada em julgado, após o decurso do prazo legal de dois anos em razão da supremacia da Constituição e da aplicação da Teoria da Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Coisa julgada; princípio da segurança jurídica; relativização da coisa julgada; coisa julgada inconstitucional; injustiça das decisões judiciais.

ABSTRACT: This presented article work brings a theme which lies on the Civil Procedure Law field, from the Public Law area, in which the focus is the review possibility of a judicial decision in the jury, after the legal term of 2 years according to the Constitution supremacy and to the application of the justice theory.

KEYWORDS: *Res judicata*; principle of legal certainty; res judicata relativization; unconstitutional *res judicata*; injustice of decisions.

1. INTRODUÇÃO

A ordem jurídica conceitua e preserva a coisa julgada a nível constitucional e infraconstitucional como instituto imprescindível para a efetividade do princípio da segurança jurídica, guardião da estabilidade necessária das relações jurídico-sociais tuteladas pelo Poder Judiciário após a prestação

jurisdicional por meio de decisão transitada em julgado.

O tema em tela coaduna-se com a necessária e inevitável evolução do Direito, sobretudo do Direito Processual Civil, ante a dinâmica da sociedade para a garantia dos direitos fundamentais, da soberania da Constituição e da busca pela materialização da justiça.

Nesse sentido, buscar-se-á reconhecer a possibilidade da revisão da coisa julgada material depois de transcorrido o prazo legal para o ajuizamento da ação rescisória, disposta no artigo 485, do Código de Processo Civil.

Demonstrada a possibilidade constitucional e legal da relativização da coisa julgada material, estudar-se-á se a imodificabilidade e a imperatividade do instituto processual podem ser questionadas em situação não recepcionada no rol do supramencionado artigo em caso de decisão judicial fundamentada em norma jurídica declarada posteriormente inconstitucional, como é permitido nos embargos à execução contra a Fazenda Pública do artigo 741, inciso II cumulado com o parágrafo único, e na impugnação ao cumprimento de sentença do artigo 475 – L, inciso II cumulado com o parágrafo § 1º, todos do CPC, inovações estas trazidas pela Lei n° 11.232/2005.

A relativização da coisa julgada suscita também a revisão de julgados após o interstício de dois anos nos casos de tutela jurisdicional injusta como, por exemplo, em decisões de processos de investigação de paternidade e de indenização de desapropriação pautada em laudo pericial fraudulento ou ilegal.

Portanto, visar-se-á demonstrar que a desconsideração da coisa julgada material é solução para determinadas hipóteses diante da supremacia dos direitos fundamentais e de outros princípios sobre a segurança jurídica, haja vista como afirma Sandra de Cássia Viecelli Jardim (2006, p. 58), "assim como é de fundamental importância para a ordem jurídica o respeito ao instituto da coisa julgada, também existem outros princípios constitucionais de igual importância que merecem prestígio".

2. A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA: DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

O sistema jurídico põe limite à propositura da ação rescisória no prazo de dois anos a contar do trânsito em julgado da sentença meritória e nas situações expressamente positivadas, o que surge a indagação sobre a possibilidade de desconstituir a coisa julgada depois de transcorrido aquele

lapso decadencial em casos excepcionais.

Há alguns anos vem se desenvolvendo na processualística civil o reconhecimento "ilegal" da revisão da coisa julgada material após o transcurso do prazo de dois anos para o ajuizamento da impugnação rescisória por meio da relativização ou, como defende Alexandre Freitas Câmara (2008, p. 467), desconsideração da coisa julgada. A relativização dos efeitos preclusivos da coisa julgada passou a ser suscitada nos exemplares e pontuais casos de investigação de paternidade e de desapropriação de imóvel supervalorizado com a imposição de injusta indenização contra a Fazenda Pública, os quais serão tratados mais adiante.

A possibilidade da revisão de decisão transitada em julgado e de seu consequente questionamento no tocante ao dogma absoluto de sua autoridade dá-se mediante a conveniência e a especificidade de determinadas situações na pauta dos ideais da justiça, constitucionalidade e legalidade da tutela jurisdicional e efetividade dos direitos e das garantias fundamentais.

Toda celeuma acerca da desconstituição da intangibilidade da autoridade da coisa julgada é resumida por Willian Felipe Camargo Zuqueti (2009, [n.p.]) ao afirmar que "é o valor justiça que será o contraponto do valor segurança, sendo o primeiro a base da teoria da relativização da coisa julgada e o segundo o fundamento da repulsa a tal teoria". A divergência sobre o tema em destaque tem o seu núcleo na mudança de visão sobre a coisa julgada, tendo em vista a tradicional compreensão de que este instituto processual é uma garantia constitucional disciplinada pelo Direito Infraconstitucional, chancela legítima de caráter político e social em razão da concessão de segurança às relações jurídicas agasalhadas pelos efeitos preclusivos da decisão passada em julgado, por ser o mais alto nível de estabilidade conferida aos atos do Estado-juiz.

Simone Sá Portella (2009, [n.p.]) afirma que o direito fundamental à estabilidade das decisões judiciais, por se tratar de direito constitucional, só pode ser desconsiderado quando em conflito com outro direito fundamental ou quando houver disciplina legal.

Sabe-se que a ação rescisória somente pode ser utilizada para rescindir a decisão meritória nos casos previstos no CPC, sob a justificativa de ser realizada interpretação literal, sob pena de afronta à autoridade da coisa julgada material, tendo em vista que a rescisão da decisão irrecorrível trata-se de uma exceção à imodificabilidade de seu conteúdo. No entanto, surge a controvérsia da desconstituição dessa decisão em hipótese não reconhecida

para o ajuizamento de demanda rescisória como, por exemplo, a coisa julgada inconstitucional, questão que será tratada mais adiante.

A doutrina e a jurisprudência têm admitido a possibilidade de flexibilização da coisa julgada em homenagem a outros valores e princípios, posto que o progresso da Ciência do Direito volta-se para uma nova mudança de consciência em prol da valorização da verdade real. Destaca-se que em sociedade de seres humanos livres, pautada na democracia, a justiça está acima da segurança, ideia orientadora para o atendimento dos intuitos sociais do processo e das exigências do bem comum. Na verdade, o que almejou o legislador constituinte de 1988 não foi apenas assegurar o acesso à justiça, contudo, outrossim, o acesso à ordem jurídica justa ou, redundantemente, "acesso à justiça justa".

Por essa razão, Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 9) sintetiza o estudo da relativização da coisa julgada em dois aspectos os quais são que a garantia deste instituto processual não pode ultrapassar os seus efeitos e deve ser colocada em equilíbrio com as demais garantias constitucionais e outros institutos jurídicos a fim de se efetivar a justiça no processo civil.

A discussão sobre a desconsideração da coisa julgada recai sobre casos extremos de manifesta injustiça, ilegalidade e/ou inconstitucionalidade, sendo nessas situações que a tese relativista da autoridade deste instituto jurídico demonstra que suas características absoluta e intangível podem ser danosas por comprometer os fins públicos do Estado Constitucional e de Direito.

O vocábulo ou verbo relativizar não é encontrado na maioria dos dicionários brasileiros. Porém, para a corrente relativista, a palavra *relativizar* não corresponde a relativo, todavia significa desmitificar a coisa julgada, ou seja, não torná-la absoluta em todas e quaisquer hipóteses, sem deixar de reconhecer o seu fundamento jurídico, pois o Direito está em constante evolução com a sociedade, sendo que este instituto processual tem moldadas as suas dimensões de acordo com o tempo e o espaço, ou seja, o tratamento conferido à coisa julgada diferencia-se das legislações de outrora em relação às legislações presentes, bem como se diferencia em outros ordenamentos jurídicos em relação ao Direito pátrio.

Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2003 apud WAMBIER et al., 2007, p. 528-529) criticam a expressão *relativização da coisa julgada*, considerando-a desmitificação da tradição de reconhecer a coisa julgada como dogma absoluto:

> [...] a expressão "relativização da coisa julgada" pode sugerir que a coisa julgada "se opere em relação a uns e não a outros, quando não é esse o fenômeno a que a doutrina vem querendo referir-se. Trata-se, isto sim, de uma certa desmistificação da coisa julgada. Ao que parece, o instituto da coisa julgada, tal qual vinha sendo concebido pela doutrina tradicional, já não corresponde mais às expectativas da sociedade, pois a segurança que, indubitavelmente, é o valor que está por detrás da construção do conceito da coisa julgada, já não mais se consubstancia em valor que deva ser preservado a todo custo [...]".

O que a tese relativista advoga é que a consciente e prudente flexibilização da coisa julgada regula a harmonia de determinados princípios, valores e fins públicos constitucionais e infraconstitucionais tão ou mais importantes do que a definitividade/estabilidade das decisões judiciais.

A sistemática de consideração da autoridade da coisa julgada como dogma absoluto do processo civil é mitigada quando transgride valores que estão além da relevância da segurança jurídica precursora da pacificação social.

Nessa acepção, Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2010, p. 31-32), de forma mais ponderada, admite a relativização da coisa julgada apenas naquelas situações excepcionais, a quem ele denomina de teratológicas, cujo cumprimento da decisão judicial resultaria em grave lesão a valores éticos e garantias constitucionais.

Nesse tom, Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 314-315) reforça que as sentenças que afrontam valores humanos, éticos, sociais e políticos não se legitimam para evitar a perpetuação de conflitos, inconstitucionalidades gravíssimas e injustiças manifestas, tratando-se de excepcionalíssimas hipóteses que merecem ter abrandada a coisa julgada.

Em que pese os argumentos suscitados, a flexibilização da coisa julgada trata-se de tema que divide opiniões favoráveis e contrárias. Nessa compreensão, Aldo Ferreira da Silva Jr. (2009, p. 56-57), como alguns doutrinadores, aponta os seus perigos:

> A sinalização de êxito na desconstituição de sentença transitada em julgado sem a devida previsão legal significará que os litígios se tornarão intermináveis. [...] Seria intolerável para o sistema conviver com

> soluções de conflitos intermináveis, já que quantas vezes for o inconformismo com o teor da decisão, natural de qualquer sucumbente, quantas vezes será a proposta de renovar a atividade estatal – jurisdicional.

Refutando o raciocínio exposto, Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 22), um dos capitães da corrente relativista, defende que "evitar a propagação de litígios, sim, mas evitá-la sem prejuízo a esses valores [princípios, valores e fins públicos constitucionais e infraconstitucionais]".

Deduz-se que a corrente relativista da flexibilização da coisa julgada não infere a apologia à eliminação deste instituto processual, pois não deixa de reconhecer o seu valor jurídico-político para a definitividade das relações jurídico-processuais como precursora da ordem e paz sociais. Contudo, ante determinados valores éticos, princípios, direitos, garantias e fins públicos, concretizados na ordem constitucional, legal e política, em casos extremados e de acordo com as circunstâncias fático-jurídicas, a autoridade da coisa julgada, geradora da segurança jurídica, cede seu espaço de importância para estas situações excepcionalíssimas. Trata-se de tendência da nova processualística civil, concatenada com os horizontes constitucionais e da Teoria da Justiça.

A teoria da relativização da coisa julgada raciocina este instituto processual como valor relativo a depender do caso posto em exame, e não como valor absoluto do sistema jurídico, compreendido pela consciência tradicional, visto que a justiça das decisões da tutela jurisdicional é valor de maior sublimidade que deve ser preservado em função do direito fundamental de acesso à justiça (artigo 5º, CF/88).

2.1. FUNDAMENTOS DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

O fundamento da relativização da coisa julgada prima pelos ideais de justiça das decisões judiciais, o que leva a doutrina e os órgãos do Judiciário a repensar o conceito de acesso à justiça como apenas receber tutela jurisdicional na ofensa ou na ameaça de ofensa a direito perante a apreciação e o julgamento de uma questão posta *sub judice*, mas como a prestação de tutela jurisdicional legal, constitucional e justa, garantidora da primazia dos direitos e garantias fundamentais e dos princípios e regras

constitucionais e infraconstitucionais. Trata-se de nova consciência que se opõe à ilegitimidade da perpetuação das injustiças a evasiva de impedir a infinidade de inseguranças.

A ponderação de valores com arrimo em juízo de proporcionalidade e razoabilidade poria na balança a segurança jurídica, de um lado, e a justiça, de outro. A segurança jurídica, como fundamento primordial da intocabilidade da coisa julgada material, pode ser posta em detrimento ante a supremacia de outros valores tão ou até mesmo mais relevantes do que a mesma como regras e princípios constitucionais e direitos e garantias fundamentais. Não se pode tornar o princípio da segurança jurídica óbice à persecução da justiça por meio da aplicação do princípio da justiça das decisões judiciais, derivado do direito de acesso à prestação jurisdicional, devendo-se, no choque entre princípios, harmonizá-los e não revogá-los.

Ainda são reconhecidos como fundamentos da relativização da coisa julgada: a garantia deste instituto processual concedida pela proteção constitucional em face somente do princípio da irretroatividade da lei para atingir fatos pretéritos, considerados casos julgados; a aplicação dos princípios da legalidade, da proporcionalidade e da instrumentalidade; a jurisdição consubstanciada na verdade dos fatos, ou seja, na verdade real; a ausência de trânsito em julgado da verdade dos fatos da sentença; a eficácia de direitos e garantias fundamentais (elemento a ser tratado nas decisões injustas das ações de estado da pessoa – investigação de parentalidade).

A tese relativizadora também elenca a ausência de trânsito em julgado da verdade dos fatos da sentença, pois como ensina Humberto Theodoro Jr. (2010, p. 549) somente quem transita em julgado é o dispositivo, também denominado de conclusão, e não sua fundamentação.

Os fatos suscitados no processo compõem a doutrinariamente denominada causa de pedir remota, que juntamente com as questões de direito, as chamadas causa de pedir próxima, formam os fundamentos da demanda, considerados elementos da ação. É a partir da apreciação do sustentáculo fático que será definida a relação jurídica posta *sub judice*, sendo a via eleita para se conhecer e declarar a situação jurídica do processo e se tornando, assim, verdade no processo. Porém, por não decorrer a coisa julgada da verdade dos fatos, aquele fato considerado verdadeiro em um feito pode ser inverídico em outro.

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça José Augusto Delgado (2005 apud SILVA JR., 2009, p. 69) argumenta também a ausência de trânsito

em julgado da verdade dos fatos da sentença, a justa indenização nas desapropriações e as desigualdades das relações tributárias como possíveis alegações da flexibilização da coisa julgada.

Ademais, José Augusto Delgado (2007, [n.p.]) enuncia razões para a fundamentação da relativização da coisa julgada já tratadas como a inconstitucionalidade, a ilegalidade, a injustiça e a ausência de trânsito em julgado da verdade dos fatos da sentença, mas mostra também a conveniência da especificidade de outros motivos como a imoralidade pública e privada, a falta de sintonia da verdade formal com a verdade real, a responsabilidade social do Poder Judiciário no regime democrático, a aplicação dos princípios da razoabilidade, da isonomia, da separação de Poderes e da dignidade da pessoa humana, e a valorização da cidadania.

Eduardo Juan Couture (1978 apud DINAMARCO, 2001, p. 17-18; JARDIM, 2006, p. 50; PAVARINA, 2005, p. 56; SILVA JR., 2009, p. 84) indica como um dos fundamentos da relativização da coisa julgada também a *coisa julgada delinquente* consubstanciada em *fraude processual*, com base no caso do fazendeiro rico, que em trama ardil com o advogado da parte autora, prejudica suposto filho havido com a sua empregada em investigação de paternidade ao fraudar o processo, transitando em julgado a sentença de improcedência, cominando, assim, com o não reconhecimento da paternidade[1]. Esse exemplo apontado pelo processualista uruguaio representa que a autoridade absoluta da coisa julgada é prejudicial ao livre e pleno exercício dos direitos fundamentais ao conhecimento da verdadeira origem biológica, à filiação e de seus demais direitos, entre estes os de ordem patrimonial (alimentos, herança etc.), os quais são tão ou mais relevantes do que a segurança jurídica de uma relação jurídico-processual estabilizada pelo trânsito em julgado de decisão injusta e descombinada da verdade real.

[1] Eduardo Couture (COUTURE apud DINAMARCO, 2001, p. 17-18; PAVARINA, 2005, p. 56; SILVA JR., 2009, p. 84) estudou o caso do fazendeiro rico que, tendo gerado um filho em parceria com uma empregada, gente muito simples, para forrar-se às responsabilidades de pai induziu esta a constituir um procurador, pessoa da absoluta confiança dele, com poderes para promover a ação de investigação de paternidade. Citado, o fazendeiro negou vigorosamente todos os fatos constitutivos narrados na demanda e o procurador do menor e da mãe, que agia em dissimulado conluio com o fazendeiro, negligenciou por completo o ônus de provar o alegado; a consequência foi a improcedência total da demanda, passando em julgado a sentença porque obviamente o advogado conluiado não recorreu. Mais tarde, chegando à maioridade, aquele mesmo filho moveu novamente uma ação de investigação de paternidade, quando então surgiu o problema da coisa julgada. O caso terminou em acordo, lamentando-se não ter sido possível aprofundar a discussão e obter um pronunciamento do Poder Judiciário sobre o importantíssimo tema.

Com base em interpretação *a contrario sensu* da ementa da decisão abaixo do STJ, conclui-se que este Tribunal acolhe a desconsideração da coisa julgada nas situações extraordinárias em virtude de sentença nula ou inexistente, mas reconhecendo também que há membros do próprio órgão que não admitem a relativização em hipótese alguma:

> Ação de nulidade (querella nullitatis). Coisa julgada material (relativização). Situação extraordinária (não ocorrência). 1. Admite-se a relativização da coisa julgada material em situações extraordinárias, por exemplo, quando se trata de sentença nula ou inexistente, embora haja, no Superior Tribunal, vozes que não admitem a relativização em hipótese alguma. 2. Em se tratando de sentença injusta, ou melhor, de errônea resolução da questão de fato (erro de fato), como na espécie (é o que se alega e é o que se diz), não é lícito o emprego da ação de nulidade. 3. A admissão, em casos que tais, da querella nullitatis contribuiria para descaracterizar, mais e mais, a substância da coisa julgada – a sua imutabilidade. 4. Recurso especial do qual se conheceu e ao qual se deu provimento para se restabelecer a sentença que indeferira a inicial. (STJ, 6ª Turma, REsp 893477/PR – Recurso Especial 2006/0227512-4, Relator Ministro Nilson Naves, data do julgamento 22/09/2009).

Assim, os argumentos da tese dos defensores da desconsideração da autoridade da coisa julgada material podem ser compreendidos no sentido de que:

> Adotar a tese da intangibilidade da coisa julgada seria ignorar a dinâmica da própria vida consistente na mudança, movimento, rotatividade da sociedade em que estamos inseridos. As decisões judiciais como obras materializadas por um ser humano não são perfeitas; por muitas vezes estarão repletas de patologias, contrariarão a lei, violarão direitos e garantias individuais, ferirão mortalmente a Magna Carta (ZUQUETI, 2009, [n.p.]).

Compreende-se que a autoridade da coisa julgada como cláusula assecurativa da estabilidade das relações jurídicas amparadas por decisões judiciais irrecorríveis devido ao seu trânsito em julgado não é uma garantia dogmática absoluta para sua imodificabilidade nas hipóteses de vícios inconvalidáveis ou transrescisórios como, por exemplo, ilegalidades, inconstitucionalidades e injustiças patentes.

Destarte, trata-se a mitigação da coisa julgada de questão merecedora de construção de novos discursos jurídicos sobre a supremacia da Constituição, a justiça dos atos jurisdicionais e a efetividade de direitos e garantias fundamentais em cima da desconstrução e reconstrução de discursos conservadores e positivistas acerca da autoridade da coisa julgada, tendo em vista a produção de reflexos relevantes nas relações jurídicas estabilizadas ilegal, injusta e/ou inconstitucionalmente pela norma jurídica individual de decisão judicial transitada em julgado.

3. COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

As hipóteses de coisa julgada inconstitucional poderiam se traduzir na sentença fundada em lei declarada posteriormente inconstitucional em sede de controle concentrado, em sede de controle difuso, desde que o Senado Federal suspenda sua execução, ou súmula vinculante do artigo 103 – A, da CF/88. Cabe ainda lembrar que o artigo 485, do CPC não prevê hipótese de rescindibilidade com fulcro na coisa julgada ao arrepio da Constituição, ou seja, coisa julgada inconstitucional.

O fundamento seria que uma lei declarada inconstitucional, segundo toda a tramitação legal para tal declaração, é inconstitucional desde sua concepção, portanto, nula. Logo, a decisão judicial fundamentada em lei nula também é nula, não sendo acobertada pela autoridade da coisa julgada.

Para Fábio Passos de Abreu e Gaspar Feitosa de Gouveia Filho (2009, [n.p.]), a norma jurídica tida posteriormente como inconstitucional é norma inexistente juridicamente, sendo, portanto, pura e simplesmente um fato jurídico.

Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (apud DIDIER JR., 2004, p. 233-234) compreendem que declarada inconstitucional a norma jurídica e tendo a decisão efeitos retroativos, deve-se considerar que a lei nunca existiu, ou seja, nunca integrou o ordenamento jurídico. Nesse sentido, já se pronunciou o STJ:

> CONSTITUCIONAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS. TITULARIDADE. NOMEAÇÃO SEM CONCURSO PÚBLICO. COMPETÊNCIA PARA A DESCONSTITUIÇÃO DO ATO. ADVENTO DA LC 183/99. EFEITOS 'EXTUNC' E 'ERGA OMNES' DA DECLARACÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 1. A superveniência da LC nº 183/99, conferindo ao Governador do Estado de Santa Catarina a atribuição exclusiva de prover e desprover os cargos das serventias extrajudiciais, não afasta a competência do Presidente do Tribunal de Justiça para desconstituir ato seu, nomeando os respectivos titulares sem concurso público, com base em lei declarada inconstitucional pelo STF. 2. Lei inconstitucional é lei natimorta; não possui qualquer momento de validade. Atos administrativos praticados com base nela devem ser desfeitos, de ofício pela autoridade competente, inibida qualquer alegação de direito adquirido. 3. Afronta à CF, arts. 2º e 102, I, 'a', não configurada. 4. Embargos rejeitados. (STJ, EDROMS 10527/SC – Embargos de Declaração no Recurso em Mandado de Segurança 1999/0006135-7, 5ª Turma, Relator Ministro Edson Vidigal, data de julgamento 03/02/2000).

Em defesa dessa possibilidade, Marco Antonio Corrêa Monteiro (2008, [n.p.]) entende que a desconsideração da coisa julgada em virtude de inconstitucionalidade não afronta o princípio da segurança jurídica, haja vista que se firma em critérios objetivos na medida em que se efetiva a supremacia da Constituição.

Nesse sentido, Lyts de Jesus Santos (2009, [n.p.]) assevera que "a coisa julgada inconstitucional é tema bem menos tormentoso, por ser mais objetivo" e continua ao argumentar o seguinte:

> Na relativização da coisa julgada inconstitucional sempre se deverá dar prevalência ao que decidido pela Suprema Corte, enquanto que nas outras hipóteses,

> segundo se defende, dever-se-ia estabelecer uma ponderação de interesses. Sim, sempre se deve dar prevalência ao texto constitucional em detrimento da coisa julgada. A segurança jurídica é apenas um dos princípios que norteiam nosso ordenamento jurídico. Nada obstante sua relevância, não se pode fazer dela princípio máximo da ordem constitucional, pois a Constituição não o fez.

Quando o legislador constituinte de 1988 dispôs sobre a inalterabilidade da coisa julgada no artigo 5º, inciso XXXVI, para assegurar a tão digna e essencial segurança jurídica, seu desiderato foi o de preservar este instituto processual da retroatividade da lei nova a fim de garantir aos jurisdicionados a conclusão da solução da lide. Contudo, se a coisa julgada for inconstitucional, poderá ser sujeita à desconsideração, ainda que ultrapassado o prazo decadencial da ação rescisória.

Lyts de Jesus Santos (2009, [n.p.]) constata que "a Carta Política inadmite é a retroatividade da lei para influir na solução dada, a caso concreto, por sentença de que já não caiba recurso" e "o texto constitucional é claro: a LEI não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Trata-se de uma proteção forjada pelo constituinte em face da atuação do Poder Legislativo".

Em defesa do tema, Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 21) leciona o seguinte:

> Em primeiro lugar, há situações em que as normais consequências da coisa julgada podem comprometer certos escopos de disposições constitucionais ou legais, de modo que, quando isso acontecer, ulteriores demandas sobre a mesma matéria devem ser admitidas.

A autoridade da coisa julgada jamais poderá sufocar a autoridade da Constituição, pois esta protege aquele instituto processual. Compreender o contrário é transformar a coisa julgada em instituto superior à própria Constituição, o que seria um contrasenso diante da consubstanciação contemporânea de Estados Constitucionais em que o Estado-Legislação, o Estado-Administração e o Estado-Jurisdição se curvam aos princípios, regras

e valores constitucionais, devendo todo e qualquer ato estatal ser nulo e banido da ordem político-jurídica se contrário à Lei das Leis.

Da mesma forma que os atos dos Poderes Executivo e Legislativo devem ser produzidos de acordo com o texto constitucional, as decisões judiciais também devem sê-lo. Trata-se do princípio da constitucionalidade de todos os atos do Poder Público que lhes confere validade se amoldados à Constituição.

Além disso, não poderia ser dado tratamento diferente, ainda que os membros do Poder Judiciário ingressem pela via da meritocracia (concurso público de provas e títulos – artigo 93, inciso I, da CF/88), visto que toda a máquina estatal deve se adequar à superioridade hierárquica da Constituição.

Destarte, a decisão judicial que contrarie a Constituição não pode produzir a eficácia preclusiva da coisa julgada, pois a sua desarmonia com a maior norma do ordenamento jurídico gera um desacato aos valores da justiça e da cidadania.

A autoridade da coisa julgada não pode vencer a lei no que cerne à inconstitucionalidade, sob pena de transformá-la em um instituto mais importante do que a lei e a própria Constituição. Se a lei não é isenta, qualquer que seja o tempo escoado desde sua entrada em vigência aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a decisão judicial passada em julgado formadora da coisa julgada inconstitucional também não está livre de controle de constitucionalidade.

Infelizmente há a disseminação da consciência de que os mecanismos de controle de constitucionalidade não são aplicáveis aos atos prestadores de tutela jurisdicional, uma vez que controle de constitucionalidade repressivo[2] é, em regra, exclusivo do Poder Judiciário. Ao que parece o Judiciário é olvidado do controle de constitucionalidade e considerado função do Estado incapaz de prolatar decisão que afronte a Carta Constitucional, o que é compreensão incoerente. Os provimentos jurisdicionais não recebem

[2] Alexandre de Moraes (2007, p. 682-683) explica que o Direito Constitucional brasileiro adotou o controle de constitucionalidade repressivo jurídico ou judiciário como regra na retirada do ordenamento jurídico de lei ou ato normativo já editados quando contrários à Constituição Federal, pelo Poder Judiciário, sendo reservado ou concentrado (via de ação), e difuso ou aberto (via de exceção ou defesa). Excepcionalmente, a CF/88 dispõe sobre o controle de constitucionalidade repressivo realizado pelo Poder Legislativo na hipótese do artigo 49, V (competência do Congresso Nacional para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa), e na hipótese do artigo 62 (possibilidade de o Congresso Nacional rejeitar medida provisória com base em inconstitucionalidade apontada no parecer da comissão temporária mista).

tratamento especializado com privilégio do Direito para serem postos em nível superior ao dos atos dos demais Poderes, pois o artigo 2º, da CF/88 prevê implicitamente a igualdade entre os três Poderes da Federação.

José Joaquim Calmon de Passos (2007 apud SANTOS, 2009, [n.p.]) manifesta-se da seguinte maneira sobre a natureza jurídica da decisão judicial:

> O imperativo do princípio da legalidade e o postulado, essencial à democracia, de que não há senhores nem súditos, todos iguais e submetidos à única vontade soberana e constitucionalmente formalizada (a lei em sentido lato) impõe a impugnabilidade e o controle de toda e qualquer decisão de todo e qualquer agente do Poder. Decidir sem possibilidades de controle é decidir de forma incompatível com o sistema democrático. O magistrado nem é um soberano, nem um Deus, sim um servidor. [...]. Se fosse possível decidir de forma soberana, porque insuscetível de controle, a decisão, soberana seria a da autoridade, não a da lei, não a do povo presente e atuando por suas instituições constitucionalmente consagradas. [...]. Num sistema democrático, deveríamos todos, quotidianamente repetir, como uma espécie de jaculatória cívica, que nada autoriza ver-se o magistrado como um homem diferente de todos os demais homens, mais sábio, mais puro, mais justo, mais informado, mais aparelhado, mais corajoso e mais isento. Por enquanto ainda não há um laboratório de que saiam, como produto, homens perfeitos. Daí terem os magistrados o mesmo estofo de que são feitos os legisladores e os administradores, os civis e os militares, os leigos e os clérigos, para ficarmos só nesses integrantes do espectro social.

Em compreensão oposta, Nelson Nery Jr. (apud DIDIER JR., 2004, p. 202-203) alega que não há no Direito brasileiro o controle de constitucionalidade das decisões judiciais a qualquer momento, mas somente podendo haver impugnação dos atos jurisdicionais proferidos contra a Constituição na apelação (artigo 513, do CPC), no recurso extraordinário (artigo 102, III, da CF/88) e na ação rescisória (artigo 485, do CPC). Ademais, argumenta esse processualista que ainda que não haja expressa

previsão de controle de constitucionalidade das decisões judiciais no rol do artigo 485, do CPC, a ação rescisória é cabível se houver afronta a texto expresso da Constituição, a princípio constitucional não positivado ou ao espírito ou ao sistema da CF, desde que dentro do prazo legal de dois anos a contar do trânsito em julgado da decisão atacada. Assim, mesmo que a decisão judicial tenha sido proferida em direção contrária à Constituição e tenha transcorrido o prazo decadencial, a coisa julgada não pode ser desconstituída porque gerou norma para o caso concreto.

Araken de Assis adverte sobre a possibilidade de relativização da coisa julgada inconstitucional (2008 apud SANTOS, 2009, [n.p.]):

> Aberta a janela, sob o pretexto de observar equivalentes princípios da Carta Política, comprometidos pela indiscutibilidade do provimento judicial, não se revela difícil prever que todas as portas se escancarão às iniciativas do vencido. O vírus do relativismo contaminará, fatalmente, todo o sistema judiciário. Nenhum veto, *a priori*, barrará o vencido de desafiar e afrontar o resultado precedente de qualquer processo, invocando hipotética ofensa deste ou daquele valor da Constituição. A simples possibilidade de êxito do intento revisionista, sem as peias da rescisória, multiplicará os litígios, nos quais o órgão judiciário de primeiro grau decidirá, preliminarmente, se obedece, ou não, o pronunciamento transitado em julgado do seu Tribunal e até, conforme o caso, do Supremo Tribunal Federal. Tudo, naturalmente, justificado pelo respeito obsequioso à Constituição e baseado na volúvel livre convicção do magistrado inferior.

Ainda em sentido oposto, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2008, p. 588) tenta expor o perigo da relativização da coisa julgada fora das situações taxativas do rol do artigo 485, do CPC, argumentando que a coisa julgada "é instituto construído ao longo dos séculos e reflete a necessidade humana de segurança. Ruim com ela, muito pior sem ela. Relativizar a coisa julgada por critério atípico é exterminá-la".

Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 20) argumenta que a eficácia preclusiva da coisa julgada abrange tanto as matérias deduzidas como as dedutíveis, ainda que sejam questões de direito que o juiz poderia ter

conhecido de ofício, inclusive as de constitucionalidade. Para esse autor (2010, p. 75-76), o julgamento implícito (ou eficácia preclusiva), previsto no artigo 474, do CPC, objetiva proteger a declaração contida na sentença, pois se parte da presunção de que todas as matérias deduzidas e dedutíveis foram apresentadas pelas partes e pelo órgão jurisdicional, todavia não significando que os motivos da sentença transitam em julgado. Destarte, o mesmo doutrinador (2010, p. 77) conclui que ainda que a questão de constitucionalidade seja de conhecimento de ofício ou prejudicial, e, neste aspecto, assim, não faça coisa julgada material, a mesma não pode ser rediscutida em ação posterior diante da preclusão.

Em patrocínio à superioridade da Carta Magna, José Delgado (2002 apud ZUQUETI, 2009, [n.p.]) diz que:

> Não posso conceber o reconhecimento de força absoluta da coisa julgada quando ela atenta contra a moralidade, contra a legalidade, contra os princípios maiores da Constituição Federal e contra a realidade imposta pela natureza. Não posso aceitar, em sã consciência, que, em nome da segurança jurídica, a sentença viole a Constituição Federal, seja veículo de injustiça, desmorone ilegalmente patrimônios, obrigue o Estado a pagar indenizações indevidas, finalmente desconheça que o branco é branco e que a vida não pode ser considerada morte, nem vice-versa.

Ao que parece a compreensão transcrita acima é mais combinada com o novo paradigma de interpretação e efetividade da Constituição, que se tornou o centro normativo e axiológico de todo o sistema jurídico. Como assevera Luís Roberto Barroso (2005, [n.p.]), trata-se do fenômeno denominado de neoconstitucionalismo, o qual vem se desenvolvendo desde meado do século XX, com berço na Alemanha posterior à Segunda Guerra Mundial.

O neoconstitucionalismo preconiza a mudança de consciência filosófica, política e jurídica acerca da Constituição, que deixa de ser mero documento formal e político, e passa a ser o centro irradiador material e axiológico do sistema jurídico. Contudo, cabe compreender que a força normativa da Constituição não se expande apenas como referência para o Poder Legislativo, mas também para todos os demais Poderes do Estado.

A nova dogmática constitucional estabelece o dever de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional estar atrelado, formal e materialmente, à Constituição, bem como todos os atos estatais, até mesmo as decisões judiciais passadas em julgado, criadoras de normas jurídicas individuais do caso concreto, devem harmonizar-se às regras, aos princípios e aos valores constitucionais.

O Poder Judiciário tem como um dos seus papéis precípuos a proteção da Constituição, considerada instrumento legítimo e eficaz para a máxima realização dos direitos e garantias fundamentais constitucionalizados. Essa proteção fundamenta-se no reconhecimento da jurisdição constitucional, como expõe Luís Roberto Barroso (2005, [n.p.]).

Destarte, o dever de interpretação da Constituição, o qual é exercitado por todos os membros do Poder Judiciário, ou seja, do juiz singular até o STF, configura a jurisdição da Constituição ou jurisdição constitucional, tendo todos os órgãos judiciários a permissão para furtar a aplicação da lei ou do ato normativo inconstitucional ou até mesmo desconsiderar a coisa julgada fundada em lei ou ato normativo inconstitucional.

Portanto, todo e qualquer ato estatal, inclusive as decisões judiciais, deve ser passível de controle de constitucionalidade a qualquer momento, pois todos os Poderes do Estado giram em torno da Constituição. Assim, são ineptas as alegações de segurança jurídica e de presunção de constitucionalidade das leis para fundamentar a validade de decisão judicial violadora da Constituição para legitimar a coisa julgada inconstitucional, ainda que não possa mais ser ajuizada, nos termos do CPC, ação rescisória.

Aldo Ferreira da Silva Jr. (2009, p. 59) subdivide a coisa julgada inconstitucional em *lato sensu* e *stricto sensu* para fins didáticos. A coisa julgada inconstitucional *lato sensu* é qualquer sentença ou acórdão transitado em julgado que afronte a Constituição, mesmo que não haja decisão do Supremo Tribunal Federal que solucione a questão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Já a coisa julgada inconstitucional *stricto sensu* é aquela baseada em decisão do STF com eficácia *ex tunc*, o que seria o caso de ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

A desconsideração da coisa julgada inconstitucional pode ser arrimada pelos instrumentos constitucionais legais já dispostos no ordenamento jurídico.

Deve-se ressaltar que há parcela da doutrina contrária à retroatividade dos efeitos de decisão declaratória de inconstitucionalidade de lei, a qual

afirma que a Lei n° 9.868/99 (processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal) ao determinar no artigo 27 que a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo tem eficácia *ex tunc*, os seus efeitos podem ser restritos por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, podendo o STF restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento em que venha a ser fixado. Para essa doutrina, a coisa julgada é uma restrição à retroatividade dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade de lei.

Sandra de Cássia Viecelli Jardim (2006, p. 57) assevera o seguinte acerca da possibilidade de o STF estabelecer eficácia *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo:

> Caso o natural efeito retroativo da declaração de inconstitucionalidade de uma norma possa vir a pôr em risco valores como o interesse social e a segurança jurídica, será o caso do STF restringir os efeitos da declaração. Essa norma, ao permitir que o Supremo Tribunal Federal estabeleça limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, permite também à Suprema Corte que realize o controle de constitucionalidade adaptado às condições sociais, o que é por demais importante, a fim de que sejam evitadas as situações anti-isonômicas decorrentes da aplicação não uniforme das normas.

Nesse nível, Luiz Guilherme Marinoni (2008, [n.p.]) alega que tal questão deve ser vista com cautela, uma vez que:

> Isso não pode levar à tese extrema de que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade da lei, deve se voltar ao passado para fazer prevalecer o seu entendimento em relação a todos aqueles que já tiveram os seus litígios solucionados pelo próprio Poder Judiciário. Semelhante ideia levaria à instituição de um "controle da constitucionalidade da decisão transitada em julgado" [...].

Nessa esteira, constata-se que a possibilidade de o STF estabelecer eficácia *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo limita a eficácia retroativa gravosa, tendo em vista que protege a segurança jurídica das relações jurídico-sociais, sobretudo quando as questões envolvidas sejam de massa (coletivas) como, por exemplo, tributárias, previdenciárias, relações de consumo, entre outras.

Cabe ressaltar ainda no que cerne à reflexão sobre a coisa julgada inconstitucional acerca da impugnação ao cumprimento de sentença do artigo 475 – L, inciso II, combinado com o § 1º, e dos embargos à execução contra a Fazenda Pública do artigo 741, inciso II, combinado com o parágrafo único, todos do CPC, tratando-se de avanços introduzidos na processualística civil hodierna, pois agora o ordenamento jurídico positivo prevê a alegação da lei declarada inconstitucional posteriormente na execução de título judicial. Trata-se de indagações de relativização proposta por vias atípicas de desconstituição da coisa julgada inconstitucional.

Cabe ainda destacar que no âmbito do processo do trabalho, pode ser arguída em embargos à execução a inexigibilidade de título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF ou em aplicação ou interpretação consideradas incompatíveis com a Constituição de 1988 (artigo 884, § 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho).

4. INJUSTIÇA DAS DECISÕES JUDICIAIS

O núcleo do debate sobre o tema repousa-se na revisão de decisão judicial transitada em julgado depois de decorrido o lapso temporal de dois anos em situação de tutela jurisdicional injusta. É nesse ponto do tema em pesquisa que se analisa a coisa julgada injusta.

A injustiça das decisões decorre de situações estabilizadas em sentenças/acórdãos violadores de regras e princípios constitucionais, da moralidade e, sobretudo, dos valores da justiça. O sistema processual não pode radicalizar a autoridade absoluta da coisa julgada em detrimento da justiça, considerada pedra angular do Direito, só e tão apenas em homenagem a manutenção da intocabilidade da coisa julgada.

Defender a absolutização do manto rígido da coisa julgada é conferir legitimidade à sociedade que caminha para a estagnação formadora da antidemocracia e inidônea para sua auto-reflexão. A proteção eterna e desprovida de qualquer contemplação sistemática sobre os outros valores e

normas também presentes e relevantes no ordenamento jurídico em relação à coisa julgada contribui para a apatia política e jurídica.

Aldo Ferreira da Silva Jr. (2009, p. 76) propõe que no caso de colisão entre segurança jurídica e a justiça, deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade para fixar qual prevalecerá em relação à outra, em que pese a inexistência absoluta e isolada de cada uma sem a outra.

A não mitigação da autoridade absoluta desse instituto processual levará ao engessamento do Direito diante de seu afastamento da verdade real em razão da imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo de decisões injustas, somente porque já passaram em julgado. A mantença da intangibilidade da coisa julgada em *todas* as decisões judiciárias transitadas em julgado em favor da segurança jurídica, ainda que seja segurança jurídica injusta, levará o Direito Processual à involução.

A manutenção da injustiça feita por tutela jurisdicional em virtude da prevalência da segurança jurídica ofende a cidadania, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, insculpido no artigo 1º, inciso II, da Carta Política pátria, o que gera uma desarmonia em todo sistema normativo, uma vez que um comando sentencial emanado do próprio Estado provocaria uma autolesão.

A contemporânea Filosofia do Direito, que se encontra em processo de evolução desde meado do século XX a partir do renascimento do jusnaturalismo, das críticas ao positivismo absoluto e do surgimento do pós-positivismo, debate a necessidade de construção de novos estudos acerca da conveniência e da necessidade de concretização de uma via de mão dupla entre o Direito positivo e a deontologia diante das realidades sociais, do dinamismo do desenvolvimento material e imaterial da sociedade, das novas relações jurídicas e da crise de valores pelas quais passam as instituições públicas e privadas.

A partir desses novos estudos e reflexões críticas sobre a realidade social, política, econômica, cultural e jurídica, o Direito verifica que a teoria da justiça deve ser um de seus objetos vinculados e de extrema indispensabilidade na resolução das situações conflituais concretas levadas constantemente ao Estado-juiz.

A doutrina e os tribunais deparam-se diante das situações de investigação de paternidade com base em exame de DNA e laudo pericial em condenação indevida ou excessiva contra a Fazenda Pública em processo de indenização de ações de desapropriação, por exemplo. Também se tratam de hipóteses

que ensejam a desconsideração da autoridade da coisa julgada fora do rol de *numerus clausus* do artigo 485, do CPC.

4.1. AÇÕES DE ESTADO DA PESSOA: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

A situação exemplar mais discutida na doutrina em relação à possibilidade de revisão da sentença transitada em julgado depois de dois anos é a da ação de investigação de paternidade. Essa se trata de ação de estado, de natureza declaratória e de pretensão imprescritível.

A prova mais cabal hodiernamente utilizada para demonstrar as alegações do investigante[3] em processo de investigação de paternidade é o exame de DNA. Por meio dessa prova pericial, sabe-se se uma pessoa é ou não ascendente de outrem com probabilidade de 99,9999999%, o que significa uma certeza científica.

O exame de DNA tem tanta credibilidade em razão do elevado grau de confiabilidade e segurança transmitidas em seu resultado que vem se tornando cada vez mais a prova principal nas ações filiatórias. No Direito Comparado também já vem se solidificando essa tendência atual. Nesse sentido, em 1994, os argentinos Verruno et al., citados por Cristiano Chaves de Farias (apud DIDIER JR., 2004, p. 72), dizem o seguinte:

> O DNA nos faz quimicamente únicos! Com exceção dos gêmeos univitelinos, não existem duas pessoas iguais a nível de estrutura molecular, nem que sejam consanguíneos diretos! Esse fato é aceito, não só no âmbito médico (e científico), como em Cortes e Tribunais de Justiça de todo o mundo.

Por meio do surgimento e da evolução da técnica do teste de ADN (é a tradução portuguesa da sigla inglesa do DNA que significa Ácido Desoxirribonucleico), verifica-se a injustiça aplicada no desfecho de muitos

[3] Segundo Maria Berenice Dias (2009, p. 350-356), o autor da ação de investigação de paternidade é chamado de investigante, pois o suposto filho, havido fora do casamento e não reconhecido voluntariamente, necessita da prova do exame de DNA para demonstrar a sua relação jurídica com o suposto pai, que é denominado de investigado na demanda, não havendo esta necessidade de comprovação do filho havido na constância do matrimônio, tendo em vista que a filiação é presumida no teor do artigo 1597, do Código Civil.

processos de investigatória de parentalidade em razão da inexistência ou da imprecisão do exame de DNA quando este foi realizado ou mesmo pela hipossuficiência financeira das partes o fazerem.

É interessante destacar também que se constata flagrante injustiça aplicada aos processos de investigação de paternidade quando o exame de DNA é realizado *fraudulentamente* devido ao conluio secreto entre uma das partes e a clínica ou o hospital/laboratório responsável pela elaboração daquela prova, devendo tal situação ser objeto de rediscussão e rejulgamento, mesmo que já transcorrido o prazo de dois anos a contar do trânsito em julgado para a propositura de ação rescisória, tendo em vista a manifesta injustiça à dignidade da parte contrária e à dignidade da Justiça.

Contudo, em que pesem a robustez e a suficiência do exame de DNA, o mesmo não é prova única e exclusiva, não podendo ser menoscabados os outros meios probatórios legalmente previstos e moralmente legítimos.

O caso da injustiça em ação de investigatória de parentalidade é elucidado no seguinte exemplo: o investigante ajuíza demanda de investigação de paternidade quando o exame de DNA não existia, era ainda impreciso ou as partes não tinham condições financeiras de pagá-lo. Ainda que sem um acervo probatório suficiente que demonstrasse a realidade dos fatos, a pretensão autoral era julgada procedente ou improcedente. Assim, em inúmeros casos de procedência era imputada a alguém a paternidade sem que fosse o verdadeiro pai e vice-versa. Destarte, há aqueles casos de alguém assumir os ônus de ser pai sem ser, bem como aquelas hipóteses de alguém arcar a dor de se ver sem pai.

Ainda em conformidade com a situação hipotética acima ilustrada (embora bastante presente na sociedade), a partir de um exame de DNA contemporâneo, realizado depois do interstício de dois anos do trânsito em julgado da decisão, descobre-se que quem é pai, na verdade, não é, e quem não é pai, na realidade, é. São o pai e o filho e o não pai e o não filho da coisa julgada injusta. Questiona-se: será possível a rediscussão para o novo julgamento do conteúdo imutável e indiscutível da decisão meritória passada em julgado a mais de dois anos com fulcro nessa nova prova pericial?

Em razão da patente injustiça de inúmeros arestos nessa situação, a doutrina e a jurisprudência se encontram em um confronto delineado pela segurança jurídica da coisa julgada injusta e desfocada da realidade *versus* a justiça irrefutável do exame de DNA, revestido de certeza científica.

Aduz Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 31) que:

> Deve aplicar-se a todos os casos de ações de investigação de paternidade julgadas procedentes ou improcedentes antes do advento dos modernos testes imunológicos (HLA, DNA), porque do contrário a coisa julgada estaria privando alguém de ter como pai aquele que realmente o é, ou impondo a alguém um suposto filho que realmente não o é.

A tese da relativização da coisa julgada nas demandas investigatórias de parentalidade já foi recepcionada em arestos do STJ e do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, conforme ementas a seguir:

> Ação de investigação de paternidade com pedido de alimentos. Coisa julgada. Multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do CPC. A propositura de nova ação de investigação de paternidade, cumulada com pedido de alimentos, não viola a coisa julgada se, por ocasião do ajuizamento da primeira investigatória – cujo pedido foi julgado improcedente por insuficiência de provas –, o exame pelo método DNA não era disponível, tampouco havia notoriedade a seu respeito. A não exclusão expressa da paternidade do investigado na primitiva ação investigatória, ante a precariedade da prova e a insuficiência de indícios para a caracterização tanto da paternidade como da sua negativa, além da indisponibilidade, à época, de exame pericial com índices de probabilidade altamente confiáveis, impõe a viabilidade de nova inclusão das partes perante o Poder Judiciário para que seja tangível, efetivamente, o acesso à Justiça. Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade (Súmula 301/STJ). Recurso especial não conhecido (STJ, 3ª Turma, REsp – Recurso Especial 826.698/MS, Relatora Ministra Nancy Andrigui, data do julgamento 06.05.2008).

> PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REPETIÇÃO DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE

SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE POR FALTA DE PROVAS. COISA JULGADA. MITIGAÇÃO. DOUTRINA. PRECEDENTES. DIREITO DE FAMÍLIA. EVOLUÇÃO. RECURSO ACOLHIDO. I – Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido. II – Nos termos da orientação da Turma, "sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza" na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real. III – A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, "a coisa julgada existe como criação necessária à ruptura à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade". IV – Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum. (STJ, 4ª Turma, REsp – Recurso Especial 226436/PR, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, data do julgamento 28/06/2001).

> INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - DECISÃO ANTERIOR, TRANSITADA EM JULGADO, DANDO PELA IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO, POR FALTA DE PROVAS - ARGUIÇÃO DE COISA JULGADA - REJEIÇÃO. A ação de investigação de paternidade, porque uma ação de estado, é daquelas onde não se materializa a coisa julgada. A segurança jurídica cede a valores mais altos, seja de o filho saber quem é o pai, seja o de que os registros públicos devem espelhar a verdade real (TJMG, 1ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 000.247.666-1/00, Relator Desembargador Francisco Lopes de Albuquerque, data do julgamento do Acórdão 14.05.2002).

O tema em discussão é de tamanha polêmica que o próprio Egrégio TJMG, posteriormente à prolação de sua decisão supratranscrita, negou provimento a recurso interposto sob a arguição da relativização da coisa julgada, conforme ementa abaixo:

> AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C ANULATÓRIA DO REGISTRO POR ERRO OU FALSIDADE. EXAME DE DNA POSTERIOR AO JULGAMENTO DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. DECISÃO DE MÉRITO. RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE FUNDAMENTADA EM PROVAS APRESENTADAS PELAS PARTES. ARGUIÇÃO DA RELATIVIZAÇÃO DO INSTITUTO DA COISA JULGADA MATERIAL. REJEIÇÃO. 1. Existindo anterior ação em que se proclamou a paternidade, não se permite que se restaure a lide através de outra ação, já agora negatória de paternidade, onde o pretenso pai demonstra o erro da DECISÃO ANTERIOR que julgou procedente a ação de INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE fundamentada em provas apresentadas pelas partes, sendo que à época poderia ter se realizado o exame de DNA. 2. Não se aplica aqui a tendência jurisprudencial de abrandar os efeitos

> da coisa julgada, para vê nas ações desta natureza tão-somente a ocorrência de coisa julgada formal, afastando-se a coisa julgada material. Tal somente será possível se o julgamento de improcedência das ações tece como fundamento a insuficiência de prova da alegada paternidade. 3. A desconstituição de ato sentencial, transitado em julgado, com fundamento em novas provas, somente será possível pelo manejo da ação rescisória (TJMG, 8ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0000.00.349512-4/000, Relator Desembargador Fernando Bráulio, data do julgamento 23/09/2004).

Nessa esteira, o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe também negou provimento à apelação sob a alegação do tema em comento:

> Civil Processual Civil - Ação negatória de paternidade - Relativização da coisa julgada - Inviabilidade - Carência de ação - Inadequação da via eleita - Arguição ex officio. I - Considerando a atual controvérsia doutrinária acerca da chamada relativização da coisa julgada material, mormente, no que tange ao conflito entre a segurança jurídica e a justiça das decisões, é forçoso reconhecer a inconveniência da possibilidade de revisão atípica dos julgados por critérios abertos de justiça, o que importaria não apenas em uma flexibilização da coisa julgada, mas sim na própria desconsideração desta garantia, colocando em risco a própria operacionalização do sistema; II - A partir de uma interpretação sistemática que considere as condições da ação e ajustando-se à própria teleologia do instrumento rescisório, impende reconhecer que também para as situações em que se discute relações de filiação, o próprio direito positivo brasileiro oferece solução adequada, não havendo a necessidade de uma maior flexibilização da coisa julgada com base nos critérios utilizados pelos seus propugnadores; III - In casu, não se pode admitir a presente postulação que, de forma transversa ou oblíqua, visa atingir decisão judicial já transitada em julgado, sem se utilizar das vias adequadas para tanto. Resta, assim,

> manifestamente evidenciada a carência da presente ação negatória de paternidade, ante a inadequação da via eleita, não servindo a mesma como supedâneo de ação rescisória; IV - Recurso conhecido e desprovido, reconhecendo-se, ex officio, a carência de ação, por inadequação da via eleita (TJSE, Vara de Assistência Judiciária de São Cristóvão, Apelação Cível nº 4557/2009, Relatora Desembargadora Marilza Maynard Salgado de Carvalho, data de julgamento 07/12/2009).

A relativização da coisa julgada nas ações investigatórias de paternidade baseadas em *erro in judicando* prima reconhecimento do liame parental e do estado de filiação, direitos baseados nos princípios da dignidade da pessoa humana, solidariedade e afetividade. Parece ser muito mais razoável, proporcional, justo e necessário prevalecer a verdade real do conhecimento da origem genética do que eternizar a segurança jurídica e desrespeitar a paz individual de quem tem tolhido seu direito personalíssimo de conhecer sua origem biológica.

Elpídio Donizetti (2009, p. 421) tece compreensão em sede de conclusão que a teoria da relativização da coisa julgada deve ser recepcionada diante de todas as investigações de paternidade cujas pretensões foram julgadas antes da realização dos atuais exames de DNA e HLA, ainda que esgotado o prazo decadencial para a ação rescisória.

Nesse mesmo viés, Cristiano Chaves de Farias (apud DIDIER JR., 2004, p. 77) também discorre que "não faz coisa julgada material a decisão judicial em ações filiatórias nas quais não se produziu a pesquisa genética adequada, seja por que motivo for".

Seguindo os doutrinadores citados acima, Misael Montenegro Filho (2008, p. 567) registra defesa à tese relativizadora nas situações de injustiça em investigação de paternidade, ainda que acobertada pela coisa julgada soberana.

A desconsideração da coisa julgada na ação de investigação de paternidade é questão de exigência da busca pela verdade real, e não a determinação da verdade formal ou presumida. A verdade real contribuirá como uma das ferramentas utilizadas pelo Estado-Jurisdição na concretização da paz social, da própria estabilidade das relações jurídico-sociais e da efetividade dos direitos e garantias fundamentais, e no atendimento dos fins sociais e

das instâncias do bem comum.

O reconhecimento do vínculo parental e a efetividade de outros direitos, principalmente de qualidade material (pensão alimentícia, direitos sucessórios etc), que desdobram daquele quando sopesados com a intangibilidade absoluta do caso julgado, que impõe apenas verdade formal ou presumida, percebe-se que há uma colisão de realidades jurídicas, de um lado, a segurança jurídica a favor de estabilidade, ainda que à custa de perpetuação de injustiça, e do outro, a dignidade da pessoa humana. O sopesamento desses princípios pugna pela consagração do fundamento da Republica Federativa do Brasil.

A teoria flexibilizadora da coisa julgada adotada para as situações de injustiça das decisões judiciais manifestada em processo de investigação de paternidade em homenagem à pessoa humana, devido à declaração de existência ou inexistência de parentesco biológico, relaciona-se com o novo modelo de Direito de Família desenvolvido ao longo das inúmeras mudanças na legislação atinente a este ramo do Direito Privado, que visam à despatrimonialização do Direito de Família rumo à personalização do mesmo. Trata-se de uma nova perspectiva que objetiva compreender a pessoa humana inserida como centro dentro do agrupamento familiar, titular do reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais a conhecer sua origem genética (direito de caráter personalíssimo), perfilhação[4], convivência familiar e manutenção de relação parental com outrem, que são seus ascendentes, descendentes e afins.

O atual Direito de Família rompe o velho, patrimonialista e individualista paradigma de filiação do Código Civil de 1916, sendo tuteladas todas as relações entre pais e filhos, sejam biológicas, civis ou socioafetivas[5] pela atual ordem constitucional que irradia para todo o Direito Infraconstitucional a sua suprema intenção. Dessa forma, a condição jurídica de pai, mãe e filho pode e deve ser investigada, independentemente de haver ou não coisa julgada material, a fim de atender o contemporâneo tratamento filiatório previsto pela Constituição de 1988, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana e na elevação do desenvolvimento da personalidade humana.

[4] Segundo Deocleciano Torrieri Guimarães (2006, p. 439), perfilhação é reconhecimento voluntário, por parte do pai ou da mãe, ou por ambos, de filiação havida fora do casamento (receber como filho).
[5] Conforme Maria Berenice Dias (2009, p. 338), relações entre pais e filhos socioafetivas são vínculos de parentalidade decorrentes da afetividade, ainda que desligados da verdade biológica.

Portanto, a demanda investigatória de relação parental pode ser proposta a qualquer tempo, independentemente de haver ou não decisão transitada em julgado, por todo aquele que objetiva regularizar a condição jurídica de pai, mãe e filho por meio do reconhecimento amplo e ilimitado de sua identidade biológica.

Cristiano Chaves de Farias (apud DIDIER JR., 2004, p. 70) entende que as ações relativas à filiação são absolutas, imprescritíveis, intransigíveis, plenas e de interesse público, pois estão voltadas para a promoção da dignidade da pessoa humana, devendo se submeterem a um sistema de coisa julgada diferenciado, específico para as situações de injustiça das decisões nos processos investigatórios de filiação.

O rigorismo formal da imutabilidade e da indiscutibilidade absolutas da coisa julgada não pode justificar o embaraço ao exercício daqueles direitos e agredir o jurisdicionado enquadrado naqueles exemplos elucidados acima de injustiça na investigação de paternidade somente porque uma decisão judicial abusiva validou uma verdade que não existe, que é a verdade formal ou presumida. Seria um absurdo a legitimidade de ultraje a direitos indisponíveis em virtude de enaltecimento de segurança jurídica injusta e destruidora da personalidade humana.

A flexibilização da coisa julgada nas demandas atinentes à filiação coaduna-se com uma das novas facetas do Direito de Família contemporâneo em plena evolução, pois como indica Flávio Tartuce (2007, p. 2) há uma forte tendência de personalização do Direito Privado em detrimento de sua despatrimonialização, ou seja, a pessoa nas relações privadas, inclusive as de filiação, vale mais do que patrimônio.

Esse novel rumo desse ramo do Direito reflete o dinamismo do desenvolvimento material e imaterial da sociedade, que se irradia em todas as matérias que interessam ao Direito, sobretudo às que se relacionam com direitos fundamentais do jaez dos direitos indisponíveis da filiação.

Nessa direção, reconhece-se que o Direito constrói-se por meio dos novos fatos da vida suscitados ao longo da evolução da sociedade, moldando-se e transformando-se a partir das contribuições econômicas, políticas, técnico-científicas e culturais, sob pena de inércia perigosa para a própria manutenção da ordem, segurança e paz sociais.

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2007, p. 328) analisam que a coisa julgada em ações

dessa natureza guia-se pelo princípio *rebus sic statibus*[6] quando houver superveniência de fato novo, o juiz, na nova decisão, não altera o julgado anterior, mas adapta-o à nova realidade.

Aldo Ferreira da Silva Jr. (2009, p. 85) refuta a compreensão acima referida, posto que a nova decisão judicial desconstitui a coisa julgada anterior, substituindo a verdade formal pela verdade real, esta demonstrada pelo fato novo superveniente.

Com todas as vênias a Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, porém a opinião do autor referido acima parece ser a mais coerente e adequada, visto que no acolhimento da verdade real, por nova decisão, em virtude da superveniência de fato novo, a coisa julgada anterior é flexibilizada e o princípio da segurança jurídica, no sopesamento de valores, é desconsiderado em favor do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito humano fundamental de conhecimento da origem biológica, maternal ou paternal.

Luiz Guilherme Marinoni (2008, [n.p.]) sugere para esses casos de injustiça nas investigações de paternidade que "seria correto concluir que a sentença da ação de investigação de paternidade somente pode ser rescindida a partir de prazo contado da ciência da parte vencida sobre a existência do exame de DNA".

Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia de Medina (apud DIDIER JR., 2004, p. 243-244) advogam que o exame de DNA novo é equiparável a documento novo, sendo admissível a ação rescisória com fundamento nesta prova, desde que este exame pericial novo declare, ateste ou reproduza um fato, não devendo ser feita interpretação literal do artigo 485, VII, do CPC.

As ações de investigação de paternidade e de maternidade devem se submeter ao novo regime probatório instituído pela revolução técnico-científica do exame de DNA que garante uma certeza científica quase absoluta sobre a ascendência e descendência, em razão de sua precisão, segurança e confiabilidade, pois demandas desta natureza não podem trazer resultados falsos e gerar coisa julgada mentirosa, inverídica ou qualquer outro vocábulo que adjetive a coisa julgada incompatível com a verdade real e a teoria da eficácia dos direitos fundamentais. Desse modo, a coisa julgada

[6] Segundo Deocleciano Torrieri Guimarães (2006, p. 471), *rebus sic statibus* é uma expressão latina que significa enquanto as coisas ficarem no estado em que estão.

nas ações de investigação de parentalidade deve ser sedimentada *secundum eventum probationis* (a depender do resultado da produção de provas), do mesmo modo da coisa julgada das demandas coletivas dispostas no artigo 103, do Código de Defesa do Consumidor. Assim, também compreendem Cristiano Chaves de Farias (apud DIDIER JR., 2004, p. 81-83), e Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia de Medina (apud DIDIER JR., 2004, p. 240).

Adriana Ribeiro Pavarina (2005, p. 69) também tem opinião semelhante:

> Seria possível advogar pela existência, nestes casos, de particularizada espécie de coisa julgada denominada pela doutrina de coisa julgada *secundum eventus litis,* nos mesmos moldes em que é aplicada nas ações coletivas (art. 16 da Lei nº 7347/85; art. 103 da Lei 8078/90).

No sentido ainda de sugestão à discussão sobre a desconsideração da coisa julgada na investigação de paternidade, Bartolomeu Bastos Acioli Lins Filho (2003, [n.p.]) entende que a ação de *querela nullitatis* seria o meio adequado na situação de inexistência de erro procedimental no curso do processo. Esse mesmo autor, em defesa do tema em estudo, diz que:

> A ação de investigação de paternidade não tem natureza patrimonial, mas, sim, é uma ação de estado, que envolve direitos indisponíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis. Não se trata, aqui, de discussão de uma dívida que já foi paga ou de uma partilha realizada injustamente. Trata-se de um direito de filiação. Em se mantendo a decisão que é, à vista de todos, manifestamente injusta, aí, sim, estar-se-á diminuindo a credibilidade dos Poderes Judiciário e Legislativo frente à sociedade.

Denota-se que a aplicação da teoria desconsideracionista da coisa julgada soberana nas hipóteses de injustiça nas ações de averiguação de relação parental biológica justifica que estas situações sejam objetos de uma sistematização distinta do tratamento tradicional que é conferido pela legislação positiva à coisa julgada material como dogma absoluto. Essas demandas devem ser examinadas sob o prisma de um novo tratamento acerca

da coisa julgada, específico para considerar os direitos materiais, sob o título de indisponíveis em razão do princípio da dignidade da pessoa humana em jogo (princípio geral do Direito e norteador do novo Direito de Família).

A necessidade de novo tratamento relativo à coisa julgada material apóia-se também que não se pode admitir que as normas do CPC atual, vigente desde 1973 (ainda que tenha sofrido inúmeras reformas) não condiz totalmente com a realidade da ordem jurídica e da sociedade contemporâneas. O CPC foi editado de acordo com as realidades daquela época, atendendo naquele momento às situações conflituais originadas do seio social, entre estas, as de investigação de paternidade de investigante havido fora do casamento, sendo esta hipótese específica um fato não aceito socialmente e que o Direito não o tratava com a devida proteção aos direitos fundamentais envolvidos.

Assim, também concluem Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia de Medina (apud DIDIER JR., 2004, p. 240) ao afirmarem que deve ser determinado um *microssistema diferenciado* que tutele direitos indisponíveis, pois o sistema vigente, devido à sua origem, tutela mais adequadamente direitos patrimoniais.

Ressalta-se também que em 1973 e até pouco tempo atrás a consciência processual era a de que o magistrado tinha a função de provocar o impulso do processo, conforme artigo 262, do *Codex* processual (princípio do impulso oficial), não se envolvendo ativamente para o resultado da lide. Atualmente a consciência é outra, uma vez que, não obstante ainda serem plenamente vigentes os artigos 134 e 135, do CPC, respectivamente, o princípio da imparcialidade subjetiva e o princípio da imparcialidade objetiva, o processo civil dos dias de hoje impõe a participação do juiz mais ampla e efetiva na instrução mediante o reconhecimento de poderes hermenêuticos e instrutórios, para que o Estado realize com responsabilidade social a prestação jurisdicional justa através da via processual.

Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias (apud DIDIER JR., 2004, p. 74) leciona que inexiste óbice inconveniente ou incompatível na participação mais ativa e efetiva do magistrado na produção de prova, a fim de que a prestação da tutela jurisdicional seja justa, eficaz e correta para a resolução do litígio. Assim, como assevera José Cretella Neto (2002, p. 232), "a face visível do Estado no processo é o juiz, *agente* daquele e *condutor* deste".

Ademais, esse diploma normativo foi promulgado em uma era individualista e seguidora do revogado Código Civil de 1916, distinta em

vários aspectos do período derivado da Carta Constitucional de 1988, que prima pelos ideais de fraternidade, solidariedade, máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais e supremacia da Constituição.

4.2. PROCESSO DE INDENIZAÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO PAUTADA EM LAUDO PERICIAL FRAUDULENTO OU ILEGAL

Outra hipótese de possibilidade de revisão de caso julgado é aquela suscitada nos processos em que a Fazenda Pública sucumbente é condenada a pagar *quantum debeatur* indevido ou excessivo em virtude de laudo pericial em discordância da realidade, devido à incompatibilidade entre o valor real da área expropriada e a indenização determinada, em processo de indenização de ação de desapropriação.

Nesses casos, decisões de mérito fundamentadas em prova pericial discordantes da realidade impõem condenação imoral, ilegal e inconstitucional à Fazenda Pública, obrigando-a a pagar quantias ofensoras ao erário, o que fundamenta a desconstituição da coisa julgada devido à preservação dos princípios da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, legalidade e moralidade ao invés da preservação da segurança jurídica.

Nessa situação, o princípio da justa indenização, agasalhado na garantia constitucional do justo valor do *quantum debeatur*, é obstaculizado no reexame de decisões passadas em julgado que impõem obrigação de pagar quantia destruidora dos cofres públicos.

Nesse caminho, Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 33) alega que o *preço justo* como garantia constitucional resguarda o Estado contra indenizações excessivas e indevidas, entendendo o adjetivo *justo* como conceito bilateral, tendo em vista que algo não pode ser *justo* para um sujeito sem sê-lo para outrem.

Cabe invocar o exemplo da flexibilização da coisa julgada, por três votos contra dois, no julgamento do Recurso Especial nº 240.712/SP pelo Ministro Relator da Primeira Turma do STJ José Augusto Delgado, em que o Estado de São Paulo havia sido sucumbente em processo de desapropriação indireta, ocasião em que se estabeleceu um acordo do parcelamento da dívida com os credores. Após pagas algumas parcelas, a Fazenda Pública Paulista ajuizou uma ação declaratória de nulidade de ato jurídico cumulada com repetição de indébito, sob a justificativa de que houvera erro na decisão anterior, causado pela prova pericial, pois a área supostamente apossada pelo

Estado, na verdade, já lhe pertencia. Nesse caso concreto, o supramencionado Ministro manteve a decisão de primeira instância.

Trata-se de questões de arguição do princípio da moralidade, previsto expressamente no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, ajustando-se à nova perspectiva acerca dos fundamentos morais que regem a ordem jurídica. A Fazenda Pública não pode ser condenada a pagar duplamente a indenização pelo mesmo imóvel. Se já foi cumprida uma das obrigações de indenizar a expropriação, não pode ser imposta outra condenação pela mesma dívida, pois se configuraria *bis in idem*. Deve-se buscar a integridade, a imparcialidade e a impessoalidade do erário nas ações dessa natureza, uma vez que um laudo pericial falso, fraudulento ou ilegal pode acarretar lesão à coletividade, decorrente de pagamento indevido e enriquecimento sem causa do expropriado.

Na lição de Aldo Ferreira da Silva Jr. (2009, p. 88-89), deve ser feita uma distinção entre a hipótese de existência de supervalorização do imóvel expropriado ou mesmo a presença de fraude processual e a hipótese de desinteresse do Estado em cumprir a sua obrigação de indenizar o expropriado.

No segundo caso, esse doutrinador entende que a sentença está acobertada pela coisa julgada, pois a eventual atualização e correção do valor do débito terá que ser feita, e não mais sobre o valor do imóvel, tendo em vista que não é dado o direito ao Estado de alegar a sua própria torpeza pelo seu inadimplemento.

Ao que parece esse entendimento é justo, coerente e legal, pois a mora no cumprimento da sentença implica a atualização do dinheiro a ser recebido pelo expropriado, não podendo este ser prejudicado em razão da letargia estatal em suas despesas. Entendimento contrário é permitir que o particular fique no prejuízo e à mercê da boa vontade arbitrária de Leviatã.

Cabe transcrever a decisão do STJ que não reconhece o ajuizamento de ação declaratória de nulidade de ato jurídico como um dos meios adequados à eventual desconstituição da coisa julgada para permitir nova discussão acerca da incidência de juros compensatórios em sede de desapropriação, sob o argumento de que a incidência dos referidos juros contraria o princípio constitucional da justa indenização. Essa decisão preservou a autoridade da coisa julgada:

> É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não viola o art. 535 do CPC,

tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia. 2. Segundo a teoria da relativização da coisa julgada, haverá situações em que a própria sentença, por conter vícios insanáveis, será considerada inexistente juridicamente. Se a sentença sequer existe no mundo jurídico, não poderá ser reconhecida como tal, e, por esse motivo, nunca transitará em julgado. 3. No julgamento do REsp 710.599/SP, a Primeira Turma desta Corte, acompanhando o voto proposto por esta Relatora, concluiu que o ajuizamento de ação declaratória de nulidade de ato jurídico é um dos meios adequados à eventual desconstituição da coisa julgada. 4. Entende-se, no entanto, que o referido instituto não pode ser vulgarizado, a ponto de se permitir nova discussão acerca da incidência de juros compensatórios em sede de desapropriação, como vem fazendo, reiteradamente, o Município de Santo André/SP, com base na alegação de que a incidência dos referidos juros contraria o princípio da justa indenização, na medida em que a própria Corte Suprema mantém íntegra a aplicação da Súmula 618/STF, que assim dispõe: "Na desapropriação, direta ou indireta, a taxa dos juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano." 5. Com efeito, os juros compensatórios — que remuneram o capital que o expropriado deixou de receber desde a perda da posse, e não os possíveis lucros que deixou de auferir com a utilização econômica do bem expropriado — são devidos nas desapropriações a partir da imissão provisória e antecipada na posse do bem expropriado, independentemente de ser o imóvel improdutivo. Vale dizer, os juros compensatórios não se confundem com os lucros cessantes. 6. Registra-se, por oportuno, para evitar maiores discussões, que a pretensão da recorrente consiste na exclusão dos juros compensatórios cuja incidência fora determinada por sentença transitada em julgado. Não se trata, aqui,

de impedir a incidência dos referidos juros, de modo continuado, das contas destinadas a pagamentos de precatórios sujeitos à moratória prevista nos arts. 33 e 78 do ADCT. 7. Quando se trata da incidência de juros moratórios e compensatórios em cálculo de execução de sentença, é preciso fazer a distinção entre os juros cuja incidência fora determinada no título executivo judicial — os quais, efetivamente, devem integrar o cálculo inicial destinado à expedição do primeiro precatório — daqueles que, por absoluta impropriedade técnica, são incluídos de modo continuado nas contas relativas a precatórios submetidos à moratória prevista nos arts. 33 e 78 do ADCT. 8. Na primeira hipótese, a incidência dos juros constitui questão jurídica, acobertada, inclusive, pela coisa julgada formada no título judicial exequendo, que não pode ser modificada, senão pela via da ação rescisória. 9. Assim, ainda que utilizando de pouca técnica e antecipando o mérito da controvérsia, que somente seria discutido depois do eventual recebimento da petição inicial, entende-se que devem ser preservados os princípios da efetividade do processo, da segurança jurídica e da economia processual. 10. A preservação da coisa julgada constitui garantia fundamental consagrada no art. 5º, XXXVI, da CF/88, de modo que a sua relativização, mesmo para aqueles que defendem a aplicação do referido instituto em nosso ordenamento jurídico, só pode ser permitida em hipóteses absolutamente excepcionais, o que não é o caso dos autos. 11. Não é possível excluir a multa aplicada por litigância de má-fé, pois tal providência envolve o reexame do contexto fático-probatório dos autos, inviável em sede de recurso especial, conforme o disposto na Súmula 7/STJ. 12. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (STJ, 1ª Turma, REsp – Recurso Especial 1048586/SP 2008/0080143-0, Relatora Ministra Denise Arruda, data de julgamento 04/06/2009).

Em sede de juros compensatórios a favor do expropriado desde a perda

da posse do bem para o Poder Público, aplicam-se a Súmula 618, do STF, que tem a redação de "Na desapropriação, direta ou indireta, a taxa dos juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano" (ANGHER, 2010, p. 1934), e a Súmula 408, do STJ, a qual prevê que "Nas ações de desapropriação, os juros compensatórios incidentes após a Medida Provisória nº 1.577, de 11-6-1997, devem ser fixados em 6% ao ano até 13-9-2001 e, a partir de então, em 12% ao ano, na forma da Súmula 618 do Supremo Tribunal Federal" (ANGHER, 2010, p. 1949).

Todavia, em relação ao primeiro caso, o supramencionado autor lembra que o ordenamento jurídico fornece meios fiscalizatórios e protecionistas para combater estas situações, por meio do Procurador da Fazenda Pública, do Ministério Público, dos peritos judiciais, dos auxiliares da justiça, do magistrado, do reexame obrigatório do artigo 475, do CPC e da ação rescisória, do CPC.

Em que pesem os argumentos acima, parece mais justo, razoável e constitucional desconstituir a coisa julgada a fim de combater o locupletamento sem causa à custa de verba pública e sob agravo ao interesse público, ainda que o sistema jurídico possua todas as ferramentas referidas acima para fiscalização e proteção ao erário. A justiça e a verdade real sempre devem ser buscadas para salvaguardar a garantia constitucional da justa indenização disposto no artigo 5º, XXIV, proteger o direito de propriedade, defender o patrimônio material público (dinheiro público) e observar a razoabilidade e a proporcionalidade.

Nelson Nery Jr. (apud DIDIER JR., 2004, p. 208) alega que fora do rol do artigo 485, do CPC, a decisão de mérito de desapropriação transitada em julgado não pode ser rescindida sob o argumento de injustiça e de previsão constitucional da justa indenização na desapropriação, pois caso seja possível posteriormente o afastamento da intangibilidade da coisa julgada, instalar-se-ia o totalitarismo, violentar-se-ia o Estado Democrático de Direito e tornar-se-ia insustentável o sistema constitucional.

Com todas as licenças, a lição acima citada não parece adequada à especificidade dessas situações em comento, haja vista que nos feitos indenizatórios de desapropriação arrimados em laudo pericial inverídico, fraudulento ou ilegal, o princípio da segurança jurídica vai de encontro ao da moralidade pública, devendo este último prevalecer, mitigando a coisa julgada injusta e sublimando-se os princípios da moralidade pública e da razoabilidade nas obrigações assumidas pelo Estado em sacrifício do

princípio da segurança jurídica, sob pena de grave impacto ao erário, e consequentemente, contra o povo.

Salienta-se que a moralidade administrativa, conforme Manoel Jorge e Silva Neto (2009, p. 458), é a honestidade e a probidade, que sejam relacionadas com as regras comuns sociais de moralidade, observadas pelo administrador e também pelo particular que eventualmente se relaciona com a Administração.

Completando a lição exposta acima, haverá sempre ofensa ao princípio da moralidade administrativa ou pública quando houver inobservância à legalidade, à ideia de honestidade e à justiça da indenização prevista constitucionalmente nos processos de desapropriação.

É importante destacar que a justa indenização é princípio de mão dupla, pois não pode ser aplicado somente nas situações de condenação contra o Estado para pagar indenizações indevidas ou excessivas em virtude de laudo pericial contrário à realidade, mas, igualmente, pode o particular invocá-lo para rediscutir, rejulgar e relativizar decisão judicial transitada em julgado que impôs indenização aquém do real valor do imóvel, configurando enriquecimento ilícito para a Fazenda Pública e empobrecimento sem causa para o particular.

Frisa-se que no caso de fraude processual há no ordenamento jurídico instrumentos de responsabilização administrativa, civil e criminal em face dos envolvidos nos atos ilícitos, sem prejuízo da cabível ação regressiva da Fazenda Pública em desfavor daqueles.

5. FUNDAMENTOS PRINCIPIOLÓGICOS DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

Aldo Ferreira da Silva Jr. (2009, p. 64) afirma que o ordenamento jurídico é formado por regras e princípios positivados ou não, expressos ou implícitos, estando no ápice da pirâmide normativa regras e princípios constitucionais, os quais gozam de prevalência axiológica.

Em defesa da relativização da coisa julgada, a corrente progressista apresenta sua tese a partir de três princípios: proporcionalidade, legalidade e instrumentalidade.

Proporcionalidade traz a ideia de adequação, prudência, adaptação e ligação. Juridicamente, a proporcionalidade pode ser compreendida como limite ao excesso e à falta de limite e justa medida.

O princípio da proporcionalidade influenciou o Direito Administrativo a fim de compatibilizar meios e fins, prevenir abusividades e ilegalidades, fiscalizar as arbitrariedades estatais e limitar a discricionariedade do poder de polícia[7] da Administração Pública.

É de bom alvitre ressaltar que como discorre Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1990 apud MEIRELLES, 2007, p. 93) a noção de proporcionalidade é distinta da de razoabilidade, pois esta é uma relação pertinente entre a finalidade e os padrões de oportunidade e conveniência.

Depois do nascimento do Estado Democrático de Direito com a Constituição Federal de 1988, a proporcionalidade deixa de ser somente um princípio que controla o Poder Executivo no exercício de suas funções, tornando-se um princípio constitucional além do campo do Direito Administrativo.

O Estado de Direito objetiva cumprir a lei que editou, e a lei se válida de acordo com a Constituição, segundo a hermenêutica pós-moderna, servindo o princípio da proporcionalidade como guia de orientação para o Direito Constitucional e o Direito Infraconstitucional no reconhecimento e na garantia eficaz dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo e da coletividade e no controle de constitucionalidade de todo e qualquer ato estatal.

Adriana Ribeiro Pavarina (2005, p. 44) constata que o princípio ora estudado encerra duas dimensões, uma em forma de vedação ao arbítrio estatal; e a outra, em uma via de concretização dos direitos, interesses e garantias constitucionais.

Nesse diapasão, a proporcionalidade impõe ao Estado um dever de não fazer atos arbitrários, ilegais, inconstitucionais e injustos. Também o mesmo princípio determina a obrigação positiva de criar e implementar medidas que visem à máxima eficacidade dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo e da coletividade e à realização de todos os fins públicos constitucionais.

A relativização da coisa julgada apoiada no princípio da proporcionalidade preconiza que este instituto processual, ainda que salvaguardado pela Constituição, não pode se sobrepor a outros bens/direitos/valores tão ou mais relevantes do que a segurança jurídica. Nas situações, desse modo, de

[7] Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p. 104) conceitua poder de polícia, nos termos adotados no Direito brasileiro, como atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.

colisão entre princípios, a segurança jurídica, núcleo/fundamento da coisa julgada, não deve ser observada em defesa de outro bem/direito/valor mais superior, o que será determinado de acordo com o caso concreto.

O princípio da proporcionalidade servirá de orientação ao Estado-Jurisdição diante da apreciação de pretensão de desconstituição de coisa julgada, posto que, em virtude da ponderação de valores, saber-se-á que a segurança jurídica em certo caso prevalece e o outro valor em confronto, não, e vice-versa. Trata-se de mensuração no choque entre dois princípios aparentemente colidentes durante a apreciação do caso concreto pelo Judiciário.

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2007, p. 328) afirmam que seria possível, em processo próprio, a fim de que prevaleça outro bem/valor/direito constitucionalmente tutelado, de índole material, a flexibilização da coisa julgada por meio do princípio constitucional da proporcionalidade:

> O princípio constitucional da proporcionalidade (ou razoabilidade), acolhido em diversos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, obedece a parâmetros estritos, delineados pela teoria constitucional, de modo a evitar o excessivo subjetivismo do juiz. São eles: a) a adequação entre meios e fins visados; b) a proporcionalidade estrita, entendida como aferição e balanceamento dos valores em jogo; c) o menor sacrifício possível ao bem considerado menos importante.

O princípio da proporcionalidade, doutrinariamente, é subdivido em três subprincípios: adequação, necessidade e ponderação.

Eduardo Talamini (2005 apud WAMBIER et al., 2007, p. 528) conclui que a adoção desses parâmetros dos subprincípios para a quebra da autoridade da coisa julgada implica a produção de solução mais correta, a identificação dos princípios/valores envolvidos, considerando seu peso no caso concreto, e a comparação dos resultados em caso de relativização ou não da coisa julgada, considerando também possíveis soluções parciais.

Aldo Ferreira da Silva Jr. (2009, p. 67) argumenta que a proporcionalidade está submissa às circunstâncias fáticas e aos valores constitucionalmente

envolvidos do caso concreto.

A proporcionalidade apresenta-se como base principiológica da tese desconsideracionista, em situações excepcionais já elencadas acima e sob diversos fundamentos que autorizam o rompimento do dogma absoluto da coisa julgada, devendo ser *mandado de otimização* que mostre a solução ótima diante da apreciação da relativização deste instituto processual.

No tocante ao princípio da legalidade este prima pela observância da lei por todos os Poderes do Estado, ou melhor, ainda, funções (o Poder é uno e indivisível), visto que a lei como produto da atividade estatal deve ser aplicada pelo seu próprio criador, tendo em vista que no Estado de Direito o próprio Estado se sujeita às próprias leis que editou.

O Judiciário tem o poder-dever de proferir sentença nos termos e limites legais, uma vez que a lei, fruto da racionalidade do Direito, efetiva-se como garantia do cidadão diante das arbitrariedades e abusos dos poderes estatais.

O princípio da instrumentalidade visa ao julgamento concatenado pelos ideais de justiça e pela busca da verdade real. Esta última não pode ser mirada apenas no processo penal, todavia, igualmente, no processo civil, pois o acesso à justiça exige para sua plenitude a busca pela materialização da verdade no processo e para toda a sociedade, mesmo que os efeitos de suas decisões, em regra, valham apenas para as partes.

José Cretella Neto (2002, p. 231) garante que o princípio da instrumentalidade, também conhecido como princípio da instrumentalidade das formas ou do processo, determina que o processo seja considerado sob o prisma teleológico de dirigir a administração da Justiça.

Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (apud DIDIER JR., 2004, p. 231) afirmam que hoje há uma consciência mais nítida da função instrumental do processo, sendo inaceitável que haja mais uma distância entre a realidade real e a realidade criada pelo processo.

Nesse diapasão, o processo deve ser instrumento de adequação do direito à realidade da vida e aos valores da justiça, e de colaboração para a eficácia jurídico-social da Constituição.

Destarte, os princípios da proporcionalidade, legalidade e instrumentalidade, bem como qualquer outro princípio que venha a ser invocado na rediscussão e no rejulgamento de decisão passada em julgado, funcionam como grandes e importantes nortes do sistema jurídico, idôneos

a conduzir o julgador a tomar a decisão ótima, legal, constitucional e justa diante do choque entre segurança jurídica *versus* justiça e/ou qualquer outro fundamento propício a relativização da coisa julgada.

6. TESE CONTRÁRIA À RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

Há uma corrente que aduz que a aplicação da Teoria da Justiça como fundamento da revisão da coisa julgada orienta-se por critérios subjetivos, tendo em vista que o conceito de justiça varia no tempo e no espaço, o que pode ofender a ordem pública, as leis e a Constituição em detrimento de todo um ordenamento jurídico sustentado por normas que visam à pacificação social e à estabilidade das relações jurídicas. Essa crítica ainda refere-se à ausência de amparo nas razões definidas pela mais contemporânea Filosofia do Direito, onde a tese da desconsideração da coisa julgada deveria valer-se, o que não ocorre, arrimando-se em juízos pessoais e de senso comum.

A tese contrária ainda razoa que a garantia constitucional da coisa julgada não é dirigida apenas para o legislador, carecendo o mesmo de poderes para alterar por via legal caso julgado assentado em decisão judicial irrecorrível, contudo também para os órgãos judiciários, os quais não podem mais prestar tutela jurisdicional sobre o mesmo caso, bem como para o Poder Executivo, as partes e a sociedade.

Na lição de Cassio Scarpinella Bueno (2007, p. 403), a crítica à relativização da coisa julgada não pode ser descartada ou ignorada, sob pena de possível desestruturação do sistema de segurança jurídica. Nesse sentir, assim se posiciona:

> O tema não permite enfrentamento que descarte a busca do ponto de *equilíbrio* do sistema justamente porque se trata, em última análise, de conflito explícito entre valores constitucionais igualmente protegidos pela ordem jurídica. Assim, é importante ter presente a crítica à tese se não para guiar uma radical transformação do direito legislado com a criação de *outros* mecanismos de controle da coisa julgada, mais flexíveis que aqueles mencionados no número anterior, para, ao menos, nortear que a aplicação da tese aos casos concretos, independentemente de modificação legislativa, seja feita com bastante

> parcimônia para evitar a desestruturação do sistema jurídico e a instalação de insegurança jurídica.

Marco Antonio Corrêa Monteiro (2008, [n.p.]), adversariamente aos critérios subjetivos acerca da justiça como fulcro da desconsideração da coisa julgada, aduz que:

> Caso seja admitida a desconstituição da coisa julgada em razão de um critério por demais subjetivo – a injustiça das decisões –, corre-se o risco de perpetuação da discussão dessas decisões, pois elas sempre serão "injustas" para uma das partes: a sucumbente. [...]. A possibilidade de declaração de inconstitucionalidade tendo por critério a injustiça da decisão, sim, afrontaria a segurança jurídica, por subjetiva demais.

Marinoni (2008, [n.p.]) também comunga essa compreensão ao afirmar que a "falta de critérios seguros e racionais para a 'relativização' da coisa julgada material pode, na verdade, conduzir à sua *'desconsideração'*, estabelecendo um estado de grande incerteza e injustiça".

Ainda em oposição em razão de casos de injustiça e contrariedade à realidade fática e à lei, Marinoni (2008, [n.p.]) alega que:

> Se a definitividade inerente à coisa julgada pode, em alguns casos, produzir situações indesejáveis ao próprio sistema, não é correto imaginar que, em razão disso, ela simplesmente possa ser *desconsiderada*. Nesse sentido, não parece que a simples afirmação de que o Poder Judiciário não pode emitir decisões contrárias à justiça, à realidade dos fatos e à lei, possa ser vista como um adequado fundamento para o que se pretende ver como "relativização" da coisa julgada. Ora, o próprio sistema parte da ideia de que o juiz não deve decidir desse modo, mas não ignora – nem poderia – que isso possa ser feito. Tanto é que prevê a ação rescisória, cabível em casos tipificados pela lei.

A posição contrária à aplicação da Teoria da Justiça à revisão de casos

julgados alega também que o abrandamento total ou parcial do instituto da coisa julgada afronta o princípio do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput*, da CF/88), eivando-se de manifesta inconstitucionalidade. Nesse argumento, enquadra-se a ideia de que o risco político de decisão injusta, inconstitucional e/ou ilegal é menos grave do que o perigo político estabelecido pela insegurança da relativização da coisa julgada material.

Araken de Assis (apud DIDIER JR., 2004, p. 58) discorre que a tendência contemporânea de rediscutir provimentos judiciais transitados em julgado porá em risco a esperança de solução célere e efetiva dos litígios, constituindo questão aberta a variadas divagações, e que provavelmente as vantagens da justiça do caso concreto não se sobrepõem às desvantagens da insegurança geral.

Nelson Nery Jr. (apud DIDIER JR., 2004, p. 210-211), um dos expoentes da tese contrária à relativização da coisa julgada, reforça que a sentença de mérito transitada em julgado é aquela considerada irrecorrível, tornando-se imutável e indiscutível o conteúdo do dispositivo da sentença e repelidas as alegações deduzidas e dedutíveis em juízo. Por essa razão, para esse doutrinador, o Direito brasileiro só admite o abrandamento do rigor da coisa julgada nas hipóteses expressa e taxativamente previstas na lei, que são ação rescisória, embargos do devedor, revisão criminal e na coisa julgada *secundum eventum litis* da ação civil pública e da ação popular, pois a autoridade da coisa julgada é um dos elementos do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal).

E no tocante aos casos específicos merecedores de tratamento diferenciado da coisa julgada como, por exemplo, investigação de paternidade *secundum eventum probationis*, Nelson Nery Jr. (apud DIDIER JR., 2004, p. 211) assevera que somente após modificação legal que inclua este caso de exceção é que pode ser abrandada a coisa julgada. Assim, não se pode desconsiderar a autoridade do caso julgado sem expressa disposição de lei regulamentadora dessas situações.

Aldo Ferreira da Silva Jr. (2009, p. 72) adverte que a ausência de parâmetros seguros e objetivos para o conceito de justiça conduz a instabilidade, insegurança, incerteza e até mesmo injustiça.

Destaca o supramencionado autor (2009, p. 73) que a definição de justiça é variável em diferentes tempos diante de suas acepções como, por exemplo, justiça como expressão da vontade do cosmo, justiça como compensação ou retribuição, justiça como virtude, justiça como igualdade, justiça como

vontade ou razão divina, justiça como ideal de liberdade, justiça como bem da sociedade, justiça libertadora.

Destarte, deduz Aldo Ferreira da Silva Jr. (2009, p. 74) que a relativização da coisa julgada com base na injustiça é perigosa e arriscada, pois diante de sua tenuidade não há como garantir que a decisão de desconsideração da coisa julgada também possa ser considerada injusta e ser posteriormente objeto de rediscussão em outro processo.

Segundo esse autor (2009, p. 74), ainda que a contemporânea Filosofia do Direito tenha concedido relevantes contribuições, o conceito de justiça não é certo nem líquido, pois o que é justo para uns pode não ser para outros dentro de um mesmo povo, o que é justo para uma sociedade pode não ser para outra, e o que é justo hoje pode não ter sido ontem nem será amanhã.

A tese contrária à relativização da coisa julgada argumenta também que o valor justiça não foi eleito pelo legislador ordinário como um dos fundamentos da ação rescisória, da defesa no processo de execução (impugnação ao cumprimento de sentença e embargos à execução contra a Fazenda Pública), na revisão criminal (artigos 622 e seguintes, do Código de Processo Penal) e na coisa julgada dos processos coletivos.

Luiz Guilherme Marinoni (apud DIDIER JR., 2004, p. 180) assevera que "a coisa julgada é inerente ao Estado de Direito e, assim, deve ser vista como um subprincípio que lhe dá conformação", e por esta razão, continua ainda o autor (apud DIDIER JR., 2004, p. 181) que este instituto sempre pôde ser relativizado apenas nos casos expressos em lei em virtude de motivos excepcionais capazes de macular a própria razão de ser da jurisdição, e não devido à natureza do direito, considerado objeto do processo.

O doutrinador supracitado (apud DIDIER JR., 2004, p. 181-182) ainda considera que a possibilidade de o juiz relativizar a coisa julgada estimulará a perpetuação de lides e contribuirá para o agravamento da morosidade da máquina judiciária.

Ainda em manifestação contrária à relativização da coisa julgada, Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 178-181) analisa os casos exemplares da investigação de paternidade e da indenização excessiva ou fraudulenta de desapropriação contra a Fazenda Pública. Para esse processualista, no tocante à primeira situação, a coisa julgada está em um plano distinto e superior ao de qualquer direito em estado de litigiosidade, ainda que seja o direito à descoberta do verdadeiro pai com base em exame de DNA posterior. E no que cerne ao segundo caso, Marinoni compreende que a única forma de se

rediscutir a fixação de indenização em desapropriação é mediante a alegação de falsidade ou fraude na produção de prova pericial, sem invocação de regra ou princípio constitucional.

Marinoni (apud DIDIER JR., 2004, p. 178) discorre que para se desconsiderar a coisa julgada não se deve recorrer à adequação ou à necessidade, contudo à proporcionalidade em sentido estrito diante de situações de choque entre a preservação da coisa julgada e a proteção de bem que peça a revisão do julgado. Ademais, para esse doutrinador (2010, p. 183), a proporcionalidade em sentido estrito não é um princípio nem, muito menos, um superprincípio, tratando-se de uma regra que só deve ser aplicada em situações extremas de colisão de direitos de igual hierarquia.

Além disso, para Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 184), a coisa julgada não pode ser objeto de ponderação por meio da aplicação da proporcionalidade em sentido estrito por não constituir um princípio axiológico mensurável e comparável com os demais.

Para Marinoni (2010, p. 186), o instituto da coisa julgada é elemento integrante do conceito de decisão jurisdicional, ao passo que o direito é somente o seu objeto, podendo ser este, conforme o caso concreto, objeto de ponderação.

A tese da relativização da coisa julgada não encontra refutação somente na doutrina, entretanto, também, no Poder Judiciário, ainda que haja decisões de acolhimento deste tema.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal firmou uma nova jurisprudência desfavorável sobre decisões já transitadas em julgado.

Em 25 de maio de 2010, o Ministro Celso de Mello rejeitou a tese desconsideracionista para não dar provimento a um Recurso Extraordinário da União de n° 594350/RS, que tentou rediscutir o processo que havia perdido, e que já estava na fase executiva. O eminente Ministro recordou que o princípio da autoridade intangível da coisa julgada veda até mesmo a discussão de questões não suscitadas antes, as quais são as questões dedutíveis que, no entanto, poderiam ter sido tratadas.

O Ministro criticou ainda que a tese de relativização da coisa julgada provocaria consequências altamente lesivas à estabilidade das relações intersubjetivas, à segurança jurídica e à preservação do equilíbrio social.

Ademais, a "coisa soberanamente julgada" (coisa julgada depois de transcorrido o prazo decadencial de dois anos para a propositura do instrumento de rescindibilidade do artigo 485, do CPC) não pode ser revista

nem mesmo no caso extremo de quando ela foi baseada em uma lei depois declarada inconstitucional pela Suprema Corte.

A supratranscrita decisão, uma das que formam a nova jurisprudência fixada pelo STF, e os posicionamentos doutrinários contrários à flexibilização da coisa julgada material representam a observância ao tratamento rigoroso estabelecido pelo legislador da LICC de 1942 e do CPC de 1973 acerca da imutabilidade e da indiscutibilidade da coisa julgada, deduzindo-se, portanto, que a leitura que foi feita pelo Legislativo de outrora sobre a sociedade de sua época deve ser a mesma que o Estado-Jurisdição de hoje deve fazer ante a realidade social, ou seja, preservar a segurança jurídica em detrimento da supremacia da Constituição, da lei e da necessária e legítima justiça das decisões judiciais.

Além disso, a tese contrária à desconsideração da coisa julgada nega a necessidade de que este instituto processual do caso julgado deva ser tratado pela Ciência do Direito de modo distinto daquele da época em que foi concebido, quando a sociedade não tinha as características e a mesma complexidade da atualidade, proporcionada pela evolução e pelo dinamismo das mudanças de ordem antropológicas, científicas, culturais, demográficas, econômicas, financeiras, morais, naturais, políticas, religiosas e sociais.

Assim, a relativização da coisa julgada em situações excepcionais merece tratamento distinto daquele disposto nas normas infraconstitucionais supracitadas para que o Direito possa ser ferramenta legítima e eficaz no reconhecimento e na garantia dos direitos fundamentais, na pacificação social, na realização do acesso à justiça e na materialização da justiça na prestação da tutela jurisdicional, e não tratamento legalista e distante das realidades que chegam ao Judiciário.

7. CONCLUSÃO

A autoridade da coisa julgada caracteriza-se pela imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo da decisão judicial de mérito criadora da situação jurídica específica, anteriormente inexistente à tutela jurisdicional, ao caso concreto por meio da aplicação da norma geral prevista no ordenamento jurídico.

Esse instituto processual com *status* constitucional trata-se de garantia fundamental de extrema relevância em razão de sua dupla finalidade, uma voltada ao plano individual – receber tutela jurisdicional (princípios da

demanda e do acesso à justiça), e a outra relativa ao plano coletivo – resolução dos conflitos derivados da vida social a fim de garantir a estabilidade e segurança sociais e a existência do Estado.

Constata-se que esse instituto processual é garantia fundamental individual e coletiva, ou seja, os destinatários da garantia são, em primeiro lugar, as partes do processo em que surgiu a coisa julgada e os terceiros eventualmente sujeitos a ela, e, secundariamente, a sociedade que tem interesse na regular atividade da máquina judiciária.

A possibilidade da revisão de decisão transitada em julgado e de seu consequente questionamento no tocante ao dogma absoluto de sua autoridade dá-se mediante a conveniência e a especificidade de determinadas situações na pauta dos ideais da justiça, constitucionalidade e legalidade da tutela jurisdicional e da efetividade dos direitos e das garantias fundamentais.

É indubitável que é necessário e indispensável que haja normas que ponham limites definitivos para o fim do processo para evitar a eternização de litígios, estabilizar as relações sociais e garantir segurança às partes, aos terceiros eventualmente relacionados e até mesmo à sociedade como um todo, fim de toda atividade estatal. A segurança jurídica é extremamente importante para o Estado Democrático de Direito, os jurisdicionados e a sociedade, mas não deve ser considerada valor superior do que a justiça, em todas as situações concretas, e jamais em relação à Constituição, sempre tendo esta maior peso no sopesamento de bens/direitos/valores à luz do caso concreto.

A relativização da coisa julgada deve ser colocada em equilíbrio com as demais garantias constitucionais, direitos subjetivos e outros institutos jurídicos a fim de se efetivar a justiça no processo civil, o que é realizado por meio da aplicação da proporcionalidade e de seus subprincípios, da legalidade e da instrumentalidade, apresentando-se como base principiológica da tese desconsideracionista e sob outros diversos fundamentos, os quais autorizam o rompimento do dogma absoluto da coisa julgada, tornando-a valor relativo à luz do caso concreto.

Não se trata de enfraquecer o instituto da coisa julgada, mas de preservar a supremacia da Constituição e o resgate dos valores da justiça, bem como de outros valores como, por exemplo, o direito de conhecimento da origem genética, a moralidade administrativa e a verdade real, em uma era que a sociedade passa por crises em suas instituições públicas e privadas e reconstrução de discursos sobre decisões políticas, jurídicas, econômicas,

sociais, cientificas e de diversas outras naturezas.

Não se trata de apologia ao desprestígio e à eliminação da coisa julgada em virtude da relevância da segurança jurídica para a sociedade, todavia de reconhecimento da flexibilização deste instituto processual em hipóteses excepcionais e de acordo com as circunstâncias fático-jurídicas. Destarte, a autoridade da coisa julgada, geradora da segurança jurídica, cede seu espaço de importância para estas situações excepcionalíssimas, como corolário da garantia de acesso à justiça no sentido mais amplo e ilimitado da expressão, que é a constitucional, legal e mais justa, ou seja, melhor decisão judicial como solução pacificadora de um conflito social.

A desconsideração da coisa julgada é tendência da nova processualística civil, concatenada com os horizontes constitucionais e da teoria da justiça. Trata-se de nova consciência que se opõe à ilegitimidade da perpetuação das injustiças a evasiva de impedir a infinidade de inseguranças.

8. REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce. *Vade mecum*: acadêmico de direito. 10ª ed. São Paulo: Rideel, 2010.

ABREU, Fábio Passos de; GOUVEIA FILHO, Gaspar Feitosa de. Sentença inconstitucional transitada em julgado. *Evocati Revista*, Aracaju, nº 44, 14 agosto 2009. Disponível em: http://wwwevocati.com.br/evocati./artigos.wsp?tmp_codartigo=344. Acesso em: 18.08.2010.

ALVIM, Arruda. *Direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1. (Coleção Estudos e Pareceres – II)

ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: DIDIER Jr., Fredie. *Relativização da coisa julgada:* enfoque crítico. Salvador: JusPodivm, 2004. v. II. (Coleção Temas de Processo Civil – Estudos em Homenagem a Eduardo Espínola).

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, nº 851, 1 novembro 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em: 30.07.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de declaração no recurso em mandado de segurança n° 10527/SC*. Brasília: STJ, 2000. Disponível em: http://www.stj.jus.br. Acesso em: 28.10.2010.

_____. _____. *Recurso especial n° 226436/PR*. Brasília: STJ, 2001.

Disponível em: http://www.stj.jus.br. Acesso em: 20.08.2010.
_____. _____. *Recurso especial n° 240712/SP*. Brasília: STJ, 2000. Disponível em: http://www.stj.jus.br. Acesso em: 20.08.2010.
_____. _____. *Recurso especial n° 826698/MS*. Brasília: STJ, 2008. Disponível em: http://www.stj.jus.br. Acesso em: 20.08.2010.
_____. _____. *Recurso especial n° 893477/PR*. Brasília: STJ, 2009. Disponível em: http://www.stj.jus.br. Acesso em: 20.08.2010.
_____. _____. *Recurso especial n° 1048586/SP*. Brasília: STJ, 2009. Disponível em: http://www.stj.jus.br. Acesso em: 20.08.2010.
_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário n° 594350/RS*. Brasília: STF, 2010. Disponível em: http://www.stf.jus.br. Acesso em: 20.08.2010.
_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Agravo de instrumento nº 000.247.666-1/00*. Minas Gerais: TJMG, 2002. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br. Acesso em: 02.06.2010.
_____. _____. *Apelação cível nº 1.0000.00.349512-4/000*. Minas Gerais: TJMG, 2004. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br. Acesso em: 02.06.2010.
_____. Tribunal de Justiça de Sergipe. *Apelação cível nº 4557/2009*. Sergipe: TJSE, 2009. Disponível em: http://www.tjse.jus.br. Acesso em: 02.06.2010.
BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil:* procedimento comum: ordinário e sumário. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2, tomo 1.
CAHALI, Yussef Said. *Código civil, código de processo civil, código comercial, legislação civil, processual civil e empresarial, constituição federal*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. I.
CANCELLA, Carina Bellini. Da relativização da coisa julgada. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1872, 16 agosto 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11612>. Acesso em: 19.04.2010.
CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
DELGADO, José Augusto. Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere postulados e

princípios da CF. Manifestações doutrinárias. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, nº 1524, 3 setembro 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10349>. Acesso em: 18.03.2010.
DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil:* teoria geral do processo e processo de conhecimento. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v. 1.
_____ et al. *Curso de direito processual civil:* direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2008. v. 2.
DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. v. I.
_____. Relativizar a coisa julgada material. In: *Revista de processo*. São Paulo: RT, nº 109, janeiro-março/2003.
_____. Relativizar a coisa julgada material. In: *Revista da escola paulista da magistratura*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, v. 2, nº 2, julho-dezembro/2001.
DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.
DONIZETI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
FARIAS, Cristiano Chaves de. Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação. In: DIDIER Jr., Fredie. *Relativização da coisa julgada:* enfoque crítico. Salvador: JusPodivm, 2004. v. II. (Coleção Temas de Processo Civil – Estudos em Homenagem a Eduardo Espínola).
GONÇALVES, Hortência de Abreu. *Manual de artigos científicos*. São Paulo: Avercamp, 2004.
GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil:* execução e processo cautelar. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3.
_____. *Novo curso de direito processual civil:* processo de conhecimento e procedimentos especiais. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2.
GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração *erga omnes* de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. In: DIDIER Jr., Fredie. *Relativização da coisa julgada:* enfoque crítico. Salvador: JusPodivm, 2004. v. II. (Coleção Temas de Processo Civil – Estudos em Homenagem a Eduardo Espínola).

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário técnico jurídico*. 8ªed. São Paulo: Rideel, 2006.
JARDIM, Sandra de Cássia Viecelli. Coisa julgada inconstitucional. In: *Revista de direito dos advogados da união:* debates em direito público. Brasília: Edição Associação Nacional dos Advogados da União, ano V, nº 5, outubro/2006.
LINS FILHO, Bartolomeu Bastos Acioli. Justiça x segurança jurídica: a relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, nº 754, 28 julho 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7079>. Acesso em: 18.03.2010.
MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional:* a retroatividade da decisão de (in) constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
_____. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). In: DIDIER Jr., Fredie. *Relativização da coisa julgada:* enfoque crítico. Salvador: JusPodivm, 2004. v. II. (Coleção Temas de Processo Civil – Estudos em Homenagem a Eduardo Espínola).
_____. Sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, nº 448, 28 setembro 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5716>. Acesso em: 19.04.2010.
_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil:* processo de conhecimento. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 2.
MARTINS, Carla Blanco Rendeiro *et al*. Relativização da coisa julgada material. Uma análise sobre o conflito entre a segurança jurídica e a justiça das decisões. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, nº 2004, 26 dezembro 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12117>. Acesso em: 18.05.2009.
MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
MENDES, Gilmar Ferreira. Coisa julgada inconstitucional: considerações sobre a declaração de nulidade da lei e as mudanças introduzidas pela lei nº 11.232/2005. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto. *Coisa julgada inconstitucional*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
MONTEIRO, Marco Antonio Corrêa. Breve análise sobre a coisa julgada inconstitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, nº 1676, 2 fevereiro 2008.

Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10906>. Acesso em: 11.03.2010.
MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil:* teoria geral do processo e processo de conhecimento. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 1.
MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.
NERY Jr., Nelson. A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o estado democrático de direito. In: DIDIER Jr., Fredie. *Relativização da coisa julgada:* enfoque crítico. Salvador: JusPodivm, 2004. v. II. (Coleção Temas de Processo Civil – Estudos em Homenagem a Eduardo Espínola).
PAVARINA, Adriana Ribeiro. *Relativização da coisa julgada*. 2005. 97 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente, 2005.
PORTELA, Simone Sá. A interpretação constitucional controvertida à luz da súmula 343 do STF. *Evocati Revista*, Aracaju, nº 41, maio 2009. Disponível em: < http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_ codartigo=326 >. Acesso em 18.08.2010.
SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil:* processo de conhecimento. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.
SANTOS, Lyts de Jesus. Coisa julgada e força normativa da constituição. *Evocati Revista*, Aracaju, nº 44, 14 agosto 2009. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=345 >. Acesso em: 18/08/2010.
SILVA, Ovídio A. Baptista. Coisa julgada relativa? In: DIDIER Jr., Fredie. *Relativização da coisa julgada:* enfoque crítico. Salvador: JusPodivm, 2004. v. II. (Coleção Temas de Processo Civil – Estudos em Homenagem a Eduardo Espínola).
_____. *Curso de processo civil:* processo de conhecimento. 7º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.
SILVA, Rosana Ribeiro da. A causa petendi e os limites objetivos da coisa julgada. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 2, nº 26, setembro 1998. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=813>. Acesso em: 11.03.2010.
SILVA, Wesley Ricardo Bento da. A flexibilização da coisa julgada em matéria de paternidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, nº 943, 1 fevereiro 2006.

Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7895>. Acesso em: 18.05.2009.
SILVA Jr., Aldo Ferreira da. *Novas linhas da coisa julgada civil:* da "relativização" da coisa julgada e os mecanismos de rescindibilidade. Campo Grande: Futura, 2009.
SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. *Revista do instituto brasileiro de direito de família*. 28 junho 2007. Disponível em: http://www.ibdfam.com.br/plubic/artigos.aspx?codigo=329. Acesso em: 21.09.2010.
THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil:* teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 51ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. I.
_____; FARIA, Juliana Cordeiro de. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto. *Coisa julgada inconstitucional*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 27. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman)
WAMBIER, Luiz Rodrigues et al. *Curso avançado de direito processual civil:* teoria geral do processo e processo de conhecimento. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v.1.
WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. In: DIDIER Jr., Fredie. *Relativização da coisa julgada:* enfoque crítico. Salvador: JusPodivm, 2004. v. II. (Coleção Temas de Processo Civil – Estudos em Homenagem a Eduardo Espínola).
ZAVASCKI, Teori Albino. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto. *Coisa julgada inconstitucional*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
ZUQUETI, Willian Felipe Camargo. O princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relatividade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, nº 2203, 13 julho 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13141>. Acesso em: 11.03.2010.

DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONSUMIDOR

Marta Suzana Lopes Vasconcelos é Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho e pós-graduada em Direito pela Universidade de Coimbra-Portugal. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

RESUMO: O presente artigo é uma breve abordagem do direito do consumidor como direito fundamental. Para tanto, foi realizada uma análise do contrato privado clássico, erigido sob o império dos princípios da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*, contrastando com os novos paradigmas da função social do contrato e da boa-fé objetiva. Trata o contrato de consumo sob a forma de contrato de adesão, seara propícia das cláusulas abusivas do direito do consumidor. Por fim, há uma exposição dos meios de controle de tais cláusulas no Brasil e em Portugal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do consumidor; direitos fundamentais; contratos de adesão; cláusulas abusivas; meios de controle.

RESUMEN: El presente artigo es un breve abordaje del derecho del consumidor como derecho fundamental. Para tanto, fue realizado un análisis del contrato privado clásico, erigido bajo el imperio de los principios de la autonomía de la voluntad y del *pacta sunt servanda*, en contraste con los nuevos paradigmas de la función social del contrato y de la buena fe objetiva. Trata el contrato de consumo bajo la forma de contrato de adhesión, área propicia de las cláusulas abusivas del derecho del consumidor. Por fin, hay una exposición de los medios de control de tales cláusulas en Brasil y en Portugal.

PALABRAS-CLAVES: Derecho del consumidor; derechos fundamentales; contrato de adesión; cláusulas abusivas; medios de control.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Noção clássica do direito dos contratos; 2.1. Princípios dos contratos; 2.1.1 Princípio da obrigatoriedade dos contratos; 2.2.2. Princípio da relatividade subjetiva; 2.1.3 Princípio da função social do contrato; 2.1.4 Princípio da boa-fé contratual; 2.1.5 Princípio

da equivalência material; 3. Da transformação do direito dos contratos; 4. Contratos de adesão; 5. Cláusulas abusivas; 6. Meios de controle; 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Em todos os campos do saber, vivemos numa era denominada de pós-modernidade. Nunca a ciência se desenvolveu tanto e com tanta rapidez como nos últimos tempos. O século passado foi prodigioso em pesquisas em todos os ramos do conhecimento científico, onde se destaca a área da genética, a descoberta do código genético, pesquisas com células-tronco, as quais têm contribuído para o tratamento de doenças até hoje incuráveis. Na informática viu-se o avançar de sofisticados sistemas de software, além da WEB, ou rede mundial de computadores, a qual tornou o mundo uma verdadeira aldeia global. O processo de globalização quebrou paradigmas diminuindo diferenças econômicas, sociais e culturais entre os homens.

No campo das relações jurídicas não há diferença. O direito alargou suas fronteiras ocupando-se da proteção do meio ambiente e da natureza. Descobriu-se que sem a proteção da natureza, o homem não conseguirá sobreviver na terra por muitos anos o que compromete as gerações futuras. O Protocolo de Kioto é a demonstração de que o planeta corre sérios riscos se nada for feito pelos homens de responsabilidade e sensibilidade. Criou-se também a ideia do direito penal contra o inimigo, na certeza de que os atentados terroristas estão a desafiar as ideias do garantismo penal, e dos direitos fundamentais do homem e do cidadão. O direito de família passa também por profundas transformações e o casamento tem sentido radicais transformações com a construção de novos paradigmas sexuais.

No campo das relações sociais, desenvolveu-se a ideia de sociedades de consumo, onde a indústria produz produtos em série para atingir as necessidades de uma sociedade cada dia mais numerosa e ansiosa por bens materiais. Daí surgiu a ideia de sociedade de consumo e de bens em massa. Tais transformações mudaram inexoravelmente as feições dos contratos privados, que outrora negociados particularmente, passaram em grande parte a serem massificados, vale dizer, não mais discutidos parte à parte.

A sociedade moderna, em seu ritmo frenético, precisa ser ultra-rápida, padronizada, planejada para não perder tempo. Esta nova visão da sociedade

gerou a figura do contrato de adesão, cláusulas contratuais gerais, contratos-tipos, cláusulas standards, todas modalidades de um mesmo fenômeno.[1]

2. NOÇÃO CLÁSSICA DO DIREITO DOS CONTRATOS

Em tempos antigos a figura do contrato fora baseada na ideia de acordo de vontades entre duas ou mais pessoas com conteúdo patrimonial, visando adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos.[2]

Por este entendimento o Estado não participa da formação inicial do ajuste, e apenas participa como mero garantidor da vontade emanada das partes, conforme a moderna teoria da Professora Cláudia Lima Marques:

> A tutela jurídica limita-se a possibilitar a estruturação pelos indivíduos destas relações jurídicas próprias assegurando uma teórica autonomia, igualdade e liberdade no momento de contratar, e desconsiderando por completo a situação econômica e social dos contraentes.
>
> Na concepção clássica, portanto, as regras contratuais deveriam compor um quadro de normas supletivas, meramente interpretativas, para permitir e assegurar a plena autonomia de vontade dos indivíduos, assim como a liberdade contratual.[3]

Assim, pode-se afirmar que a teoria tradicional do contrato, portanto, está intimamente ligada à concepção de liberdade contratual e à ideia de autonomia da vontade que, por sua vez, assume papel decisivo para

---

[1] O Professor António Pinto Monteiro discorda deste entendimento afirmando que a fórmula contrato de adesão é mais ampla, podendo não coincidir com a expressão cláusulas contratuais gerais. In, PINTO MONTEIRO, António. *O Novo regime jurídico dos contratos de adesão.* Artigo publicado na Revista da Ordem dos Advogados. Ano 62.2002. p.116. Universidade de Coimbra-Portugal

[2] Nos contratos ou negócios jurídicos bilaterais há duas ou mais declarações de vontade, de conteúdo oposto, mas convergente, ajustando-se na sua comum pretensão de produzir resultado jurídico unitário, embora com um significado para cada parte. Há assim a oferta ou proposta e a aceitação, que se conciliam num consenso. In, MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª ed por Antonio Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra Editora, 2005. p.385. Universidade de Coimbra-Portugal

[3] MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. v. I. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002, p. 40.

validação do contrato na sua acepção clássica, posto que tida como fonte que o legitima. Neste sentido leciona a Professora Claudia Lima Marques:

> Para esta concepção, portanto, a vontade dos contraentes, declarada ou interna, é o elemento principal do contrato. A vontade representa não só a gênesis, como também a legitimação do contrato e de seu poder vinculante e obrigatório.[4]

O princípio da autonomia da vontade constitui-se na declaração manifestada das partes envolvidas em um negócio jurídico para fixar os direitos e deveres que vão reger a relação contratual. Assim, ensina-nos o Professor Orlando Gomes:

> O princípio da autonomia da vontade particulariza-se no Direito Contratual na liberdade de contratar. Significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica.[5]

Deste modo, o princípio da autonomia da vontade fixa suas bases na liberdade de contratar que possuem os indivíduos e que é expresso pelo poder dos sujeitos contratuais exercido no momento de determinar quais serão as condições, os efeitos, e os limites do instrumento contratual, ou seja, o poder exercido no momento de fixação dos direitos e deveres do contrato nos limites determinados pela lei.

Destarte a concepção clássica do contrato é uma concepção individualista, liberal e voluntarista, em que a vontade é tida como única fonte legítima para a criação do contrato. É o reflexo da "pacta sunt servanda" pela qual o contrato faz lei entre as partes não importando quais consequências adviriam do cumprimento destas obrigações. Tais princípios serão explicados ainda neste trabalho.

Depois de estabelecido o conceito clássico ou tradicional do contrato, mister se faz indagar da sua natureza jurídica, em outras palavras, o que se constitui tal instituto para o direito.

O contrato é um negócio jurídico, ou seja, um acontecimento humano

[4] MARQUES, Cláudia Lima. op. cit., p.42

[5] GOMES, Orlando. *Contratos*. 24ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 22.

em que atendidos os elementos de existência, realidade e eficácia, a vontade humana é declarada para a produção de efeitos queridos pelas partes.

Como negócio jurídico que é o contrato deve ter os elementos de existência, a saber: declaração de vontade com circunstâncias negociais, agente, objeto e forma.

A declaração de boa vontade deve ser livre e de boa-fé. O agente deve ser capaz e legitimado, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, forma prescrita ou não defesa em lei, sendo certo que tais qualificações se retiram do sistema positivado como um todo.

No Código Civil Brasileiro tais qualificações estão presentes em vários artigos, notadamente no artigo 104 do Código Civil de 2002.

No contrato podem ser inseridas cláusulas que disciplinem a sua eficácia, tendo plano de análise científica do negócio jurídico, a saber: termos, condições, encargos, também chamados por parte da doutrina de elementos acidentais dos negócios jurídicos.

2.2. PRINCÍPIOS DO CONTRATO

O contrato possui alguns princípios que merecem destaque neste breve estudo, apesar de reconhecer esta redatora que não serão o enfoque principal deste trabalho, mas que via de consequência são as colunas do contrato em sua visão contratual.

Como corolário da liberdade individual, no campo negocial, erige-se a liberdade contratual ao patamar de princípio. Assim, entendo que nesta ideia, envolvem-se três modalidades distintas de liberdade contratual. A primeira é a própria liberdade visto que ninguém pode ser forçado a contratar, pois isto importaria em um vício de consentimento comprometedor da validade do negócio jurídico. A segunda é a liberdade de escolha da parte contratada, ou seja, a liberdade de escolher a pessoa física ou coletiva com quem a parte vai contratar.

A terceira modalidade de liberdade do conteúdo do contrato, ou seja, a liberdade para escolher o que se vai contratar.

2.2.1. PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DO CONTRATO

Desde os mais remotos tempos em que o homem se dispôs a celebrar acordos de vontades, vige o princípio da "Pacta sunt servanda", vale dizer

que o contrato faz Lei entre as partes.

Tal princípio visa garantir um mínimo de segurança entre os contratantes, pois, ao disporem livremente de sua vontade e, consequentemente, de seu patrimônio, as partes estabelecem obrigações que devem ser cumpridas sob pena de total subversão e negação do instituto do contrato.

2.2.2. PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE SUBJETIVA

Outrora, as disposições jurídicas dos contratos só interessavam às partes, não dizendo respeito a terceiros estranhos à relação obrigacional. Modernamente, com o advento das normas protecionistas do consumidor, terceiros estranhos à avenca poderão intervir para a proteção da chamada parte hipossuficiente na relação contratual, isto é, o consumidor. Neste sentido vale dizer que os representantes do Ministério Público no Brasil, poderão à luz do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8087 de 11 de setembro de 1990, artigo 51, § 4º, ingressar com ações a fim de que o Poder Judiciário possa declarar a nulidade de cláusulas abusivas. Em Portugal também as Associações de defesa do consumidor possuem legitimidade para ingressarem com ações judiciais em prol do consumidor.

Além dos princípios tradicionais do contrato, existem outros que foram agregados ao instituto do contrato como a função social do contrato, a boa-fé objetiva e a equivalência material.

2.2.3. PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

No que diz respeito ao princípio da função social do contrato, penso que devo tecer algumas considerações devido à importância que tem junto à sociedade moderna que reclama solidariedade em todas as negociações humanas.

A visão tradicional do direito contratual, com forte no princípio da autonomia da vontade encontra sérios limites, eis que a vontade não mais vigora ampla e livremente. Com efeito, o acordo de vontades continua sendo o elemento subjetivo essencial do contrato, pois esse negócio jurídico só se origina da declaração de vontade. A liberdade individual e a iniciativa pessoal continuam sendo a razão de ser dos contratos. Entretanto, a visão de solidariedade trazida pelo Estado Democrático de Direito impõe certa

intervenção estatal.[6]

Através da análise do princípio da função social do contrato, este deve ser obrigatoriamente interpretado de acordo com o contexto da sociedade. Assim, para melhor entendermos a função social do contrato, temos que partirmos da relação do contrato com o seu meio social externo. O contrato deixou de ser somente coisa dos contratantes, e passou a interferir negativamente e positivamente em relação a terceiros.

PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

O código civil brasileiro, tardiamente, consagrou o princípio da boa-fé objetiva, isto porque o vetusto código de 1916, não tratava especificamente do assunto. Tal princípio já se encontrava presente no direito alemão, francês, italiano e português.

Dispõe o Código Civil brasileiro no artigo 422 que: "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como na sua execução, os princípios de probidade e da boa-fé objetiva".2

A cláusula geral de boa-fé traz para os negócios jurídicos, e os contratos em espécie, dever das partes de se comportarem com a mais restrita lealdade, de agirem com probidade e de informarem ao outro contratante sobre todo o conteúdo do negócio.[7]

O princípio da boa-fé conduz a uma maior segurança das relações jurídicas, conforme ensinamento do Professor Orlando Gomes.

O princípio da boa-fé tem caráter objetivo como bem ensinou o Professor da Universidade de Coimbra, Doutor MOTA PINTO, senão vejamos:

> "Em muitos outros casos, porém, a lei recorre à boa-fé em sentido objectivo, sendo este o sentido em que

[6] É inegável, nos termos atuais, que os contratos, de acordo com a visão social do Estado Democrático de Direito, hão de submeter-se ao intervencionismo estatal manejado com o propósito de superar o individualismo egoístico e buscar a implantação de uma sociedade presidida pelo bem-estar e sob "efetiva prevalência da garantia jurídica dos direitos humanos. In, THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro:Forense, 2004. p.06.

[7] "A boa fé é hoje um princípio fundamental da ordem jurídica, particularmente relevante no campo das relações civis e, mesmo, de todo o direito privado. Exprime a preocupação da ordem jurídica de valores ético-jurídicos da comunidade, pelas particularidades da situação concreta e regular e por uma juridicidade social e materialmente fundada. A consagração da boa corresponde, pois, à superação de uma perspectiva positivista do direito, pela abertura a princípios e valores extra-legais e pela dimensão concreto-social e material do jurídico que perfilha." MOTA PINTO. Op. Cit. P. 124. Universidade de Coimbra-Portugal

> tal princípio revela, na actualidade,todo seu imenso potencial jurisgénico e traduz a dimensão de justiça social e materialmente fundada de que falamos atrás. Em sentido objectivo, pois, a boa fé constitui uma regra jurídica, é um princípio normativo transpositivo e extra-legal para que o julgador é remetido a partir de cláusulas gerais. Não contém ele próprio a solução o critério da solução, carecendo para o efeito da mediação concretizadora do aplicador, máxime do juiz".[8]

3. DA TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO DOS CONTRATOS

O direito dos contratos evoluiu do individualismo contratual com forte na liberdade contratual e autonomia da vontade, onde o Estado só interferia para assegurar o seu cumprimento. A nova teoria contratual tem enxergado o direito das obrigações sob o prisma Constituição. A constitucionalização do direito civil atribui novos fundamentos à liberdade contratual e à autonomia da vontade as quais sofreram profundas modificações.

Destarte, a referida constitucionalização do direito civil fez introduzir princípios como o da dignidade da pessoa humana, solidariedade social, igualdade de todos sem discriminação de qualquer natureza. Todos esses princípios estão incluídos na Constituição Brasileira de 1988, constantes dos artigos 170 e seguintes, que versam sobre princípios gerais da atividade econômica, assim como o artigo 1º, são o reflexo da transição do Estado liberal, responsável pela doutrina clássica do contrato para o Estado social e a nova teoria contratual.

Houve quem defendesse a morte do contrato, como o fez o autor Grant Gilmore na obra *La morte del contrato*.[9] Entretanto, o contrato não morreu

[8] MOTA PINTO. Op. Cit. p125.

[9] Com as transformações ocorridas na sociedade do século XX, acentuadamente nos períodos posteriores às guerras mundiais, tomou conta dos privatistas o ceticismo quanto à sobrevivência do contrato como negócio jurídico bilateral consubstanciado pelo acordo efetivo de vontades para a consecução de fim patrimonial determinado, chegando a falar-se em "morte do contrato" para significar esse fenômeno de transformação. O contrato não morreu nem tende a desaparecer. A sociedade é que mudou, tanto do ponto de vista social como do econômico e, conseqüentemente, do jurídico. É preciso que o direito não fique alheio a essa mudança, aguardando estático que a realidade social e econômica de hoje se adapte aos vetustos institutos com o perfil que herdamos dos romanos, atualizado na fase codificações do século XIX. In, *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. 8ª Ed. Editora Rio de janeiro:Forense Universitária, 2004. p. 503.

ele continua bem vivo, todavia, teve que se ajustar às mudanças ocorridas no seio da sociedade. Citando a Professora Ada Pelegrini Grinover *in verbis*: "O novo regime contratual das relações de consumo tem visível compromisso com a modernidade, de modo a fazer com que as constatações e previsões pessimistas sobre a morte do contrato não se concretizem".[10]

Além das transformações socioeconômicas que afetaram o contrato, merece destaque a própria transformação do direito, que erigiu os princípios constitucionais como normas, o que deu grande elevo ao direito constitucional, sobretudo na escola alemã, encabeçada pelo Professor Robert Alexy.[11] Este, por sua vez, preocupou-se em escalonar uma gama de direitos

[10] GRINOVER, Ada Pelegrini. Op. Cit. P. 503.

[11] Cf. Segundo a definição básica da teoria dos princípios, princípios são normas que permitem que algo seja realizado, da maneira mais completa possível, tanto no que diz respeito à possibilidade jurídica quanto à possibilidade fática. Princípios são, nesses termos, mandados de otimização(Optimierungsgebote). Assim, eles podem ser satisfeitos em diferentes graus. A medida adequada de satisfação depende não apenas de possibilidades fáticas, mas também de possibilidades jurídicas. Essas possibilidades são determinadas por regras e sobretudo por princípios. As colisões dos direitos fundamentais acima mencionadas devem ser considerada segundo a teoria dos princípios, como uma colisão de princípios. O processo para a solução de colisões de princípios é a ponderação. Princípios e ponderações são dois lados do mesmo fenômeno. O primeiro refere-se ao aspecto normativo, o outro, ao aspecto metodológico. Quem empreende ponderação no âmbito jurídico pressupõe que as normas entre as quais se faz uma ponderação são dotadas da estrutura de princípios e quem classifica as normas como princípios acabam chegando ao processo de ponderação. A controvérsia em torno da teoria dos princípios apresenta-se, fundamentalmente, como uma controvérsia em torno da ponderação. Outra é a dimensão do problema no campo das regras. Regras são normas que são aplicáveis ou não aplicáveis. Se uma regra está em vigor, é determinante que se faça exatamente o que ela exige: nem mais e nem menos. O segundo caminho poderia ser trilhado se se considera a norma obtida mediante processo de colisão de forma restritiva. Assim, se poderia afirmar, no caso relativo à declaração de que "soldados são assassinos", que a assertiva não constitui manifestação de opinião. A manifestação dos pacifistas não se enquadraria, assim, no âmbito de proteção da liberdade de expressão. A colisão desapareceria. Todavia, como se poderia fundamentar ou explicar que uma declaração duvidosa não pudesse ser enquadrada ou considerada como manifestação de opinião. A letra e o sentido ou o objetivo dos direitos relacionados com a liberdade de expressão falam em favor desse enquadramento. O pacifista assume uma posição valorativa quanto à profissão do soldado e todos, especialmente os soldados, a entendem como tal. Poder-se-ia, no limite, afirmar que essa manifestação de opinião não seria uma manifestação de opinião protegida dos direitos fundamentais, porque se cuida de uma declaração injuriosa. Todavia, isso faz com que o problema da colisão retorne ao palco. A proteção da honra seria motivo suficiente para que não se reconheça uma definitiva proteção dos direitos fundamentais. Isso, todavia, teria que ser construído a partir de uma ponderação aberta e não mediante uma versão estrita do âmbito de proteção. Isso se aplica a todas as tentativas de contornar as colisões mediante a construção de um âmbito de proteção restrito. A terceira opção da teoria das regras dos direitos fundamentais consiste na introdução de uma exceção livre de qualquer processo de ponderação dos direitos fundamentais. Suponha-se, nesse caso, a advertência quanto aos danos produzidos pelo cigarro constante dos seus pacotes. Poder-se-ia dizer que a melhor solução residiria na construção de uma exceção na liberdade do exercício profissional que poderia ser formulada assim: todos têm o direito de exercer a sua profissão, exceto no caso de advertências quanto aos danos à saúde que devem constar nos pacotes de cigarros.

fundamentais, visando proteger o cidadão, resguardando-o da fúria do próprio Estado, bem como das relações privadas.

A chamada constitucionalização do direito civil agregou novos fundamentos e contornos, modificando a noção de autonomia da vontade no âmbito dos contratos.

A partir do viés constitucional, o direito das obrigações passa a contemplar noções de justiça social, pautadas no princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, verifica-se que a atual visão constitucional do direito civil baseada na função social do contrato, em contraposição da visão clássica do contrato baseada na livre manifestação da vontade, na qual o Estado funcionava apenas como garantidor das regras livremente estipuladas nos contratos pelas partes. O Estado assume um papel de intervencionista da vida econômica e o fez estimulado pela necessidade de proteção social e garantia da estabilidade equilíbrio da ordem econômica com a proteção da parte mais fraca no negócio jurídico. O Estado passa a orientar as relações contratuais em favor do bem maior, que é a tutela dos interesses coletivos, dos interesses sociais, em busca da justiça social e do referido equilíbrio entre as partes .

Claro que isso é uma concepção bizarra de uma exceção, uma vez que, se se constrói tal exceção, qualquer direito estaria envolto em sucessivas exceções. Por isso, a idéia de exceção revela-se precária. A Constituição, todavia, não depende desse tipo de abordagem. A pergunta mais precisa se a referida exceção pode ser construída fora de qualquer processo de ponderação. A expressão literal da parte da formulação dos direitos fundamentais que assegura ao cidadão o direito de livre exercício profissional não fornece resposta a essa indagação. Isso se aplica tanto ao artigo 12, parágrafo 1º, segundo período, da Lei fundamental alemã, como, também, ao art. 5º, XIII, da Constituição brasileira. Poder-se-ia pensar que o caso livre de qualquer ponderação se deixaria subsumir numa cláusula restritiva. Nesse caso, deve se considerar apenas o art. 12, parágrafo 1º, segundo período, da Lei Fundamental. Ali se afirma que o exercício da profissão pode ser regulado por lei ou com base em uma lei. Se se aplica essa formulação, então se pode chegar à conclusão de que a obrigação para que se ponha a advertência nos produtos de tabaco constitui uma regulação fundada numa lei. Estaria, assim, resolvido o problema da colisão? Teria a teoria das regras obtido um resultado satisfatório?

Hão que se analisar as conseqüências de um tal procedimento para reconhecer que esse não é o caso. Doces, bolos, tortas, são, na opinião geral, menos saudáveis para os dentes do que pões. Suponha-se que um partido de fanáticos da saúde obtenha a maioria no Parlamento. Ele proíbe os padeiros e outros de produzirem doces, bolos, tortas. ?Posteriormente, também, o pão comum (pão branco) tem sua produção proibida, permitindo-se, apenas, a produção de pão preto. Se, dúvida, tem-se uma intervenção na liberdade profissional dos padeiros. Não há dúvida também de que se trata de uma restrição estabelecida mediante lei. Se esta fosse a única justificativa da restrição, perderia o direito fundamental qualquer força em face do legislador. Os direitos fundamentais estariam esvaziados. A obrigação de se produzir apenas pão preto seria compatível com a Constituição." ALEXY,ROBERT. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais."* Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro, em 10.12.98.

Para promover esse equilíbrio o intérprete do direito deve observar que a análise cega de um ramo do direito poderá conduzir a decisões injustas, neste sentido o pensamento da Professora Cláudia Lima Marques ao lecionar sobre o diálogo das fontes.[12]

Dessa forma a mudança do paradigma do Estado liberal para o Estado dirigindo as relações contratuais limitou a autonomia da vontade e, por estarem profundamente ligados, limitou a liberdade de contratar e a *pacta sunt servanda*, pela qual o contrato fazia leis entre as partes não importando quais as consequências resultantes do cumprimento das obrigações.

No Brasil a edição de um Código de Defesa do Consumidor, através da Lei 8078/90, fez raiar uma nova luz sobre as relações contratuais, dando nova regulamentação aos contratos em que se adquire bens e serviços como destinatário final, inteligência do artigo 2º do citado diploma. Sendo o consumidor tutelado pela lei de forma ampla, por ser considerado a parte hipossuficiente na relação contratual.

Este é o entendimento da Professora Teresa Negreiros, senão vejamos:

> Entre nós, a promulgação da Lei 8.078/90 (o chamado Código de Defesa do Consumidor – "CDC") representa o marco da "mudança de mentalidade" relativamente ao direito contratual contemporâneo, consubstanciando a direta incidência da normativa constitucional (a começar pelo princípio de defesa do consumidor, previsto no art. 170,V, CF) sobre as relações contratuais de consumo.[13]

A evolução das teorias do direito constitucional promoveu uma normatização dos princípios constitucionais. Desta forma, o texto

---

[12] O método do "diálogo das fontes" vem sendo utilizado por Erick Jayme e Cláudia Lima Marques. Segundo aquele autor, a "pluralidade de matérias e de textos de lei faz surgir para o seu aplicador a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo" (In JAYME, Erick. *Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna.* In Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS, 2003). Cláudia Lima Marques, por sua vez, define: "o diálogo das fontes é uma sistemática que permite a convivência de leis com campos de aplicação diferentes, campos por vezes converge e, em geral diferentes, em um mesmo sistema jurídico, que parece ser agora um sistema (para sempre) plural, fluido, mutável e complexo". (In MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: do "diálogo das fontes" no combate às cláusulas abusivas.* In Revista do Direito do Consumidor, 2003).

[13] NEGREIROS, Tereza. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. São Paulo: Renovar, 2002, p. 22.

constitucional passa a ser fonte suprema que deve direcionar todo o direto tanto público, quanto privado.

Destarte, todo o ordenamento jurídico passa a ter na Constituição a sua fonte de inspiração e obediência.

Segundo o entendimento que defende a constitucionalização do direito civil, toda a sua interpretação deve ser feita com base no conteúdo axiológico da Constituição, sendo a cidadania o seu elemento propulsor.

A vontade, na maioria dos contratos modernos, há de ser considerada a partir do exame em concreto das cláusulas gerais do novo direito civil-constitucionalizado, sobretudo da boa-fé objetiva, como regra geral de interpretação, além dos novos princípios que vão nortear as relações obrigacionais, quais sejam: princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da solidariedade social, da função social do contrato e princípio do equilíbrio econômico.

Diante da interpretação do direito civil através das normas previstas na Lei maior do Estado, teremos observado o que o Professor J.J. Gomes Canotilho descreveu como máxima efetividade das normas constitucionais, senão vejamos, in verbis:

> Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvida deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).[14]

Com efeito, cotejando-se o citado princípio da máxima efetividade constitucional, com o da força normativa da Constituição, tem-se que na solução dos problemas referentes à interpretação dos contratos privados, deve-se ter prevalência os pontos de vista da Constituição normativa a fim

[14] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª Edição. Almedina:Coimbra. P.1224. Universidade de Coimbra-Portugal

de que os seus princípios sejam observados, para que seja obtida uma eficácia ótima da lei fundamental.

Assim ao lado dos princípios da autonomia da vontade, e da liberdade contratual, deve ter em vista os princípios constitucionais acima mencionados.

Pelo princípio da força normativa da Constituição, no escólio do já citado Professor J.J. Gomes Canotilho, entende-se:[15]

> Segundo o princípio da forma normativa da Constituição na solução dos problemas jurídicos-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da Constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental. Consequentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a "actualização" normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência.

Aliás, o Professor Claus Wilhelm Canaris, lecionando sobre os direitos fundamentais e direito privado, citando o autor italiano Trabucchi ratifica o entendimento da constitucionalização do direito privado, senão vejamos:[16]

> (...)Assim, por exemplo, o compatriota inglês Markesinis fala, mesmo, de uma "constitutionalisation of private law", e tem aqui em vista uma tendência que vai muito além do círculo jurídico alemão. E encontrei este mesmo pensamento em Trabucchi, referindo-se ao Código Civil italiano. O Tribunal suíço, por sua vez, afirmou que "pelo menos a eficácia indirecta em relação a terceiros, no sentido de imperativo de interpretação as normas de direito privado em conformidade com os direitos fundamentais, é praticamente reconhecida por todos", e fez seu entendimento.

[15] Idem, ibidem. Op. Cit. p1226.

[16] CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos fundamentais e direitos privados*. Editora Almedina:Coimbra.2006. p 20-21. Universidade de Coimbra-Portugal

4. BREVE HISTÓRIA DA PROTEÇÃO LEGAL DOS CONSUMIDORES

A partir das alterações no cenário econômico mundial, encabeçado pela revolução industrial, viu-se um crescente desequilíbrio nas relações de consumo, acentuado pela grande concentração de capitais.

O código de Napoleão promulgado em 187l, não se reportou à proteção legal dos consumidores, tendo em vista a existência do contexto libera, já especificado amiúde nos itens anteriores, fazia a inserção das grandes corporações e sociedades mercantis como principais agentes econômicos.

Deste modo o direito do consumidor ficava sem amparo no ordenamento jurídico específico, sujeito ao direito dos contratos. No entanto, a aceleração nos negócios influenciada pela evolução tecnológica nos campos da comunicação e da informática, modificou a vida em sociedade, produzindo grandes transformações, com a concentração de capitais de empresas na produção e distribuição de bens de consumo, através de uma publicidade agressiva pondo ao conhecimento de toda a coletividade, nos centros de consumo.

Considerando as alterações econômicas, tornou-se necessário o surgimento de legislações especiais que contemplassem essa nova realidade. O Professor Mota Pinto afirmou que os contratos de consumo correspondem a uma "manifestação jurídica da vida moderna (subtítulo do conhecido estudo de Carlos Mota Pinto sobre o tema, publicado em 1973).[17]

Alguns países criaram leis específicas de proteção ao consumidor, como ocorreu em Portugal com o Decreto-Lei 446/85, alterado pelo Decreto-Lei 220/95 e a Lei 24/96 de 31 de junho. Outros países como Brasil, Itália, Franca já têm um Código Específico de Defesa do Consumidor.

Em verdade podemos afirmar que a promulgação de tais códigos de defesa dos consumidores, revela-nos a já mencionada ruptura na seara privada, mas a crise que abarca todo o sistema jurídico moderno, através de situações de fato, para as quais o sistema jurídico não apresenta soluções.[18]

---

[17] In, *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções*. PINTO MONTEIRO, António. Artigo publicado na Revista RTDC, REVISTRA Trimestral de Direito Civil. Ano 2, Vol. 7 de julho de setembro de 2001. Editora PADMA. Universidade de Coimbra-Portugal

[18] Cf. " (...) a desigualdade(entre consumidores e os grandes de detentores capitais) não encontra, nos sistemas jurídicos oriundos do liberalismo, resposta eficiente para a solução de problemas que decorrem de crises de relacionamento e de lesionamento vários que sofrem os consumidores, pois os Códigos se estruturam com base em uma noção de paridade entre as partes, de cunho abstrato.

Tanto no Brasil como em Portugal o direito do consumidor tem foro constitucional, ponto que será mais tarde abordado. A proteção constitucional liga-se à função do Estado de intervir em situações de desigualdade e desequilíbrio social.

Neste sentido, é o ensinamento de Luiz Edson Fachin, citando Antonio Carlos Efing, senão vejamos:

> Eros Roberto Grau sustenta que se trata de um princípio constitucional impositivo (Canotilho), a cumprir dupla função, como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e objetivo particular a ser alcançado. No último sentido, assume função de diretriz (Dworkin) – norma-objetivo – dotada de caráter constitucional conformador, justificando a reivindicação pela realização de políticas públicas. (destaque no original).[19]

Com efeito, a proteção constitucional dos direitos dos consumidores assegurou a existência digna e objetiva de tais consumidores, devendo a lei infraconstitucional criar todos os mecanismos para a lei maior possa ter eficácia prática, aplicando-se a gama infinita de relações de consumo, que ordinariamente são formadas através dos contratos de consumo.

4. O CONTRATO DE ADESÃO

Como já fora dito a sociedade moderna necessita de dinamicidade, planejamento, racionalidade e celeridade em suas relações econômicas.

A denominação contrato de adesão foi dada a essa técnica de contratação por Saleilles, quando analisou a parte geral do BGB alemão.[20]

Teceram-se sob o prisma patrimonial (...) e sob a égide da iniciativa privada como fator de propulsão da economia."BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor*. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 1991.p. 10.

[19] In, FACHIN, Luiz Edson . *As relações jurídicas entre o novo código civil e o código de defesa do consumidor: elementos para uma teoria crítica do direito do consumidor*. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil. Coleção Comissões. Vol. I – Repensando o Direito do Consumidor, p.31.

[20] GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª Ed. Editora Rio de janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 622.
GOMES ORLANDO. *Contratos.* Rio de Janeiro:Forense, 1999.

Outrossim, opõe-se ao contrato de adesão o denominado contrato de comum acordo, ou seja, aquele elaborado mediante negociação de todas as cláusulas pelas partes envolvidas no negócio jurídico, o chamado *contrat de gré à gré*.[21]

O contrato de adesão não se constitui numa nova modalidade de contrato ou categoria autônoma, mas somente técnica de formação do contrato, que pode ser aplicada a qualquer categoria ou tipo contratual, na busca da rapidez exigida pelas economias de mercado.[22]

Tal modo de contratação são típicos da sociedade industrial moderna, de produção em massa, distribuição em cadeia. A máxima expressão jurídica desta nova realidade, denominam-se: Contratos de Adesão, ou Cláusulas Gerais dos Contratos, Contratos "standards", Contratos Padrão. Sendo que os contratos de adesão diferem dos contratos comuns pelas suas especificidades, pelo perigo ou risco para o contratado ou simplesmente para o "aderente". Constituem em "uma manifestação jurídica da moderna vida econômica, conforme estudo de Carlos Mota Pinto publicado em 1973".[23]

Como ensina o Professor Doutor Antônio Pinto Monteiro, os contratos de adesão, possuem todas essas denominações:[24]

> Este interesse pelos contratos de adesão, pelas condições gerais dos contratos ou cláusulas contratuais gerais, pelos contratos "standard" ou contrato em série (a terminologia é variada e pode levantar problemas, como direi mais à frente), este interesse da doutrina em analisar tais contratos ou modo de contratação e do legislador em fixar o seu regime jurídico, dizia, corresponde à grande importância prática de que se revestem, na actualidade.

As empresas celebram contratos onde não há uma prévia negociação com os consumidores, este simplesmente limitam-se a aderir ao conteúdo

[21] GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*.8ª Ed. Editora Rio de janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 623.

[22] Ada Pellegrini e outros. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª Ed. Editora Rio de janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 623.

[23] In, PINTO MONTEIRO, António. *O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais*. Revista da Ordem dos Advogados. Ano 62, 2002. p.113.

[24] In, PINTO MONTEIRO, António. *O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais*. Revista da Ordem dos Advogados. Portugal. Ano 62, 2002. p.113.

material das cláusulas no seu conjunto, sem qualquer espécie de discussão, ou modificação.

Tais contratos são redigidos previamente e de forma unilateral, para uma quantidade indeterminada de consumidores.

Assim, é correto afirmar que os contratos de adesão negam a autonomia da vontade, já que o aderente não discute, uma a uma, as cláusulas que irá assinar.[25]

Nos contratos de adesão não há diálogo entre as parte, prevalecendo a vontade da parte econômica mais forte, a saber o empresário, as grandes corporações.

Ainda citando o Professor Doutor Antônio Pinto Monteiro destacamos que tais contratos implicam em risco para os consumidores, eis que surgem em três planos, a saber: na formação do consentimento, no da justiça contratual das cláusulas, e no dos modos de reação jurídica, particularmente no de ordem processual. Segundo o renomado autor, as características mais importantes do direito contratual contemporâneo, diz respeito a um grande número de contratos que são celebrados sob a égide das cláusulas previamente redigidas por uma das partes, sem que a outra possa alterá-lo, daí porque são chamados de contratos de adesão. Ressalta ainda o Professor as características da pré-disposição, a unilateralidade e a rigidez.[26]

A pré-disposição consiste na elaboração prévia de cláusulas que irão integrar o conteúdo de todos os contratos a serem celebrados no futuro. A generalidade das cláusulas está associada à característica da indeterminação, mediante a qual as cláusulas são previamente redigidas para um número indeterminado de pessoas. Possuem, ainda, um caráter de uniformidade a fim de promover a elaboração de contratos que sigam o mesmo padrão ou o mesmo tipo, ou "standard".[27]

---

[25] Nesta toada, enseja a proteção contratual do consumidor, em especial, no tocante aos contratos de massa, ou seja, aqueles que se desenvolvem por adesão. Em virtude de sua extensa utilização cotidiana, estes contratos por adesão negam o espaço próprio da autonomia da vontade na seara contratual não havendo a possibilidade de discussão e individualização contratual. In, FACHIN, Luiz Edson . *As relações jurídicas entre o novo código civil e o código de defesa do consumidor: elementos para uma teoria crítica do direito do consumidor*. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil. Coleção Comissões. Vol. I – Repensando o Direito do Consumidor, p.40.

[26] Cf. PINTO MONTEIRO, António. *O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais*. Op. Cit. p. 115. Universidade de Coimbra-Portugal.

[27] Dir-se-á que a produção em massa, distribuição em cadeia, contratos em série. São necessidades de racionalização, planeamento, celeridade e eficácia que levam as empresas a recorrer a este modo de contratar, eliminando ou esvaziando consideravelmente as negociações entre as partes. Mas se isto é assim no plano dos interesses que visam satisfazer, a verdade é que tais contratos apresentam

Nesta formação de contratação presume-se a aceitação em bloco por parte do consumidor aderente, de uma série de cláusulas pré-elaboradas unilateralmente.

Considerando as peculiaridades do contrato de adesão, o contratante deve dar conhecimento ao aderente do conteúdo das cláusulas contratuais geria que farão parte do contrato. Tal comunicação deve ser feita de forma clara, com antecedência a fim de que o aderente tenha o conhecimento antecipado das citadas condições gerais que integrarão o contrato. Nisto consiste o dever de informação, a fim de que o aderente possa compreender as cláusulas que compõem o instrumento contratual e que serão fonte de obrigações.

O Professor Luiz Edson Fachin leciona que o princípio da informação consubstancia-se no "princípio da veracidade, através do qual o fornecedor deve sempre prestar esclarecimentos sobre o produto ou serviço oferecido, que exerce papel complementar ao denominado dever de informar".[28]

O dever de informação de forma adequada, clara, cristalina constitui segurança para a empresa, eis que em caso de dúvida serão aplicados os brocardos jurídicos: "in dúbio pro consumidor" e "in dúbio contra estipulatorem". Neste sentido a doutrina da Professora Doutora Cláudia Lima Marques, no sentido de que a interpretação dos contratos de adesão deve ser feita no sentido mais favorável ao consumidor, principalmente em casos de dúvida ou lacuna do contrato. Só desta forma estaríamos assegurando a equidade e a justiça contratual.[29]

---

especificidades várias em face do contrato tradicional ou negociado, que o legislador pressupôs. Especificidades essas que não podem deixar de ser tidas em conta e que consistem na inclusão, no contrato de cláusulas prévia e unilateralmente redigidas, que não foram negociadas, antes elaboradas por outrem, para um número múltiplo ou indeterminado de contratos a celebrar no futuro. In, Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções. PINTO MONTEIRO, António. Artigo publicado na Revista RTDC, REVISTA Trimestral de Direito Civil. Ano 2, Vol. 7 de julho de setembro de 2001. Editora PADMA. Universidade de Coimbra-Portugal.

[28] In, FACHIN, Luiz Edson. *As relações jurídicas entre o novo código civil e o código de defesa do consumidor: elementos para uma teoria crítica do direito do consumidor*. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil. Coleção Comissões. Vol I – Repensando o Direito do Consumidor, p.39.

[29] "O primeiro instrumento para assegurar a equidade, a justiça contratual, mesmo em face dos métodos de contratação em massa, é a interpretação judicial do contrato em seu favor. Inspirado no art. 1370 do Código Civil Italiano de 1942, o CDM, em seu art. 47, institui como princípio geral a interpretação pró-consumidor das cláusulas contratuais. Relembre-se, porém, nesta quarta edição, que o art. 47 é iluminado pelo princípio da boa-fé, positivado no art. 4, III do CDC e a interpretação de todo o contrato de consumo deve (e será sempre) conforme às imposições da boa-fé objetiva. Segundo a regra tradicional do art. 85 do Código Civil, nas declarações de vontade dever-se-ia ""atender mais à sua intenção que ao sentido literal de sua linguagem", portanto, sob o pretexto de "procurar" a

Sobreleva-se destacar que a violação ao princípio da informação produzirá consequências severas para o empresário, visto que a cláusula será excluída do contrato. No entanto, as demais cláusulas serão mantidas, com recurso às normas supletivas aplicáveis ao caso.

O dever de informação deve ser exercido de forma completa, cuja redação deve ser suficientemente clara, de forma a impedir o aparecimento de cláusulas que produzam reação de surpresa, motivo de ardil, fraude.[30] Tais cláusulas violam ainda o princípio da boa-fé contratual. Este também o entendimento da Professora Doutora Ada Pelegrini Grinover, em comentários feitos na exposição de motivos do segundo substitutivo ao projeto de lei que criou o Código de Defesa do Consumidor brasileiro, senão vejamos:[31]

> "Na exposição de motivos do segundo substitutivo do deputado Geraldo Alckmin Filho, assim escrevi: "O Código prevê uma série de comportamentos, contratuais ou não, que abusam da boa-fé do consumidor, assim como de sua situação de inferioridade econômica ou técnica. É compreensível, portanto, que tais práticas sejam consideradas ilícitas per se, independentemente da ocorrência de dano para o consumidor. Para elas vige presunção absoluta de ilicitude. São práticas que aparecem tanto no âmbito da contratação como também alheias a esta, seja através do armazenamento de informações sobre o consumidor, seja mediante a

vontade "real", interna do aderente ao contrato, a jurisprudência brasileira foi evoluindo no sentido de interpretar cada vez mais positivamente para o consumidor as cláusulas de adesão, principalmente em caso de dúvida ou lacuna do contrato." In , Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. v. I. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT. P.742/743.

[30] "Na norma do art. 46, 2º, estipula o CDC um novo deve específico do fornecedor, que, na sociedade de massa, é normalmente o elaborador dos contratos oferecidos no mercado. A finalidade da norma é assegurar a informação ao consumidor, ou, como estamso querendo frisar, a transparência necessária nas relações de consumo. Tenta, desta maneira, evitar que o fornecedor utilize a sua superioridade econômica e mesmo técnica (departamentos jurídicos ou consultorias especializadas) para confundir o consumidor e por a ele obrigações que se tivesse compreendido o sentido do texto, não teria assumido. Este dever de relação clara será maior se o fornecedor desejar utilizar-se de métodos de contratação em massa, como esclarece o art. 54, § 3º, do CDC." MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. v. I. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT.p. 667.

[31] In, GRINOVER, Ada Pelegrini e Outros. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.* Op. Cit. p.361.

> utilização de procedimentos vexatórios de cobrança de suas dívidas".

No mais das vezes as partes não têm outra escolha, senão assinar um contrato onde não participaram da elaboração de suas cláusulas, pois necessitam do produto ou do serviço que está a contratar, visto ser fundamental para a sobrevivência na vida moderna. Apenas a título de argumentação, poderíamos indagar se é possível vivermos numa grande cidade, sem possuir uma conta bancária, contrato de seguro de automóvel, telefone celular, serviços de água, luz, internet?

Pois bem. A resposta que se impõe é que não dá para viver em um mundo globalizado sem o mínimo de bens de consumo, sem comprometer a qualidade de vida, de comunicação, de sobrevivência. Poderia alguém afirma que todos esses tipos de bens da vida são opcionais. Todavia, já distam tempos em que o homem saiu da caverna e foi ejetado para a vida em sociedade, onde a eficiência e celeridade são fundamentais.

Em alguns casos os consumidores assinam o contrato mesmo tendo conhecimento das cláusulas que por possuírem conteúdo técnico de grau elevado não permitem que o consumidor entenda o seu real significado. Necessitando do bem ou serviço assina o contrato.

Deste mesmo entendimento comunga o Professor Doutor Antônio Pinto Monteiro, catedrático da disciplina direito contratual da Universidade de Coimbra-Portugal, destacando que o aderente concorda com as cláusulas do contrato e o assina, muitas das vezes por falta de tempo ou preparação técnica, por resignação, conformismo ou porque tem consciência de que pouco ou nada lhe adianta ler o conteúdo do contrato, bem como não se interessa em conhecer as suas condições.[32]

5. CLÁUSULAS ABUSIVAS

São as que notoriamente são desfavoráveis à parte mais fraca na relação contratual, o que torna inválido o contrato pela quebra do equilíbrio entre as partes.

Sempre que for verificado este desequilíbrio entre as partes o Tribunal poderá reconhecer a abusividade de uma cláusula pautada nos princípios da

[32] Cf. PINTO MONTEIRO, António. *O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais*. Op. Cit. p. 122. Universidade de Coimbra-Portugal

boa-fé e da observância do sistema de proteção do consumidor.

Os contratos de adesão são campo fértil para o desenvolvimento das cláusulas abusivas, surgindo a necessidade da intervenção judicial para tutelar uma das partes da relação contratual, normalmente o consumidor como a parte mais frágil, vulnerável do negócio jurídico.[33]

Sobreleva-se destacar que as cláusulas abusivas violam o princípio da boa-fé contratual na medida em que as partes não atentam para as regras da ética e da moral, no que pertine as virtudes da honestidade, da lealdade, da correção e probidade que devem reger todas as relações jurídicas.

Ora a função das normas de proteção do consumidor é estabelecer, na medida do possível, o equilíbrio contratual entre as partes, movido pelo princípio da função social do contrato, já devidamente analisado em tópico anterior.

A proteção do consumidor em Portugal está prevista na carta magna portuguesa em leis esparsas. O Decreto-Lei 446/85 de 25 de outubro, defende o consumidor contra as cláusulas abusivas nos contratados de adesão, estipulando que todas as cláusulas que violarem a proteção do consumidor, serão nulas.

O referido Decreto-Lei dispõe ainda de cláusulas que elenca como proibidas de forma absoluta e de forma relativa. E ainda dispõe que as cláusulas gerais proibidas por disposição o citado diploma serão nulas, nos termos nele previstos.

No que diz respeito às cláusulas proibidas em contratos de adesão podemos afirmar que a legislação portuguesa seguiu o modelo alemão, na forma de controle através do mencionado Decreto-Lei 446/85.

A nulidade pode ser absoluta sendo aquelas indicadas nos artigos 18º e 21º tratando-se de consumidores finais, ou apenas 18º tratando-se de

[33] "A proteção do consumidor, o reequílibrio contratual vem *a posteriori*, quando o contrato já está perfeito formalmente, quando o consumidor já manifestou a sua vontade, livre e refletida, mas o resultado contratual ainda está inequitativo. As normas proibitórias de cláusulas abusivas são normas de ordem pública, normas imperativas, inafastáveis pela vontade das partes. Estas normas do CDC aparecem como instrumento do direito para restabelecer o equilíbrio, para restabelecer a força da "vontade", das expectativas legítimas, do consumidor, compensando, assim, sua vulnerabilidade fática. Se no direito tradicional, representado pelo Código Civil de 1916 e pelo Código Comercial de 1850, já conhecíamos normas de proteção da vontade, considerada a fonte criadora e, principalmente, limitadora da força vinculativa dos contratos, passamos a aceitar no Brasil, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a existência de valores jurídicos superiores ao dogma da vontade, tais como a equidade contratual e a boa-fé objetiva, os quais permitem ao Poder Judiciário um novo e efetivo *controle do conteúdo* dos contratos de consumo. In, MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. v. I. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT.p. 766.

empresários. Ainda na esteira da proteção das cláusulas contratuais gerais que farão parte dos contratos de adesão, tem-se as cláusulas relativamente proibidas constantes dos artigos 19º a 22º para consumidores finais. Para empresários a norma só previu o artigo 19º. As cláusulas relativamente proibidas permitem ao Tribunal a sua apreciação em cada caso concreto, segundo um modelo objetivo. Necessitam de declaração judicial. As cláusulas absolutamente independentes não necessitam de declaração judicial porque são proibidas de pleno direito.

6. MEIOS DE CONTROLE

O controle dos cláusulas contratuais gerais que vão integrar os chamados contratos de adesão pode ser feito por duas maneiras. A primeira maneira é através do controle preventivo exercido através da ação inibitória ou através das ações singulares. As primeiras podem ser intentadas pelo Ministério Público, associações de defesa do consumidor dotadas de representatividade, no âmbito previsto na legislação respectiva, associações sindicais, profissionais ou de interesses econômicos legalmente constituídas, atuando no âmbito das suas atribuições.

As segundas são intentadas pelos consumidores, individualmente, após a celebração dos contratos, com a consequente violação de seus direitos.

Sobre a ação inibitória, vê-se que o legislador português a consagrou através dos artigos 25º e seguintes do referido Decreto-Lei. Este tipo de controle ocorre sobre as cláusulas contratuais gerais antes da celebração do contrato concreto, efetivo. Atua em tese, ou seja, somente tem por objetivo o conteúdo das cláusulas contratuais gerais e não sobre o contrato efetivo, celebrado entre as partes. A directiva 93/13/CEE, artigo 7º afirma que este controle existe para as cláusulas redigidas de forma generalizada. O controle preventivo atua através da ação inibitória e só funciona perante as cláusulas contratuais gerais. Se as cláusulas tiverem os requisitos da predisponibilidade, uniformidade e rigidez, e não possuírem os requisitos da generalidade e da indeterminação, não pode haver o citado controle preventivo. Essas cláusulas estão presentes nos contratos de fornecimento de energia, água, luz, telefone, transporte, seguros e bancários. A empresa redige o conteúdo das cláusulas contratuais gerais a fim de que sejam utilizadas em futuros contratos de adesão de forma generalizada. Somente o Poder Judiciário poderá declarar a proibição deste tipo de cláusula através do controle

inibitório. Tal tipo de controle apresenta vantagens e desvantagens. As primeiras são que o Decreto-Lei 446/85 criou um largo espectro de entes legitimados para o exercício da ação, conforme já mencionado. Isto implica em reais benefícios para os consumidores que não terão que perder tempo e dinheiro em disputas judiciais. Ademais, como é sabido, poucos são os consumidores que conhecem os seus direitos previstos no Decreto-Lei e na Lei nº 24/96 de 31 de julho. A desvantagem seria a falta de atribuição de efeitos vinculativos e "erga omines" à citada ação. Quer isto dizer que o comando judicial proibitivo só vale para a empresa demandada que está usando cláusulas gerais proibidas e não vale para outras empresas que estejam usando as mesmas cláusulas e com idêntico teor abusivo.

7. CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais dos consumidores estão previstos na Constituição Portuguesa no artigo 60, I. A citada norma fundamental define os direitos dos consumidores como direitos fundamentais.

A revisão constitucional de 1997 passou a dispor que a proteção dos consumidores, constitui incumbência prioritária do Estado, ou seja, o ente estatal tem o dever de garantir a defesa dos interesses e os direitos dos consumidores.

O Professor Vieira Andrade, catedrático da Universidade de Coimbra, afirma que foi a revisão de 1989 que consagrou os direitos dos consumidores no catálogo dos direitos fundamentais, afirmando ainda que: "Os direitos dos consumidores têm, pois, de considerar-se, na ordem jurídica constitucional portuguesa, pelo menos como direitos formalmente fundamentais, incluídos no conjunto formal dos direitos mais importantes atribuídos às pessoas".

Prossegue o Professor Vieira Andrade que o fato de os direitos dos consumidores terem sido catalogados como direitos fundamentais não faz com que os mesmos sejam automaticamente transformados em direitos naturais, ou seja, como manifestação primária da dignidade da pessoa humana, válidos em todos os tempos, para qualquer indivíduo, por ser uma pessoa.

Isto porque os direitos naturais são anteriores e superiores ao Estado. As Constituições não o criam, antes pelo contrário, limitam-se ao seu reconhecimento formal.

Também assevera ainda que os direitos dos consumidores não constituem

direitos humanos, visto que esta categoria de direitos são direitos das pessoas reconhecidos na comunidade internacional.

Os direitos dos consumidores não correspondem ao tipo originário dos direitos fundamentais nascidos nos fins do século XVIII, com o Estado Absoluto, nem são expressão da cidadania democrática. Não tratam das liberdades e muito menos da vida política da sociedade organizada.

São classificados como direitos de terceira geração, ou seja, direitos econômicos e sociais, os quais encontram-se presentes na sociedade de consumo e distribuição em massa de bens e serviços, de elaboração de contratos em série. Esta é a razão pela qual os direitos dos consumidores foram alçados ao patamar de direitos fundamentais, devido a necessidade de proteger as pessoas enquanto consumidoras de bens e serviços, no contexto das relações econômicas dentro de uma sociedade de distribuição em massa. Neste contexto, verifica-se que a liberdade contratual não mais reina soberana como na época do Estado Liberal como ocorreu até meados do século passado. Na sociedade pós-moderna, o consumidor precisa ser protegido porque representa um número a mais, representado por um código de barras, nas relações contratuais, segundo o ponto de vista das grandes empresas e conglomerados econômicos. Foi-se o tempo em que as partes se sentavam para discutir ponto por ponto do contrato a ser celebrado, onde cada cláusula era discutida, e se aprovada, integraria o contrato futuro, por ser a negociação resultado da vontade bilateral. Hoje não há espaço para a figura do contrato tradicional, fruto do acordo de vontade das partes. As cláusulas são pré-formuladas de maneira unilateral e rígida, ou seja, são formuladas precisamente para integrarem um número indeterminado de contratos em série. São as chamadas cláusulas contratuais gerais, elaboradas pelas empresas, ou mesmo por terceiros, a mando desta última. Ao consumidor de bens e serviços não resta outra alternativa a não ser aceitar as cláusulas contratuais gerais unilateralmente escritas, pois, necessitam da maioria dos bens e serviços que a vida moderna exige. Neste diapasão encontramos os contratos de fornecimento de água, luz, telefone, internet, gás natural, seguros, bancários e tantos outros.

Tem-se que a parte hipossuficiente e vulnerável nestes contratos modernos é o consumidor, parte facilmente ludibriada, pois, não tem outra alternativa de obter os bens da vida que deseja ou necessita senão pela aceitação "in totum" do conteúdo destes contratos. Ainda que a parte venha a discutir algumas questões, verifica-se que no geral, ou seja, na parte essencial, o

contrato é inflexível. Há uma necessidade premente na vida moderna de se obter os bens de consumo, pois, hoje não é mais possível viver sem um aparelho telemóvel, ou sem os serviços de internet, sob pena de ficar ilhado do mundo, em face da falta de comunicação.

Neste contexto econômico-social surge a necessidade de tutelar o consumidor, por ser a parte vulnerável da relação contratual.

Portugal possui uma tutela efetiva dos consumidores, concretizada através da Lei Fundamental, ou seja, a Constituição do Estado português, possuindo ainda, directivas da comunidade europeia, leis infraconstitucionais e decretos-leis. Esta proteção visa à tutela de aspectos pessoais do direito do consumidor, visto tratar da proteção da vida, saúde, segurança e qualidade de vida. O conceito de direito do consumidor português restringe o seu alcance para as relações contratuais celebradas entre consumidores e profissionais, na aquisição de bens para uso não profissional. Reconhecem-se, através da legislação portuguesa, os direitos à qualidade dos bens e serviços consumidos, direito à formação e à informação, direito à proteção da saúde e da segurança, direito à proteção dos interesses econômicos e direito à reparação dos danos.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10 dezembro de 1998. Cópia mimeo.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor*. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 1991.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos fundamentais e direitos privados*. Editora Almedina:Coimbra.2006.

FACHIN, Luiz Edson fachin. As Relações Jurídicas entre o novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor: elementos para uma teoria crítica do Direito do Consumidor. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil. Coleção Comissões. Vol I – Repensando o Direito do Consumidor.

GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª Ed. Editora Rio de janeiro: Forense Universitária, 2004.

GOMES ORLANDO. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

J.J. Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª Edição. Aldemina:Coimbra.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. v. I. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT.
MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: do "diálogo das fontes" no combate às cláusulas abusivas*. Revista do Direito do Consumidor, 2003).
MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 4ª edição por Antonio Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra Editora, 2005.
PINTO MONTEIRO, António. *O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais*. Revista da Ordem dos Advogados. Ano 62, 2002. Revista RTDC, REVISTA Trimestral de Direito Civil. Ano 2, Vol. 7 de julho de setembro de 2001. Editora PADMA.
THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro, 2004.

PROCEDIMENTOS NOTARIAIS À LUZ DA LEI 11.441/07 E DA EC 66/2010: PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E DA ECONOMIA PROCESSUAL

Gicélia Oliveira de Santana, Licenciada em Letras Vernáculas pela UFS, Bacharela em Direito graduada pela UNIT, Especialista em Gerontologia Social pela UFS, Especialista em Direito Civil pela UNIT, Auditora Fiscal da Receita Federal do Brasil, aposentada, Advogada (exerceu a advocacia no período de 02/2001 a 11/2007). Atualmente é Tabeliã, por aprovação em concurso do TJ/SE. Aluna de Pós-Graduação em Processo Civil pela PUCSP/ESMESE/CPCMarcato.

RESUMO: Nos idos de 2004 a imprensa criticava severamente o Poder Judiciário, dentre outros, por atos de corrupção, nepotismos e morosidade. Estes atos, principalmente a morosidade, resvalam no cidadão brasileiro e, atendendo ao clamor da sociedade, o legislador respondeu com a votação da Emenda Constitucional nº 45/2004, conhecida por todos como Reforma do Poder Judiciário. A partir daí, algumas leis foram votadas, inclusive a 11.441/07, cujo objetivo era desafogar o Poder Judiciário e, consequentemente, prestar ao cidadão um serviço mais ágil, condizente, pois, com a velocidade global. A necessidade de um processo mais veloz, e por isto, mais justo, motivou o Poder Legislativo a continuar com as reformas, culminando com a recente aprovação da EC 66/2010, abolindo, assim, todos os prazos exigíveis para a consumação do Divórcio. O Poder Constituinte Derivado, atento aos anseios da sociedade, com esta medida, dar mais um passo para a consolidação da Reforma do Judiciário. O presente trabalho pretende verificar a efetividade da celeridade e, ainda, a economia processual trazida pela Lei, que retira da esfera judicial atividades que já eram, a muito consideradas administrativas, colocando-as nas mãos dos notários, profissionais de direito dotados de fé pública, cujo instrumento de trabalho é a escritura, e torna, também, o Divórcio mais célere, por isso, mais condizente com velocidade do século XXI.

PALAVRAS-CHAVE: Notários; escritura; Lei nº 11.441/07; Emenda

Constitucional 66/2010; celeridade e economia processual.

SUMMARY: The Judiciary System has been criticized for the press, among other things, for corruption, nepotism and slowness. These facts – mainly slowness – affect the Brazilian citizen. In order to give an answer to the society complaints, legislators prepared a constitutional correction number 45, known as Judiciary System Reform. From then on some laws were voted, including the 11.441/07, making the work faster and offering a better service to all citizens, following the global modernization.
The necessity of faster processes and, as a result fairer ones, was the main reason to the Legislative Power passes a Constitutional Amendment no. 66/2010 which abolishes all the previously necessary time demanded to get a divorce. This was an important step to the Derived Constituent Power to consolidate the Judiciary System Reform.
This work intends to check the efficiency, the celerity and the processual economy of this law that takes the activities away from the Judiciary System to the Legal Professionals responsibilities, whose work instrument is the charter, making the divorce a judicial proceeding much simpler and quicker, according to the XXI century way of life.

KEYWORDS: Notaries; charters; Law nº 11.44/07; Constitutional Amendment 66/2010; celerity and processual economy.

INTRODUÇÃO

O mundo tornou-se uma aldeia, graças à comunicação, principalmente à internet. O que acontece em qualquer parte do planeta rapidamente chega a todo e qualquer lugar. De marte, da lua, da China, do Japão, da Europa, enfim, de cada canto, o mais longínquo que for, toda comunicação chega ao Brasil, rapidamente. É a era da comunicação e da velocidade. O Brasil está inserido nesta velocidade e, consequentemente, colhendo os bônus deste progresso. O país avança na economia, na aviação, na indústria naval, na agricultura, na medicina, na ciência e em vários campos. Paradoxalmente, o Brasil não avança com a mesma velocidade, em alguns setores, por exemplo, na educação, e isto o impede de se tornar uma Nação desenvolvida. O Poder Judiciário, também, possui problemas estruturais, dentre eles, a

demora na prestação judicial, perdendo, pois, em velocidade, apesar de possuir experiências qualitativas bem-sucedidas. Outros países, como os Estados Unidos da América do Norte, valeram-se da velocidade do mundo contemporâneo e adaptaram os seus Poderes Judiciários a esta realidade.

Por que no Brasil a Justiça é tardia? Não se pode atribuir esta morosidade à incompetência dos seus membros. A quantidade de magistrados, também não é a causa, pois o Brasil não está dentre os países de menor quantidade de magistrados. O fato é que, apesar da comunicação se fazer em frações de segundo, o Brasil, falando em Judiciário, não pode apostar corrida com muitos países do mundo, inclusive com a Alemanha, que possui um sistema processual semelhante ao nosso.

A causa desta morosidade está no rígido sistema processual brasileiro. Conforme CÉSAR (2008), o Direito Romano continua lindo e eficiente até hoje, mas é preciso adaptá-lo ao mundo contemporâneo, para que os magistrados atuais, continuem com o mesmo prestígio que tinham os seus pares do passado império romano, e o cidadão não se sinta frustrado em suas expectativas. Se assim não for feito, o Judiciário continuará num *mar de processos.* É como se o Brasil estivesse transportando, em carros-de-boi, a sua grande produção de minérios.

Diante deste caos, o cidadão vê o seu direito retardado e muitas vezes violado em face da impunidade produzida pelo tempo. O Poder Judiciário não consegue atingir o escopo do Direito, que é a paz social. A insegurança e o descrédito no Judiciário, poderá causar verdadeira ebulição social.

Conforme LARA (2008) este afastamento da pacificação social em face da morosidade, faz perecer o direito, trazendo efeitos maléficos, como a especulação, a insolvência, podendo, ainda, ser instrumento de pressão e ameaça social. Urge, portanto, uma solução e o marco desta solução é a Lei dos Juizados Especiais que data de 1995. Esta lei, ou seja, a Lei nº 9.099/95 foi elaborada visando um procedimento mais rápido, para tanto, priorizou a oralidade, o informalismo e economia processual. Conforme LUNARDI (2008) "o escopo da lei era dar efetividade ao princípio constitucional à justiça e de proporcionar uma resposta célere e eficaz aos conflitos". Hoje, passados 13 anos, no entender da autora deste artigo, os objetivos da referida lei só foram atingidos, apenas, quanto à efetividade do acesso à justiça. Os processos se avolumaram e, o que era para ser célere, dura longos anos, pelo menos no âmbito do Direito Civil.

O objetivo deste trabalho não é a discussão da Lei dos Juizados

Especiais, mas, convém ressaltar, que a celeridade pretendida e não obtida pela mesma, foi buscada à custa, às vezes, de princípios constitucionais e processuais, a exemplo da eliminação de muitos recursos, portanto, é uma lei ideologicamente questionável.

Nos dias atuais o Poder Judiciário continua exposto a críticas da imprensa e do povo, que continuam a exigir uma prestação jurisdicional econômica, célere e eficaz. Reconhecem os membros deste Poder, que a busca continua, a exemplo do que disse a Ministra do STF Carmem Lúcia Antunes, *apud* (LARA, 2008): "a morosidade da prestação jurisdicional tem frustrado direitos, desacreditado o poder público, especialmente o Poder Judiciário, e afrontado os indivíduos".

O apelo de CÉSAR (2008), para que os legisladores saíssem da indiferença e criassem novas leis capazes de colocar o Código de Processo Civil em consonância com o mundo contemporâneo, caiu em terra fértil. Algumas leis foram editadas, a partir da Emenda Constitucional nº 45, a exemplo da Lei nº 11.441/2007 e da Emenda Constitucional nº 66/2010, que são os focos deste trabalho.

A dita lei veio na esteira da Reforma do Poder Judiciário, transferindo a jurisdição voluntária, no âmbito do Direito de Família, para ser exercida pelos Cartórios Extrajudiciais. O objetivo deste trabalho é, pois, verificar a efetividade dos princípios da celeridade e da economia processual, com o advento da Lei 11.441/2007, e agora, com a EC/66.

Buscando atingir este objetivo, após a introdução, partiu-se da revisão da literatura que abordou: o notário, relevância da função, definição e origem; a escritura, que é instrumento de fé pública elaborada pelos notários, que transmite certeza e segurança às partes; a Lei nº 11.441/07: que trata da primazia dos princípios da autonomia das partes e da autonomia privada; princípios da celeridade e da economia processual; A Emenda Constitucional 66/2010: cujo objetivo foi tornar mais célere a desconstituição do vínculo matrimonial, abolindo os prazos e, consequentemente, a etapa intermediária da separação legal ou de fato. Em seguida abordou-se o percurso metodológico do trabalho e, por fim, a conclusão, que visa a responder às questões formuladas quanto à efetividade da Reforma do Judiciário, com o advento da lei, e os benefícios que a dita lei gerou na sociedade e, no que se refere à Emenda Constitucional 66, qual o posicionamento dos operadores do direito quanto ao desaparecimento do instituto da separação do ordenamento jurídico brasileiro.

REVISÃO DA LITERATURA

2.1 NOTÁRIOS: RELEVÂNCIA DA FUNÇÃO, DEFINIÇÃO E ORIGEM

O escopo do Direito é a pacificação social e o notário em suas atribuições cotidianas, exerce este múnus com eficácia. A serventia é palco de consultas as mais diversas possíveis, atuando este profissional como assessor jurídico qualificado e como efeito prático atua na prevenção de litígios judiciais desnecessários desafogando, assim, o Poder Judiciário.

O cidadão procura o cartório de maneira cautelar, isto é, certifica-se para poder tomar decisões de ordem pessoal ou patrimonial. Esta abordagem inicial do cidadão com o notário é fundamentada na confiança que a sociedade deposita no profissional. Do homem comum aos letrados, todos veem nos notários aquele que lhe transmite certeza e estabilidade. Ele vai em busca de segurança e é dever do notário atendê-lo desde a simples consulta à lavratura de qualquer ato.

O notário, profissional do Direito, recebe uma delegação do Poder Público para formalizar a vontade das partes quando estas procura-no, para dar autenticidade aos seus atos e negócios que exijam fé pública. Conforme FERREIRA (2000, p. 131), *apud* BENÍCIO (2005): "notário é um oficial público, que por meio dos seus conselhos informa com imparcialidade sobre a natureza e as consequências jurídicas dos atos que se deseja elaborar e que, por esse papel, tornou-se um agente de prevenção de litígios". A relevância da atividade notarial está implícita na própria definição.

Dentro do pensamento de BENÍCIO (2008), o notário passou por vários momentos culminando com a constitucionalização desta atividade de acordo com a Constituição Federal de 1988. Segundo o autor, num primeiro momento da civilização a vida humana viveu numa época de comunicação por símbolos evoluindo para a palavra falada. Neste segundo momento os negócios eram fáceis e em quantidade pequena o que possibilitava a boa-fé, o respeito à promoção e aos pactos, satisfazendo, assim, as exigências jurídicas, através dos testemunhos das assembleias populares.

Com o desenvolvimento das relações sociais os negócios passaram a uma complexidade maior e a prova das convenções passou da palavra falada para os documentos escritos. Neste momento, necessário se fez um intermediário, que tivesse boa caligrafia. Nasce, aí, o embrião do notário, para dar a forma

solene e a fé pública.

Até meados do século XIII não se via o notário com qualidade de oficiais públicos, mas o seu ofício confundia-se com o do juiz. Com o passar do tempo, o juiz delegou esta atividade a chanceleres e escrivães que se esmeraram surgindo a classe de oficiais públicos recebendo delegação do poder soberano para praticar atos e contratos.

No Brasil, a primeira notícia de notário é trazida logo com o descobrimento. A carta de Pero Vaz de Caminha é a certidão de nascimento do Brasil e, também, o primeiro ato notarial. A fé de ofício do escrivão da frota perdura até os nossos dias. Ainda dentro do que prescreve BENÍCIO (2008), é o período dos escrivães e chanceleres que recebiam delegação do soberano. Juridicamente, na terra descoberta vigiam as ordenações Afonsinas e depois as Filipinas. Ainda nesta fase os monarcas concediam delegação para este mister, passando de oficiais públicos para privados, no entanto, com o recebimento dos atos prestados através dos cofres públicos. Segundo o mesmo autor, nas ordenações Filipinas a atividade notarial cabia ao Monarca que escolhia qualquer pessoa com dignidade para atribuir-lhe a concessão. Quanto a esta concessão, ERPEN (1999), apud BENÍCIO (2008, p. 44), dá notícia de que os: "atos notariais e registrais não decorrem propriamente de delegação; seriam, antes, instituições da comunidade, pré-jurídicas, advindas não de ato administrativo, ou da vontade política do governante, mas de um fenômeno sociojurídico objetivando a segurança dos indivíduos em sociedade".

Ainda segundo BENÍCIO (2008), já no século XIX, o notário perde a independência, pois passa a ser subordinado ao Poder Judiciário. Este é o ponto de vista do autor citado, para ele, ser subordinada ao Poder Judiciário é perda de independência, mas já na segunda metade do século o notário recebia a delegação após aprovação em concurso, era vitalício e proprietário do cartório, mas só podia repassá-lo, no entanto, com a licença do Rei. O autor considera esta a primeira etapa do notariado brasileiro.

A segunda etapa, que corresponde ao ano de 1827, é a desvinculação das serventias de qualquer direito de propriedade. Os notários são escolhidos por idoneidade, são pagos pelos cofres públicos, e a terceira etapa, corresponde à constitucionalização do notário, sendo a atividade notarial exercida por um oficial de justiça, conforme a Constituição de 1946.

A Constituição de 1967 sofreu uma Emenda em 1977 e manteve os notários oficializados e pagos pelos cofres públicos, já a Constituição de 1988

torna privado o regime dos notários, até os dias de hoje. Portanto, segundo a atual Constituição, o notário é um profissional do direito que recebe a delegação, após aprovação em concurso de provas e títulos, exercendo a atividade em caráter privado e recebe emolumentos advindos das partes. O notário transforma a vontade das partes em documento escrito que tem fé pública e gera presunção de certeza e segurança. O documento escrito usual do notário é a escritura.

2.2 ESCRITURA PÚBLICA: INSTRUMENTO DE CERTEZA E SEGURANÇA

Segundo CAHALI (2007 p. 18):

> "O tabelião é o Estado a serviço dos particulares" e para exercer esta dualidade o tabelião está sujeito a princípios. Dentre os princípios que tutelam a atividade notarial está o da segurança jurídica. O particular precisa sentir que a sua vontade será transformada em um instrumento escrito sério e seguro. O instrumento principal do notário é a escritura. O artigo 215 do Código Civil assim define a escritura: "A escritura pública, lavrada em notas do tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena".

BRANDELLI (2007, p. 273) diz: "A escritura pública é o ato notarial mediante o qual o tabelião recebe as manifestações de vontade endereçadas a criação de atos jurídicos". Portanto, a escritura contém um ato jurídico, mas não é o próprio ato jurídico.

Vê-se, pois, que o tabelião tem na escritura o instrumento de trabalho capaz de criar, modificar ou extinguir o direito da parte. O cliente, segundo SANDER (2008), quer um direito indisputável.

Apesar de todas estas exigências de certeza e segurança, a escritura não é uma forma rígida, mas deve ser irretocável e inabalável. Existe no ordenamento jurídico vários tipos de escritura, quais sejam, compra e venda, doação, cessão de direitos, declaratórias, separação, divórcio, inventário, etc. existindo, ainda, possibilidades diversas de as criar, obedecendo, naturalmente, aos limites impostos pela lei.

A redação do ato é a que mais se adequar ao tabelião ou notário, entretanto, a escritura deve conter a clareza necessária aos requisitos da lei. As partes devem ser identificadas através dos documentos apresentados, mas se o tabelião os conhece pessoalmente estes documentos são dispensáveis. Se as partes não são conhecidas do tabelião e não estão portando os seus documentos a escritura pode ser lavrada, se as testemunhas apresentam-se com documentos e declaram sob as penas da lei que conhecem as partes.

A escritura deve ser lavrada em idioma nacional e nela estar escrito a cidade e a data da lavratura contendo, também, as assinaturas das partes, das testemunhas, quando a lei o exigir, e do tabelião ou do escrevente que a redigi-la. Por fim, o negócio ou ato jurídico deve ser claro e preciso, para dar segurança ao ato.

Ressalte-se que existem atos jurídicos que exigem a forma de escritura, sob pena de ser considerado um ato inválido, a exemplo da cessão de direitos hereditários, da separação, do divórcio, sobre imóveis, embora neste caso comporte exceções, a exemplo do contrato de compromisso de compra e venda, a instituição do bem de família *inter vivos* e outros. Mesmo quando não é obrigatória esta forma, qualquer ato, no entanto, pode ser formalizado através da escritura.

O tabelião deve estar atento para algumas exigências da lei quando da feitura da escritura. No caso do divórcio, por exemplo, deve ser exigida a certidão de casamento em sua forma original ou autenticada e esta certidão deve ser recente, isto é, 30 dias. Quando é um inventário exige-se o atestado de óbito, comprovação da qualidade de herdeiros, títulos aquisitivos dos bens a inventariar e pagamento do imposto estadual de transmissão *causa mortis.* Quando o ato jurídico é a compra e venda de imóveis deve ser exigido o título aquisitivo do bem devidamente registrado no cartório imobiliário, a certidão negativa do Imposto sobre a propriedade Territorial Urbana - IPTU e o pagamento do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis - ITBI. As exigências citadas não esgotam a quantidade exigida. Podendo existirem outras.

Os atos lavrados serão registrados em livros cartorários numerados. Ressalte-se que estes livros já foram muito rígidos e escritos à mão hoje, no entanto, as escrituras são redigidas em folhas soltas e arquivadas cronologicamente e numericamente, de acordo com as exigências do mundo moderno.

Segundo SANDER (2008 p. 2):

> "O cumprimento dos requisitos legais para a lavratura dos atos notariais são obrigatórios aos notários. E' nesse momento que o tabelião afirma sob sua fé os fatos que presencia e os documentos que confere, dotando-os de autenticidade e, exercendo assim, a fé pública extrajudicial".

2.3 LEI Nº 11.441/07: PRIMAZIA DOS PRINCÍPIOS DA AUTONOMIA DAS PARTES E DA AUTONOMIA PRIVADA

Quando se falou sobre a origem do Notário, viu-se que, nos meados do século XIII, os juízes delegaram algumas de suas funções para chanceleres e escrivães. Era o embrião do notariado. Agora, no século XXI, o Poder Legislativo retira funções do magistrado para acometê-las aos notários. É a primazia da autonomia das partes e do princípio da autonomia privada o que concretiza uma tendência contemporânea universal. Conforme CRUZ (2008, p. 12):

> "ao tempo em que se elimina qualquer discussão sobre a causa do divórcio, é justo que seja oferecido às partes um caminho simplista, para dissolução da sociedade conjugal, afastando a intromissão do Estado e possibilitando ao casal o fim do casamento, por um simples ato notarial".

Há muito que a doutrina chama a atenção para a desnecessidade da jurisdição voluntária, já que eram atos meramente administrativos e, enfim, surge a Lei 11.441/07 que é um marco no Direito de Família.

Majoritariamente a comunidade jurídica aprovou a nova lei, no entanto, algumas vozes isoladas se manifestaram contrárias a sua entrada no ordenamento jurídico, chegando a considerá-la um dispositivo legal *nat morto.* Mas o fato é que a lei é boa e está em plena vigência e beneficiando a sociedade, não só por desafogar o Poder Judiciário para atender às necessidades contenciosas, com também, facilitando a vida da sociedade. Apesar da aprovação quase unânime da comunidade jurídica, faz-se uma crítica quanto à inexistência dos 45 dias da *vacatio legis,* segundo os operadores do direito, esta foi uma lacuna nefasta, pois pegou os cartórios de inopino. A autora deste trabalho, no entanto, não vê ausência da *vacatio*

legis, tendo em vista que a referida lei é essencialmente processual, portanto, entrando em vigor imediatamente. Sobre o assunto CAHALLI (2007, p. 63), assim se pronunciou: "a Lei 11.441/07 altera dispositivos do Código de Processo Civil, e é lei que modifica norma procedimental. As normas procedimentais têm sua aplicação imediata".

Outra polêmica dos operadores de direito prende-se à questão: a lei faculta às partes a escolha da via administrativa ou esta é obrigatória? Sobre o assunto manifestou-se FARIAS (2007 p.66):

> "tem-se que, de regra (salvo em hipóteses específicas), não se apresenta necessária a propositura de uma ação de separação ou divórcio consensuais, pois todos os efeitos pretendidos podem ser obtidos através de escritura pública, lavrada perante o tabelião. Por conseguinte, faltará uma das condições de ação, implicando a resolução do processo, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267 do Código de Processo Civil".

CRUZ (2008, p. 11) afirma que: "iniciado o procedimento pela via administrativa, junto ao tabelionato, as partes podem desistir e optarem pela via judicial". No entender da autora deste artigo, quando iniciado o procedimento pela via administrativa, se surgir conflito, evidentemente, que as partes deverão migrar para a via judicial. Portanto, não é uma opção e sim um imperativo".

A única novidade da lei foi o deslocamento da competência judicial para a área administrativa através da via cartorária, mas na essência nada foi mudado. Continuam as obrigações legais quanto ao tempo de casamento e de separação, isto é, para pleitear a separação deve o casal obedecer ao tempo mínimo exigível de um ano. Quanto ao divórcio necessário se faz o lapso temporal de dois anos de separação de fato, comprovada por duas testemunhas, ou um ano de separação judicial ou jurídica.

A presença do advogado foi mantida para preservar os interesses das partes, que às vezes são conflitantes, embora seja requisito primordial o consenso das partes e a ausência de filhos menores ou incapazes.

Se as partes acordarem quanto ao pagamento de prestações alimentícias a um dos cônjuges, cabe ao Tabelião mencionar na escritura, entretanto, a doutrina e a jurisprudência ainda estão questionando se a escritura é título

executivo para pleitear o não pagamento dos alimentos acordados. Existe quase unanimidade doutrinária e jurisprudencial de que a escritura não tem força para exigir a prisão civil do devedor dos alimentos.

O legislador teve o cuidado de preservar os interesses das partes, pois até a gratuidade requerida em juízo, pode ser pedida em cartório, mesmo que o advogado seja constituído com ônus.

Quanto ao inventário, além do requisito exigível da consensualidade e da maioridade e capacidade dos herdeiros, exige-se, também, a inexistência de testamento.

Por fim, ressalte-se, que havendo processo judicial em curso, de separação, divórcio ou inventário, podem as partes deles desistir e pleitear a via administrativa.

2.4 EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010: APLICAÇÃO IMEDIATA OU MANUTENÇÃO DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA?

Já foi relatado neste mesmo trabalho que o constituinte elevou a celeridade à categoria de princípio constitucional (EC 45/2004) e buscou concretizá-lo em leis ordinárias (Lei 11.441/2007) e a recente Emenda Constitucional 66/2010, avançou na busca desta celeridade, retirando do ordenamento jurídico todos os requisitos temporais do Divórcio. Antes da emenda esta era a disposição do § 6º do artigo 226, da CF/88, antes da EC 66:

> "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após previa separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos."

Com a dita emenda, o § 6º do artigo 226 passa a vigorar com a seguinte redação:

> "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio".

Mesmo com esta clareza, vozes se levantaram para polemizar a aplicação imediata, ou não, da dita emenda. Várias interpretações sobre a sua aplicação estão sendo discutidas, umas a favor e outras contrárias a sua imediatidade. A autora deste artigo abraça a tese da autoaplicabilidade da

norma constitucional, com base nos fundamentos da aplicabilidade das normas constitucionais e, ainda, citando CARVALHO (2010), "numa progressão lógica e sistemática, desde a Constituição Federal de 1934. A partir da indissolubilidade do casamento (CF, 1934), o legislador evoluiu sistematicamente para introduzir e depois facilitar o divórcio, até excluir a separação judicial e permitir o divórcio sem causa e prazos na recente EC nº 66/2010."

É perceptível esta *progressão lógica e sistemática*, não só na facilitação da dissolução do casamento, como nos mostra CARVALHO (2010), mas, inclusive, na busca da efetividade do princípio celeridade, já que justiça tardia é sinônimo de injustiça. No que pese esta coerência, a Emenda Constitucional 66/2010, entrou no mundo jurídico criando controvérsias. Pode-se agrupar as teses interpretativas em três blocos:

a) Aqueles que aceitam a autoaplicabilidade da Emenda, retirando do ordenamento jurídico a figura intermediária da Separação e, com ela, todos os prazos;
b) Aqueles que admitem a retirada dos prazos, no entanto, a persistência da Separação, embora opcionalmente;
c) Aqueles que não aceitam qualquer mudança na Separação e no Divórcio, até que seja revogado o Código de Processo Civil.

A polêmica é saudável, mas, data vênia, inadmissível, à luz dos fundamentos do Direito Constitucional e dos métodos clássicos de interpretação, ou seja, o método lógico/sistemático e o método histórico/teleológico, que nada mais é do que a progressão lógica e sistemática citada por CARVALHO (2010).

O § 6º do já citado artigo foi aprovado sem nenhuma restrição, portanto, na classificação de José Afonso da Silva, é uma norma de eficácia plena, que são aquelas que:

> "aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou tem possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular."

Nenhuma dúvida existe que a norma em comento é uma norma de eficácia plena. Esta foi a vontade do constituinte, pois na proposta inicial, cuja sugestão foi elaborada em um Congresso do IBDFAM e apresentada no Congresso Nacional, para votação, em 2005. Foi reapresentada em 2007, pelo deputado Sergio Barradas Carneiro (PEC 33/07), com o seguinte teor:

> §6º. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, **na forma da lei**.. A expressão **na forma da lei** foi suprimida posteriormente, e, na última votação, passou a constar sem a referida expressão.

Se a EC 66/2010 fosse aprovada com a expressão, **na forma da lei**, estariam, os adeptos da tese de manutenção da separação/divórcio/prazos, com respaldo suficiente para aguardar a revogação da legislação ordinária, já que, nos ensinamentos de José Afonso da Silva, na obra já citada, este seria um caso de eficácia limitada.

CARVALHO (2010) afirma a sua posição quanto à supressão da Separação, não só porque, na visão dele, a EC/66 é de eficácia imediata, como também, em face "da interpretação histórica, sociológica, finalística e teleológica". O autor citado apanha o casamento dos primórdios até os dias atuais, quando da aprovação da EC/66. Deve-se ressaltar, também, que esta interpretação deve ser feita com base na evolução do princípio da celeridade.

Por tudo que foi argumentado, a autora deste artigo filia-se à corrente que acata a aplicabilidade imediata da norma constitucional e, consequentemente, a supressão da Separação do ordenamento jurídico, pois esta não foi recepcionada pela EC/66.

2.5 PRINCÍPIO DA CELERIDADE

Conforme MACIEL (2008 p. 4): "O princípio da celeridade traz o sentido de realizar a prestação jurisdicional com rapidez, celeridade, presteza, sem contudo, causar prejuízo em relação à segurança jurídica".

O Código de Processo Civil, como já foi dito, buscou suas raízes no Direito Romano, e não mais atende aos anseios do mundo globalizado. Este código prima pela obediência à preservação da igualdade das partes no processo. Com certeza todos os operadores do direito estão conformes com esta preocupação, evidentemente todos são iguais no processo e nenhum

privilégio pode ser atribuído a um sem que o outro receba tratamento igual.

Pensando neste equilíbrio o legislador dotou o Código de Processo Civil de inúmeros recursos, recursos estes usados pelas partes vencidas, muitas vezes de maneira protelatória e, em consequência, o direito perece ou chega ao vencedor em outro momento da sua vida, o que torna o direito ineficaz. Sobre o assunto assim se pronunciou a ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmem Lúcia Antunes Rocha: "a morosidade da prestação jurisdicional tem frustrado direitos e desacreditado o poder público, especialmente o Poder Judiciário, e afrontado os indivíduos".

Muitas medidas já foram tomadas para oferecer ao jurisdicionado uma decisão célere e eficaz, dentre elas: mandado de segurança, antecipação de tutela e juizados especiais. Todas estas medidas têm o seu valor, mas ainda não satisfaz, a exemplo da antecipação de tutela que exige condições prévias muitas vezes impossíveis de serem satisfeitas pelas partes. A verossimilhança passou a ser uma exigência que ficou a mercê do julgamento subjetivo do juiz e o que era um direito objetivo passou a ser faculdade do juiz. Quanto aos Juizados Especiais, já foi dito neste trabalho que a celeridade, que era o princípio norteador, deixou de ser observado por muitos Tribunais, pois as petições entregues em 2008 só têm audiências de conciliação marcadas para 2010. Segundo ALARCÓN (2005 p. 45): "Não é possível repetir a experiência dos Juizados Especiais instituídos pela Lei 9.099, de 26.09.1995, cuja implantação foi extremamente lenta em alguns Estados e frequentemente concentrada nos grandes centros urbanos".

Atendendo ao clamor da sociedade, o legislador respondeu com a Emenda Constitucional nº. 45, tendo esta Emenda considerado o princípio da celeridade como Direito e Garantia Fundamental, inserindo-o no rol dos incisos do artigo 5º da Constituição Federal e, consequentemente, passou este a ser cláusula pétrea. Eis o que diz a Constituição, após a Emenda 45:

> "Art. 5º (...)
> LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Ainda conforme ALARCÓN (2005, p. 33):

> "Incorporado ao art. 5º, indiscutivelmente nos encontramos diante de um novo direito fundamental

> dentro do campo do direito constitucional processual, que se estende a todo tipo de processo e qualquer que seja a parte, autor ou réu".

Continuando de acordo com o pensamento de ALARCÓN (2005), esta garantia entra em confronto com outros princípios já existentes, a exemplo do acesso à justiça, não porque os dois princípios sejam conflitantes, mas porque o acesso de todos à Justiça culmina com acúmulo de processos, gerando, pois, lentidão. Necessário se faz, conforme ALARCÓN (2005 p. 35), que os operadores do Direito tenham em mente os princípios da razoabilidade e proporcionalidade para que "o prazo não seja tão extenso que protele a necessária prestação, como igualmente não pode ser tão exíguo que comprometa o contraditório ou a ampla defesa, ou mesmo a satisfação do direito".

A Emenda 45 assegura, pois, um direito subjetivo ao cidadão de exigir do Estado uma prestação célere e eficaz e o legislador respondeu com a votação de várias leis, inclusive a 11.441/07 que lhe garante prontidão e eficiência nas suas demandas. A lei em comento busca, precipuamente, a celeridade. Sobre o assunto assim se manifestou CAHALI (2007, p. 12):

> "3. Maior racionalidade e celeridade, decorrente do procedimento notarial, que deverá ser mais apropriado para as partes que estão em consenso, resguardando o Judiciário para as causas em litígio. Desta forma, se obtém celeridade por duas vias: o procedimento consensual é mais rápido e o procedimento litigioso, pela via judicial, também o será, posto que as causas consensuais não tomarão o tempo dos juízes".

A autora deste trabalho traz a lume alguns processos, nos quais atuou como advogada, e compara-os com o procedimento notarial referente ao mesmo assunto, cujas escrituras foram lavradas pela mesma autora, hoje na qualidade de Tabeliã. No processo de inventário pela via do Arrolamento de nº 200310200658, Inventário de nº 200162020239, Divórcio nº 200283300481 e Divórcio nº 200430500066, nos quais o tempo gasto para obtenção do resultado final foi, respectivamente, 2 anos, 6 anos, 1 ano e 5 anos.

Já um divórcio direto em cartório, conforme Escrituras 095 e 096 do Livro 017 do Cartório do 1º Ofício de Maruim, duraram, apenas, 48 horas. O tempo no processo judicial dura anos e, no procedimento administrativo, dura dias, no máximo, uma semana. Os fatos, portanto, provam a efetividade do princípio da celeridade quando as partes buscam os cartórios para efetivarem as suas manifestações de vontade.

2.6 PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL

São muito tênues os critérios para diferenciar o princípio da economia processual e da celeridade, pois ambos têm como consequência uma redução do tempo, isto é, um resultado prático para que esta redução aconteça. Na economia processual este resultado se concretiza quando se tenta poupar qualquer desperdício de tempo, trabalho e despesas que possam travar os atos processuais. Observa-se que muitas tentativas já foram feitas para que este desperdício fosse evitado, a exemplo da Lei 9.099/95, mas o Poder Judiciário continuou num *mar de processos.*

Desde o início do século XX, Guioseppe Chiovenda falava que o processo efetivo deve dar a quem tem um direito, na medida do possível, tudo aquilo e precisamente aquilo a que ele tem direito. E para dar este direito, o processo deve ser efetivo, isto é, rápido e eficiente e com um mínimo de esforço e custo. Conforme TAVARES (2005 p. 34:

> "O direito ao contraditório, não é motivo suficiente para o formalismo no trato do processo, nem conduz à irracional restrição à liberdade das formas no processo. Pelo contrário, o princípio da celeridade processual, ora expresso na Constituição Federal, revela a postura teleologia do processo, que deve ser assumido como um instrumento ou meio com objetivos claros que, ao serem cumpridos, o legitimam diante da sociedade. *Para isso devem evitar-se as formalidades supérfluas, que impedem o cumprimento de seus escopos precípuos". (grifo nosso).*

A lei em comento veio nos proporcionar esta efetividade quanto ao tempo e a redução de atos inúteis. Sobre o assunto assim se manifestou

CAHALI (2007, p. 13):

> "Tomemos como exemplo o procedimento para uma separação. A burocracia do processo judicial envolve: a) petição de separação; b) documentos; c) distribuição; d) formação dos autos; e) parecer do Ministério Público; f) designação da data da audiência; g) publicação no Diário Oficial; h) audiência; i) sentença; j) publicação da sentença; k) atestado do trânsito em julgado; l) mandado de averbação.
>
> São doze etapas que podiam em alguns casos serem cumpridas em conjunto, como a sentença que é seguida do mandado de averbação.
>
> No procedimento notarial, a burocracia resume-se a: a) documentos; b) lavratura; c) leitura e assinaturas; d) traslado para averbação. Há, portanto, uma economia de oito etapas".

No que concerne ao custo existe, também, um ganho. Em Sergipe a Lei nº 6.310/07 é quem rege os emolumentos extrajudiciais, que equivalem às custas processuais. Para se fazer qualquer um dos atos previstos na Lei 11.441/07, se não houver bens, o custo é de R$ 120,00 reais. Se tiver bens a escritura será lavrada de acordo com o valor dos bens, com um limite máximo de R$ 6.000,00 reais.

Diante do exposto conclui-se que há aplicabilidade do princípio da economia processual, o que trouxe satisfação para os cidadãos, tendo em vista a grande demanda dos cartórios com o advento da citada lei.

3. PERCURSO METODOLÓGICO

Este artigo é uma revisão da bibliografia sobre o assunto, incluindo trabalhos semelhantes e disponíveis na internet. O assunto escolhido: "procedimentos notariais à luz da Lei 11.441/07 e da Emenda Constitucional 66/2010: princípios da celeridade e da economia processual", com enfoque na: celeridade e economia processual, ainda não foi explorado, em toda a referência analisada.

A pesquisa que antecedeu o trabalho foi de natureza qualitativa, isto é, não tem caráter estatístico, numa abordagem exploratória. Conforme GIL

(1996, p. 45):

> "Estas pesquisas têm como objetivo proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a construir hipóteses; Pode-se dizer que estas pesquisas têm como objetivo principal o aprimoramento de ideias ou a descoberta de intuições. Seu planejamento é, portanto, bastante flexível, de modo que possibilite a consideração dos mais variados aspectos relativos ao fato estudado. Na maioria dos casos, essas pesquisas envolvem: a) levantamento bibliográfico; b) entrevistas com pessoas que tiveram experiências práticas com o problema pesquisado; e c) análise de exemplos que estimulem a compreensão".

Ressalte-se que esta pesquisa foi realizada em Aracaju, em princípio no ano de 2008 e retomada no ano de 2010, logo após a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 66/2010.

Os questionamentos que antecederam à pesquisa foram: A Lei 411.441/07 é um instrumento real de desafogo do Poder Judiciário? O cidadão, que busca a efetividade desta lei, foi deveras beneficiado em relação ao tempo despendido para este mister? Houve, para o cidadão, uma efetiva economia processual? A Emenda 66/10 tem aplicação imediata? Desaparece do ordenamento jurídico o instituto intermediário da Separação? Algumas hipóteses foram formuladas, isto é: a) em caso de inventário, se as partes comparecerem no cartório com a minuta da partilha, em face da necessidade de pagamento do imposto de transmissão *causa mortis* o tempo despendido para a sua concretização dura, em média, cinco dias; b) no caso de separações e divórcios o tempo despendido pode ser de apenas 48 horas, se as partes comparecerem com todos os documentos necessários, e a partilha de bens já definida; c) o ganho se deu não apenas no tempo, mas na redução de honorários e custas processuais; d) o constituinte derivado, ao aprovar a EC/2010, tinha como objetivo facilitar a desconstituição do vínculo matrimonial. Com a formulação dos questionamentos e das hipóteses previstas ficou, praticamente, delimitado o objetivo da pesquisa: verificar a efetividade dos princípios constitucionais da celeridade e da economia processual com o advento da Lei 11.441/07 e para atingi-lo selecionou-se uma bibliografia, incluindo trabalhos disponíveis na internet. Segundo

GIL (1996) este é o primeiro passo da pesquisa veio em seguida a leitura do material em todas as suas modalidades, isto é, exploratória seletiva, analítica e interpretativa.

Seguindo todos os passos recomendados por GIL (1996, p. 63), para a pesquisa bibliográfica, isto é,:

> "determinação dos objetivos, elaboração do plano de trabalho, identificação das fontes, localização das fontes e obtenção do material, leitura do material, tomada de apontamentos e confecção de fichas".

Constatamos o alcance do objetivo o que permitiu a resposta ao questionamento e à validação das hipóteses, passando-se ao relatório da pesquisa em forma de arquivo. Quanto à forma o trabalho obedeceu às normas da ABNT, conforme recomendam GONÇALVES (2002) e AQUINO (2007).

4. CONCLUSÃO

Os momentos iniciais da Lei 11.441/07, em alguns operadores de direito, gerou uma insegurança natural, em face do novo procedimento. Na verdade o ser humano, em princípio, reage ao novo. Alguns magistrados chegaram a mencionar que a lei era *nat morta*. A lei não morreu e está aí gerando benefícios à sociedade, não só individualmente, por ver seus anseios de separação resolvidos com presteza e celeridade, mas coletivamente, pois o Poder Judiciário foi desafogado consideravelmente.

Ressaltamos que a lei em tela não é perfeita e possui lacunas e controvérsias, o que já se discutiu neste trabalho, mas ao final deste estudo concluiu-se que houve um ganho expressivo para o cidadão em celeridade e economia processual. Este ganho advém da simplicidade dos atos notariais e da certeza de que estes atos são lavrados por um profissional de fé pública.

Um ponto fundamental é que a lei não visa tão somente à celeridade e à economia processual. O que se concluiu após o estudo é que o legislador, em um momento de extrema lucidez, concretizou o que o constituinte de 1988 já havia sinalizado, isto é, realçar a facilitação matrimonial, tanto na sua constituição quanto na sua extinção. A lei, pois, entra em conexão com os direitos assegurados na constituição, como sejam, liberdade e dignidade da pessoa humana. O Estado não pode travar o direito das partes de

decidirem quando o casamento chegou ao fim. A presença do Ministério Público como curador do vínculo matrimonial, não tinha mais sentido no mundo contemporâneo.

Passados os momentos iniciais da vigência da lei em comento, o constituinte derivado nos surpreende com a aprovação da Emenda Constitucional 66/2010, surgindo, assim, uma nova oportunidade para que nós, operadores do direito, mergulhemos na cronologia dos fatos, a fim de extrair a essência inovadora das normas, que vieram para consolidar o princípio constitucional da celeridade, já previsto na Emenda Constitucional nº 45/2004.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Ítalo de Souza. *Como escrever artigos científicos sem arrodeio e sem medo da ABNT*, 3ª ed., João Pessoa: Editora Universitária UFPB, 2007.
ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Reforma do judiciário e efetividade da prestação jurisdicional*, in Reforma do Judiciário analisada e comentada – Coordenador André Ramos Tavares, São Paulo: Editora Método, 2005.
BRASIL. *Código civil*. 13ª ed., São Paulo: Editora Ridiel, 2007.
BRASIL. *Código de processo civil*. 14ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008.
BRASIL. *Constituição Federal.* 5ª ed., São Paulo: Editora Manole, 2008.
BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. 2ª ed.; São Paulo: Editora Saraiva, 2007.
BENÍCIO, Hércules Alexandre da Costa. *Responsabilidade civil do estado decorrente de atos notariais e de registro*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
CAHALI, Francisco José; FILHO, Antônio Herance; ROSA, Karin Regina Rick; FERREIRA, Paulo Roberto Galger. *Escrituras públicas: separação, divórcio, inventário e partilha consensuais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
CARVALHO, Dimas Messias de. *Emenda do divórcio (EC 66/2010) e separação judicial em andamento – Parecer do Ministério Público.* Disponível em HTTP://www.arpensp.org.br. Acesso em 15/09/2010.
CÉSAR, Aloísio de Toledo. *No atoleiro de processos*, in Revista Jurídica Consulex – ano XII – nº 273, p. 24/25, abril de 2008.
CRUZ, Maria Luiza Povoa. *Separação, divórcio e inventário por via administrativa*, 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves. *O novo procedimento da separação e do divórcio*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007.
GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*, 3ª ed., São Paulo: Editora Atlas S/A, 1996.
GONÇALVES, Hortência de Abreu. *Manual de monografia, dissertação e tese*, São Paulo: Avercamp Editora, 2004.
_____ et al. *Manual de monografia da Universidade Tiradentes*, Aracaju: UNIT, 2002.
LUNARDI, Fabricio Castagna. *Juizados especiais cíveis: do idealismo à realidade*, in Revista Jurídica Consulex – ano XII – nº 272, pág. 10-11, maio de 2008.
LINARDI, Ana Raquel Colares dos Santos. *Os critérios orientadores do processo nos JECs e sua aplicação na prática forense cotidiana,* disponível em htp://www.escritórioonline.com/webnewes/noticia.php?_noticia=6511&.
LARA, Janaina Coelho De. *A morosidade do processo judicial*, disponível em htp://www.jurisway.or.br/vd/dhall.asp?idh=203. Acesso em 22/06/2008.
MACIEL, Nycole Bouzas. *Princípio da celeridade nos Juizados Especiais Cíveis,* disponível em htp://www.vajus.com.br.
SANDER, Tatiane. *Procedimentos dos notários para a lavratura de atos notariais*, disponível em <htp://www.bolletimjuridico.com.br/doutrina/teste.asp?id=682. Acesso em 19/06/2008.
SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. P. 89-91.

ADOÇÃO POR CASAL DE HOMOSSEXUAIS

Ítalo Augusto Ferreira de Melo, Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes, Assessor de Juiz de Direito.

RESUMO: A demanda envolvendo união entre pessoas de mesmo sexo vem aumentando de forma gradativa, surgindo, para o Poder Judiciário, o dever de prestar a tutela jurisdicional, buscando soluções para os casos concretos, apesar de não haver normatização específica a esse respeito, principalmente quando o assunto é a adoção de menores por casal de homossexuais.
Nesse contexto, os paradigmas do Direito das Famílias, que foram alterados com o advento do Direito Constitucional Civil, são os nortes que vêm orientando as decisões do Judiciário, diante da priorização da dignidade humana, da solidariedade, do direito à intimidade e das relações de afeto.
Foi nesse sentido que o Superior Tribunal de Justiça salvaguardou a adoção de um menor por casal que mantinha união homoafetiva, visto que os requisitos da união estável estavam presentes, exceto a heterossexualidade, mas que foi devidamente suprida pelo instituto da analogia, pois o que deve prevalecer são os interesses do menor, materializados pelas vantagens reais ao adotando.

PALAVRA-CHAVE: Adoção; união homoafetiva.

ABSTRACT: Demand evolving union between same-sex couples has been increasing gradually, appearing, for the Judiciary, the duty to provide judicial protection, searching solutions for specific cases, although there are no specific norms about this theme, especially when the issue is the adoption of children by gay couples.
In this context, the paradigms of the Law of Families that have changed with the advent of the Civil Constitutional Law, is the north that has guided the decisions of the courts, cause by the prioritization of human dignity, solidarity and the right to intimacy and to relationships affection.
It was this sense that Superior Tribunal de Justiça has safeguarded the adoption of a child for couples who kept homo marriage, as the requirements of stable unions were present, except heterosexuality, but that was duly filled by the institute of analogy, because the interests of the child should prevail,

embodied by the real advantages to adopting.

KEYWORDS: Adoption; homosexual marriage.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A família à luz do Direito Constitucional Civil; 3. Direito da criança e adolescente a convivência em família; 4. Conclusão; 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A união entre pessoas de mesmo sexo constitui fato social que o Estado deve regulamentar como forma de pacificação social, bem como para salvaguardar os direitos desta classe que vem aumentando consideravelmente nos últimos anos, garantindo, assim, a segurança jurídica e a justiça social.

Como é cediço, o engessamento no direito de família decorre da influência da religião na vida de seus súditos, sendo um meio eficaz de controle social, contudo o direito não pode manter dogmas religiosos que violem a dignidade de qualquer ser humano.

Diante da falta de regulamentação, em razão do preconceito e discriminação, que imperam na sociedade brasileira, existe uma forte celeuma doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade de adoção de menores por casal de homossexuais, originando uma exclusão social deste segmento da sociedade.

A Lei nº 8.069/90, visando à proteção integral à criança e ao adolescente, assegura o direito à convivência em família pelos menores, demonstrando, não só a importância da adoção como forma de inserção da criança em um seio familiar, mas, também a sua natureza nitidamente assistencialista e protetora dos interesses dos menores.

Nesse sentido, é notório que o legislador infraconstitucional visou tutelar de forma absoluta os menores, garantindo que estes, por meio do instituto jurídico da adoção, possam ter o seu direito à convivência e estabilidade familiar assegurados. Assim, deve-se sempre analisar as vantagens para o menor, observando-se se a adoção irá atender aos interesses da criança e/ou adolescente, independentemente da orientação sexual do casal adotante.

2. A FAMÍLIA À LUZ DO DIREITO CONSTITUCIONAL CIVIL

O Direito Constitucional Civil trouxe mudanças significativas no

Direito das Famílias, suprimindo várias formas de discriminações, tais como a hierarquização entre homens e mulheres, filhos legítimos e ilegítimos, afastando, portanto, séculos de preconceitos e hipocrisia.

Atualmente tem-se a pluralização do conceito de família (art. 226, § 3º CF), sendo a solidariedade o princípio fundamental na busca da convivência harmônica e igualitária, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana a pedra angular de todo o ordenamento jurídico, razão pela qual as relações extramatrimoniais vêm recebendo tratamentos igualitários, prevalecendo a afetividade e surgindo a família como fato cultural e não, essencialmente, biológico.

Sendo assim, ampliou-se o conceito de entidade familiar, por meio de interpretação teleológica-sistemática, com a inserção do instituto da união estável no nosso ordenamento jurídico e com a admissão da união homoafetiva como uma espécie do gênero união estável pela jurisprudência pátria.

Nesse diapasão, cumpre ressaltar que a Constituição somente é legítima quando garante "a somatória dos fatores reais do poder dentro de uma sociedade[1]", caso contrário, não passa de mero papel em branco (Ferdinand Lassale), motivo pelo qual torna-se indispensável a previsão constitucional que assegure os direitos deste grupo social que integra uma classe de vulneráveis, como forma de garantir o respeito necessário à dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, o Poder Judiciário, que vêm reconhecendo a união estável nas relações homoafetivas, como adiante se demonstrará, assumiu o papel de criador e protetor dos direitos dos homossexuais, "suprindo" o Legislativo, que, ainda de forma tímida, começa a discutir a possibilidade de regular a união entre pessoas de mesmo sexo, mas, que, por motivos eleitoreiros, não debate o tema com a seriedade que merece.

Na atualidade, apesar de existir o reconhecimento de fato destas uniões homoafetivas pela maioria da jurisprudência pátria, como ainda não há qualquer dispositivo legal regulamentando o tema em análise, persiste discordâncias na doutrina.

Não se pode olvidar que há países que admitem, expressamente, o casamento civil entre pessoas de mesmo sexo, quais sejam, Argentina, Portugal, Espanha, dentre outros, bem como que alguns países já

[1] LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 11ª edição. São Paulo, 2007, p 53.

regulamentaram a matéria, demonstrando, assim, que o homossexualismo é um fato social mundial e que o Legislativo brasileiro também deve acordar para as novas realidades existentes na sociedade, regulando-as adequadamente.

Enquanto a norma não é materializada, cabe ao Estado-Juiz dizer o direito, o que vem fazendo, como se infere das judiciosas decisões do Superior Tribunal de Justiça abaixo colacionadas, *in verbis*:

> DIREITO CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIOS. COMPLEMENTAÇÃO. PENSÃO POST MORTEM. UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS. EMPREGO DE ANALOGIA PARA SUPRIR LACUNA LEGISLATIVA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA PRESENÇA DOS ELEMENTOS ESSENCIAIS À CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL, COM A EVIDENTE EXCEÇÃO DA DIVERSIDADE DE SEXOS. IGUALDADE DE CONDIÇÕES ENTRE BENEFICIÁRIOS. (STJ, EDcl no Resp 102981 – RJ, 4ª T, Min. Rel. Luis Filipe Salomão, DJ 02.09.2008).
>
> PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO. (STJ, Resp 820475 – RJ, 3ª T, Minª. Relª. Nancy Andrighi, DJ 22.06.2010).

Sendo assim, percebe-se que os Tribunais reconhecem a união estável nas relações homoafetivas, utilizando-se da analogia, ante a lacuna da lei, visando a aceitar esta união como entidade familiar, como meio de garantir a

igualdade jurídica nestas relações e, por conseguinte, alcançar a estabilidade familiar.

Desse modo, o Poder Judiciário, através dos princípios gerais de direito, vem fixando as diretrizes interpretativas, aplicando os princípios da liberdade, da dignidade da pessoa humana, da intimidade, da igualdade, da autodeterminação, da solidariedade e da busca pela felicidade, sem olvidar do reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual.

3. DIREITO DA CRIANÇA OU ADOLESCENTE A CONVIVÊNCIA EM FAMÍLIA

Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família ou de família substituta (art. 19 ECA), como forma de assegurar o direito à liberdade e ao respeito à dignidade como pessoa humana, razão pela qual o Estatuto da Criança e Adolescente estabelece, em seu art. 1º, o princípio da proteção integral.

A adoção é uma das formas de colocar a criança em família substituta, a fim de inserir o menor em convivência familiar.

O § 2º do art. 42 da Lei nº. 8069/90 dispõe que, para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, desde que comprovada a estabilidade familiar.

Do dispositivo citado, infere-se que é perfeitamente cabível a adoção de menores por casal de homossexuais, visto que estes integram o instituto da união estável, a partir de uma interpretação sistemática-teleológica, onde utiliza-se a analogia, pois a união homoafetiva nada mais é do que a convivência duradoura entre duas pessoas do mesmo sexo, com o intuito de constituir família.

Ademais, o que deve ser observado, sempre e independente da orientação sexual dos adotantes, é a estabilidade familiar do casal, bem como os interesses dos menores, porque a adoção deve ser representada por ato de afetividade e humanidade, para que o adotando possa desfrutar de um convívio familiar.

O que é inadmissível é a utilização de critérios nitidamente discriminatórios e preconceituosos para que seja denegada a adoção por casal de homossexuais, situação na qual o maior prejudicado é o adotando, que passa a não ter seus direitos assegurados por hipocrisia dos operadores do direito, sem olvidar a violação da dignidade dos adotantes, que tem o

seu direito de ter um filho tolhido. O Superior Tribunal de Justiça, na busca do ideal de justiça, tende a não chancelar essas situações discriminatórias, consoante restou demonstrado no brilhante julgado abaixo transcrito, *in totum*:

> DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA.
> 1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento.
> 2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal.
> 3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos".
> 4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo.

5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si. 6. Os diversos e respeitados estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), "não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores". 7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral. 8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento. 9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe. 10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da "realidade", são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade. 11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações. 12. Com o deferimento da adoção, fica preservado

> o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária. 13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança. 14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida. 15. Recurso especial improvido. (STJ. Resp. 889852/ RS. Mn. Rel. Luis Filipe Salomão. DJ 27.04.2010)

Desse ínterim, analisando-se o acórdão, denota-se que a finalidade da norma foi atingida, porque restou demonstrada a estabilidade familiar, conforme o parecer da assistente social favorável à adoção, prevalecendo, assim, a relação de afetividade em detrimento do preconceito enraizado na nossa sociedade.

Percebe-se, portanto, que estando presente o requisito legal da adoção, qual seja, a estabilidade familiar (fundada em motivos legítimos de reais vantagens ao adotando), pouco importa a orientação sexual dos adotantes, posto que deve-se sempre priorizar os interesses do menor, à luz do princípio da proteção integral, estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente.

4. CONCLUSÃO

Enquanto o Estado não regulamentar as uniões homoafetivas, o Poder

Judiciário deverá materializar a tutela jurisdicional na defesa dos direitos dos homossexuais em sua plenitude, observando a dignidade humana, a igualdade substancial e a solidariedade, porque a orientação sexual é um direito fundamental do cidadão (princípio da liberdade sexual), que deve ser respeitado por todos.

Em relação à adoção por pessoas de mesmo sexo, é notório que só vantagens terá a criança que poderá desfrutar de uma vida digna, com convívio num seio familiar, ao invés de permanecer nos abrigos. Assim, deve o Estado salvaguardar as crianças e adolescentes, seres vulneráveis e em desenvolvimento, fazendo prevalecer os interesses dos menores em detrimento do mero preconceito da sociedade.

Portanto, a intervenção ponderada do jurisdicionado, utilizando-se das diretrizes da integração da norma lacunosa, através da analogia e, impelido pela nova dinâmica jurisdicional, prioriza as relações afetivas em detrimento do mero legalismo exacerbado, que muitas vezes leva a injustiça para uma parcela da sociedade, sendo um *contra sensu* a ciência do Direito.

5. BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 820475 – RJ. Minª. Relª. Nancy Andrighi. DJ 22.06.2010.

_____ Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial 102981 – RJ. Min. Rel. Luis Filipe Salomão. DJ 02.09.2008.

_____ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. 889852/RS. Mn. Rel. Luis Filipe Salomão. DJ 27.04.2010.

DEUS, Enézio. *Nova lei da adoção e homoafetividade*. IBEDEFAM, Minas Gerais. (12.08.2009) Disponível <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 20 nov. 2010.

DIAS, Maria Berenice. *As uniões homoafetivas frente à Constituição Federal*. IBEDEFAM, Minas Gerais. (14.10.2010) Disponível <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 20 nov. 2010.

DUARTE, Marcos. *Nova Lei Nacional de Adoção: a perda de uma chance de fazer justiça.* IBEDEFAM, Minas Gerais. (21.07.2009) Disponível <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 20 nov. 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro – Direito de família*. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2006.

GUERIN, Camila Rocha. *Adoção e união estável*. IBEDEFAM, Minas

Gerais. (08.07.2009) Disponível <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 20 nov. 2010._
LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado.* 11ª edição, São Paulo: Método, 2007.
NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito.* 21ª edição: Rio de Janeiro, 2001.
PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Famílias homoafetivas*. IBEDEFAM, Minas Gerais. (06.10.2010) Disponível <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 20 nov. 2010.

A CRIMINALIDADE E AS RELAÇÕES DE PODER NA SOCIEDADE SERGIPANA NA PRIMEIRA REPÚBLICA

Alessandro Araújo Mendes: Advogado, Especialista em Metodologia e Didática do Ensino Superior, especializando em Direito Penal e Processo Penal pela Estácio de Sá - Fase; pesquisador do GPFOP da Universidade Tiradentes; professor de cursos de pós-graduação.

Kátia Regina Lopes Costa: Pedagoga e Psicopedagoga, Mestranda em Educação pela UFS; professora da rede estadual de ensino, Estudante do Grupo de Pesquisa em História da Educação: Intelectuais, Instituições e práticas escolares, Pesquisadora do GPFOP da Universidade Tiradentes; coordenadora do curso de pedagogia da Faculdade Atlântico e professora de cursos de pós-graduação.

RESUMO: O presente trabalho visou fazer um apanhado histórico de como se davam as relações de poder na sociedade sergipana no período compreendido de 1890 a 1930. Teve como objetivos, através de pesquisa bibliográfica e fontes documentais, refletir sobre as formas de controle e coerção adotadas com o advento do Código Penal de 1890, pelo Poder Judiciário no Estado de Sergipe; diante dos ideais de progresso trazidos com a República. Buscou-se também detectar indícios de garantias e direitos fundamentais de proteção aos direitos humanos previstos no ordenamento jurídico brasileiro do período em análise. Infere-se que a sociedade sergipana à época da Primeira República, incorporou como natural o desejo de progresso e o papel da coerção policial e da educação como redentoras das mazelas sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Criminalidade; sociologia do crime; Primeira República; Sergipe.

ABSTRACT: This work was making a historical overview of how they

gave the power relations in society Sergipe in the period 1890 to 1930. Its objectives were, through literature and documentary sources, to reflect on ways to control and coercion adopted with the advent of the Criminal Code of 1890, the judiciary in the State of Sergipe; on the ideals of progress brought with the Republic. It also sought to detect signs of fundamental rights and guarantees of human rights protection provided for in Brazilian law of the review period. It is inferred that the sergipana society at the time of the First Republic, incorporated as a natural desire to progress and the role of police coercion and education as redeeming social flaws.

KEYWORDS: Crime; sociology of crime; First Republic; Sergipe.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa refletir sobre as formas de controle e coerção adotadas com o advento do Código Penal de 1890 e compreender as relações de poder que norteavam os encaminhamentos judiciais, na Primeira República, na sociedade sergipana, mas especificamente em Aracaju. Para tanto, utiliza-se de pesquisa bibliográfica e documental, buscando o aporte teórico de autores como Foucault, Bourdieu e Durkheim para embasar as reflexões que seguem.

A delimitação inicial desta pesquisa (1890) está relacionada ao advento do então novo código penal. O recorte final (1930), refere-se ao início da ditadura militar com o governo de Getúlio Vargas.

O período abordado foi marcado pelo crescimento da população e da urbanização, tendo como consequências o aumento da pobreza e da criminalidade. Além disso, com a Primeira República, o país necessitava de uma estrutura jurídica-política própria e inicia a preocupação em substituir o aparato legal e institucional herdado de Portugal, particularmente as instituições judiciais, policiais e de punição que haviam sido criadas em decorrência das Ordenações Filipinas (ALVAREZ, 2003:2).

Segundo Alvarez (2003), o código de 1890 foi alvo de duras críticas por não justificar a implantação de mecanismos mais eficientes de repressão e de controle ao crime. Influenciados por Lombroso (*ibidem*), os juristas da época ansiavam por um código que restringisse mais os direitos do cidadão e apesar de não terem obtido sucesso em relação à elaboração do código, acabaram

por influenciar sobremaneira as políticas públicas voltadas para área de segurança, direcionando a criação de prisões, manicômios e reformatórios.

Na Europa as ideias de Lombroso dividia opiniões, mas acabou por influenciar sobremaneira o Código Penal francês que entrou em vigor a partir de 1810. Cesare Lombroso defendia a teoria do "criminoso nato", ou seja, guiados pela análise de características físicas, seria possível determinar uma pré-disposição ao crime e previni-lo. Atualmente as discussões sobre os ideais de Lombroso nos remetem às práticas nazistas em busca de uma pureza racial e demonstram o quanto qualquer análise baseada em aspectos que diferenciem os indivíduos, seja fisicamente, religiosamente ou socialmente, são perigosos.

No entanto, a contribuição de toda essa efervescência de ideias sobre a criminalidade, trouxe significativas contribuições na prevenção ao crime através de medidas simples como melhorar a iluminação nas ruas, rondas policiais e, inclusive, o papel da educação, propostas apresentadas por Lombroso.

Apesar dos anseios da população por um novo código que apresentasse uma forma mais severa de combate à criminalidade, com a vigência do Código Penal de 1890, foi abolida a pena de morte, a prisão perpétua e outras penas severas, como a pena de galés[1] (o sistema penal até então vigente: Ordenações Afonsinas, Manuelinas, o Código de D. Sebastião, Ordenações Filipinas e, por fim, o Código Criminal do Império do Brasil de 1830, previam esses tipos de penas).

1.1 AS RELAÇÕES DE PODER NAS SOCIEDADES

De acordo com Foucault, no fim do século XVIII e início do XIX, iniciou-se um novo tipo de exercício do poder: vigiar e não punir; assim, as prisões e reformatórios estiveram sempre ligados a um projeto de transformação dos indivíduos (2010:130-131).

> A passagem dos suplícios com seus rituais de ostentação, com sua arte misturada à cerimônia do sofrimento, a penas de prisões enterradas em arquiteturas maciças e guardadas pelo segredo das repartições, não é passagem a uma penalidade

[1] Trabalhos forçados desenvolvidos em embarcação à vela, sob torturas físicas.

> indiferenciada, abstrata e confusa; é a passagem de uma arte de punir a outra, não menos científica que ela. (2009:243)

Foucault (2010) analisa as relações de poder na sociedade e afirma que quando um grupo social é capaz de se apropriar dos mecanismos que regulam determinado aspecto ou manifestação, elabora um discurso que se apresenta como "natural" e, dessa forma, bloqueia o surgimento de outros discursos que venham a questioná-lo, sendo esse primeiro discurso tido como verdade.

> Ora, é sob essa forma que se descreve, e a meu ver ainda hoje, a maneira como o poder se exerce sobre os loucos, sobre os doentes, sobre os criminosos, sobre os desviantes, sobre as crianças, sobre os pobres. Descrevem-se em geral os efeitos e os mecanismos e efeitos da exclusão, de desqualificação, de exílio, de rejeição, de privação, de recusa, de desconhecimento, ou seja, todo o arsenal dos conceitos e mecanismos negativos da exclusão. (FOUCAULT, 2002:54)

O discurso progressista comandava as ações dos meios jurídico, médico e educacional em prol de uma sociedade civilizada, adequadamente moldada e adestrada dentro dos padrões de civilidade europeus. Para tanto o combate ao crime e a prevenção através dos reformatórios tornou-se uma necessidade da sociedade republicana que ansiava pela ordem e progresso.

Segundo Bourdieu (1974), a violência simbólica atua no sentido de "naturalizar" as representações sociais dominantes através das instituições. Deste modo, a violência simbólica não é percebida como violência, e sim como uma ação baseada em um respeito que "naturalmente" se exerce. Da mesma forma ocorre com o poder simbólico, tipo de poder que é conferido àquele que o exerce. "É um poder que existe porque aquele que lhe está sujeito crê que ele existe" (BOURDIEU, 1989:188).

O autor utiliza o conceito de campo para explicar de que forma ocorre a legitimação das representações. Este seria um espaço simbólico onde as lutas pelo poder determinam e legitimam as representações.

Segundo Minayo (1995), as representações sociais expressam as contradições vivenciadas na vida social, uma vez que se constituem em "imagens sobre o real". As representações sociais reúnem as ideias dos

diferentes segmentos da sociedade e, por tanto, local "tanto da dominação como da resistência, tanto das contradições e conflitos como do conformismo" (1995:108-109). Para Jovchelovitch (1998, p.80) as representações sociais traduzem identidades, afetos e projetos diversos, revelando os interesses e conflitos próprios da sociedade onde elas foram geradas.

1.2 A SOCIEDADE SERGIPANA NA PRIMEIRA REPÚBLICA

Na referida época, Sergipe contava com quatro cadeias públicas, em: Laranjeiras, Estância, Vila Nova e Aracaju. Além disso, cada município contava com uma casa de prisão. Os problemas não se resumiam à estrutura física precária e ao pequeno contingente policial, mas principalmente as relações de poder que privilegiavam interesses privados e que na maioria das vezes determinavam o andamento das comarcas, delegacias e até mesmo as ações do Poder Judiciário. Ao falar sobre a escolha dos delegados e dirigentes das penitenciárias, Carvalho Neto afirma que:

> Não se escolhia o técnico, mas o político, o correligionário, e, muitas vezes, o serviçal. De sistema penitenciário, por isso mesmo, nem sombra, embora de profissão diversa. Critérios idênticos de influência política, partidária, na sua nomeação. (1932:145-146)

Alguns estudos tratam do "coronelismo" no interior do Estado e demonstram as relações de poder, nas quais os chefes políticos pressionavam os juízes e promotores dando ordens de prender e soltar pessoas. Um dos reflexos dessas atitudes, apontada por Menezes (1905) é que a instituição do júri ficava desacreditada pela sociedade.

> Extrema facilidade com que é manejada e concedida essa bela prerrogativa do direito, assim desvirtuada e, como contrapeso, o enfraquecimento com todos os perigos, a que tem atingido ultimamente, as grandiosas instituições do júri. (MENEZES, 1905).

Ao teorizar sobre o assunto, Dantas (2004) afirma que a construção da democracia no Estado de Sergipe demonstrou-se bastante dificultosa nas

primeiras décadas da República Velha. Os arranjos oligárquicos que serviam para assegurar a continuidade dos governos acabavam por impedir "que o liberalismo se conjugasse com a democracia e a sociedade se tornasse menos desigual." (DANTAS, 2004:15).

Na verdade, as discussões sobre igualdade e dignidade irão demorar quase um século para surgirem. Segundo Paulo Sérgio da Costa Neves (2007), é no séc. XX, com a abertura política e a redemocratização social que surgem essas discussões, que tem no reconhecimento dos grupos minoritários um aspecto fundamental para a consolidação e ampliação da democracia. "O reconhecimento é tanto uma questão de organização política quanto uma questão de bem-estar individual." (NEVES, 2007:118).

No entanto, vale ressaltar que a época da Primeira República, principalmente no nordeste do país, apesar dos movimentos liberais e dos ideais iluministas, ainda era marcada pela violência contra os escravos nas fazendas açucareiras e não ecoavam as lutas por igualdade na garantia de direitos. Após a Segunda Guerra Mundial, em 1948, o Brasil se torna signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos e incluiu, praticamente, todas as garantias e direitos do homem na Constituição Federal de 1988, destacando-os em um Título próprio.

A sociedade aracajuana da época encontrava-se envolta a um projeto de modernização elaborado pela elite e pela ideologia de ordem e progresso trazida pela República. O objetivo era transformar os habitantes em um povo para construir uma nação. "(...) educar era obra de moldagem de um povo, matéria informe e plasmável, conforme os anseios de ordem e progresso de um grupo que se autoinvestia como elite com autoridade para promovê-la" (CARVALHO, 1989:09).

Em prol desse progresso, os setores médico, jurídico e educacional uniram-se com medidas de prevenção e combate ao crime, à pobreza e ao analfabetismo. Segundo Bourdieu (1974), com o objetivo de reforçar a autoridade e o domínio dos grupos ligados ao poder, são difundidas ideologias dominantes, principalmente pelas instituições escolares.

1.3 CRIME E CRIMINALIDADE

Diante de todos os conceitos e discussões abordados até aqui, urge conceituar crime e criminalidade. Para tanto, foi escolhida a concepção de crime na sociologia de Durkheim, por ser este considerado o maior teórico

da sociologia criminal.

Durkheim (2007) parte do princípio de que não existe sociedade sem crime e por tanto, o crime seria um fato social e sua existência está dentro da normalidade, sendo inclusive útil ao progresso da moral e do direito.

> O crime não se produz só na maior parte das sociedades desta ou daquela espécie, mas em todas as sociedades, qualquer que seja o tipo destas. Não há nenhuma em que não haja criminalidade. Muda de forma, os atos assim classificados não são os mesmos em todo o lado; mas em todo o lado e em todos os tempos existiram homens que se conduziram de tal modo que a repressão penal se abateu sobre eles. (DURKHEIM,2007:82)

Sobre a normalidade do ato criminoso, o autor afirma que a criminalidade apresenta de maneira irrefutável todos os sintomas de normalidade, uma vez que surge estreitamente ligado às condições da vida coletiva. (DURKHEIM, 2007:83).

> Transformar o crime numa doença social seria o mesmo que admitir que a doença não é uma coisa acidental mas que, pelo contrário, deriva em certos casos da constituição fundamental do ser vivo; consistiria em eliminar qualquer distinção entre o fisiológico e o patológico. (*Ibidem*).

A respeito da utilidade do crime para o progresso da moral e do direito, o autor afirma que o crime é necessário, pois está ligado às condições fundamentais de qualquer vida social e, uma vez que desafia a ordem moral vigente, esta é forçada a mudar, obter novas formas, ou seja, evoluir.

> Quantas vezes, com efeito, o crime não é uma simples antecipação da moral futura, um encaminhamento para o mundo do futuro! Segundo o direito ateniense, Sócrates era um criminoso e a sua condenação era justa. Contudo, o seu crime, a saber, a independência de pensamento (...). Ora, se o caso de Sócrates não é um caso isolado, reproduz-se periodicamente

> na história (...). No entanto, nesse momento, esta violação era um crime pois, ofendia sentimentos que a generalidade das consciências ainda ressentia vivamente. Contudo, este crime era útil, pois era o prelúdio de transformações que de dia para dia se tornavam mais necessárias. A livre filosofia teve como precursores os heréticos de toda a espécie que o braço secular abateu durante toda a Idade Média e até a véspera da época contemporânea. (DURKHEIM, 2007:86)

Apesar do código analisado por Tobias Barreto não ter vigorado no período em que este trabalho faz a delimitação temporal (1890-1930), é importante o seu conhecimento, para que se compreendam as mudanças que se seguiram. A obra *Menores e loucos em direito criminal*, de Tobias Barreto, foi lançada em 1883 e consiste num estudo sobre o artigo 10 do Código Penal Brasileiro vigente na época, contendo ainda um apêndice sobre o direito de punir. O referido Código esteve vigente até 1890 quando entrou em vigência o Código Penal Republicano.

Barreto (2003) afirma que a ideia de criminoso envolve a ideia de indivíduo que se acha no exercício regular de suas funções e, por tanto, atravessou quatro "momentos da evolução individual": "Consciência de si mesmo", "Consciência do mundo externo", "Consciência do dever", "Consciência do direito". O estado de irresponsabilidade comprometeria, segundo o autor, as duas primeiras formas de consciência. Esse estado poderia ser uma perturbação passageira ou duradoura, ou perda da normalidade mental. No caso dos púberes, faltam as outras duas formas de consciência (do dever e do direito).

O autor faz uma crítica severa à utilização do discernimento para determinar se um indivíduo seria ou não criminoso. Segundo o mesmo, tal fato daria margem a erros e disparates. Supõe-se que a partir de tal subjetividade no julgamento, oportunizou-se abrandar ou aplicar penas mais severas a depender dos interesses particulares envolvidos.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES

Diante de todos esses fatores, este artigo buscou compreender, mesmo que de forma superficial, as relações de poder que norteavam as práticas de

coerção da criminalidade na sociedade sergipana com a vigência do novo Código Penal e todo o ideal de progresso trazido pela Primeira República.

Com base nas reflexões apresentadas através de Foucault e Bourdie, infere-se que a sociedade sergipana à época da Primeira República, incorporou como natural o desejo de progresso e o papel da coerção policial e da educação como redentoras das mazelas sociais. O setor jurídico possui o poder simbólico que lhe foi conferido pela sociedade e utiliza desse poder para, na maioria das vezes, atender interesses políticos. Tal fato fica claro ao perceber como ocorriam as indicações dos delegados e dos chefes de polícia que assumiam seus cargos sem nenhum tipo de experiência na área.

Também era prática comum atender aos pedidos de soltura dos apadrinhados políticos, fato que infelizmente não é característico apenas do passado da sociedade sergipana.

Em relação aos indícios de garantias dos direitos humanos desta época, pode-se afirmar que não havia, uma vez que a sociedade era nitidamente dividida entre ricos e pobres, pretos e brancos, burgueses e plebeus. A justiça era feita para proteger os brancos e ricos da época. Os excluídos: negros, pobres, bastardos, prostitutas, etc, eram ceifados dos seus direitos – que já eram mínimos. Havia, portanto, fortíssima influência política e econômica nas decisões administrativas, legislativas e judiciais deste período.

Desta feita, podemos fazer um comparativo superficial com os dias atuais e ver grandes semelhanças com o período em análise: agressões e assassinatos de mulheres nas relações domésticas, maus tratos a idosos e crianças, desrespeito às pessoas deficientes, etc. Todas estas continuam sendo excluídas da sociedade apesar de existirem inúmeras leis com o intuito de darem uma proteção especial e diferenciada para as mesmas.

Cabe explicar que ainda é reduzido o número de pesquisas realizadas no Estado para analisar as relações entre a criminalidade e a sociedade, enfatizando as relações de poder e as dimensões política e sociológica do fenômeno.

Vale ressaltar que os estudos sobre a referida época detém-se sobre o "coronelismo" nas comarcas do interior do Estado, carecendo por tanto de estudos mais aprofundados sobre a sociedade aracajuana.

3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVAREZ, Marcos; SALLA, Fernando e SOUZA, Luiz Antônio. *A sociedade*

e a lei: o código penal de 1890 e as novas tendências penais na primeira república. Justiça e História, Porto Alegre, v. 3, nº 6, p. 97-130, 2003.
BARRETO, Tobias. *Menores e loucos em direito criminal.* Ed. facsim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. 148p. (História do Direito brasileiro. Direito Penal).
BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas simbólicas*. São Paulo: Perspectiva, 1974.
_____ . *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa, Rio de Janeiro: DIFEL, 1989. (Memória e Sociedade).
CARVALHO, M. M. C. *A escola e a república*. São Paulo: Brasiliense, 1989.
DANTAS, José Ibarê. *Coronelismo e dominação*. Aracaju: Programa Editorial da UFS.PROEX-CECAC, 1987.
_____. *O domínio dos senhores de açúcar (1889-1930)*. In: História de Sergipe República (1889-2000). Rio de Janeiro:Tempo Brasileiro, 2004, p.15-75.
DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Tradução de Pietro Nassetti- Ed. Martin Clareto –São Paulo, 2007.
FOUCAULT, Michel. *Os anormais*. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
_____. *História da loucura*: na Idade Clássica. Tradução: José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2007.
_____. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro:Edições Graal,2010.
_____. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 36ª Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.
JOVCHELOVITCH, Sandra. *Vivendo a vida com os outros: intersubjetividade, espaço público e representações sociais*. In: GUARESCHI, Pedrinho e JOVCHELOVITCH, Sandra (orgs.) *Textos em representações sociais*. 8ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1995.
MINAYO, Maria Cecília de Souza. *O conceito de representações sociais dentro da sociologia clássica*. In: GUARESCHI, Pedrinho e JOVCHELOVITCH, Sandra (orgs) *Textos em representações sociais*. 8ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1995.
MENEZES, Josino. *Mensagem à Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe em 07 de setembro de 1905*. Aracaju: Imprensa Oficial, 1905. Cx. 05. APES.
NEVES, Paulo Sergio da Costa. *Reconhecimento e desprezo social ou os dilemas da democracia no Brasil contemporâneo: algumas considerações à luz da questão racial.* In: Política e Sociedade, nº 11- outubro de 2007. p.117-132.

SPINK, Mary Jane. Desvendando teorias implícitas: uma metodologia de análise das Representações Sociais. In: GUARESCHI, Pedrinho e JOVCHELOVITCH, Sandra (orgs) *Textos em representações sociais*. 8ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1995.

ASPECTOS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

Hélio Mamede Frota, bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Auditor estadual. Engenheiro civil e bacharel em Administração pela mesma Instituição. Pós-graduado do Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Público com ênfase em Direito Penal-Universidade Potiguar/Curso Damásio de Jesus. Pós-graduado do Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Ciências Penais e em Direito Processual - Grandes Transformações, ambos na UNISUL/REDE LFG. Pós-graduado do Curso de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Faculdade de Sergipe – FaSe em convênio com a Escola Superior da Magistratura de Sergipe.

RESUMO: A Lei 12.015/2009 prevê duas figuras hediondas, a saber: estupro em todas as suas formas e o crime de estupro de vulnerável. A conduta antes prevista como atentado violento ao pudor restou introduzida no tipo penal de estupro. A presunção de violência preceituada no art. 224 do CP fora expressamente revogada. A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual, em regra, é pública condicionada à representação. Outrossim merecem destaque as correntes na doutrina e na jurisprudência sobre as vedações à fiança e ao indulto. Este trabalho discorre também sobre a concessão de liberdade provisória quando ausentes os requisitos da prisão preventiva. Além disso, trata sobre a progressão de regime com arrimo na individualização e humanização das penas. Por fim, o conhecimento da apelação independe do recolhimento do réu à prisão por força da presunção da inocência.

PALAVRAS-CHAVE: Hediondos; fiança; liberdade provisória; prisão preventiva.

ABSTRACT: Law 12,015/2009 created two hideous figures: rape in all

its forms and the type of rape of vulnerable. The behavior before foreseen as attempted against violent to the modesty remained introduced in the criminal type of rape. The violence swaggerer art. 224 of the CP is revoked. The criminal action in the crimes against the sexual dignity, in rule, is public conditional to the representation. It is excellent to detach chains in the doctrine and jurisprudence on the prohibitions to the bail and the pardon. This work also discourses on the when absent concession of free on parole the requirements of the preventive custody. It deals with on the progression to regimen with support in the individualization and humanization the penalties. Finally, the knowledge of the appeal independent of the collect of the male defendant to the arrest for force of the innocence swaggerer.

KEYWORDS: Hideous; bail; free on parole; preventive custody.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Rol dos Crimes Hediondos; 3. Estupro de Vulnerável; 4. Causa de Aumento de Pena Prevista no Art. 9º da Lei 8.072/1990; 5. Ação Penal nos Crimes Contra a Dignidade Sexual; 6. Vedações à Graça e ao Indulto; 7. Fiança e Liberdade Provisória; 8. Progressão de Regime; 9. Apelação em Liberdade; 10. Conclusão; Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

No início da década de noventa, instalou-se no Brasil um ambiente de intranquilidade, emocionalismo, medo e descrédito no sistema punitivo em decorrência do surgimento de inúmeros crimes contra a vida e o patrimônio. Na lição de Alberto Silva Franco:

> Segundo a mais abalizada doutrina, esse diploma legislativo, que não prima pela técnica, foi editado "sob o impacto dos meios de comunicação de massa, mobilizados em face de extorsões mediante sequestro, que tinham vitimizado figuras importantes da elite econômica e social do País (caso Martinez, caso Salles, caso Diniz, caso Medina etc)".[1]

[1] SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*. 6ª ed. RT: São Paulo, 2007, p. 93.

Nesse contexto, a elaboração da Lei 8.072/1990 foi profundamente influenciada pelo Movimento da Lei e da Ordem (Law and Order), que colima pelo sensível recrudescimento das sanções penais ao negar o caráter subsidiário do Direito Penal.

A rigidez presente nesse sistema punitivo, por óbvio, gerou flexibilidades nos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Assim, a edição da lei em comento foi impulsionada sobretudo pela influência da mídia e também porque surgiu a ideia segundo a qual o país necessitava de uma lei rigorosa que representasse uma reação imediata do Estado à criminalidade violenta. Nesse diapasão, veio a lume, sem maiores discussões no Congresso Nacional, a polêmica Lei 8.072/1990.

Este diploma, de qualquer forma, serviu para transmitir à sociedade uma ardorosa e imediata sensação de segurança que, no entanto, posteriormente, se revelou ilusória, uma vez que não promoveu a almejada redução do número de crimes hediondos no país. A desigualdade material que coloca um sem número de indivíduos à margem da sociedade capitalista seria a grande propulsora da criminalidade.

Segundo o dicionário de Aurélio, a palavra "hediondo" é originária do espanhol e significa repelente, repulsivo , horrendo.[2] Já para Caldas Aulete, o vocábulo hediondo significa aquilo "que manifesta extrema abjeção ou depravação nos seus atos; que inspira pelos seus vícios ou crimes, repulsa e horror".[3] Contudo, para o Direito Penal, hediondos são simplesmente aqueles crimes que a lei assim os definir em seu rol taxativo (sistema legal). Com efeito, segundo a doutrina, é de somenos relevância os qualificativos de repelente, repulsivo, medonho, abjeto, ou asqueroso para se definir um crime como hediondo. Consoante se depreende da leitura da Lei 8.072/90, não se definiu o sentido e o conteúdo do vocábulo hediondo.

A definição de hediondez, como sói acontecer, fica a cargo da doutrina, o que por vezes gera desuniformidade nas conceituações. Portanto, o próprio conceito de hediondez é vago e indeterminado, o que provoca subjetivismos no espírito do juiz. A redação original da Lei dos Crimes Hediondos sofreu quatro modificações através das Leis nº 8930/1994, 9.677/1998, 9.695/1998 e, por fim, a Lei nº 11.464/2007.

A rigorosa Lei 8.072/1990, na sua redação original, vedava a concessão

[2] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998, p. 656.

[3] AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Delta, 1987.

de liberdade provisória e a progressão de regime. Tais proibições restaram abolidas em razão da edição da Lei 11.464/2007, de sorte que o legislador optou por atender às ponderações da doutrina garantista e, sobretudo, positivou a vontade do constituinte. Por fim, o prazo da prisão temporária para crimes hediondos e assemelhados será de trinta dias, prorrogáveis por igual período. Por sua vez, o prazo será de 5 dias, prorrogáveis por mais 5, em se tratando dos crimes previstos na Lei 7.960/1989.

2. ROL DOS CRIMES HEDIONDOS

O art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal preceitua o seguinte:

> a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Note-se que o supracitado dispositivo é norma de eficácia limitada, pois demanda a atuação do legislador infraconstitucional.[4] Assim, o legislador ordinário atendeu ao constituinte e editou a Lei 8.072/1990. De acordo com o art. 1º da Lei 8.072/90, os crimes hediondos são os seguintes: homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado em todas as suas formas; latrocínio (art. 157, § 3º, in fine); extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, caput e §§ 1º, 2º e 3º); estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único); atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único); epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º); falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei 9.677, de 2 de julho de 1998), bem como o crime de genocídio definido nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado. Observe-

[4] MORAES, Alexandre; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação penal especial*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 28.

se que, para fins do presente estudo, no que pertine a crimes hediondos, serão abordados apenas o estupro (art. 213 do CP) e o delito de estupro de vulnerável (art. 217 do mesmo Diploma).

Antes da edição da Lei 12.015/2009, prevalecia o entendimento no STF e STJ que eram crimes hediondos o estupro e o atentado violento ao pudor, ainda que nas formas simples, nas qualificadas, bem como os praticados com violência ficta. No entanto, com o advento da supracitada lei, tal divergência restou superada.

Portanto, as figuras simples e qualificadas do estupro são hediondas, haja vista as referências ao "caput" e também aos parágrafos do art. 213 do Código Penal. Em síntese, após a edição da Lei 12.015/2009, o crime de estupro passou a ser considerado hediondo em todas as suas modalidades, a saber: estupro simples (art. 213, caput), qualificado pela lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou maior de 14 (catorze) anos (§ 1º do art. 213) e qualificado pelo resultado morte (§ 2º do art. 213), todos do Código Penal.

Registre-se que o novel crime definido no art. 213 do Código Penal, por ser mais benéfico para o réu, deve retroagir para alcançar todos aqueles que foram condenados por estupro e atentado violento ao pudor em concurso material contra a mesma vítima no mesmo contexto fático. Por sua vez, o art. 214 do Código Penal que descrevia o crime de atentado violento ao pudor sofreu expressa revogação. No entanto, essa conduta passou a ser elementar do novel art. 213 do Código Penal, sob a rubrica do estupro. Assim, melhor seria dizer que não houve *abolitio criminis* e sim, apenas revogação formal do art. 214 do Código Penal e, consequente readequação típica do tipo que prevê o delito de estupro.

Nessa esteira de entendimento, Fernando Capez sustenta que não houve *abolitio criminis*, e assim discorre: "Houve uma atipicidade meramente relativa, com a passagem de um tipo para o outro (em vez de atentado violento ao pudor, passou a configurar também estupro, com a mesma pena)".[5]

Conforme a doutrina de André Estefam, a conduta atinente ao atentado violento ao pudor foi inserida no tipo penal de estupro com o fito de buscar harmonização com o Estatuto de Roma, o qual prevê violência sexual contra

[5] CAPEZ, op. cit., p. 208.

pessoas de ambos os sexos.[6]

Nesse contexto, após a reforma penal, tanto o homem quanto a mulher podem ser autores e também vítimas de crime de estupro (delito bi-comum), pois além da conjunção carnal, os atos libidinosos diversos desta são elementos do tipo. Em razão da lacuna na lei, a doutrina discute qual a tipificação da violência sexual praticada contra vítima de 14 anos de idade no dia do aniversário. É possível defender o entendimento segundo o qual o agente deve responder por estupro qualificado (art. 213, § 1º, do CP) e não por estupro simples ou de vulnerável. Em sentido contrário: o agente pratica estupro simples.[7]

3. ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Trata-se de crime comum, hediondo, e exige dolo específico. Tutela a dignidade sexual da vítima do sexo masculino ou feminino. Observe-se que as formas qualificadas são preterdolosas. O tipo penal vem transcrito a seguir, o que permite vislumbrar seus elementos constitutivos.[8]

O inciso VI da Lei 8.072/1990, o que acabou consolidando reiterados entendimentos do STF e STJ, expressamente prevê que o estupro de vulnerável, definido no art. 217-A do Código Penal, em todas as suas formas, é crime hediondo. Note-se que deixou de subsistir a presunção de violência nos crimes contra a dignidade sexual, tendo em vista que o art. 224 do Código Penal foi expressamente revogado pela Lei 12.015/2009. Por conseguinte, aquelas hipóteses de violência presumida, antes previstas no supracitado artigo, doravante são elementos do crime de estupro de vulnerável capitulado no art. 217- A do Código Penal.

Sobre esse crime, a doutrina discute sobre a possível ocorrência de *bis in idem*, uma vez que as circunstâncias mencionadas no art. 224 do Código Penal, a um só tempo, são elementares do tipo e também aumentam em

---

[6] ESTEFAM, op. cit., p. 24

[7] CUNHA, Rogério Sanches. *Comentários à reforma criminal de 2009*. São Paulo: RT, 2009, p. 37

8 Art. 217 - A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (cartoze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. § 2º (vetado).

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

metade a pena, o que significaria dupla punição em razão da idade.

No crime de estupro de vulnerável, o sujeito ativo pode ser homem ou mulher. Outrossim é irrelevante a discussão sobre a presunção de violência ou existência de violência ou grave ameaça contra a vítima. O estupro contra pessoa sem capacidade de resistir ou praticado com violência ficta não mais é descrito no art. 213, de sorte que foi inserido no art. 217-A, do Código Penal. Atente-se que a conjunção carnal com vítima cuja idade seja igual a 14 anos não poderá configurar estupro de vulnerável. Note-se que a conduta é típica por ser a vítima vulnerável (menor de 14 anos, enferma mental ou não oferece resistência), e não porque se presume a violência. Sobre a vulnerabilidade, Guilherme Nucci entende que se a vítima do estupro for criança, a vulnerabilidade é sempre absoluta, o que não ocorre em se tratando de vítima adolescente.[9]

4. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 9º DA LEI 8.072/1990

A Lei dos Crimes Hediondos ainda estabelece em seu art. 9º que "as penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts. 157, § 3º, 158, § 2º, 159, caput seus §§ 1º, 2º e 3º, 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, todos do Código Penal são acrescidos de metade, respeitado o limite superior que é de trinta anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal". No entanto, a causa de aumento de pena prevista no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos pode ser considerada tacitamente revogada, uma vez que o art. 7º da Lei 12.015/2009 revogou expressamente os arts. 214, 223 e 224, todos do Código Penal. Por seu turno, como esta lei é considerada *novatio legis in mellius*, deverá retroagir a fatos ocorridos antes de sua entrada em vigor.

Frise-se que a referida causa de aumento de pena não mais se aplica ao crime de estupro definido no art. 213 do CP. Assim, se a vítima for menor de 14 anos (catorze) anos, o tipo penal será aquele previsto no art. 217-A, do Código Penal (estupro de vulnerável). A presunção de violência está prevista no crime de estupro de vulnerável, sendo que as qualificadoras do estupro, lesão grave ou morte (antes previstas no art. 223, caput, e parágrafo único)

[9] NUCCI Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*: parte geral: parte especial. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 829.

após a inovação legal, estão descritas nos parágrafos 1º e 2º do art. 213, todos do Código Penal. A jurisprudência do STJ é no seguinte sentido: tratando-se de fato anterior, cometido contra menor de 14 anos e com emprego de violência ou grave ameaça, deve retroagir o novo comando normativo do art. 217-A do CP por se mostrar mais benéfico ao acusado, *ex vi* do art. 2º, parágrafo único, do Código Penal.[10]

5. AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Antes da edição da Lei 12.015/2009, em regra, a ação penal era de iniciativa privada (queixa-crime).

Quando a vítima ou seus pais não pudessem prover as despesas do processo sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família, a ação era pública condicionada à representação do ofendido.

Antes da vigência da lei retrocitada, a ação penal era pública incondicionada nas seguintes situações: a) crime praticado com abuso do poder familiar, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador; b) ocorrência de lesão corporal grave, gravíssima ou morte, nos termos da Súmula 608 do STF, uma vez que não previstos nos capítulos anteriores.

Todavia, após o advento da novel Lei 12.015/2009, a ação penal nos crimes contra a dignidade sexual terá a seguinte configuração:

1 - em regra, a ação penal será pública condicionada à representação da vítima (maior de 18 anos), de seu representante legal ou sucessores, pois a lei preserva a vontade e a intimidade da vítima protegendo-a em relação ao escândalo do processo;

2 - se a vítima for menor de 18 (dezoito) anos, a ação penal será pública incondicionada;

3 - se a vítima for pessoa vulnerável, ou seja, menor de 14 (cartoze) anos ou alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, a ação também será pública incondicionada. Assim, se um menor de dezoito anos (incluindo-se o menor de catorze, por óbvio) for vítima de um crime contra a dignidade sexual, a ação será pública incondicionada, independentemente de o sujeito ativo ser pai, tutor

[10] STJ, Resp. 1.102.005-SC, Rel. Min Félix Fischer, julgado em 29/9/2009.

ou curador da vítima;

4 - se resultar morte, lesão corporal grave ou gravíssima, continua sendo aplicado o enunciado da Súmula 608 do STF, vale dizer, a ação penal continua sendo pública incondicionada, inclusive com supedâneo no art. 101 do Código Penal, independentemente da idade da vítima. Ressalte-se, no entanto, que a hipótese em epígrafe não é pacífica na doutrina.

O revogado art. 223 do Código Penal estabelecia que se o fato resultasse lesão grave ou morte, a ação era pública incondicionada. Contudo, a ação penal continua sendo pública incondicionada, pois se a vítima for maior e capaz e vier a falecer sem deixar sucessor, o agente do crime restaria impune ante a impossibilidade de oferecimento da representação[11].

Conforme visto, a doutrina ainda diverge sobre a eficácia do enunciado da Súmula 608 do STF, editada nos seguintes termos "No crime de estupro, praticado com violência real, a ação penal é pública incondicionada". Decerto que é possível sustentar que a referida súmula não perdeu sua eficácia, uma vez que sua aplicação seria cabível quando houver violência real da qual resulte lesão grave ou morte da vítima maior de 18 anos. Todavia, para Guilherme Nucci e Paulo Rangel, o enunciado da Súmula 608 do STF passou a ter sua aplicação prejudicada após a Lei 12.015/2009, de sorte que o crime de estupro será sempre de ação penal pública incondicionada ou condicionada.[12]

Consoante se depreende, foi abolida a ação penal privada nos crimes contra a dignidade sexual, salvo na seguinte hipótese: inércia do Ministério Público quando a ação penal será privada subsidiária da pública. Porém, mesmo nessa hipótese, é cediço que a ação penal mantém a natureza pública. No escólio de Guilherme Nucci e Rogério Cunha, os fatos praticados antes da vigência da Lei 12.015/2009 continuam sendo regidos por ação penal privada.[13]

Em suma, a novel lei preserva, sobretudo a vontade e a dignidade da vítima já brutalizada pelo crime, a qual poderá exercer o direito de representação contra o seu algoz, ou se manter inerte para escapar do inevitável escândalo gerado pelo processo. Ressalte-se que a Lei 12.015/2009 revogou os art. 225 § 1°, I e II, do Código Penal e, assim, torna-se irrelevante a discussão acerca da situação de pobreza da vítima.

---

[11] RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 301-303.
[12] Idem, op. cit., p. 62-63; RANGEL, 2009, p. 304-306.
[13] NUCCI, op. cit., p. 839, apud CUNHA, op. cit., p. 63.

Frise-se que nos termos do art. 225, caput, do Código Penal, nos crimes previstos nos arts. 213 a 218-B, do mesmo Estatuto, a ação é pública condicionada à representação da vítima.

6. VEDAÇÕES À GRAÇA E AO INDULTO

De acordo com o art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, os crimes hediondos e equiparados são insuscetíveis de anistia e graça. Todavia, reina controvérsia em sede doutrinária e jurisprudencial se a Lei 8.072/1990 teria ampliado aquela vedação alvitrada pelo legislador constituinte. Assim, a referida lei dispôs em seu art. 2º, I, que "os crimes hediondos e seus equiparados são insuscetíveis de anistia, graça e indulto".

Portanto, diante desse conflito entre a disposição constitucional e a legal, surgiram duas correntes no âmbito da jurisprudência e doutrina sobre a vedação ao indulto, a saber: a primeira posição sustenta que o art. 2º, I, da Lei 8.072/90 é inconstitucional. Assim, segundo o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, o art. 2º, I, da Lei 8.072/1990 é inconstitucional porque o indulto seria espécie do gênero graça, passível de concessão exclusiva pelo Presidente da República, nos exatos termos do art. 84, XII, da CF.[14] Isso porque o legislador ordinário não poderia limitar o poder discricionário do Presidente da República para decidir sobre o indulto. No mesmo sentido é o magistério de Franco et. al., os quais entendem que o art. 2º, I, da Lei 8.072/1990 é inconstitucional, pois a lei ordinária não pode ampliar restrições estabelecidas na Constituição Federal.[15]

No entanto, outra posição entende que a vedação prevista no art. 2º, I, da Lei 8.072/1990 não afronta a Constituição Federal. Ressalte-se que se trata de entendimento predominante no Pretório Excelso e no STJ. Além disso, farta doutrina se alinha a esta posição, a saber: Damásio de Jesus, Fernando Capez, Moraes e Smanio, et. al.[16] Na esteira desse entendimento, a Constituição Federal, ao vedar a graça, automaticamente o fez em sentido amplo, o que alcançaria a proibição de graça em sentido estrito, de natureza individual, bem como o indulto, de caráter coletivo. Nesse diapasão, a lei ordinária apenas consagrou a disposição constitucional. Portanto, o constituinte já havia previsto as vedações ao indulto individual (graça),

[14] HC 81.565, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22/03/02.
[15] SILVA FRANCO, op. cit., p. 163, et. al.
[16] DE JESUS, 1999.

bem como ao indulto coletivo. Nesse sentido, discorre Monteiro: "não seria lógico que no art. 5º, XLIII, a Constituição proibisse alguma coisa que no art. 84, XI, não estivesse prevista. Nem o dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos é inconstitucional ao acrescentar o indulto, nem o dispositivo constitucional, omitindo-o, teria sido omisso".[17]

Consoante a referida posição, a graça é gênero do qual o indulto é espécie. Frise-se que, muito embora a Constituição Federal não vedasse expressamente o indulto; ao proibir de modo explícito a graça, o fez em seu sentido genérico e, por via de consequência, proibiu a graça em sentido estrito e o indulto.[18] Tanto é verdade que a Lei de Execução Penal, em seu art. 188, denomina a graça de indulto individual. Com efeito, temos a graça, que se trata de indulto individual, bem como o indulto coletivo. Tais benefícios são de competência privativa do Presidente da República, conforme art. 84, XII, da CF.

Nesse contexto, o chefe do Poder Executivo Federal poderá perdoar individualmente (graça ou indulto individual) ou coletivamente (indulto coletivo).

7. FIANÇA E LIBERDADE PROVISÓRIA

A fiança é uma caução real prestada durante a persecução penal consistente em depósito em dinheiro, pedras preciosas, títulos da dívida pública ou hipoteca inscrita em primeiro lugar. Seu objetivo é assegurar a liberdade do agente e garantir o pagamento de custas, multa e indenização em prol da vítima. A fiança é cabível na prisão em flagrante, porém não subsiste nas hipóteses de prisão temporária ou preventiva. O art. 5º, XLIII, da CF/1988 e a Lei 8.072/1990, em seu art. 2º, II, estatuem que os crimes hediondos e seus equiparados são inafiançáveis. O legislador ordinário, ao vedar a concessão de fiança para os agentes de crimes hediondos e equiparados, apenas reproduziu a vontade do constituinte**.** Assim**,** o legislador ordinário não pode autorizar a concessão de fiança nas hipóteses vedadas pela Constituição Federal. A liberdade provisória com fiança não é compatível com a prisão temporária e preventiva. Uma vez presentes os requisitos da prisão preventiva, não cabe liberdade provisória com ou sem fiança.

[17] MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes hediondos*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 142.
[18] STF, HC 81.407, DJ 22/02/02 e HC 77.528, DJ 22/10/99.

A liberdade provisória é um sucedâneo, ou seja, cuida-se de contra cautela da prisão em flagrante (válida), vale dizer, nos estritos termos do art. 302 do Código de Processo Penal. Quando o flagrante for ilegal, o autor do fato simplesmente será colocado em plena liberdade (não há vinculação ao processo) em razão do relaxamento. Contudo, quando a prisão em flagrante for válida, converte-se em preventiva se presentes seus requisitos. Caso a preventiva seja decretada em razão da presença de seus requisitos, porém estes deixarem de subsistir, deverá ser revogada e, o autor do fato simplesmente será colocado em plena liberdade. Caso a preventiva seja decretada na ausência de seus requisitos deverá ser relaxada; ou se estes deixarem de subsistirem, mas o juiz não a revogar, torna-se ilegal, o que impõe o relaxamento. Note-se que a liberdade provisória sem fiança e com vinculação é cabível nas seguintes hipóteses, a saber: art. 310, caput e parágrafo único, e 350, todos do Código de Processo Penal e art. 69, parágrafo único da Lei 9.099/1995. Nas referidas situações, o juiz deve conceder liberdade provisória ao agente preso em flagrante, ainda que reincidente e de maus antecedentes, uma vez ausentes os requisitos da prisão preventiva. Com efeito, a liberdade provisória com ou sem fiança pode substituir a prisão em flagrante.

A disposição do art. 310 do Código de Processo Penal não se aplica para o agente preso em flagrante pela prática dos seguintes crimes: contra a economia popular, de sonegação fiscal, praticados por organizações criminosas e de lavagem de dinheiro.

Ressalte-se que a Lei 6.416/1977 deu nova redação ao art. 310, parágrafo único, o que possibilitou ao juiz conceder liberdade provisória sem fiança aos delitos para os quais não cabia a caução (arts. 323 e 324, do CPP) e também para os delitos inafiançáveis. A liberdade provisória sem fiança e sem vinculação ocorre na hipótese do art. 321 do Código de Processo Penal (réu se livra solto). A liberdade provisória com vinculação e sem fiança se verifica na hipótese do art. 350 do Código de Processo Penal. Por fim, a liberdade provisória com vinculação e com fiança se configura nas hipóteses previstas nos arts. 323 e 324, do mesmo Diploma adjetivo.

Consoante se deflui do exposto, é curiosa e contraditória, data vênia, a opção legislativa de conceder liberdade provisória sem o ônus da fiança nas infrações mais graves e, a um só tempo, exigir a caução para os delitos menos graves. Nesse sentido, como nos delitos mais graves o agente pode ser beneficiado com liberdade provisória sem fiança, como, por exemplo, nos crimes hediondos, *a fortiori*, deveria caber a mesma medida para as outras

infrações menos graves em decorrência do princípio da proporcionalidade. Assim, a liberdade com fiança é admitida para crimes menos graves, ao passo que a liberdade provisória sem fiança é possível para delitos de maior apenação. O agente que tem direito à liberdade provisória com fiança, em regra, também terá direito à liberdade provisória sem fiança. Note-se que a utilização da fiança foi reduzida porque vários delitos inafiançáveis admitem liberdade provisória sem fiança. Portanto, o art. 310 e seu parágrafo único do Código de Processo Penal comportam liberdade provisória sem prestação de fiança para qualquer crime, afiançável ou não, desde que o preso em flagrante tenha agido sob o manto de excludente de ilicitude ou quando ausentes os requisitos da segregação preventiva. Com efeito, se ausentes os requisitos da prisão preventiva em decorrência da prática de crime afiançável ou não, o juiz deve conceder liberdade provisória sem fiança, apenas vinculada ao comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação do benefício. A concessão de liberdade provisória sem fiança é menos onerosa do que permanecer em liberdade prestando fiança. Isso porque a prestação de fiança está sujeita às restrições previstas nos arts. 323 a 349 do Estatuto Adjetivo. Nesse contexto, para se obter a liberdade provisória com fiança o beneficiário deve satisfazer aos requisitos previstos nos arts. 327 e 328 do Código de Processo Penal. Contudo, para se obter a liberdade provisória sem fiança basta comparecer a todos os atos do processo, sob pena de revogação do benefício.

Discute-se se a infiançabilidade de um delito prevista no texto da Constituição Federal, por si só, gera a automática e implícita vedação à liberdade provisória. A respeito, duas posições podem ser expostas: o STF já reconheceu que a vedação à fiança gera automaticamente proibição à liberdade provisória. Em outras palavras, segundo o STF, é patente a impossibilidade de concessão de liberdade provisória sem fiança (art. 310 do CPP) aos delitos hediondos e equiparados em razão da inafiançabilidade constitucional prevista para os aludidos crimes. Assim, a concessão da liberdade provisória estaria condicionada à prestação de fiança.[19]

Adotando este entendimento, o enunciado da Súmula 697 do STF permaneceria vigente, com a seguinte redação: "A proibição da liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo". Nesse mesmo sentido também

[19] STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., DJ 25/08/06 e STF, HC 89.068-RN, Rel. Min. Carlos Britto, DJ. 28/11/06.

decidiu o STJ, senão vejamos: a vedação de concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, na hipótese de crimes hediondos, encontra amparo no art. 5º, LXVI, da CF, que prevê a inafiançabilidade de tais infrações; assim, a mudança do art. 2º da Lei 8.072/1990, operada pela Lei 11.464/2007, não viabiliza tal benesse, conforme entendimento sufragado pelo Pretório Excelso e acompanhado por esta Corte".[20]

Todavia, a doutrina majoritária entende que a inafiançabilidade de uma infração, por si só, não veda a liberdade provisória. A inafiançabilidade, seja a prevista na Constituição (v.g., ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o racismo), seja a expressa na lei (v.g., arts. 323 e 324 do CPP, crimes financeiros punidos com reclusão, crime organizado, hediondos e seus equiparados) não tem o condão de justificarem, por si sós, a manutenção da prisão em flagrante, uma vez ausentes os requisitos da prisão preventiva, sob pena de ferir o princípio constitucional da presunção de inocência. Assim, Eugênio Pacelli sustenta que nos termos do art. 310, parágrafo único do Código de Processo Penal, é possível a concessão de liberdade provisória para os crimes inafiançáveis de racismo, hediondos e tortura.[21]

O art. 2º, II, da Lei 8.072/1990, em sua redação original, alargou a restrição prevista pelo constituinte, uma vez que vedou até mesmo a liberdade provisória sem fiança, por exemplo, ao preso em flagrante; ao contrário da CF, que proibiu somente a fiança. Nesses termos, é possível a concessão da liberdade provisória sem fiança ao agente preso em flagrante pela suposta prática de crime hediondo, portanto, inafiançável, caso ausentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva.

Nesse sentido, o enunciado da Súmula 697 do STF estaria superado porque é possível conceder liberdade provisória sem fiança ao réu, se ausentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

A doutrina favorável à vedação à liberdade provisória sem fiança argumentava sua posição na simples leitura do art. 5º, LXVI, da CF, o qual prevê que "ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança". Assim, a liberdade provisória não deve ser afastada em razão unicamente da hediondez. Portanto, ao contrário da posição do STF, o constituinte, conforme se infere, apenas vedou a concessão de fiança para os delitos hediondos e equiparados,

[20] HC 85.261/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., DJ 07/04/08.

[21] STJ, RHC nº 5.691/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 23/06/1997) e OLIVEIRA (2009, p. 475, 485 e 490); GOMES, 2005, p. 254.

porém não proibiu a liberdade provisória para tais crimes inafiançáveis. Com efeito, a Constituição Federal afasta a concessão da liberdade provisória com fiança para os crimes hediondos ou assemelhados, mas não impõe restrição à liberdade provisória sem fiança.

Ressalte-se que a lei que trata do crime inafiançável de tortura, ao contrário da redação original da Lei 8.072/1990, proibiu somente a fiança, pois já admitia desde a sua edição a liberdade provisória sem fiança (art. 1º, § 6º da Lei 9.455/1997). Assim, a liberdade provisória sem fiança prevista no supracitado dispositivo legal se estende inclusive para quem praticou tortura antes de 29.03.2007.

Contudo, a discussão restou superada, porquanto a Lei 11.464/2007, muito embora silente acerca da liberdade provisória, deu nova redação ao supracitado dispositivo legal ao revogar a vedação a este benefício. Portanto, tornou-se possível a concessão de liberdade provisória sem fiança (art. 310, caput e parágrafo único, do CPP) quando ausentes os requisitos da prisão preventiva mesmo para os autores de crimes hediondos e assemelhados.

Nessa esteira de entendimento, a nova lei somente veda a liberdade provisória sem fiança, todavia a admite sem prestação de fiança. Com efeito, é cabível a incidência do art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, razão pela qual, a novel lei é mais benéfica (art. 5º, XL, da CF). No entanto, uma vez mantida a proibição à fiança, não seria possível o juiz conceder liberdade provisória com a exigência de fiança. Assim, nada obstaria a concessão da liberdade provisória sem prestação de fiança nos crimes hediondos e equiparados.

Frise-se que o constituinte não vedou a concessão da liberdade provisória para os autores de crimes hediondos e seus equiparados. A proibição legislativa automática e antecipada de liberdade provisória sem fiança para os agentes de crimes hediondos e seus equiparados ofendia os princípios da presunção da inocência e da individualização da pena.

Destarte, à vista do exposto, o Poder Legislativo viola o princípio da separação de poderes ao proibir de modo automático o Judiciário de avaliar (livre convencimento) a possibilidade de conceder liberdade provisória. O legislador estaria antecipando o juízo de culpabilidade do réu e afastando o juiz de sua competência para tutelar o direito de liberdade. Por essas razões, cabe somente ao juiz, e não ao legislador, decidir sobre a concessão da liberdade provisória ante as peculiaridades de cada caso.

Por sua vez, no que pertine ao cabimento da liberdade provisória na Lei

Antidrogas, duas posições podem ser sustentadas: a primeira entende que a Lei 11.464/2007 é um diploma geral e posterior, o que derroga o art. 44 da Lei 11.343/2006, o qual veda a concessão da liberdade provisória para os crimes nela previstos (art. 33, caput, e § 1º e arts. 34 a 37).

Portanto, em que pese a inafiançabilidade do tráfico de drogas, seria possível a concessão da liberdade provisória se ausentes os requisitos da prisão preventiva.[22] Assim, com o advento da Lei 11.464/2007, o art. 44, caput, da Lei Antidrogas, que em sua redação veda a liberdade provisória, sofreu revogação, conforme se lê a seguir.[23]

> A nosso juízo, outra não poderia ser a solução: tratando-se de lei posterior, a legislação anterior com ela incompatível restaria revogada, de tal modo que também para os crimes de tráfico de drogas deve ser cabível a concessão de liberdade provisória. No entanto, já há decisões não aceitando a tese. Argumentam que a relação entre as citadas leis seria de especialidade, sendo a legislação dos crimes de drogas (Lei 11.343/06) especial e a dos crimes hediondos (Lei 8.072/90, com a nova redação) norma geral (Ver STF - HC 83.291/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão monocrática, DJ 06. 06. 2007.

Por sua vez, a segunda corrente sustenta que, conquanto a Lei 11.343/2006 tenha revogado a parte final do inciso II, do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, prevalece a vedação à liberdade provisória, uma vez que referida proibição decorre, por si só, da própria inafiançabilidade prevista no art. 5º, XLIII, da CF/88. Ademais, a proibição à liberdade provisória permanece em razão da especialidade da Lei Antidrogas.[24]

8. PROGRESSÃO DE REGIME

Em sua redação original, o art. 2°, § 1°, da Lei 8.072/1990 previu que as penas para os crimes hediondos e seus equiparados deveriam ser cumpridas, do início ao fim, em regime integralmente fechado. Assim, estava vedada

[22] Informativos 499, 508, 559 e 573, todos do STF.
[23] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo* Penal. 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 492.
[24] STF, HC 100.742/SC.

a progressão do regime de cumprimento de pena privativa de liberdade, independentemente do quantum da pena aplicada (ainda que inferior a oito anos).

A discussão acerca da constitucionalidade do supracitado dispositivo legal era evidente. Os argumentos favoráveis à constitucionalidade da vedação à progressão de regime fechado para semiaberto e aberto eram os seguintes: o legislador ordinário apenas regulamentou o art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, o qual dispõe que "a lei regulará a individualização da pena...." Nesse sentido, caberia ao juiz da condenação individualizar a pena na dosimetria (arts. 59, I e II e 68, todos do CP), embora lhe fosse subtraída a possibilidade da sua individualização na fase de execução. Ademais, o legislador ordinário apenas cumpriu a vontade do constituinte.

No entanto, há posição francamente oposta à anterior sustentando que a vedação à progressão de regime, sem dúvida, infringe os princípios da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana. Ademais, o legislador ordinário, ao vedar de modo automático e abstrato a progressão de regime para todo condenado por crime hediondo e assemelhado, estaria também afastando a discricionariedade do juiz para avaliar sua concessão em cada caso. Desse modo, a pena era sempre cumprida integralmente em regime fechado, vale dizer, haveria sanção padronizada. A adoção desse entendimento, no entanto, viola os princípios da individualização da pena e da separação dos poderes. Conforme se nota, o constituinte não vedou a progressão de regime para os crimes hediondos e seus equiparados.

Como é cediço, a individualização da pena deve ocorrer em três fases, a saber: legislativa, judicial e durante a execução penal. Antes da edição da Lei 11.464/2007, a jurisprudência e a doutrina garantista entendiam que a progressão de regime deveria ser regulada pelo art. 112 da Lei de Execução Penal, a exemplo do que ocorre para os crimes não hediondos. Em suma, deveria haver isonomia no que pertine à progressão de regime para autores de crimes hediondos e assemelhados em relação aos demais delitos.

Por óbvio, a adoção do regime integralmente fechado despreza a função ressocializadora da pena porque inviabiliza a reintegração gradativa do condenado à sociedade. A progressão de regime é essencial para recuperar a autoestima do sentenciado colocado em local sabidamente impróprio e falido para propiciar sua reinserção à sociedade ao término da pena. Como é cediço, a pena não possui apenas a função expiatória ou retributiva.

Nesse contexto, o juiz da condenação não tinha discricionariedade

para fixar na dosimetria o regime inicial de cumprimento da pena. Em idêntico prisma, ao juiz da execução era vedada a possibilidade de conceder a progressão de regime, conquanto seja evidente que referido benefício, por excelência, manifesta seu momento culminante durante o cumprimento da pena.

Acrescente-se que o art. 83, V, do Código Penal, prevê o livramento condicional se o apenado não for reincidente específico em crimes hediondos e equiparados, o que mostra nítida incongruência com a vedação de progressão de regime prevista no art. 2º, § 1º, II, da Lei dos Crimes Hediondos.

Observe-se, ainda, que a Lei 9.455/1997 dispõe em seu art. 1º, § 7º que o condenado por crime de tortura, salvo na hipótese do § 2º (tipo omissivo), iniciará o cumprimento da pena em regime fechado. Nesse sentido, esta disposição legal mais benéfica derrogou a vedação à liberdade provisória atinente ao crime de tortura, que estava prevista na redação original do art. 2º, II, da Lei 8.072/1990.[25] Aqui possui inteira aplicação o art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

Com efeito, parte da doutrina defendia o entendimento segundo o qual a possibilidade de progressão de regime prevista na Lei de Tortura deveria ser também estendida para os crimes hediondos, bem como aos delitos de tráfico de entorpecentes e terrorismo. Dessa forma, o art. 2º, II, da Lei 8.072/1990 estaria derrogado tacitamente. Isso porque, como a lei permite a progressão de regime para o crime de tortura, o qual é equiparado a hediondo, inafiançável e insuscetível de graça e anistia, não haveria razão plausível para vedá-la para os delitos hediondos. No entanto, o enunciado da Súmula 698 do STF veio a estabelecer que "não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura". Todavia, somente em 23/02/2006, por apertada maioria de seis votos a cinco, no julgamento do HC nº 82.959/SP, o Plenário do STF, em controle incidental, declarou a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado previsto no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990.[26]

No julgamento daquele habeas corpus, o STF, em nome da segurança jurídica e do excepcional interesse social, aplicou por analogia, o art. 27 da Lei 9.868/1999 que, até então, era exclusivo do controle concentrado

[25] STJ, Recurso Especial nº 140.617-GO. Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, 12/09/97, 6ª T.
[26] Informativo 418 do STF.

proposto por ADI ou ADC ao Pretório Excelso. Vale lembrar que, conforme a doutrina clássica, o controle difuso somente pode ter efeito inter partes.

Por outro lado, ao contrário do que é típico ocorrer no controle difuso, não houve suspensão da execução do art. 2º, II, da Lei 8.072/90 mediante resolução do Senado Federal, a teor do disposto no art. 52, X, da CF. Trata-se de mutação constitucional, leia-se, mudança apenas na interpretação sobre o aludido dispositivo, cuja redação não sofreu qualquer alteração, revelada pela dispensa de manifestação do Senado Federal no controle difuso em tela.

Nesse sentido, de acordo com a expressão de Fredie Didier Junior, trata-se do controle difuso abstrativizado em razão da eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes.[27] Dessa forma, após a declaração de inconstitucionalidade daquele dispositivo legal pelo STF, a qual possuiria efeitos *ex nunc* e eficácia *erga omnes*, o STF apenas comunicou ao Senado Federal referida suspensão para que fosse publicada no Diário do Congresso Nacional. É cediço que os efeitos não retroativos, na hipótese em comento, têm o condão de afastar a possibilidade de indenizações para condenados a regime integralmente fechado. Desta feita, diante da declaração de inconstitucionalidade pelo STF, não tardou para que o STJ e alguns Tribunais de Justiça também seguissem aquela mesma decisão passando a conceder a progressão de regime para condenados por crimes hediondos e equiparados, com fulcro no art. 112 da Lei de Execução Penal.[28] Por força das razões expostas, o enunciado da Súmula 698 do STF restou prejudicado.

Nesse contexto, após o julgamento daquele HC, podemos inferir que a progressão de regime para os supracitados condenados era regrada pelos arts. 66, III, b e 112 da Lei de Execução Penal. Em síntese, caberia ao juiz avaliar a possibilidade de progressão de regime em cada caso.

Observe-se que a progressão de regime já era admitida pela jurisprudência mesmo antes da edição da Lei 11.464/2007, desde que o condenado atendesse aos requisitos objetivos e subjetivos. Por outro lado, mesmo após as supracitadas decisões, muitos operadores do direito continuavam a abonar a tese segundo a qual a vedação legal automática à progressão de regime restou incólume. Portanto, entendia-se que aquela declaração de

[27] WAMBIER, Teresa; NERY JR., Nelson. *Transformações do recurso extraordinário*: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. São Paulo: RT, 2006, p. 104-121.

[28] Rcl. 4.335-AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 1º/2/2007, noticiado no Informativo STF, nº 454, 1º e 2º de fevereiro de 2007.

STJ, REsp 759808/RJ, 5ª T., Rel. Min. Laurita Vaz, DJU de 28/05/2007, p. 393, j. em 24/04/2007.

inconstitucionalidade *incidenter tantum* não era suficiente para vincular juízes e tribunais, uma vez que a vedação à progressão de regime, no caso concreto, ainda era fundamentada no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990.

Nesse sentido, argumentava-se que aquela decisão do STF apenas teria efeitos *inter partes* e não *erga omnes*. Nesses termos, o juízo da execução estaria impedido de conceder a progressão de regime, o que afrontava o princípio da proporcionalidade, uma vez que não se pode tratar de modo idêntico os autores de crimes hediondos e equiparados em relação aos agentes que praticam os demais delitos.

Posteriormente, o STF decidiu que cabe ao Juízo da Execução Penal valorar o pedido de progressão de cada condenado, o que norteia a individualização da pena.[29] Assim, em face dessa colossal controvérsia, o legislador ordinário premido pela necessidade de espancar dúvidas e discussões, resolveu seguir o teor da decisão do STF exarada no julgamento daquele habeas corpus e, para tanto, editou a Lei 11.464/2007.

A referida lei modificou a redação do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990 estatuindo que a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. Observe-se, ainda, que o art. 12 do Código Penal afasta a aplicação do art. 33, § 2º, do mesmo diploma. Por conseguinte, impõe-se regime inicial fechado ainda que a pena aplicada seja inferior a oito anos ou mesmo que o réu seja primário ou com bons antecedentes. Por outro lado, não caberá a progressão de regime se o sentenciado não preencher os requisitos legais objetivos e subjetivos (bom comportamento). Sem dúvida, o enunciado da Súmula 698 do STF teve sua aplicação prejudicada em razão dessa inovação legal. A referida Lei, embora silencie sobre requisito de ordem subjetiva, estabeleceu dois requisitos objetivos para a progressão de regime: cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário; e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

À vista do exposto, uma dúvida aqui se põe: qual seria o requisito objetivo a ser adotado para o agente que foi condenado por crime hediondo ou equiparado praticado antes da data da publicação da novel Lei, ou seja, antes de 28/03/2007?

Assim, a dúvida consiste em saber se a Lei 11.464/07, que possibilitou a progressão em crimes hediondos ou equiparados, conquanto fixasse prazo mais dilatado em relação aos demais delitos, poderia ser aplicada para aqueles

[29] STF, Pleno-HC nº 88.930-1/RS, Rel. Min. Celso de Melo, Diário da Justiça, Seção I, 26/06/06, p. 17.

que tivessem cumprido 1/6 de suas penas no momento de sua edição. Por isso, é relevante perscrutar se Lei 11.464/07 é considerada *novatio legis in pejus.* Assim, duas posições podem ser expostas, senão vejamos:

A primeira entende que a Lei 11.464/2007 é lei penal posterior mais grave do que a de Execução Penal (art. 112, LEP), uma vez que estabelece prazos mais dilatados, porquanto maiores que um sexto, no que concerne à progressão de regime para os condenados por crimes hediondos e assemelhados.

Como é cediço, a lei penal mais severa é irretroativa, conforme preceitua o art. 5º, XL, da CF/88, razão pela qual o agente que praticar crime hediondo ou assemelhado a partir de 28/03/2007, por óbvio, estará sujeito aos requisitos temporais da Lei 11.464/2007. Assim, segundo essa posição, caso o agente tenha cometido crime hediondo ou equiparado até a aludida data, incide a progressão de regime de cumprimento de pena, desde que obedeça ao art. 33 do Código Penal e tenha cumprido 1/6 da pena nos termos do art. 112 da Lei de Execução Penal. Nesse caso, como a Lei 11.464/2007 é mais grave, será irretroativa e; portanto, não poderá ser aplicada aos fatos ocorridos até 28 de março de 2007. [30]

Por óbvio, se o agente tiver cometido crime hediondo ou equiparado a partir do dia 29 de março de 2007, aplica-se o art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei 11.464/2007, a saber: a) se o apenado for primário, fará jus à progressão de regime após cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena; b) se o apenado for reincidente, só fará jus à progressão de regime após cumprimento de 3/5 (três quintos) da pena. Em síntese, a nova lei somente se aplica para os casos futuros, vale dizer, crimes hediondos ou equiparados cometidos a partir de 29 de março de 2007, devendo os fatos anteriores a esta data ser regidos pelo art. 112 da Lei de Execução Penal. Trata-se da aplicação da Teoria da Atividade definida no art. 4º do Código Penal.

Essa primeira posição, inclusive, encontra fundamento na Súmula Vinculante nº 26, que assim dispõe: "Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072/1990, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar,

[30] Informativo 537 do STF.

para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico". Ressalte-se, ainda, que o STF, mesmo antes da edição da Lei 11.464/2007, já permitia a progressão de regime, desde que observados os requisitos previstos nos artigos 33 do Código Penal, bem como o art. 112 da Lei de Execução Penal.[31] Saliente-se que em relação aos delitos diversos dos hediondos e equiparados, a progressão de regime permanece regulada pelo art. 112 da Lei de Execução Penal.

De outra banda, a segunda posição defende a benignidade da Lei 11.464/2007, uma vez que, ao contrário da Lei 8.072/1990, estabeleceu expressamente a possibilidade de progressão de regime. Ademais, a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF no julgamento do HC nº 82.959/SP não possui eficácia *erga omnes*. Portanto, trata-se de *novatio legis in mellius*, a qual se aplica retroativamente para fatos praticados antes de sua vigência, nos termos do art. 5º, XL, da CF/88.

Nesse contexto, o enunciado da Súmula 698 do STF não restaria afastado, razão pela qual o art. 112 da Lei de Execução Penal teria ultratividade para resguardar os agentes que praticaram delitos, inclusive hediondos e equiparados antes da edição da Lei 11.464/2007. Todavia, note-se que a segunda posição não pode ser adotada em razão da Súmula Vinculante 26.

Acrescente-se que para o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em relação aos fatos ocorridos antes da vigência da Lei 11.343/2006. Do mesmo modo, é cabível a progressão de regime para os fatos ocorridos antes da edição da Lei 11.343/06, desde que cumprido 1/6 da pena (art. 112 da LEP).

9. APELAÇÃO EM LIBERDADE

A Constituição Federal em seu art. 5º, LVII, dispõe que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória". Assim, para atender à imposição constitucional, o art. 594 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 5.941/73, foi expressamente revogado pela Lei 11.719/2008. O aludido dispositivo de lei dispunha o seguinte: "o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim

[31] STF, HC 94025, 1ª T., Rel. Min. Menezes Direito, DJ 01/08/08.

reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto".

Decerto que a referida disposição legal não foi recepcionada pela nova ordem constitucional, uma vez que concedia o direito de apelar em liberdade tão somente ao réu primário e com bons antecedentes, aquele que prestasse fiança, bem como ao condenado por infração de que se livrava solto.

Conforme se depreende, o recolhimento à prisão era um efeito automático, ou seja, obrigatório da condenação em 1ª instância para os seguintes réus: a) primário com maus antecedentes; b) reincidentes; c) que praticava infração inafiançável. Nesse contexto, ainda que não houvesse necessidade para a decretação da prisão cautelar, a apelação em liberdade estava vedada para os réus retrocitados.

Em outras palavras, o réu que respondia ao processo em liberdade, sendo decretada sua prisão na sentença, somente poderia apelar caso se recolhesse ao cárcere. Ademais, conforme preceituava o art. 595 do CPP, a fuga do réu, estando preso, após a interposição da apelação tornava deserto tal recurso. Segundo Fernando Capez, o referido dispositivo foi revogado tacitamente, pois o conhecimento da apelação não pode estar condicionado ao recolhimento do acusado à prisão.[32] Destarte, o mesmo preceptivo legal, por violar os princípios constitucionais da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição, deve ser considerado não recepcionado.

Na lição abalizada de Scarance Fernandes, o art. 594 do Código de Processo Penal afrontava o princípio do duplo grau de jurisdição, e especialmente, a isonomia processual, posto que não colocava óbices ao recurso da acusação.[33] Nesse sentido, em razão do princípio da presunção de inocência, seria salutar adotar o seguinte entendimento doutrinário: se o acusado estiver solto durante a instrução criminal e, o juiz vier a prolatar sentença condenatória recorrível, a prisão preventiva não será automática, pois somente poderá ser decretada se presentes seus requisitos. Destarte, a apelação em liberdade somente é vedada se presentes os requisitos da prisão preventiva, independentemente de o acusado ser reincidente ou ostentar maus antecedentes. Ao revés, se o acusado permaneceu preso durante a instrução criminal por força de prisão preventiva, o juiz, se vier a proferir sentença condenatória, em regra, o réu recorre preso, salvo se não mais

[32] CAPEZ, 2009, p. 473.

[33] FERNANDES, 2007, p. 344.

subsistirem os requisitos da custódia preventiva. Nesse contexto, é possível que o acusado recorra em liberdade mesmo após ser condenado em primeira instância, desde que desapareçam os requisitos que ensejaram a decretação da segregação cautelar.

A toda evidência, o art. 594 do Código de Processo Penal instituía uma espécie de prisão provisória para réu apelante que não fosse primário e de bons antecedentes. Assim, o juiz impunha, como condição para a admissibilidade da apelação, o recolhimento do réu à prisão, o que afrontava a presunção de inocência reinante antes do trânsito em julgado da condenação. Por conseguinte, se ausentes os requisitos da segregação preventiva, não pode ser admitido o recolhimento do réu à prisão para apelar, ainda que seja reincidente e de maus antecedentes. Ademais, o recolhimento à prisão não pode ser um efeito automático da condenação, mormente porque a sentença ainda pode ser anulada ou reformada.

O art. 2º, § 3º, da Lei 8.072/1990 dispõe que "em caso de sentença condenatória o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade". Destarte, de acordo com esta equivocada dicção legal, a regra geral é a proibição de o réu condenado por crime hediondo (ou equiparado) apelar solto, o que fere a ampla defesa. Assim, conforme o preceptivo legal, o réu somente, leia-se, excepcionalmente, poderá apelar em liberdade se o juiz assim o decidir de modo fundamentado. Portanto, a regra seria o recolhimento do réu ao cárcere como condição para o recebimento da apelação. Consoante se infere, a lei expressamente impõe ao juiz o dever de fundamentação somente quando sua decisão admitir o apelo em liberdade. Assim, de acordo com a literalidade do art. 2º, § 3º, da Lei dos Crimes Hediondos, o juiz deverá fundamentar a decisão quando conceder a liberdade, mas não aquela que determinar a prisão para recorrer. Ora, toda decisão judicial, mormente quando restringe o direito à liberdade, deve ser sempre fundamentada, sob pena de nulidade. Com a devida vênia, a exigência legal de fundamentação da decisão judicial seria mera redundância.

Note-se, ainda, que após a reforma processual introduzida pelas Leis nº 11.689/2008 e 11.719/2008, somente subsistem como modalidades de prisões provisórias, a segregação temporária, em flagrante delito e a preventiva.[34] Com efeito, a anacrônica prisão decorrente exclusivamente da pronúncia e aquela derivada unicamente da condenação recorrível não

[34] AVENA, op. cit.., p. 776; RANGEL, 2009, p. 727-731.

mais subsistem porque não apresentam a marca da cautelaridade. As duas prisões retrocitadas não resguardavam a higidez do processo e impunham uma espécie de execução provisória de pena ao acusado presumido inocente pela própria CF/88.[35]

Dessa forma, o vigente art. 2º, § 3º, da Lei 8.072/1990, data vênia, deveria ser expresso com a seguinte redação, senão vejamos: em caso de sentença condenatória, o réu apela em liberdade, salvo se presentes os requisitos da prisão preventiva. Nesse sentido, a regra geral é o réu apelar solto, salvo se o juiz fundamentadamente declinar a existência dos requisitos que autorizam a prisão preventiva, vale dizer, *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*. A propósito, no âmbito da legislação penal especial, percebe-se que o art. 31 da Lei 7.492/1986 é o mais consentâneo com o princípio da presunção de inocência.

Em síntese, o réu, ainda que seja reincidente e de maus antecedentes, terá o direito de apelar em liberdade da condenação se ausentes os requisitos da segregação cautelar. E uma vez preso em razão dos requisitos da prisão preventiva, sua fuga depois da apelação não pode impedir o recebimento de tal recurso.[36] Nesse sentido, em nome do direito constitucional à liberdade, o réu deverá apelar em liberdade, o que significa o oposto daquilo preconizado no supracitado dispositivo. A proibição de o réu apelar em liberdade não pode decorrer única e exclusivamente da condenação, posto que prepondera o princípio da presunção de inocência.[37] Ademais, o enunciado da Súmula 347 do STJ, editada em 23/04/2008, dispõe que o conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão. Nesse diapasão, o art. 8, 2, h, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) prevê que toda pessoa condenada tem o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. Como se vê, embora o duplo grau de jurisdição não seja princípio expresso na Constituição Federal, trata-se de garantia insculpida naquela Convenção. Com efeito, sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro modifica a legislação ordinária que lhe for anterior.[38]

Seguindo a mesma trilha, a Lei 11.719/2008 acrescentou o seguinte

[35] JARDIM,Afrânio Silva.*Direito processual penal*. 8ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 276.

[36] HC 83.810, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 05/03/2009.

[37] Informativos 534 e 535 do STF.

[38] STF, HC 88420/PR, j. 17/04/2007, DJ 08/06/2007, p. 37.

parágrafo ao art. 387 do Código de Processo Penal: "O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta". Portanto, ainda que o juiz mantenha ou decrete a prisão preventiva na ocasião da sentença condenatória, o conhecimento da apelação, em razão daquela decisão, por si só, não será prejudicado.

Acrescente-se que, segundo a doutrina, o art. 2º, § 3º, da Lei 8.072/1990 foi tacitamente revogado pelo art. 387, parágrafo único do CPP. Note-se que o art. 2º, § 3º da Lei Antidrogas deveria seguir o mesmo entendimento.[39] Assim, a prisão aplicada na sentença penal condenatória recorrível não pode assumir a natureza de execução provisória de pena privativa de liberdade e somente pode ser decretada se presentes os requisitos da prisão preventiva.

Ante o exposto, pode-se concluir que a aplicação do enunciado da Súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça, a qual reza que "a exigência de prisão provisória para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência", deve merecer nova leitura porque o recolhimento à prisão não pode ser uma condição de admissibilidade do recurso de apelação, razão pela qual a prisão para recorrer somente se admite se ostentar natureza cautelar.

A prisão preventiva somente poderá ser decretada ou mantida quando estiverem presentes ou subsistirem os seus pressupostos e fundamentos. O juiz deve revogar a custódia quando se tornarem insubsistentes seus requisitos. Com efeito, a decretação da prisão preventiva em razão da reincidência ou dos maus antecedentes quando ausentes seus requisitos, configura execução antecipada de pena a quem é presumido inocente por disposição da própria Constituição Federal.[40]

A garantia da ordem pública e econômica, em razão de serem expressões de conteúdo aberto e indeterminado, não são fundamentos tipicamente cautelares para a decretação da prisão preventiva. Estes requisitos não tutelam efetivamente a persecução penal, vale dizer, não são adequados para afastar situações da realidade (v.g. condutas praticadas pelo investigado ou acusado) que possam causar riscos ao regular andamento e efetividade da investigação ou processo. Assim, parte da doutrina entende que somente a conveniência

[39] GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Legislação penal especial*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 21-22.

[40] STF, 2ª T., HC 89754/BA, Rel. Min. Celso de Mello, j. 13/02/2007, DJ 27/04/2007, p. 106.

da instrução criminal e a asseguração da aplicação da lei penal (para evitar a fuga) são os fundamentos essencialmente cautelares para a decretação da custódia cautelar.[41] Nesse sentido, a prisão preventiva somente poderia ser decretada quando houver necessidade fundada na preservação da instrução criminal ou para assegurar o cumprimento da lei penal.

10. CONCLUSÃO

Com o advento da Lei 12.015/2009, o crime de estupro passou a ser hediondo em todas as suas formas, o que afasta as antigas divergências na doutrina e jurisprudência sobre o seu caráter hediondo. Não obstante a isso, a Lei 12.015/2009 criou o crime de estupro de vulnerável que é hediondo em todas as suas formas, o que também encerra a controvérsia acerca da hediondez. Ademais, houve revogação da presunção de violência prevista no art. 224 do Código Penal. A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual, em regra, passa a ser pública condicionada à representação.

Ante o exposto, observamos que a Lei dos Crimes Hediondos, em sua redação original, continha dispositivos de duvidosa constitucionalidade, tais como, as vedações à liberdade provisória e à progressão de regime. Tais proibições afrontavam os princípios da presunção de inocência, individualização e humanização da pena.

Todavia, a partir da edição da Lei 11.464/2007 foram estabelecidos prazos mais longos para a progressão de regime para os agentes condenados por crimes hediondos ou equiparados.

A liberdade provisória, não obstante a inafiançabilidade, deve ser concedida aos agentes de crimes hediondos ou equiparados quando ausentes os requisitos da prisão preventiva. A Lei 11.464/2007 aboliu a vedação à liberdade provisória da redação original da Lei dos Crimes Hediondos, o que provocou parcial esvaziamento do instituto da fiança.

O réu, ainda que seja reincidente e de maus antecedentes, terá o direito de apelar em liberdade se ausentes os requisitos daquela medida cautelar. Por fim, com o advento da minirreforma processual, os requisitos da prisão preventiva são parâmetros essenciais para se aferir a necessidade da privação cautelar da liberdade.

[41] DELMANTO (2008, p. 102-103); TOURINHO FILHO (2010, p. 863).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Delta, 1987.
AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal esquematizado*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.
CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal*: Legislação penal especial.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
CUNHA, Rogério Sanches. *Comentários à reforma criminal de 2009*. São Paulo: RT, 2009, p. 37
DE JESUS, Damásio E. *Novíssimas questões criminais*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1999.
DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
ESTEFAM, André; [et. al.]. *Reforma penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.
FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2007.
FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.
GOMES, Luiz Flávio. *Direito processual penal*. São Paulo: RT, 2005, v. 6ª
GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Legislação penal especial*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
JARDIM, Afrânio da Silva. *Direito processual penal*. 8ª ed. rev.atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes hediondos*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação penal especial*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.
NUCCI Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010.
_____. *Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: RT, 2009.
_____. *Manual de direito penal:* parte geral: parte especial. 6ª ed. São Paulo:RT, 2007.
OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lumen

Juris, 2009.
SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*. 6ª ed. RT: São Paulo, 2007.
TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, V.1.
WAMBIER, Teresa; NERY JR., Nelson. *Transformações do recurso extraordinário*: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. São Paulo: RT, 2006.

ATRASO AÉREO: A ANTINOMIA DE NORMAS EM RELAÇÃO AO ATRASO AÉREO EM VOOS DOMÉSTICOS DE PASSAGEIROS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Roberto Fonseca de Aguiar, Advogado, Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes e ex-aluno da Esmese.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva reunir subsídios para que o operador do direito seja capaz de entender o espírito do Código Brasileiro de Aeronáutica, do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil quando referente à caracterização do atraso aéreo em voos domésticos de passageiros, para que assim, partindo-se das regras de solução das antinomias, direcionar-se no sentido de manter o sistema coeso, sem contradições, em busca da efetiva promoção do bom funcionamento dos serviços de transporte aéreo no país. O atraso aéreo é tema de extrema atualidade, envolvendo uma ampla coletividade, mas que ainda se encontra impreciso na legislação brasileira. Enquanto o CBA permite um atraso até o limite de 4 horas, o CDC e o CC repelem tal prática ao inserir conceitos modernos de eficiência e de proteção aos termos contratados e ao passageiro. Desta forma, mister se faz a realização de um estudo acerca dos métodos de solução das antinomias jurídicas em busca de razões que justifiquem a aplicação de uma ou outra norma. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica à luz da doutrina clássica e moderna, juntamente com estudo jurisprudencial dos Tribunais Pátrios.

2. DIREITO AERONÁUTICO

No Brasil, a legislação aeronáutica teve importância a partir do Código Brasileiro do Ar de 1938 (Decreto-Lei nº 483, de 08.06.1938), sobrevindo o Código Brasileiro do Ar de 1967 (Decreto-Lei nº 32, de 18.11.1966), culminando com o Código Brasileiro de Aeronáutica de 1986 (Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986).

Mais tarde, com o advento da atual era constitucionalista brasileira,

surgiu o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) e, mais recentemente, o Novo Código Civil (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002) que trouxeram em seu bojo, dentre outras, normas aplicáveis em Direito Aeronáutico, que, conjuntamente com o CBA, passaram a constituir o rol de normas orientadoras de Direito Aeronáutico no Brasil.

3. DO TRANSPORTE AÉREO DOMÉSTICO DE PASSAGEIROS

Oportuno salientar desde já que a questão relativa ao atraso aéreo aqui abordada limita-se às diversas implicações normativas referentes tão somente quanto ao transporte aéreo oneroso, de passageiros e realizado em âmbito nacional, excluindo-se, portanto, aquele ocorrido no transporte realizado de forma gratuita, de coisas, bem como o que possua ponto de partida, intermediário ou de destino situado fora do território nacional.

O CBA estabelece regra geral quanto à determinação do transporte ser nacional ou internacional, tal, aliás, como define o seu art. 215: "Art. 215. Considera-se doméstico e é regido por este Código, todo transporte em que os pontos de partida, intermediários e de destino estejam situados em Território Nacional."

Já com relação ao transporte gratuito, conforme bem lembra Almeida (2004), "o art. 736, CC expressamente exclui do âmbito do CC o transporte gratuito de pessoas, ao estipular que 'Não se subordina às normas do contrato de transporte o feito gratuitamente, por amizade ou cortesia. '".

4. CODIFICAÇÕES QUE VERSAM SOBRE DIREITO AERONÁUTICO

Dos três sistemas codificados que atualmente versam sobre o transporte aéreo doméstico, o Código Brasileiro de Aeronáutica é aquele que, aparentemente, mais se especializa ao tema, tendo sido elaborado em meados da década de 80, através da Lei 7.565 de 19 de Dezembro de 1986.

Quando o código passou a ser elaborado, tinha-se como pensamento majoritário o elevado risco empresarial ligado à atividade aérea como consequência do chamado "risco do ar" ou "risco de voo", estando a tecnologia da época ainda a se adaptar às necessidades mundiais, razão pela qual se prezava pela flexibilização do atraso aéreo e a limitação dos danos

materiais, não havendo sequer previsão para os de cunho moral.

De acordo com o Código Brasileiro de Aeronáutica, somente se caracteriza **atraso de voo aquele que resultar de atraso na partida superior a 4 horas**, estabelecendo assim um limite quantitativo baseado numa ideia advinda de meados da década de 80, quando da elaboração do Diploma Legal.

Em sendo constatado o trespasse do limite legal, determina o CBA que a empresa aérea disponibilize imediatamente ao passageiro lesado a opção pela realocação em voo que ofereça serviço equivalente para o mesmo destino, ou então a imediata restituição do bilhete pago (PACHECO, 1998, p. 374).

É o que dispõe o artigo 230, CBA:

> Art. 230. Em caso de atraso da partida por mais de 4 (quatro) horas, o transportador providenciará o embarque do passageiro, em voo que ofereça serviço equivalente para o mesmo destino, se houver, ou restituirá, de imediato, se o passageiro o preferir, o valor do bilhete de passagem.

Trata-se de uma obrigação alternativa onde, de acordo com a manifestação de vontade do consumidor lesado, poderá consistir de uma troca de aeronave ou então do reembolso do bilhete pago, e só (PACHECO, 1998, p. 374)!

O Código Civil de 2002, por sua vez, apresenta papel fundamental na regularização dos contratos de transporte, com a finalidade precípua de, segundo Grevetti (2004), suprir uma lacuna deixada pelo Legislador do CC de 1916, pela simples razão de quando do início de sua elaboração, no fim do século XVII, o transporte coletivo estava ainda a se desenvolver, não havendo, pois a importância que se observa na atualidade.

Desta forma, o Código Civil faz passos largos rumo à própria evolução das relações de transporte, trazendo um compilado de normas influenciadas pelo que de mais moderno existia no direito estrangeiro, aplicando indistintamente a todos os meios de transporte conhecidos, deixando de ser uma matéria esparsa para se tornar concretamente regulamentado (MONTEIRO, 2003, p. 322).

Neste diapasão, dispõe o CC, em seu art. 737, que "**O transportador está sujeito aos horários e itinerários previstos, sob pena de responder por perdas e danos, salvo motivo de força maior**." (grifo nosso)

Preza-se assim, pelo dever de pontualidade do transportador, que deverá

realizar o acordado nos limites dos horários e do itinerário previamente definidos (MACHADO, 2008, p. 518)

Uma vez celebrado o contrato de transporte aéreo, obriga-se incontestavelmente a companhia aérea a transportar o passageiro nos termos do bilhete de passagem adquirido, sob pena de, *a priori*, incorrer em inadimplemento contratual.

Já o Código de Defesa do Consumidor, introduzido através da Lei 8.078 de 11 de Setembro de 1990, fora deixado propositadamente por nós como último a ser comentado, muito embora se situe, em linha cronológica, entre a edição do Código Brasileiro de Aeronáutico e o Civil, anteriormente analisados.

Norma de maior relevância para o estudo do tema se perfaz no art. 22, CDC, que versa sobre o caráter público do serviço prestado pelas empresas do governo, concessionárias, permissionárias e demais formas de empreendimento governamentais, vejamos:

> Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, **são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes**, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. (grifo nosso)

Infere-se, de logo, tratar-se o serviço de transporte aéreo verdadeiro serviço público, se sujeitando, desta forma, às normas inerentes à própria administração pública.

Cunha Júnior assim discorre sobre o conceito de serviço público:

> Assim, para nós, serviço público é uma atividade administrativa e material, prestada pelos órgãos da Administração direta do Estado ou por suas entidades da Administração indireta ou, ainda, por empresas privadas que atuam por delegação do Estado (são as concessionárias, permissionárias ou atorizatárias), consistente em utilidades ou comodidades materiais, criadas por lei, fruíveis direta ou indiretamente pelos administrados, sujeita a regime total ou parcialmente público. O serviço público, portanto, é função administrativa exercida

> pelo Estado ou por seus delegados, que consiste em prestações materiais específicas ou genéricas que propiciam aos administrados benefícios das mais variadas ordens (telecomunicação, energia elétrica, transporte coletivo, gás canalizado, fornecimento de água, iluminação pública, coleta de lixo, limpeza de ruas, etc.) (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 207)

Nesta esteira, patente que, na qualidade de serviço público, deve ser dotado de segurança, e, sobretudo, eficiência, princípio de insuperável grau de modernidade, sob pena de desatendimento dos interesses do Estado.

5. ANTINOMIA JURÍDICA

5.1 INTRODUÇÃO

A verificação de uma antinomia no caso concreto exige, de pronto, uma atitude positiva do aplicador do direito, pois sua solução é imprescindível para que seja preservada a consistência do sistema Jurídico (FERRAZ JÚNIOR, 2003, P. 206).

Melhor explica o mestre Ferraz Júnior:

> Quando falamos de revogação por incompatibilidade, tocamos num dos temas centrais da teoria do ordenamento; sua consistência. Por consistência deve ser entendida a inocorrência ou a extirpação de antinomias, isto é, da presença simultânea de normas válidas que se excluem mutuamente (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 206)

Novelino com a sapiência que lhe é atribuída, estudando as normas constitucionais, assim se manifestou sobre as razões da existência de antinomias no ordenamento jurídico:

> A Lei Maior é resultante de um compromisso entre setores diferenciados e, por vezes, antagônicos existentes na sociedade. O consenso fundamental responsável pelas normas positivadas não impede e nem apaga o "pluralismo e antagonismo de ideias

> subjacentes ao pacto fundador", o que pode suscitar fenômenos de tensão ou colisões entre normas constitucionais (NOVELINO, 2008, p. 94).

De fato, o estudo sistematizado das três codificações que atualmente versam sobre questões inerentes ao direito aeronáutico faz surgir uma visível antinomia de normas quando referente à determinação e padronização do atraso aéreo.

É necessário que se tenha o seguinte entendimento para que se possa vislumbrar a antinomia aqui apontada:

Em primeiro lugar, sobre o CBA, que em meados da década de 80, introduziu no sistema jurídico brasileiro uma codificação editada sob a égide do "risco do ar", em manifesta proteção aos prestadores do serviço de transporte aéreo em desacordo com os anseios dos passageiros.

Por outro lado, apenas quatro anos depois, mas já sob a luz dos novos princípios da Carta Constitucional de 1988, o CDC, exteriorizado por uma norma de função social, ingressa no ordenamento jurídico com a finalidade precípua de fazer-se atuar em todos os ramos do direito, para que somente assim possam ser defendidos os interesses de uma classe reconhecidamente vulnerável, o consumidor.

Por último, o Código Civil, que após sua revitalização em 2002, passou a prever expressamente direitos e obrigações inerentes à relação de transporte, o que inevitavelmente, fez-se chocar com as normas já existentes trazidas pelo CBA, causando assim uma relevante celeuma jurídica.

E acrescente-se, embora não se tratar de antinomia de fato, a Constituição Federal de 1988, promulgada posteriormente ao CBA, influencia diretamente na renovação de sua interpretação, bem como no teor das novas leis que advieram com a evolução jurídica do sistema normativo brasileiro.

Chega-se então a um verdadeiro conflito de normas, de um lado o CBA, que traz o limite objetivo de 4 horas, de outro o CC, que traz a obrigatoriedade de cumprimento do contrato de transporte nos exatos termos do bilhete, sob pena de inadimplência contratual, e o CDC, que traz noções de eficiência na prestação do serviço. Por último, tem-se a CF, superior a todos as demais codificações, onde logo em seu artigo inaugural, traça como fundamento da República Federativa do Brasil, buscar e assegurar a dignidade da pessoa humana.

Atente-se, porém, que a existência de antinomias no sistema jurídico

não é de todo maléfica, pois revela o caráter mutável das normas, que se manifesta em uma evolução jurídica na busca de uma maior adequação às situações fáticas e anseios da sociedade humana (BOAVENTURA, 2005).

São as palavras de Boaventura:

> Assim sendo, a antinomia jurídica como fenômeno legal moderno surge como algo inerente ao sistema normativo em que se transformou o direito. É de suma importância caracterizar que justamente por ser o sistema normativo algo mutável de acordo com as situações fáticas da sociedade humana, motivo pelo qual as antinomias aparecem. Para tanto deve o jurista solucionar o conflito e sempre lutar pelo estabelecimento da unidade lógica do sistema (BOAVENTURA, 2005).

Pontua Ferraz Júnior:

> O sistema que falamos nesse passo tem, ademais, caráter dinâmico. A expressão sistema dinâmico provém de Kelsen e, em oposição ao estático [...], capta normas dentro de um processo de contínua transformação. Normas são promulgadas, subsistem no tempo, atuam, são substituídas por outras ou perdem sua atualidade em decorrência de alterações nas situações normadas. O sistema é apenas uma forma técnica de conceber os ordenamentos, que são um dado social (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 178).

A premissa do estudo da antinomia no presente caso é fazer com que os diversos microssistemas que regem o direito aeronáutico integrem-se ao ordenamento jurídico sem prejuízo de sua função, bem como de sua força renovadora (MARQUES, 1992, p.157).

É com base nessa distorção entre normas sobre a mesma matéria, mas de conteúdo diverso, que se tem a necessidade de uma análise mais profunda para que se alcance um denominador comum, medida que trará relevantes consequências para o direito aeronáutico ao ponto em que se estabelecerá

a segurança jurídica necessária ao sistema normativo.

5.2 CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DAS ANTINOMIAS

Diniz, com o brilhantismo que lhe é inerente, trabalha o conceito de antinomia da seguinte forma:

> Antinomia é o conflito entre duas normas, dois princípios, ou de uma norma e um princípio geral de direito em sua aplicação prática a um caso particular. É a presença de duas normas conflitantes, sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada ao caso singular (DINIZ, 2006, p. 478).

No entender de Ferraz Júnior:

> Podemos definir, portanto, antinomia jurídica como a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 212).

Assim, pelo que se observa, antinomia é o fenômeno em que duas ou mais disposições conflitantes sobre a mesma matéria passam a coexistir no sistema jurídico, sem que, contudo, seja possível vislumbrar qual norma deverá ser aplicada em detrimento da outra no caso concreto (DINIZ, 2006, p.478).

Destarte, para o melhor estudo do tema, temos que a situação aqui exposta se revela como antinomia jurídica no momento em que, contraditórias, as normas fazem parte do ordenamento jurídico brasileiro, encontram-se vigentes, no território nacional, versando sobre os usuários do transporte aéreo.

Decerto, a antinomia apresentada somente estará configurada quando, após a adequada interpretação das normas conflitantes, perdurar a incompatibilidade entre elas, seja por falta de critérios, ou ainda pelo conflito de mais de um critério apto a ser aplicado (FERRAZ JÚNIOR,

2003, p. 212).

Por conseguinte, Novelino (2008, p.95) ressalta que a antinomia somente se observará quando as normas conflitantes pertencerem ao mesmo ordenamento, e que ambas tenham o mesmo âmbito de validade (temporal, espacial, pessoal e material).

Não há, portanto, dúvidas do conflito existente, devendo de tal forma, o aplicador de direito extirpar a contradição para ter plena segurança da consecução dos objetivos primários das normas conflitantes, sempre segundo balizamento dos princípios elencados na Carta Constitucional.

Definida a antinomia jurídica, há a necessidade de classificá-las, vejamos:

As antinomias podem ser classificadas segundo 4 critérios distintos: quanto à solução, quanto ao conteúdo, quanto ao âmbito e quanto à extensão (DINIZ, 2006, p. 479-481).

A primeira classificação, que diz respeito ao critério de solução, traz a separação entre antinomias aparentes e reais (DINIZ, 2006, p. 479).

A antinomia real é aquela que se revela insolúvel, enquanto que as aparentes carecem desta qualidade (BOBBIO, 1999, p.92).

Segundo Marques (1992, p. 158), a antinomia será aparente quando puder ser resolvida pela simples compatibilização dos dispositivos legais, enquanto que será real, quando, em não sendo possível a compatibilização pela via meramente interpretativa, forçar o aplicador do direito a escolher uma afastando a aplicação da outra.

Na observação inequívoca de Ferraz Júnior (2003, p. 212), as "antinomias reais seriam aquelas para as quais não há, no ordenamento, regras normativas de solução, sendo aparentes aquelas para as quais existem critérios normativos".

No entanto, no magistério do próprio Ferraz Júnior (2003, p. 212), a distinção entre antinomia real e aparente segundo a existência de critérios normativos deve ceder lugar a outra característica, vejamos:

> A distinção entre antinomias reais e aparentes, fundada na existência ou não de critérios normativos positivos para a sua solução pode e deve, pois, ser substituída por outra em que a **antinomia real é definida como aquela em que a terceira condição é preenchida, ou seja, a posição do sujeito é insustentável porque não há critérios para sua solução, ou porque entre os critérios existentes há**

> **conflito**, e é aparente em caso contrário (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 212) (grifo nosso).

Ratifica em sua integralidade Bobbio:

> Chamamos as antinomias solúveis de aparentes; chamamos as insolúveis de reais. Diremos portanto, que as antinomias reais são aquelas em que o intérprete é abandonado a si mesmo ou pela falta de critério ou por conflito entre os critérios dados (BOBBIO, 1999, p. 92).

Quanto ao conteúdo, a antinomia poderá ser observada sobre duas esferas: própria e imprópria, sendo que esta ainda se subdivide em antinomia de princípios, valorativa e teleológica (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p.213).

Nos dizeres de Diniz (2006, p. 479), a antinomia será própria "quando uma conduta aparece ao mesmo tempo prescrita e não prescrita, proibida e não proibida, prescrita e proibida", ou seja, ocorre quando uma norma é a negação da outra, e por isso há impedimento para que a outra ocorra pois as suas atitudes são completamente inconciliáveis, a ponto de causar insegurança na seara jurídica.

Já a antinomia imprópria, segundo Diniz (2006, p. 478) se dá "em virtude do conteúdo material das normas", sendo de princípios quando a desarmonia se der por conta das normas que versem sobre a mesma matéria estiverem inseridas em ideias fundamentais conflitantes; valorativa, quando o legislador não for fiel a uma valoração por ele próprio realizada; e teleológica quando "se apresentar incompatibilidade entre os fins propostos por certa norma e os meios previstos por outra para a consecução daqueles fins".

Neste sentido, manifesta-se Ferraz Júnior:

> Nesses casos, a antinomia é imprópria porque nada impede o sujeito de agir conforme as normas, ainda que, em virtude de um juízo particular de valor, ele não concorde com elas. Ou seja, não se cogita nesses casos, sequer de antinomia aparente, pois nesta o sujeito fica numa situação em que tem que optar e sua opção por uma norma implica a desobediência de outra, devendo recorrer a regras para sair da situação.

> Nas antinomias impróprias, o conflito é mais entre o comando estabelecido e a consciência do aplicador, aproximando-se a noção de antinomia imprópria da noção de lacunas políticas ou de *lege ferenda* (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 213).

A terceira classificação, quanto ao âmbito, subdivide as antinomias em de direito interno, quando ocorrer "entre normas de mesmo ramo do direito ou entre aquelas de diferentes ramos jurídicos"; de direito internacional que surge entre normas de direito internacional, como entre tratados e costumes internacionais; ou ainda de direito interno-internacional, quando ocorre entre normas internas conflitando com outras de outro direito interno ou entre normas de direito interno com normas internacionais (DINIZ, 2006, p.480).

Por último, quanto à extensão, tem-se uma antinomia total-total, quando "uma das normas não puder ser aplicada em nenhuma circunstância sem conflitar com a outra"; total-parcial, quando "uma das normas não puder ser aplicada, em nenhuma hipótese, sem entrar em conflito com a outra, que tem campo de aplicação conflitante com a anterior apenas em parte; e a parcial-parcial, "quando as duas normas tiverem um campo de aplicação que, em parte, entra em conflito com o da outra, e em parte não" (DINIZ, 2006, p. 480-481)

Trazendo ao presente caso, constatamos que a antinomia acerca do atraso aéreo deve ser classificada da seguinte forma:

Real, haja vista que as disposições trazidas pelo CC e CDC são completamente incompatíveis com as do CBA, esbarrando-se em outro conflito, qual seja o de critérios, que mais à frente será melhor esmiuçado.

Própria, pois o conflito se revela inerente a questões formais no momento em que uma norma permite o que a outra proíbe.

De direito interno, pois as normas conflitantes fazem parte de diferentes ramos do direito interno brasileiro e;

Total-parcial, pois, segundo Bobbio (1999, p. 89), "a primeira norma não pode ser em nenhum caso aplicada sem entrar em conflito com a segunda; a segunda tem uma esfera de aplicação em que não entra em conflito com a primeira", que se visualiza da seguinte forma: É proibido atrasar um voo (CDC + CC) e É proibido atrasar um voo, desde que seja por mais de 4 horas (CBA).

Completa Bobbio:

> A situação antinômica, criada pelo relacionamento entre uma lei geral e uma lei especial, é aquela correspondente ao tipo *total-parcial*. Isso significa que quando se aplica o critério da *lex specialis* não acontece a eliminação total de uma das duas normas incompatíveis mas somente daquela parte da lei geral que é incompatível com a lei especial (BOBBIO, 1999, p.96-97, grifo do autor)

5.3 CRITÉRIO PARA SOLUÇÃO DAS ANTINOMIAS

No magistério de Marques (1992, p.158), os conflitos das leis no tempo e no espaço deverão ser solucionados pela Lei de Introdução ao Código Civil, a partir de agora tratada por LICC, que disponibiliza dois instrumentos básicos: o da continuidade das normas e a revogação daqueles incompatíveis, estabelecidas pelas seguintes normas, *in verbis*:

> Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.
> § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.
> § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

Revogação, segundo Marques (1992, p. 158), "é a perda da vigência, total ou parcial, da lei e representaria a vontade do legislador, que editou lei posterior incompatível com a anterior".

Entretanto, deve-se ressaltar que o mero conflito de leis não pode ser confundido com a constatação de uma antinomia jurídica, posto tratarem-se de fatos diferentes que ocorrem no ordenamento. A ocorrência de uma antinomia provoca a afetação da própria lógica do sistema, enquanto que o conflito de leis não a afeta, posto que o próprio sistema indica como resolver o conflito (LICC) (MARQUES, 1992, p. 159).

É o que observa Marques:

> A solução da antinomia tem um caráter efêmero,

> para aquele caso concreto, como todo exercício de interpretação, sem afetar necessariamente, como ocorre nos conflitos, a vigência das normas no sistema. O estudo das antinomias concentra-se, não no problema de vigência das normas novas e anteriores, mas sim no problema de lógica do sistema, influenciando a sua solução, casuisticamente, a eficácia de uma das normas contraditórias. Os conflitos de leis no tempo e no espaço, se considerados existentes, não afetam a lógica do sistema, pois o próprio sistema positiva as normas pelas quais deseja que se resolvam os conflitos (MARQUES, 1992, p. 159).

Identificada a antinomia, deve primeiro o intérprete verificar se existe a possibilidade de compatibilizar as duas normas pretensamente contraditórias. Se possível a sua adequação, desaparecerá a antinomia, restando o sistema perfeitamente coeso (MARQUES, 1992, p. 164).

Para resolução das antinomias aparentes, utiliza-se apenas métodos interpretativos que objetivam integrar as normas para que delas emanem efeitos cujos propósitos sejam inteiramente compatíveis (MARQUES, 1992, p. 158).

Para o caso de antinomia real, três são os critérios para solução: cronológico, hierárquico e da especialização. (BOBBIO, 1999, p. 92).

O critério hierárquico, que se materializa no brocardo *lex superior derogat legi inferiori*, baseia-se na superioridade de uma fonte de produção jurídica em relação à outra fonte, deixando transparecer a ideia de hierarquia entre leis (MARQUES, 1992, 164).

São os dizeres de Boaventura:

> O segundo dos critérios é o hierárquico, o seu comando é lex superiori derogat legi inferiori. O uso deste critério para solução de antinomia remeterá o aplicador ou intérprete ao uso da norma hierarquicamente superior, quando se tratar de normas de diferentes níveis. Maria Helena (2001) assim exemplifica: "a Constituição prevalece sobre uma lei. Daí falar-se em inconstitucionalidade da lei

> ou ilegitimidade de atos normativos diversos da lei, por a contrariarem". A norma é inferior ou superior devido ao seu poder normativo (BOAVENTURA, 2005).

Por este entendimento, temos que a CF, por ser a norma suprema do ordenamento jurídico brasileiro, estaria acima de todas as leis, invadindo o seu campo de interpretação, influenciando toda e qualquer disposição que se contraponha aos seus princípios (antinomia real), e adequando a interpretação das normas à nova realidade (antinomia aparente).

Exemplifica Boaventura (2005), no sentido de que "O poder normativo da Constituição é mais abrangente, e por isso é superior a uma lei ordinária, assim como o poder normativo de uma lei é superior ao poder normativo de um ato normativo".

O critério cronológico (*lex posterior derogat legi priori*), de maior simplicidade, induz a prevalência da norma mais recente em contrário à mais antiga que se encontre incompatível. Este critério faz presumir que a lei mais recente será aplicada por refletir o pensamento e orientação mais atual e renovador do legislador, que tendo conhecimento da lei anterior, preferiu elaborar norma que traga disposições diversas (MARQUES, 1992, 164).

Para Bobbio (1999, p. 93), o critério cronológico revela a atual vontade do legislador, onde de dois atos emanados da mesma pessoa, valeria o último. Além disso, presume-se que o legislador "não queira fazer coisa inútil e sem finalidade; se devesse prevalecer a norma precedente, a lei sucessiva seria um ato inútil e sem finalidade" (BOBBIO, 1999, p. 93).

No entanto, é de se ressaltar que tal critério, afinal como nenhum outro, é absoluto, devendo sempre ser utilizado com cautela, como bem explica Boaventura (2005) ao dispor que "O critério cronológico dá ao sistema a sua dinamicidade, mas em nome desta não se pode legislar afoitamente".

Último critério, tido por especialidade, manifesta-se sobre o brocardo *lex specialis derogat generalis* e tem por premissa o fato de a lei especial prevalecer à geral (BOBBIO, 1999, p. 96).

Justifica Bobbio:

> Também aqui a razão do critério não é obscura: a lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai de uma norma uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária

ou contraditória) (BOBBIO, 1999, p. 96).

Em suma, o critério cronológico será utilizado quando duas normas incompatíveis forem sucessivas; o critério hierárquico, por sua vez, quando duas normas incompatíveis estiverem em níveis diversos; o de especialidade quando duas normas incompatíveis se chocarem pelo fato de uma ser de cunho especial e outra de cunho geral (BOBBIO, 1999, p. 97).

E se mais de um critério puder ser utilizado no caso concreto? Estaremos assim diante de uma das hipóteses da existência da antinomia real, ou, como define a doutrina, de antinomia de segundo grau (DINIZ, 2006, p. 483).

Nesta esteira, Bobbio (1999, p. 107) se manifesta no sentido de que a antinomia real, ou de segundo grau, "não se trata mais da incompatibilidade de que falamos até agora, entre normas, mas da incompatibilidade entre critérios válidos para a solução da incompatibilidade entre normas".

É uma questão bastante complexa, de difícil solução, haja vista que presentes dois critérios plenamente aplicáveis, mas que entre eles, pode acarretar medidas contraditórias, permanecendo assim a impossibilidade de uma aplicação justa da norma legal.

É esta a questão que incide perante a antinomia aqui tratada. A *priori*, teríamos uma lei especial mais antiga (CBA) em contraste com uma lei geral mais nova, ou melhor dizendo, mais moderna e atual (CDC em análise conjunta com o CC, ambos balizados pela CF).

Mas antes de adentrar no mérito da questão, há de se destacar que a nosso ver, inexiste antinomia entre o CDC e o CC, haja vista que ambos refletem o espírito da CF, estando com disposições adequadas ao sistema, e, consequentemente, entre si. A questão da antinomia se diz tão somente com relação a esse grupamento de normas e o CBA, e só.

A problemática se inicia com o questionamento acerca da existência de regramentos tradicionalmente admitidos para a solução do conflito de critérios.

Desse modo, a evolução histórica da ciência jurídica tem demonstrado que o conflito de critérios se resolve pela elaboração de outros novos critérios, ora chamados de metacritérios ou meta-regras (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 211).

Sendo três os critérios de solução de antinomias (A, B, C), três são as hipóteses de conflitos entre eles (A+B, A+C, B+C), o que implica a necessidade de elaboração de ao menos três metacritérios.

Primeiramente, há de se falar do conflito entre o critério cronológico e o hierárquico, que tem dimensão quando uma norma mais nova se revela antinômica em relação a uma norma mais antiga superior hierarquicamente. O conflito existiria no momento em que, se fosse utilizado o critério cronológico, aplicar-se-ia a primeira, enquanto que se fosse utilizado o critério hierárquico, aplicar-se-ia a segunda (BOBBIO, 1999, p. 107).

Mas neste caso, aponta Bobbio (1999, p. 107), a resposta não se faz complicar, sendo de plano aplicado o critério hierárquico em face do cronológico. E não por menos seria assim.

O critério cronológico, dada à estrutura do sistema jurídico, não pode prevalecer sobre o hierárquico, pois se assim fosse, a norma superior perderia o poder que lhe é inerente. O critério cronológico somente poderá ser utilizado quando duas normas estiverem no mesmo plano.

Admitir que uma norma superior fosse modificada por uma inferior seria o mesmo que permitir a alteração de normas constitucionais por meras leis ordinárias. Seria admitir que a força de uma Constituinte padecesse sob a vontade do legislador ordinário, cujo poder legislativo é derivado.

Em contrapartida, quando conflitantes os critérios hierárquico e de especialidade, a situação não se torna perfaz em tamanha simplicidade. Embora tecnicamente devesse prevalecer o critério hierárquico, não é essa a solução apontada pela doutrina. Inexiste metacritério para este caso, pois no ensinamento de Bobbio,

> a gravidade do conflito derivaria do jogo de "dois valores fundamentais de todo o ordenamento jurídico, o do respeito da ordem, que exige o respeito da hierarquia e, portanto, do critério da superioridade, e o da justiça, que exige a adaptação gradual do Direito às necessidades sociais e, portanto, respeito do critério da especialidade (BOBBIO, 1999, 109).

Na prática, há de se observar o caso concreto, analisando atentamente as implicações de cada norma, sempre em coerência com o próprio sistema jurídico. No entanto, frequentemente poderemos observar que o critério da especialidade em muitas vezes prevalece à própria hierarquia das leis, pois as novas situações requerem leis mais específicas para regulamentá-las, do contrário, haver-se-ia lacuna no direito.

No sopesar de Bobbio, (1999, p. 109), "a exigência de adaptar os princípios gerais de uma Constituição às sempre novas situações leva frequentemente a fazer triunfar a lei especial, mesmo que ordinária, sobre a constitucional".

Último metacritério, propositadamente deixado para o final, diz respeito ao conflito entre o critério de especialidade e o cronológico, presente quando uma norma anterior-especial se tornaria incompatível com uma norma posterior-geral, onde caso utilizado o critério de especialidade, aplicar-se-ia a primeira, enquanto que em se utilizando do critério cronológico, a segunda (BOBBIO, 1999, p. 108).

Para a doutrina, tal conflito deve ser resolvido com a prevalência da lei especial perante a cronológica, pela qual "a lei geral sucessiva não tira do caminho a lei especial precedente" (BOBBIO, 1999, p. 108).

Esta posição se daria por conta de uma presunção de que o legislador, quando da elaboração da norma, tinha pleno conhecimento do regime especial, não querendo dispô-lo na nova lei, pois o regime especial traria maior justiça que o geral (MARQUES, 1992, p. 167).

Contudo, da mesma forma que os critérios de solução das antinomias de normas, os metacritérios não são absolutos, muito menos de fácil aplicação.

Especificamente no caso de conflito entre critério especial e cronológico, o objeto jurídico tutelado, o espírito da lei e a intenção do legislador é que devem ser levados em ponderação para aplicação da norma mais correta.

Ressalta Diniz:

> A meta-regra *lex posterior generalis non derogat priori speciali* não tem valor absoluto, tendo em vista certas circunstâncias presentes. Não há uma regra definida, pois, conforme o caso, haverá supremacia ora de um, ora de outro critério (DINIZ, 2006, p. 484, grifo meu).

Marques (1992, p. 168), reconhecendo a relativização dos metacritérios, aponta a CF como mecanismo de orientação ao aplicador do direito, fazendo-o influenciar diretamente na solução dos conflitos de critérios, *in verbis*:

> A hierarquia entre critérios, portanto, não é tão clara e baseia-se em presunções não absolutas a exigir um

> esforço casuístico do intérprete. [...] Cada vez mais, em se tratando de conflitos entre critérios se utiliza uma interpretação "conforme a Constituição" para destacar a norma que deverá efetivamente ser aplicada ao caso concreto, afastando a outra e solucionando a antinomia entre normas (MARQUES, 1992, p. 168, grifo do autor).

Aliás, é o que pontua Novelino:

> A supremacia da Constituição e o seu deslocamento para o centro do sistema jurídico lhe confeririam uma posição de destaque na interpretação dos demais ramos do direito, os quais devem ser compreendidos "sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados" (*filtragem constitucional*). Por isso, a afirmação de que "toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional" (NOVELINO, 2008, p. 114).

Continua o mesmo Autor:

> A compreensão do direito infraconstitucional à luz dos valores consagrados na Constituição, a inserção cada vez maior de normas próprias de outros domínios no texto constitucional e a aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares ("eficácia horizontal") são alguns dos aspectos que identificam uma tendência de constitucionalização do direito (NOVELINO, 2008, p. 114).

Portanto, não obstante a existência de regras e meta-regras, deve o aplicador fazer uso de uma análise sistemática para que sua decisão se adéque à ordem jurídica como um todo. Não se quer dizer, no entanto, que a resolução da antinomia se dê por critérios constitucionais, mas sim orientado por sua essência.

5.4 APLICAÇÃO NOS CASOS DE ATRASOS AÉREOS

Cabe agora desdobrar os critérios e metacritérios abordados no sentido

de resolver a problemática envolvendo a antinomia entre a norma do CBA e as normas do CDC e CC.

Inquestionavelmente, o CBA é uma codificação que visa a proteger o transportador, posto que quando de sua elaboração, temia-se o chamado "risco do ar". O sistema de informatização e telecomunicação ainda se demonstrava precário e padecia de precisão, devendo, portanto, à época, haver um compêndio legal que viabilizasse a própria estrutura do sistema de transporte aéreo.

Ademais, as estradas brasileiras e a generalidade dos meios de transporte terrestres provocavam viagens de muito demoradas, sendo o padrão de tempo para realização de um trecho à época, bastante elevado se comparado ao vislumbrado atualmente.

Assim, o CBA surgiu como questão de ordem para a aviação, elaborado com auxílio das próprias empresas de aviação comercial para que houvesse um sistema que proporcionasse pleno desenvolvimento à aviação nacional na medida em que disponibilizava limites bastante elevados para isenção da responsabilização do cumprimento da obrigação avençada: transportar o passageiro incólume de um ponto ao outro dentro dos limites do horário estabelecido no bilhete.

Mas inicialmente, devemos observar que o primeiro fator que interfere na permanência do art. 230, CBA, na caracterização do atraso aéreo em voos domésticos de passageiros (impondo a permissão até o limite de 4 horas), está no fato de que quando de sua elaboração, estava vigente a Constituição de 1967, em muito destoante e retrógrada se comparada com a atual Constituição.

Esta nova era constitucional iniciada em 1988 se fortalece em valores mais humanitários e sociais, buscando pelo bem-estar da população ao ponto em que se funda no princípio da dignidade da pessoa humana.

A antinomia de fato desponta quando, em 1990, em manifesta consonância com os princípios da Carta Magna de 88, surge uma codificação voltada à defesa do consumidor, reconhecidamente vulnerável, prezando pela boa prestação dos serviços a fim de garantir um sistema de consumo alheio ao abuso por parte dos fornecedores e comerciantes em face dos consumidores.

Finalmente o CC, que em 2002 provocou uma relevante modificação nas relações civis brasileiras. Revogando o diploma de 1916, que nada previa sobre as relações de transporte e dispôs sobre responsabilidade contratual e aquiliana, além da imperiosidade de cumprimento dos horários fixados

no bilhete adquirido.

Assim, para solucionar o impasse, devemos, de logo, interpretar os critérios de solução das antinomias.

Em não havendo antinomia envolvendo a norma constitucional, exclui-se a hipótese de antinomia relacionada à hierarquia das normas, restando àquelas referentes à especialidade e à cronologia.

Caso utilizado o critério cronológico, teríamos a prevalência do diploma civil e consumerista em detrimento do aeronáutico, mas como dito anteriormente, a antinomia sobre o atraso aéreo é de segundo grau, posto colidirem os próprios critérios de solução apontados pela doutrina.

Cabe, portanto, identificar se o CDC e o CC são normas gerais ou especiais frente ao CBA.

Quanto ao CC, é inquestionável o seu caráter geral, haja vista que embora regulamente toda a relação de transporte, não oferece a especialização que o CBA, diploma elaborado especificamente para a relação da aviação, trazendo normas bastante específicas, detém.

No entanto, não há como não reconhecer o caráter especial do CDC, que protege determinado sujeito na relação específica de consumo, invadindo todo o sistema jurídico a ponto de proteger qualquer relação de consumo, o que se torna visível no pensamento de Marques (1992, p. 155), para quem "a entrada de uma lei nova de função social traz como consequência natural uma modificação profunda no ordenamento jurídico".

Continua:

> O Código de Defesa do Consumidor é uma destas leis de função social, as quais têm o mérito de positivar as novas noções valorativas orientadoras da sociedade, procurando, assim, assegurar a realização dos modernos direitos fundamentais (direitos econômicos e sociais) previstos nas constituições (MARQUES, 1992, p. 155).

O CDC é uma lei típica de intervencionismo do Estado Social, que tem como função precípua "servir de parâmetro, de nova orientação e de efetivo instrumento para alcançar o equilíbrio social que o legislador moderno pretende realizar" (MARQUES, 1992, p. 155).

Conclui Marques:

> Os choques entre as novas leis de função social e as leis anteriores do sistema não pode, portanto, ser evitado, ao contrário, integra a própria finalidade da nova lei, que vem para renovar o sistema e assim transformar a própria realidade social (MARQUES, 1992, p. 156).

Assim, o CDC insere na relação de consumo a noção de eficiência no serviço, qualificando-o como defeituoso aquele que não corresponde aos anseios dos termos contratados.

Destarte, aos contratos de transporte aéreo se aplicam, indubitavelmente as disposições do Código de Defesa do Consumidor, composto de normas de interesse social e de ordem pública, conforme dispõe o art 5°, inciso XXXII e 170, inciso V da Constituição Federal, *in verbis*:

> 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:
> [...]
> XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;
>
> 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 CDC é norma que contamina todo o ordenamento jurídico, invadindo a competência das demais normas para ali plantar a semente de proteção ao consumidor.

Aliás, é o que diz a jurisprudência pátria:

> **TRANSPORTE AÉREO - ATRASO DE VOO** E EXTRAVIO DE BAGAGEM - DANO MORAL - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

E CONVENÇÃO DE VARSÓVIA - DANOS MATERIAL E MORAL FIXADOS EM PRIMEIRO GRAU - APELAÇÃO - REFORMA DA SENTENÇA - RECURSO ESPECIAL - PRETENDIDA REFORMA - SENTENÇA DE 1º GRAU RESTABELECIDA - RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.

I - **Prevalece o entendimento na Seção de Direito Privado "de que tratando-se de relação de consumo, em que as autoras figuram inquestionavelmente como destinatárias finais dos serviços de transporte, aplicável é à espécie o Código de Defesa do Consumidor**" (REsp 538.685, Min. Raphael de Barros Monteiro, DJ de 16/2/2004). [...] (REsp 612.817/MA, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Quarta TURMA, julgado em 20/09/2007, DJ 08/10/2007 p. 287) (grifo nosso).

RESPONSABILIDADE CIVIL. **TRANSPORTADOR**. LIMITAÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA.

Editada lei específica, em atenção à Constituição (Art. 5º, XXXII), destinada a tutelar os direitos do consumidor, e mostrando-se irrecusável o reconhecimento da existência de relação de consumo, suas disposições devem prevalecer. Havendo antinomia, o previsto em tratado perde eficácia, prevalecendo a lei interna posterior que se revela com ele incompatível. Recurso conhecido e não provido. (REsp 169.000/RJ, Rel. Ministro Paulo Costa Leite, Terceira Turma, julgado em 04/04/2000, DJ 14/08/2000 p. 164) (grifo nosso).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. TRANSPORTE AÉREO. BAGAGEM EXTRAVIADA. APLICABILIDADE DO CDC. CABIMENTO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. VALOR ARBITRADO A TÍTULO

> DE DANOS MORAIS. MANUTENÇÃO.
> 1. **Caracterizando a prestação de serviços de transporte aéreo uma relação de consumo, devem-se aplicar as normas do Código de Defesa do Consumidor em detrimento dos dispositivos contidos no Código Brasileiro de Aeronáutica.** [...] (Apelação Cível nº 84617-9/188 (200402377677), 2ª Câmara Cível do TJGO, Goiânia, Rel. Des. Gilberto Marques Filho. j. 19.04.2005, unânime, DJ 23.05.2005) (grifo nosso).

Portanto, é fora de dúvida que o fornecimento de transporte em geral é atividade abrangida pelo CDC por constituir modalidade de prestação de serviços, sobressaindo-se sobre os outros regimes jurídicos, como no caso o CBA.

A posição por nós adotada, segundo ensinamentos dos autores aqui estudados é que, independentemente de qual norma se confronte com o CBA, seja o CDC, seja o CC, deverá prevalecer aquela que mais se adéque ao espírito do ordenamento jurídico.

Segundo Diniz (2006, p. 485), é na falta de critérios que se utiliza a máxima da busca da justiça. É o sentimento de justiça que deverá prevalecer em todo o ordenamento jurídico. A lei nasce para fazer justiça social, reger determinado assunto em prol da coletividade e em prol dos princípios da nação. Não pode ela servir de meio a permitir a injusta invasão na seara de liberdade de quem quer que seja, portanto, entre duas normas incompatíveis, dever-se-á optar pela mais justa.

Desta forma, entre o CC e o CBA, embora presente o metacritério *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, o melhor entendimento se traduz na superação do limite de 4 horas estabelecido pelo CBA para fazer-se cumprir a obrigatoriedade de transporte nos exatos termos do bilhete segundo prediz o CC.

In casu, a especialidade do CBA não pode obstar a aplicação do CC, haja vista que esta codificação traz ao sistema jurídico o que mais há de moderno no direito, sendo que conquanto norma especial, o CBA padece em seus próprios fundamentos, onde sequer havia previsão de ressarcimento de danos morais. A finalidade do CBA não é e nunca foi proteger o passageiro ou evitar a ocorrência de atrasos.

A permanência do art. 230, CBA engessa o sistema jurídico e torna lícita

a inadimplência contratual, exceto, é claro, o caso fortuito e a força maior, já consagrados na doutrina, e que embora ocasionem um retardamento na prestação do serviço, se dão por fatos alheios à vontade do transportar. Por outro lado, o atraso de até 4 horas pode ser utilizado livremente pelas companhias aéreas, inclusive injustificadamente, sem que com isso seja responsabilizada por qualquer dano provocado.

A superação do critério de especialidade em consagração ao cronológico deve ser utilizada em casos excepcionais, mas plenamente justificados. Deve-se assim verificar a finalidade de cada regime de modo a estabelecer os antagonismos presentes e fornecer ao aplicador do direito conteúdo para justificar a supressão de uma das normas.

A sua utilização, conforme o magistério de Marques (1992, p. 158) deve ser realizada em homenagem à justiça social, senão vejamos:

> Trata-se, porém, de uma presunção, arraigada, sem dúvida, ao espírito dos juristas, muito bem querer modificar o sistema, passar do privilégio à abolição deste privilégio para a maior justiça social, prevalecendo sua aplicação por uma questão teleológica (MARQUES, 1992, p. 158)

O Código Civil tem que se fazer aplicável, não havendo razoabilidade na manutenção do limite de 4 horas.

O CDC, por sua vez, não deveria oferecer maiores dificuldades para a conscientização de sua aplicação em detrimento do CBA.

Tratam-se de normas especiais, cada uma com seu objeto específico: O CBA em relação ao transporte aéreo, o CDC ao consumidor.

É certo que o âmbito de especialidade diverge, mas não é esse fator que implicará a ausência de critérios. A proteção ao consumidor em detrimento do transportador é medida que se revela de maior proximidade ao sistema jurídico constitucional.

O CDC como lei de função social invade o campo de atuação do CBA e provoca uma modificação em sua interpretação. O intuito do legislador foi de proteger a classe vulnerável, mas para isso reconheceu que o fornecedor, seja pelo poder econômico, ou ainda pelo risco da atividade, não merece maiores proteções.

Não se trata de previsão discriminatória, mas sim desigual, sem que, no

entanto, seja ferido qualquer preceito básico da relação comercial.

Inclusive, não é outro o entendimento da totalidade dos Tribunais Pátrios, que reconhecem a aplicação do CDC em detrimento do CBA, senão vejamos:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE AÉREO. EXTRAVIO DE BAGAGEM. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.
> **Tratando-se de relação de consumo, prevalecem as disposições do Código de Defesa do Consumidor em relação à Convenção de Varsóvia e ao Código Brasileiro de Aeronáutica. Precedentes da Segunda Seção do STJ**. [...] (Recurso Especial nº 538685/RO (2003/0036274-6), 4ª Turma do STJ, Rel. Min. Barros Monteiro. j. 25.11.2003, unânime, DJ 16.02.2004) (grifo nosso).

> PROCESSO CIVIL E CIVIL - TEMPESTIVIDADE DO RECURSO - TRANSPORTE AÉREO - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.
> O prazo para interpor recurso conta-se da data em que os autos são retirados do cartório, à consideração de que naquele dia o advogado toma ciência inequívoca do julgado que pretende impugnar. **Os destinatários finais de serviço de transporte aéreo são consumidores, de sorte que são aplicáveis as normas insertas no Código de Defesa do Consumidor em detrimento do Código Brasileiro de Aeronáutica**. Se o serviço foi efetivamente prestado e não houve comprovação de que o valor contratado foi em excesso, não incidirá o permissivo da repetição de indébito. [...] (Apelação Cível nº 20030110200676 (Ac. 214573), 6ª Turma Cível do TJDFT, Rel. Otávio Augusto. j. 02.05.2005, DJU 09.06.2005) (grifo nosso).

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - EXTRAVIO DE BAGAGEM - CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO -

APLICAÇÃO DO CDC - PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS - DANO MORAL - QUANTUM FIXADO MODERADAMENTE - RECURSO DESPROVIDO.

"Não se caracteriza o cerceamento de defesa quando há nos autos elementos suficientes à formação do convencimento do Juiz, permitindo-lhe o julgamento antecipado da lide" (Embargos Infringentes nº 2000.024881-9, de Jaguaruna, Rel. Des. Sérgio Paladino). **"O Código de Defesa do Consumidor instituiu nova política de proteção ao consumidor, tendo suas regras abrangido todas as relações de consumo. Em caso de antinomia entre o Código Brasileiro de Aeronáutica e o CDC, prevalece este último, porque posterior e especial, além de editado em consonância com a Constituição Federal**" [...] (Apelação Cível nº 2004.030123-4, 3ª Câmara de Direito Civil do TJSC, Barra Velha, Rel. Des. Sérgio Izidoro Heil. unânime, DJ 31.03.2005) (grifo nosso).

RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE AÉREO. ATRASO DE VOO.

A responsabilidade da empresa concessionária de serviço público é objetiva. Dano moral configurado, pelo aborrecimento e transtorno causados aos passageiros. O seu valor deve ser fixado moderadamente. **Para efeito de indenização, as normas do Código de Defesa do Consumidor prevalecem sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica.** Aplicação dos arts. 37, § 6º da CF, 3º, 6º, X, 14 e 22 do CDC. Indenização reduzida. Parcial provimento do segundo recurso. Prejudicado o primeiro. (Apelação Cível nº 2004.001.23501, 7ª Câmara Cível do TJRJ, Rel. Des. Carlos C. Lavigne de Lemos. j. 08.03.2005) (grifo nosso).

RECURSO PRINCIPAL - APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - EXTRAVIO DE BAGAGEM - CÓDIGO BRASILEIRO DE AERONÁUTICA

- APLICAÇÃO APENAS SUBSIDIÁRIA AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - DANO MORAL CARACTERIZADO - RECURSO IMPROVIDO.

É induvidoso que o Código Brasileiro de Aeronáutica somente poderá ser aplicado a situações de transporte aéreo, com extravio de bagagem, de modo subsidiário ao Código de Defesa do Consumidor, que lhe é posterior e veio regulamentar preceitos constitucionais, permitindo a efetiva reparação dos danos patrimoniais, morais, individuais, coletivos e difusos (art. 6º, VI). A indenização pré-tarifada não foi recepcionada pela Constituição Federal, além de não ter sido prevista no **Código de Defesa do Consumidor, que é a legislação apta a tratar de matéria relativa a contratos de transporte aéreo**. Estando caracterizada a ocorrência de dano moral, ele deve ser indenizado. [...] (Apelação Cível nº 2001.004023-1, 3ª Turma Cível do TJMS, Campo Grande, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. j. 26.04.2004, unânime) (grifo nosso).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. EXTRAVIO DE BAGAGEM. DENUNCIAÇÃO À LIDE INDEFERIDA. RELAÇÃO DE CONSUMO. INDENIZAÇÃO TARIFADA. CÓDIGO BRASILEIRO DE AERONÁUTICA. INAPLICABILIDADE.

No caso de extravio de bagagem, **ocorrido após a vigência do Código de Defesa do Consumidor, a indenização deve ser ampla e integral, não se adotando as limitações previstas nas leis especiais anteriores, neste ponto, derrogadas elas novas regras legais, editadas em observância ao preceito constitucional que se refere à proteção dos consumidores.** O extravio da bagagem traz para o viajante constrangimento, desconforto, humilhação e aborrecimento. Ou seja, sentimentos capazes de desestabilizá-lo, psicologicamente. O valor da

> indenização deve ser fixado razoavelmente e de forma proporcional aos danos sofridos. [...] (Apelação Cível nº 200500114145, 12ª Câmara Cível do TJRJ, Rel. Des. Gamaliel Q. de Souza. j. 06.09.2005) (grifo nosso).
>
> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - TRANSPORTE AÉREO - EXTRAVIO DE MERCADORIA. DANOS MORAIS E MATERIAIS CONCEDIDOS. EXISTÊNCIA DO DANO - RAZOABILIDADE NA FIXAÇÃO DO QUANTUM - JULGAMENTO PROCEDENTE - RECURSO ADESIVO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA EMPRESA TRANSPORTADORA - AFASTAMENTO DAS REGRAS DO CÓDIGO BRASILEIRO DE AERONÁUTICA E DA CONVENÇÃO DE VARSÓVIA - APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - PRECEDENTES DO STJ - RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS.
> [...]
> São direitos básicos do consumidor: a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais e difusos (art. 6º do CDC). **O Código de Defesa do Consumidor tem aplicação no caso de indenização baseada em responsabilidade do transportador, afastando-se as regras da Convenção de Varsóvia e do Código Brasileiro de Aeronáutica.** [...] (Apelação Cível nº 2003202029 (4547/2004), I Grupo da 2ª Câmara Cível do TJSE, Rel. Des. José Artêmio Barreto. j. 16.11.2004, unânime) (grifo nosso).

O CDC é uma norma atual, moderna, louvável. Não evita por completo os danos causados aos consumidores, mas ao menos se presta a influenciar no modo da prestação dos serviços para que haja uma sensível diminuição nos abusos que frequentemente se observam.

Permitir a permanência do limite de 4 horas da forma em que hoje se encontra é reconhecer a morte da teoria do ordenamento jurídico de Bobbio.

O sistema deve ser coeso, compatível entre si, não permitindo a permanência de normas com implicações antagônicas. Extirpa-se a segurança jurídica do ordenamento e induz-se à arbitrariedade e desordem.

O legislador é livre para formular normas em oposição entre si, mas cabe ao aplicador do direito, reconhecer a incongruência e resolvê-la. A manutenção do sistema se dá, assim, por uma soma de esforços sendo que inquestionavelmente, deverá prevalecer o que é melhor para todos.

É por esta razão que, através da técnica de solução das antinomias, se chega à conclusão que o limite de 4 horas para voos domésticos de passageiros não pode perdurar enquanto vigentes as normas do CDC e do CC, haja vista que manifestamente contrário à evolução do direito pátrio.

6. CONCLUSÃO

Assim, diante de tudo o que foi exposto, não se pode chegar a outra conclusão senão da completa impropriedade e incongruência do limite objetivo de 4 horas como sendo aquele aplicável incontestemente ao caso dos atrasos aéreos.

A história da aviação demonstra fartamente que tal limite já deveria há muito ser superado, posto que contraditório com os princípios basilares da Carta Superior e da proteção ao passageiro/consumidor, ao tempo em que regula com base em critérios já ultrapassados e vencidos uma realidade que vem mudando com o advento da evolução tecnológica e jurídica.

Não se pode desvincular a análise do tema das razões históricas que sofreu a aviação civil no país e no mundo.

O Direito Aeronáutico passou por diversas atualizações, sendo que sua última codificação específica do tema tem sua vigência a partir de meados da década de 80, tempo em que se temia o chamado "risco do ar", que diante do fator imprevisibilidade, regia o direito obrigacional das empresas de aviação.

Demonstramos neste trabalho que de acordo com a legislação atualmente vigente no país, três são as codificações que versam sobre Direito Aeronáutico, e mais precisamente sobre o atraso aéreo, sendo o CBA permissivo até o limite de 4 horas, enquanto que o CDC e o CC atribuem a noção de obrigatoriedade aos termos contratados.

A elaboração do Código Brasileiro de Aeronáutica se deu, assim, em uma época em que se exigia um tratamento diferenciado em manifesta proteção ao fornecedor de serviços, que passava por uma séria instabilidade diante

da ainda precária infraestrutura do setor aéreo no país.

Mas tal como tudo em Direito, o dinamismo é situação inerente ao caso, tendo de fato as relações de direito aeronáutico evoluído intensamente na história moderna. O grau de tecnologia e segurança alcançados, não obstante a recente questão dos desastres aéreos, não mais se coaduna com um limite permissivo que em muito destoa das exigências da população brasileira.

A princípio, o estudo do tema levaria a crer que o CBA, por se tratar de uma codificação supostamente mais específica, deveria prevalecer sobre as demais, fazendo com que ao transportador, fosse permitido incondicionalmente o atraso injustificável até o limite de 4 horas.

Por sua vez, o CC e o CDC, modernos e atuais, atuam de forma a compelir o abuso perante o passageiro/consumidor. O CC, com base nos novos ditames do direito obrigacional, impõe que o transportador deve estar adstrito aos termos do bilhete contratado, sob pena de responsabilização pelas respectivas perdas e danos; Já o CDC, dispõe sobre a eficiência e segurança dos serviços públicos.

Verificada a existência de normas contraditórias versando sobre o mesmo tema e com mesmo âmbito de validade, nasce o fenômeno da Antinomia de Normas, devendo o aplicador do direito atuar positivamente na sua resolução em busca da unidade e coesão do sistema jurídico.

Assim, a nosso ver, com base na mais conceituada teoria de Norberto Bobbio, seguida por Tércio Sampaio Ferraz, Maria Helena Diniz, dentre outros, a aplicação das regras de solução de controvérsias geradas por antinomias leva a crer que a disposição relativa ao atraso aéreo inserida no CBA deve deixar de ser aplicada quando referente ao atraso aéreo em voos domésticos de passageiros na legislação brasileira.

E tal conclusão somente se faz possível quando realizada uma análise histórico-sistemática da legislação vigente, onde se percebe que o espírito do legislador de 86 não mais é aceito pelos padrões atuais.

O CBA, frise-se, no que se refere ao atraso aéreo, é uma norma antiga, ultrapassada e, sobretudo, retrógrada. Não pode o Direito permitir a sua aplicação com base em valores ultrapassados e já vencidos.

Como dito, permitir a aplicação do art. 230, CBA é engessar o ordenamento jurídico, agindo em completo disparate a princípios já consagrados.

A sociedade brasileira não mais pode suportar a permanência de tal situação. Os abusos cometidos e os atrasos injustificados são manchete todos

os dias perante os noticiários brasileiros, sem que, contudo sejam tomadas medidas efetivas para sua solução.

O dispositivo debatido do CBA é, assim, injusto, e como tal, não pode perdurar surtindo seus efeitos negativos para quem tem a legítima expectativa de um serviço de qualidade.

Alie-se ao fato de que o serviço de transporte aéreo é caro e de resultado, não podendo, pois, ser mantido da forma em que se encontra.

O objetivo deste trabalho é, portanto, fornecer subsídios fundamentais para que o aplicador do direito possa desempenhar seu papel em prol da sociedade, interferindo diretamente na realidade para promoção de uma maior qualidade do serviço prestado.

Contudo, não se está aqui a tentar estabelecer a intolerância ao atraso aéreo, ou muito menos incentivar a punição às empresas aéreas através de multas ou processos judiciais para cada atraso. O que se objetiva é trazer à realidade o fato de que uma lei erigida à luz de princípios que hoje se revelam injustos e ilegais, não deve prevalecer no âmbito da sociedade brasileira.

Desta forma, temos como imperiosa a reformulação do entendimento acerca do atraso aéreo em prol da prevalência das normas insculpidas no CC e CDC em face da regra permissiva do CBA, como único meio de promover o bem da sociedade em geral.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Gabriel Assis de. Contrato de Transporte Aéreo no Novo Código Civil Brasileiro. *Revista brasileira de direito aeroespacial*. 2004, n. 87. Disponível em: <http://www.sbda.org.br/revista/Anterior/1761.htm>. Acesso em: 31 ago. 2008

BOAVENTURA, Bruno José Ricci. O fenômeno da antinomia jurídica . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 678, 14 maio 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6707>. Acesso em: 05 nov. 2008.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Decreto-Lei n. 4.657. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília,DF. 4 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 15 out. 2008.

_____. Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Código Brasileiro

de Aeronáutica. (Substitui o Código Brasileiro do Ar). Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF. 20 dez. 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7565.htm>. Acesso em: 10 mar. 2008.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF. 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 10 mar. 2008.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras provid6encias. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF. 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078compilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça - REsp 612.817/MA, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Quarta TURMA, julgado em 20/09/2007, DJ 08/10/2007 p. 287. Disponível em:<https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3400557&sReg=200302103802&sData=20071008&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10 out. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial nº 538685/RO (2003/0036274-6), 4ª Turma do STJ, Rel. Min. Barros Monteiro. j. 25.11.2003, unânime, DJ 16.02.2004. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1031752&sReg=200300362746&sData=20040216&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10 out. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça - REsp 169.000/RJ, Rel. Ministro Paulo Costa Leite, Terceira Turma, julgado em 04/04/2000, DJ 14/08/2000 p. 164. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199800221786&data=14/08/2000>. Acesso em: 10 out. 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - Apelação Cível nº 20030110200676 (Ac. 214573), 6ª Turma Cível do TJDFT, Rel. Otávio Augusto. j. 02.05.2005, DJU 09.06.2005. Disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?NXTPGM=jrhtm03&ORIGEM=INTER&PGATU=219953&l=&ID=708461328&OPT=&DOCNUM=1>. Acesso em: 10 out. 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul - Apelação Cível nº 2001.004023-1, 3ª Turma Cível do TJMS, Campo Grande, Rel. Des.

Oswaldo Rodrigues de Melo. j. 26.04.2004, unânime. Disponível em: <http://www.tjms.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=010001SYP0000&nuSeqProcessoMv=17&tipoDocumento=ACO&cdAcordaoDoc=30973&pdf=false>. Acesso em: 10 out. 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - Apelação Cível nº 200500114145, 12ª Câmara Cível do TJRJ, Rel. Des. Gamaliel Q. de Souza. j. 06.09.2005. Disponível em: <http://srv85.tj.rj.gov.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=00037F1FD85E6EAD51090CD295107FEDAC252893C324272B>. Acesso em: 10 out. 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – Apelação Cível nº 2004.001.23501, 7ª Câmara Cível do TJRJ, Rel. Des. Carlos C. Lavigne de Lemos. j. 08.03.2005. Disponível em: <http://srv85.tj.rj.gov.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=000368BF23F58631F600C2BA69786D63FBFF0680C31E5A3A>. Acesso em: 10 out. 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina - Apelação Cível nº 2004.030123-4, 3ª Câmara de Direito Civil do TJSC, Barra Velha, Rel. Des. Sérgio Izidoro Heil. unânime, DJ 31.03.2005. Disponível em: <http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp>. Acesso em: 10 out. 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe - Apelação Cível nº 2003202029 (4547/2004), I Grupo da 2ª Câmara Cível do TJSE, Rel. Des. José Artêmio Barreto. j. 16.11.2004, unânime. Disponível em: <http://www.tj.se.gov.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp.numprocesso=2003202029&tmp.numacordao=20044547>. Acesso em: 10 out.2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito administrativo*. 7ª ed., rev., ampl. Salvador: Edições Juspodivim, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 18ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003.

GREVETTI, Rodrigo Binotto. Contrato de transporte e responsabilidade civil à luz do novo Código Civil . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, nº 596, 24 fev. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6297>. Acesso em: 21 set. 2008.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Código civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. São Paulo: Manole, 2008.
MARQUES, Cláudia Lima. A Responsabilidade do Transportador Aéreo pelo Fato do Serviço e o Código de Defesa do Consumidor – Antinomia entre Norma do CDC e de Leis Especiais, *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, RT, v.1, nº 3, p. 155-197, set., 1992.
MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações : dos contratos em geral : das várias espécies de contrato. Dos atos unilaterais. Da responsabilidade civil.* 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
NOVELINO, Marcelo. *Teoria da Constituição e controle de constitucionalidade*. Salvador: Edições Juspodivm, 2008.
PACHECO, José da Silva. *Comentários ao código brasileiro de aeronáutica: (lei n. 7565, de 19.12.1986)*. 2ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

TRANSAÇÃO PENAL E RESPONSABILIDADE SOBRE CONFISSÃO CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA FACE À AUSÊNCIA DE GARANTIAS

Rômulo Gomes da Mota Júnior, bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Advogado.

RESUMO: Estudo demonstrativo de que é reduzida a consequência do método empregado no Brasil para tornar útil a delação premiada. Assevera que, dada a importância do bem jurídico tutelado frente às práticas de organizações criminosas, os instrumentos de que se valeu o legislador para alcançar inclusive a preservação da vida humana são de eficácia mínima. Para tanto, aborda a Lei 11.449, de 15 de janeiro de 2007 e o Projeto de Lei 6.984/10, numa perspectiva de vinte e um anos de aplicação do instituto. Por intermédio de análise detida acerca da necessidade de fiscalização e restrição sobre sua aplicação, bem como traçando um paralelo entre garantias e os chamados benefícios - sem abandonar o processo penal constitucional, a teoria geral do processo penal, a segurança pública, novas tendências político criminais, o direito penal mais econômico e criminologia crítica -, conclui que a legislação continua carecedora de reforma para assegurar o sigilo da informação, alteração da identidade do réu que coopera, atribuição de competência ao Ministério Público para oferecer proposta e que sejam concedidos os efeitos do reconhecimento da confissão causa de redução de pena igualmente na fase de execução penal.

PALAVRAS-CHAVE: Confissão; garantias; reforma; precariedade.

ABSTRACT: Study demonstrating that there is little or no consequence to the method used in Brazil to become useful to plea bargaining. It asserts that given the importance of the legal ward face of the practice of criminal organizations, the tools that are worth the legislature to reach even the preservation of human life are of limited effectiveness. To this end, brings the Law 11449 of January 15, 2007 and Bill 6984/10, from a perspective of twenty-one years of the institute. Through careful analysis of the need for supervision and restriction on its application, as well as drawing a parallel between the so-called guarantees and benefits - without abandoning the

constitutional criminal procedure, the general theory of criminal procedure, public safety, criminal political trends the criminal law more economical and critical criminology - conclude that the legislation continues carecedor reform to ensure the confidentiality of information, changing the identity of the defendant cooperates, conferring jurisdiction to prosecutors to offer plea bargaining and proposed that are afforded the effects of recognition of the confession because of reduced sentences also during the execution of sentences. Hence, substantial results are achieved, and avoid wasting time in the penal system and money from public coffers, perhaps adopted more professional and specialized techniques relating to confession because of reduced sentence.

KEYWORDS: Confession; guarantees; reform; precariousness.

1. INTRODUÇÃO

A prova, instrumento cuja finalidade é a formação de convicção em face do ajuizamento de ação penal, encontra também na confissão a possibilidade do alcance da verdade real. O Código Penal Brasileiro passou a prever, com o advento da Lei 7.209/84, de 11 de julho de 1984, em seu art. 65, III, "d", a confissão espontânea como causa de redução de pena. Aliás, o estímulo à verdade real é tomado como alicerce para o instituto, já que expressão contida no item 55 da exposição de Motivos:

> 55. ... Beneficia-se, como estímulo à verdade processual, o agente que confessa espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime, sem a exigência, em vigor, de ser a autoria "ignorada ou imputada a outrem".

Mecanismo idêntico foi criado a partir de 1990 para obter informações dos réus, ou seja, para que o mesmo contasse mais do que revelaria num primeiro momento. Tratou-se, então, da chamada "delação premiada", antes já utilizada em outros países, como no combate ao crime organizado na Itália. Implica em alguém confessar o próprio crime, decisão que afeta

o princípio da não auto-incriminação[1] (CF, art. 5º, LXVIII), e em seguida indicar outros agentes, para, por ocasião da prolação da sentença, poder receber redução de pena, regime de cumprimento de pena menos severo ou perdão judicial, inclusive.

A utilização do instituto da delação premiada no Brasil completa, então, 21 anos, e continua sendo criticada por criminalistas e juristas. Está sujeita a manipulações, não há um mecanismo preciso sobre sua instrumentalização e, definitivamente, lhe falta fiscalização. Daí a observação de que métodos como os empregados na transação penal e mesmo na suspensão condicional do processo (previstos respectivamente nos arts. 76 e 89 da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995) e oferta de garantias, diferentemente de apenas benefícios, são formas de sua viabilização.

A confissão causa de redução de pena, concebida em termos nos quais o indiciado ou acusado colabora voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal também na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, prevista, então, na Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, na Lei 9.034, de 3 de maio de 1995, no § 4º do art. 159 do Código Penal), na Lei 9.613, de 3 de março de 1998, na Lei 9.807, de 13 de julho de 1999 e na Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, deveria ter caráter sigiloso, possibilitar alteração da identidade e qualificação do delator, competir ao membro do MP oferecer proposta de cooperação por intermédio de confissão e ter aproveitamento em fase de execução da pena.

Tendo no concurso de agentes, na devolução do produto do crime e na libertação da vítima do crime de extorsão mediante sequestro alguns dos requisitos para sua concessão, poderá ser reconhecida ao final do processo pelo juiz, e este não fica limitado ao pleito pelo membro do Ministério Público.

Conferidos os efeitos da confissão no crime previsto no art. 159 do Código Penal, cujo bem jurídico que se pretende proteger é a vida humana, além da liberdade individual, o patrimônio, a integridade física e psíquica da vítima, a pena do indiciado ou acusado igualmente poderá ser reduzida de um a dois terços. Apesar da diminuição, o crime continua a ser considerado hediondo, por força do inciso IV, art. 1º, da Lei 8.072/90, incluído pela Lei 8.930, de 6 de setembro de 1994. Para o reconhecimento da confissão capaz de reduzir a pena do crime de extorsão mediante sequestro é necessário

[1] MENDES &, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. São Paulo, 2010, p. 782.

que tenha havido denúncia à autoridade e que a libertação do sequestrado tenha sido consequência da denúncia. Tendo havido comunicação a policial militar, policial civil ou delegado de polícia, porém o sequestrado já tiver sido libertado, ou seja, não tiver sido solto em razão da ação da autoridade que recebeu a *notitia criminis,* poderá haver circunstância atenuante (art. 65, III, "d" do CP).

2. FISCALIZAÇÃO E CONTROLE

Países que têm a confissão causa de redução de pena devidamente regulamentada, e o Brasil não têm, verificam atenta e minuciosamente a regularidade das práticas dos atos que a envolvem; o que não ocorre no Brasil, em que não há cultura jurídica da delação premiada. A finalidade é que não aconteça delação falsa, ou seja, que a pessoa pressionada, ameaçada, constrangida por uma prisão eventualmente ilegal diga o que se quer ouvir para sair da situação vexatória.

É imperiosa investigação tanto prévia - para verificação de que o conteúdo da mensagem do réu não discrepe com os interesses da justiça -, quanto posterior, para que não se tenha delações obtidas por coação, por contratação para delatar, em que é evitado que grandes responsáveis pela criminalidade organizada sejam descobertos.

Pode acontecer de o réu falar para prejudicar outra pessoa, ou para satisfazer a autoridade que preside o ato. Aí acontece de o policial ou delegado não encontrar limites: prometem que no caso de confissão o réu não "deverá mais nada" para a justiça, que se livrará de policiais truculentos e tortura, que não cumprirá pena em regime fechado, que terá a proteção da polícia e que, com isso, não correrá o risco de ser morto em razão da delação. E o acusado colaborador, para proteger interesse seu ou de terceiros, pode indicar inocentes ou ocultar culpados.

Não é difícil imaginar que policiais neguem a colaboração, quando de fato houve, que até disputem quem primeiro obterá a confissão, e que, por outro lado, seja exigido, quase que desesperadamente, que o depoimento que implique em confissão causa de redução de pena seja protocolado, exatamente para afastar distorções deliberadas da polícia.

Modo de minimizar a "produção" indiscriminada de confissão pode ser atribuído à Lei 11.449, de 15 de janeiro de 2007, vigente desde a data de publicação, que altera o art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro

de 1941 – Código de Processo Penal:

> Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.
> § 1º Dentro em 24h (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.
>
> § 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e o das testemunhas.

Em contrapartida, "o magistrado, obedecido o segredo de justiça, tem o dever de informar ou mandar informar aos interessados acerca dos processos sob sua responsabilidade, de forma útil, compreensível e clara" (art. 11 do Código de Ética da Magistratura, publicado em 18 de setembro de 2008).

Fato é que para desmantelar organizações criminosas interessa a preservação do colaborador. Assim, o tratamento diferenciado a que se refere o art. 15 da Lei 9.807 de 13 de julho de 1999 – que estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal – sempre que possível, deve ser aplicado, apesar de, como se sabe, o sistema carcerário brasileiro, que degrada, estar falido.

São registradas acusações contra promotores no sentido de que no afã de tentar resolver o caso, de apresentar culpados, de mostrar que a justiça está dando resultados, supervalorizam a delação, deixando de lado a produção de outras provas.

Em face da adoção da confissão causa de redução de pena como meio de prova, o que se percebe durante esses anos que tem sido acolhida pelos tribunais no Brasil é que inexiste método preciso sobre como deve ser trazida para os autos. Segue ao desamparo de rigidez a forma como se tem levado

adiante sua produção.

Normalmente a Promotoria se previne em relação às consequências da confissão e o juiz as reconhece na sentença. No sistema penal pátrio, como não há regra sobre como proceder, cada um tem feito à sua maneira; o que se revela preocupante, pois não é possível vislumbrar segurança de restrição para o conteúdo da informação. A este respeito observa o professor Maurício Zanoide de Moraes:

> "A figura da delação premiada, que não tem base nenhuma, diz: redução de 1/3 a dois terços, redução até dois terços, de um terço a metade. E o juiz, que cumpre regra, aplica a redução como entender, ao contrário de todo o cálculo da pena, medido com fundamento em estritas regras. Ou seja, o magistrado aplica uma redução sem o menor parâmetro. Assim, o perigo é que a pena não fique proporcional ao delito (na verdade a pena deveria ficar proporcional à conduta). É difícil o juiz explicar porque reduziu o que reduziu. A defesa pode alegar que a redução da pena foi mínima e a acusação pode falar que a punição sequer deveria ter sido diminuída. Toda vez que se tem um acréscimo ou redução de pena, sem uma regulamentação detalhada, existe uma margem de subjetividade, em que se corre o risco muito grande de afetar a proporcionalidade da medida."[2]

O magistrado deve examinar a significância da colaboração, sob pena de assumir conduta desleal. Assim é porque o delator chega até a abandonar o instinto de sobrevivência, sujeitando-se a retaliações de toda ordem. Eis a ementa da decisão nos autos do HC 99736 / DF, publicada em 21 de maio de 2010, em que foi relator o Ministro Ayres Brito:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DELAÇÃO PREMIADA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA RECONHECIDA PELO JUÍZO. PERCENTUAL DE REDUÇÃO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO.

[2] MORAES, Maurício Zanoide de. *Delação premiada necessita de regulamentação* – Entrevista. Disponível em: http://ultimainstancia.uol.com.br

> ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. [...] 2. [...] 3. Na concreta situação dos autos, o magistrado não examinou o relevo da colaboração do paciente com a investigação policial e com o equacionamento jurídico do processo-crime. Exame, esse, que se faz necessário para determinar o percentual de redução da reprimenda. Noutros termos: apesar da extrema gravidade da conduta protagonizada pelo acionante, o fato é que as instâncias ordinárias não se valeram de tais fundamentos para embasar a escolha do percentual de 1/3 de redução da pena. 4. A partir do momento em que o Direito admite a figura da delação premiada (art. 14 da Lei 9.807/99) como causa de diminuição de pena e como forma de buscar a eficácia do processo criminal, reconhece que o delator assume uma postura sobremodo incomum: afastar-se do próprio instinto de conservação ou autoacobertamento, tanto individual quanto familiar, sujeito que fica a retaliações de toda ordem. Daí porque, ao negar ao delator o exame do grau da relevância de sua colaboração ou mesmo criar outros injustificados embaraços para lhe sonegar a sanção premial da causa de diminuição da pena, o Estado-juiz assume perante ele conduta desleal. Em contrapasso, portanto, do conteúdo do princípio que, no caput do art. 37 da Carta Magna, toma o explícito nome de moralidade. 5. [...]

A respeito da cautela e imparcialidade, com as quais deve se pautar o magistrado, é bem de ver o conteúdo do Código de Ética da Magistratura Nacional; e, no que possa se referir à apuração da confissão causa de redução de pena, especialmente os arts. 1º, 5º, 8º, 25 e 32.

Não se pode conhecer, isoladamente, a relevância da confissão. O promotor deve oferecer mais provas do que o depoimento que consiste na confissão causa de redução de pena. A delação, por si só, não tem valor absoluto.

Embora a prudência exija que a confissão seja apurada em contexto, a ausência de fiscalização tem gerado receio, dentre outros problemas. A impressão que se tem é uma supervalorização da delação como se tão somente bastasse, quando a cada passo a prova deveria ser confrontada, verificada a

autenticidade do que está sendo examinado.

Não há referencial para apuração de danos, não é vislumbrado limite. Não é possível avaliar interesses envolvidos, tanto pelos que recebem a delação, quanto pelos que delatam.

É constante a procura para se estabelecer um sistema equilibrado, um sistema que possa dar conta de um procedimento eficaz, e o quanto possível rápido na apuração dos fatos criminosos, mas que por outro lado não deixe de contemplar os direitos e garantias. Almeja-se mecanismo rápido, mas não tão rápido que não se permita a defesa; eficiente, mas que não permita provas ilícitas, obtidas sob tortura; que permita a delação, mas que não afaste vigilância. Questões prejudiciais são (1) medo do delator, o qual revela sua identidade, (2) extensão do que foi revelado, (3) a quantos e a quem prejudica, (4) publicidade, resultando difícil a composição entre garantia e eficiência, vetores que orientam o processo penal modernamente.

A confissão causa de redução de pena, então, não pode ser concebida indústria, devendo ser tomada mediante fiscalização rigorosa.

Corroborando a inexistência de fiscalização note-se que tecnicamente não é contemplado, ao abrigo da legislação em vigor, que a delação premiada seja oferecida, nem por policiais e menos ainda por membros do Ministério Público. Não se pode ter acordo.

Apenas o juiz pode conceder, e só depois que todo o processo tiver transcorrido. Isso também se justifica haja vista que é apenas ao final dos atos processuais que é possível avaliar se a colaboração preencheu os requisitos necessários, ou que não houve uma contribuição minimamente efetiva, ou se a polícia já teria realizado investigações por intermédio das quais se chegaria ao mesmo resultado. E aí o juiz pode não conceder os efeitos do reconhecimento da confissão causa de redução de pena. "Se o destinatário da prova é o juiz, em face da qual deverá formar sua convicção, só ele, e mais ninguém, pode dizer da necessidade dessa prova" (TJES – 2ª Câm. Civ. Ap. Cível nº 02197900/93 – Guarapari – Rel. Des. Lúcio Vasconcellos de Oliveira – j. 05/08/97). Vale, então, lembrar que garantismo significa diminuir o poder punitivo do Estado e aumentar a liberdade do cidadão. Para tal, Luigi Ferrajoli[3] utiliza técnicas de minimização do poder institucionalizado do Estado que estão representadas em 10 axiomas, dentre os quais a primeira das garantias relativas ao processo informa: *nulla culpa*

[3] FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantias – La ley del más débil*, p.26

sine iudicio (princípio da jurisdicionariedade), resultando então que é o juiz quem diz se há ou não culpa no caso concreto; é um terceiro imparcial, que tem o múnus constitucional de decidir pela culpabilidade, e bem assim se houve colaboração e se a colaboração foi de tal modo útil que implique em redução de pena, regime de cumprimento menos severo ou perdão judicial.

O juiz não poderia concluir já no início de uma investigação se vai reconhecer ou não a delação premiada. Quem se compromete a dar informações em troca desse prêmio não tem a garantia de redução de pena, de regime de cumprimento de pena menos severo ou de extinção de punibilidade. A colaboração dada inicialmente implica em mera possibilidade de que talvez ao final seja reconhecida pelo juiz como delação premiada. Não há nenhuma garantia, não há espaço para acordos, pois estes não têm validade legal.

De outra forma, há mecanismos para influenciar o indivíduo de modo a conviver em harmonia por intermédio de gestos compatíveis com normas e condutas traçadas por valores sociais. É o controle social, o qual, para Ana Lucia Sabadell[4] pode ser negativo ou positivo. Para a autora, o controle social negativo implica reprovar certos comportamentos por meio de sanções, enquanto que o controle positivo pode gerar inclusive premiações.

A estigmatização[5] lançada ao réu delator por policiais, Ministério Público e juízes, surge, então, como controle social penal negativo. A teoria do *labeling approach* (do etiquetamento ou da rotulação) defende, pois, que o sujeito acaba assumindo um papel social que os outros veem nele. É exemplo o ex-presidiário que pede emprego e não consegue por ter antecedentes, e daí conclui que já que todos o veem como criminoso ele deve delinquir novamente para voltar ao sistema. O mesmo se diga em relação ao réu colaborador; é que, apesar de ser bem-vinda a confissão, o legislador (controlador formal) - o qual exerce controle social penal positivo ao lançar no ordenamento jurídico a redução e regime menos severo de pena, além da possibilidade da extinção da punibilidade -, não afasta a ideia de que, primeiramente, se trata de um criminoso, e depois firma entendimento de que o delinquente cometeu traição ao apontar seus comparsas. É de se esperar desponte como nova tendência a superação da crítica que tacha o colaborador de traidor: a uma porque o indiciado ou acusado colaborador

[4] SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica*. 4ª ed. São Paulo, 2008, p. 152-153.
[5] NASCIMENTO, José Flávio Braga. C*urso de criminologia*. São Paulo, 2003, p. 70.

já havia traído os valores sociais quando cometeu crime, e a duas porque a traição deveria ser posicionada quando seu objeto fosse de ordem moral, legal ou legítima, nela – onde perfeitamente aplicável que, conforme Maquiavel, os meios são determinados pelos fins - não deveria, pois, se concentrarem afirmações de que não é instrumento válido para solucionar crimes.

Sabadell, ao ensinar sobre poder, que pode se manifestar por força, coação, influência, autoridade e manipulação[6], traz o elemento resistência:

> "A relação de poder indica que existe uma chance de desobediência, já que o inferior pode opor resistência e, se esta for eficaz, o superior não alcançará suas finalidades. Por isto, o exercício do pode não pode ser mais do que uma probabilidade de imposição de mandamento. As opiniões e os interesses dentro de uma sociedade são sempre conflitivos e criam a tendência à desobediência, mesmo que se trate de um poder extremamente forte, eficiente e legítimo. Assim sendo, quem exerce o poder muitas vezes necessita fazer concessões e mudar seus planos diante da resistência de indivíduos ou grupos."[7]

Ora, não há dúvidas de que, conforme está a delação premiada no ordenamento jurídico pátrio, o réu, eventualmente colaborador, face às amadoras tentativas do legislador de atraí-lo, não só poderá se negar a colaborar, mas opor resistência a qualquer manifestação de força, coação, influência e manipulação.

E sobre as formas e graus de coerção no sistema jurídico Ana Lucia Sabadell conceitua normas de caráter promocional: "São normas que preveem um incentivo no caso de seu cumprimento, mas não existe a obrigação de obedecê-las e, muito menos a possibilidade de coerção."[8] Daí que à redução de pena, submissão a regime prisional menos severo e a extinção da punibilidade, conforme alhures, devem ser contempladas em um sistema que ofereça garantias, afastando-se assim de tentativas pouco profissionais de atingir o fim a que se destina a confissão causa de redução

[6] SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica*. 4ª ed. São Paulo, 2008, p. 157.
[7] Ibid.
[8] SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica*. 4ª ed. São Paulo, 2008, p. 166

de pena.

Para a autora, são problemas, ou elementos da seletividade[9], do sistema penal a denominada "cifra obscura" e a seleção da "clientela". É a criminologia crítica (ou a nova criminologia), surgida em meados da década de 70, que é a última das teorias macrossociológicas que explicam a criminalidade. Propõe reinvestigar seu próprio objeto. A teoria crítica polemiza a razão, as consequências e a legitimidade do tratamento conferido às pessoas etiquetadas de criminosas (SMANIO, 1988)[10]. E é com a criminologia crítica que surgem três propostas de política criminal: o abolicionismo, o neo-realismo de esquerda e o minimalismo penal.

2.1. ESCALA DE DESATRAÇÃO

A delação premiada está prevista atualmente (1) no art. 8º, § único da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990 (que dispõe sobre os crimes hediondos), (2) no art. 6º da Lei 9.034, de 3 de maio de 1995 (que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas), (3) na Lei 9.269, de 02 de abril de 1996 (que dá nova redação ao § 4º do art. 159 do Código Penal), (4) no § 5º do art. 1º da Lei 9.613, de 3 de março de 1998 (que dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores), (5) nos arts. 13 e 14 da Lei 9.807, de 13 de julho de 1999 (que estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal) e (6) no art. 41 da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 (que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências).

Apesar da vasta previsão legal, o regramento não disciplina, por exemplo, o momento adequado para a colaboração, a proteção a ser aplicada, o procedimento, a efetivação da colaboração por intermédio de confissão,

[9] Ibid. p. 180-181.

[10] SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Criminologia e juizado especial criminal: modernização do processo penal, controle social*. 2ª ed. São Paulo, 1998, p. 20.

a quais crimes se aplica ou o anonimato do colaborador. Além disso, não se verificam garantias a serem oferecidas ao colaborador, consistindo a (a) redução de pena, (b) regime prisional menos severo e (c) perdão judicial, tidos como benefícios, em verdadeira escala de desatração da confissão.

Acerca do momento para a tomada da confissão, que deve ser trazida aos autos, resta óbvio que pode ser conferida em qualquer fase do processo penal, bem como após o trânsito em julgado. Isto não obsta, entretanto, que o legislador regulamente o instituto neste sentido, a fim de evitar confusão, embaraço, cerceamento de defesa e abusos. Sem esta previsão tem acontecido de a confissão ser obtida apenas quando do interrogatório do acusado, o que fere a ideia de que o réu é sujeito de direitos.

2.2. ABRANGÊNCIA

Desde 1990, com a lei dos crimes hediondos, vem se prevendo a delação premiada para crimes específicos. Então, a primeira foi para crimes hediondos, depois foi inserida na lei do colarinho branco (crimes contra o sistema financeiro nacional), lei de sonegação fiscal, lei de lavagem de dinheiro, extorsão mediante sequestro, e havia até 1999 a previsão exageradamente pontual; não se as condições, nem circunstâncias.

Em 1999 com a lei de proteção às testemunhas se prevê a delação de maneira mais ampla, e aí já um primeiro equívoco: a delação premiada não pode ser utilizada para qualquer tipo de crime, precisa ser usada naqueles crimes em que efetivamente a figura do delator exerce papel importante, que revele, segundo experiências estrangeiras, criminalidade organizada.

Já o art. 621, III do CPP possibilita a revisão criminal uma vez descoberta circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena. Resulta, então, que a revisão criminal é momento previsto para reconhecimento da confissão e seus efeitos.

Oportuna, pois, a tramitação na Câmara dos Deputados do Projeto de Lei 6984/10, do deputado Nelson Goetten (PT-SC), conforme o qual (1) poderá o juiz deixar de aplicar a pena ao réu colaborador ou reduzi-la de um sexto a dois terços (art. 3º, *caput*), o (2) perdão judicial será aplicado na sentença somente quando a pena for menor do que dez anos, o réu for primário e da colaboração resultarem cumulativamente a identificação de demais coautores ou partícipes com a devida demonstração de suas responsabilidades, a localização da vítima com a sua integridade física preservada e a recuperação

total ou parcial do produto do crime, não podendo ser inferior à metade (art. 3º, I, II e III e § 1º), (3) para que seja concedido o benefício, as provas obtidas em colaboração devem ser relevantes e delas decorrerem diretamente o resultado pretendido (art. 3º, § 2º), e (4) a concessão do benefício levará em conta a personalidade do beneficiado, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso (art. 3º, § 3º).

Curiosa, no projeto, a previsão do acordo contida no art. 4º, que em seu § 1º comunica que a cooperação e os benefícios ajustados devem ser detalhados quando da redução a termo:

> Art. 4º O benefício só será concedido pelo juiz caso a colaboração ou acordo ocorra até o interrogatório do réu.
>
> § 1º O acordo entre réu e Ministério Público será proposto na presença do seu defensor, devendo ser reduzido a termo que conterá o detalhamento da cooperação e os benefícios ajustados, sob pena de anulação de todas as provas advindas da colaboração.

Ainda extrai-se do art. 4º que não poderá se dar a delação premiada quando em fase de execução de sentença; o que, conforme já exposto, não é meritório. Entretanto, conforme o Projeto de Lei 6.984/10, que também pretende evitar a delação falsa, as declarações do colaborador serão avaliadas no contexto dos demais elementos de prova dos autos.

A iniciativa não dispõe sobre quais crimes se aplica, não prevê investigação prévia nem posterior, e também não regula a segurança de restrição do conteúdo da informação ou o anonimato do colaborador. E o próprio autor da proposta anuncia que "a lei não explica em que consiste o desmantelamento, tendo a doutrina entendido tratar-se de interrupção das atividades da associação criminosa."[11]

Cumpre esclarecer que acordos não guardam semelhanças com o que possa ser aproveitado da transação penal, ou mesmo com o disposto no Projeto de Lei 6.984/10. É que o acordo, conforme alhures, não tem validade legal, não guarnece o sistema de garantias de que serão conferidos os efeitos do reconhecimento da confissão causa de redução de pena, enquanto que

[11] GOETEN, Deputado Nelson. *Proposta que regulamenta delação premiada modifica nove leis*. - Entrevista. Disponível em http://www2.camara.gov.br.

na transação penal, prevista em lei, o promotor oferece a proposta e esta condiciona o juízo quando da aplicação da pena.

Desta feita, houve clara intenção do elaborador do projeto de referir-se muito mais ao que já é conhecido como transação penal do que a acordo.

3. REPERCUSSÃO

É divulgado que a explicação para o aumento do número de sequestros, evidenciado stress pós-traumático, pode estar no fato de que os valores cobrados pelo resgate diminuíram, bem como que pareceu ter havido uma mudança de objetivos de organizações criminosas praticantes principalmente de roubos a bancos e de carga. É o que informa o artigo "Onda de sequestros", que chega a classificar 3 modalidades:

> "Na edição do dia 22 de novembro de 2001, o jornal traz no título da reportagem de capa "SP vive a banalização dos sequestros", tratando também todo o caderno *Cotidiano* sobre o tema. Além de ter sido o crime que mais cresceu, vale dizer que o sequestro, nas opiniões e nos debates, teve sua caracterização modificada. Em outros termos, os sequestros na verdade mudaram de figura. Segundo a opinião de policiais, no jornal de 11 de novembro de 2001, os sequestros são classificados em tradicional, relâmpago e express. Apesar de apenas adjetivá-los é possível na leitura das matérias encontrar algumas características que os diferenciam. O primeiro tipo, tradicional, qualificar-se-ia por ser planejado, desde a escolha da vítima, em geral pessoas de destaque econômico; o local do cativeiro; a forma de pagamento do resgate e o envolvimento de quadrilhas tidas como profissionais e especializadas."[12]

Aquela matéria ainda comunica que o combate ao sequestro acaba por revelar o despreparo policial, o que passa a igualmente justificar a utilização da delação premiada:

[12] Publicado no Observatório de Segurança Pública, http://www.observatoriodeseguranca.org/imprensa/sequestros.

> "A nova anatomia dos sequestros revela também que os sequestradores estão terceirizando o "serviço" de cativeiro, o que permitiria o ingresso de novos criminosos nesse ramo de "negócio". O sequestro de Patrícia Abravanel demonstrou que as polícias de São Paulo estão despreparadas para dar conta do problema e o que há muitos problemas na execução de atividades policiais simples. Do caso, restaram muitas dúvidas acerca da isenção de policiais, do preparo de equipes especializadas e da segurança que as instituições de encarceramento proporcionam aos criminosos."[13]

4. BEM JURÍDICO

Dada inclusive a preciosidade da vida humana, cuja perda se pretende evitar, impõem-se previsões de garantias, inclusive de vida, ao delator do crime de extorsão mediante sequestro no Brasil. O réu, apesar do disposto no art. 15 da Lei 9.807/99, na grande maioria das vezes é perseguido impiedosamente quando encarcerado, em razão da indicação dos outros membros que atuaram no crime e localização da vítima.

Os efeitos da informação prevista na Lei 9.269/96 jamais poderiam ser públicos. Detalhes que revelassem outros elementos de materialidade, autoria ou participação, e mesmo a comunicação de onde a vítima é mantida, carecem de restrição à regra de publicação dos atos processuais. E mais: nos autos do processo a causa de condenar o colaborador não deve, jamais, ser ostentada.

A delação premiada, como está, propicia apenas a diminuição da pena, quando deveria implicar na alteração da identidade e qualificação do delator. Isto porque, apesar de se entender que o sujeito passivo não pode ser compelido a denunciar seus comparsas, a Lei 9807/99 (de proteção a vítimas, testemunhas e réus colaboradores), em seu art. 13, que prevê a extinção de punibilidade, e no art. 14, que reduz a pena de um a dois terços, também não compõe um sistema significativo, haja vista que abrange apenas os incluídos no programa. A este respeito é bem de ver que (1) em conformidade com o art. 2º, § 2º da Lei 9807/99 a proteção prevê exclusão e que (2), consoante o disposto no art. 6º, § único do mesmo diploma, há

[13] Publicado no Observatório de Segurança Pública, http://www.observatoriodeseguranca.org/imprensa/sequestros.

rigor para decisão acerca do ingresso, bem como (3) a execução fica sujeita à disponibilidade orçamentária. Desta forma é inviável a atuação profissional e especializada no que se refere à delação premiada.

Sem substância é simples acordo entre o membro do Ministério Público e o possível colaborador, apesar de aquele valer-se da referência do art. 159 do CP para produção de outras provas que resultem na frustração do intento criminoso. A delação premiada deveria funcionar como na suspensão condicional do processo ou mesmo na transação penal[14], previstos respectivamente nos arts. 89 e 76 da Lei 9.099/95, onde, repetindo, o promotor oferece a proposta e esta condiciona o juízo quando da aplicação da pena.

No Brasil não é possível ao réu ser contemplado com algum privilégio quando em fase de execução de pena responde o suficiente para desmantelamento da quadrilha, mediante identificação e qualificação dos integrantes e que, principalmente, impliquem no resgate do sequestrado. A este respeito, o inciso III do art. 621 do CPP deixa claro que é possível a revisão criminal dos processos findos quando, após a sentença, forem descobertas ou produzidas novas provas de circunstância que possam resultar na diminuição de pena. Entretanto, o instituto da Lei 9.269/96 não é bem-vindo durante o cumprimento da sanção.

O mestre em Direito Penal, Renato Marcão, em sua obra Curso de Execução Penal[15], lembra o art. 8º do Pacto de San José da Costa Rica:

> Art. 8º. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determine seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

[14] Sobre o princípio do devido processo legal, requisitos e características da transação penal, ver Angelo Ernesto Ehl Barbosa, *A constitucionalidade da aplicação da transação penal no âmbito do juizado especial criminal e seu impacto no sistema processual penal brasileiro*. Monografia, Aracaju, 2008. Barbosa conclui que - ressalvado que a ampla defesa, o contraditório, a presunção de inocência e despenalização, não são aproveitados pelo instituto da confissão -, a aceitação da proposta de transação só deve ser aceita pelo autor do fato, haja vista que os direitos e garantias fundamentais do cidadão não são derrogáveis e nem disponíveis.

[15] MARCÃO, Renato, *Curso de execução penal*, 5ª ed. São Paulo, 2007, p. 4.

O autor defende ainda que, existindo um processo, devem ser respeitados princípios e garantias constitucionais como: legalidade, devido processo legal, verdade real, persuasão racional, ampla defesa e iniciativa das partes, bem como que o condenado é sujeito de direitos, em face do princípio da humanização da pena.

Então: (1) é direito do colaborador delatar, e, (2) conforme a Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1992, mesmo em fase de execução de sentença, não é opção do juiz das execuções consultar o réu; é direito de este último ser ouvido.

A amplitude de defesa tornou-se acentuadamente homenageada em razão da Lei 11.719 de 2008. Em conformidade, então, com o art. 400 do CPP, o interrogatório, indispensável à defesa, é a última prova a ser colhida na instrução, ou seja, o acusado terá a oportunidade de se pronunciar tão somente quando por ele já conhecidas todas as provas.

CONCLUSÃO

A delação premiada, que no Brasil completa vinte e um anos, continua sendo criticada. De sua análise infere-se que alguns instrumentos como os empregados na transação penal e oferta de garantias são necessários para sua viabilização - ressalvado que a ampla defesa, o contraditório, a presunção de inocência e despenalização, não aproveitam ao instituto da confissão.

O magistrado, observador incondicional do Código de Ética da Magistratura, deve examinar a significância da colaboração, sob pena de assumir conduta desleal, bem como a relevância da confissão não deve ser conhecida isoladamente, haja vista que a delação deve ser apurada em contexto.

Sempre deve ser buscado procedimento eficaz, e o quanto possível rápido na apuração dos fatos criminosos, mas que por outro lado não deixe de contemplar os direitos e garantias. Almeja-se (1) mecanismo breve, mas não tão acelerado que deixe de permitir a defesa; (2) métodos eficientes, mas que não permitam provas ilícitas, obtidas sob tortura, e (3) instrumentos que abriguem o direito de confissão, mas que não afaste fiscalização.

A previsão legal vigente não disciplina o momento adequado para a colaboração, a proteção, o procedimento, a efetivação da colaboração por intermédio de confissão, crimes aos quais se aplica ou o anonimato do colaborador. Aliás, apesar de não estarem previstos no ordenamento atual,

são mencionados acordos no Projeto de Lei 6.984/10.

Confessar é um direito, mesmo durante a execução de sentença penal.

Deve o legislador estar atento à demanda de regularidade das práticas dos atos que envolvem a confissão. A evolução legislativa deve ser de tal modo que todo réu, sem exceção de nenhum, perceba garantias na oportunidade de admitir delinquência. Qualquer atividade que se afaste desse comando não fará com que o instituto sirva ao fim a que se destina.

Segue desamparada de rigidez a forma como se tem levado adiante a produção da prova que é a confissão causa de redução de pena no Brasil. A delação premiada - aliás, assim conhecida de modo equivocado, já que a diminuição de pena não se confunde com recompensa -, em pouco ou nada interessa ao indiciado ou acusado. O sistema penal reclama avanços no sentido de que seu conteúdo se torne sigiloso, seja alterada a identidade do colaborador, seja atribuída competência ao MP para oferecer proposta, que o instituto previsto no § 4º, do art. 159 do CP seja assegurado na fase de execução da pena, e, principalmente, que haja instrumentos legalmente previstos para sua fiscalização.

BIBLIOGRAFIA

BARBOSA, Angelo Ernesto Ehl. *A constitucionalidade da aplicação da transação penal no âmbito do juizado especial criminal e seu impacto no sistema processual penal brasileiro*. Monografia (Especialização em Direito Penal e Processo Penal) – Departamento de Pós-Graduação, Faculdade de Sergipe. Aracaju, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

DELMANTO ... [*et al*], Celso. *Código penal comentado*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantias – La ley del más débil*. Madri: Trotta, 2001.

GOETEN, Deputado Nelson. *Proposta que regulamenta delação premiada modifica nove leis*. - Entrevista. 13 de maio de 2010. Disponível em http://www2.camara.gov.br. Acesso em 10 de março de 2011.

MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. São Paulo:

Saraiva, 2010.
MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 4ª ed., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2002.
MORAES, Maurício Zanoide de. *Delação premiada necessita de regulamentação* – Entrevista. 12 de julho de 2009. Disponível em: http://ultimainstancia.uol.com.br, Acesso em 10 de março de 2011.
NACIMENTO, José Flávio Braga. C*urso de criminologia*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.
NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008
Onda de Sequestros. – Artigo. Observatório de Segurança Pública. Disponível em http://www.observatóriodeseguranca.org/imprensa/sequestros.
SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica*. 4ª ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Criminologia e juizado especial criminal*: modernização do processo penal, controle social. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.
SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. *Crimes praticados por organizações criminosas* – Inovações da Lei nº 9.034/95 – *in* RJ nº 217 – nov/95.

JULGAMENTO PRIMA FACIE – A APLICAÇÃO DO ART. 285-A DO CPC SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

Fagner Dantas Barros, pós-graduando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal da Bahia. Servidor Público do Tribunal de Justiça de Sergipe. Professor de cursos preparatórios para concursos. Escritor de artigos jurídicos já publicados.

RESUMO: O presente trabalho tem por finalidade tecer alguns comentários acerca da constitucionalidade do julgamento *prima facie* por meio do art. 285-A do Código de Processo Civil, incluído neste diploma legal pela Lei 11.277/2006, sendo necessário para tanto uma análise pormenorizada do dispositivo retromencionado, suas características e peculiaridades, bem como o confronto entre as opiniões dos mais renomados especialistas no tema em comento.

PALAVRAS-CHAVE: Julgamento *prima facie;* Art. 285-A do CPC; Constitucionalidade.

ABSTRACT: This study aims to make a few comments about the constitutionality of the prima facie trial through art. 285-A of the Code of Civil Procedure, included in this statute by Law 11.277/2006 and is required for both a detailed analysis of the device previous, its characteristics and peculiarities, as well as the confrontation between the views of the most renowned experts on the subject in comment.

KEYWORDS: Prima facie trial; Article 285-A of the CPC; Constitutionality.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Análise pormenorizada do art. 285-A do CPC; 3. A constitucionalidade do julgamento *initio litis* por meio do art. 285-A do CPC; 3.1 Defesa da inconstitucionalidade; 3.2 Defesa da constitucionalidade; 3.2.1 Posicionamentos favoráveis na ADI 3695; 3.2.2 Posicionamentos favoráveis na doutrina; 4. Nosso posicionamento; 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Em 2006, entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro a Lei 11.277, a qual acresceu o art. 285-A ao Código de Processo Civil nacional, visando garantir a prestação jurisdicional com maior celeridade e efetividade. Ocorre que, a aceitação do presente dispositivo pela doutrina não foi de absoluta concordância, sobretudo porque alguns especialistas sustentam a tese de inconstitucionalidade do mesmo, com alegação de que fere alguns princípios previstos na Carta Maior, dentre os quais estão o devido processo legal, o acesso à justiça, a ampla defesa e o contraditório.

Da mesma forma que existe entendimento desfavorável ao artigo em estudo, boa parte da doutrina não vê problema quanto à sua constitucionalidade. Ao revés, elenca diversos elogios à iniciativa do legislador em buscar uma forma de razoável duração do processo, restando evidenciado que não houve qualquer violação aos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal.

A fim de facilitar o entendimento deste trabalho, seguir-se-á uma ordem cronológica de apresentação do assunto da seguinte maneira: 1) uma análise pormenorizada do teor do art. 285-A do CPC, sobretudo as expressões utilizadas pelo legislador; 2) a exposição da opinião daqueles que defendem a inconstitucionalidade do dispositivo em comento, incluindo diversas posições doutrinárias; 3) os argumentos dos que consideram a norma em consonância com a Carta Magna; 4) o nosso entendimento quanto ao assunto; 5) uma conclusão no que concerne ao tema em epígrafe.

Salienta-se ainda que o tema do artigo em análise é dotado de grande relevância na comunidade jurídica, uma vez que traz diversos aspectos polêmicos, os quais estão longe de solução pacífica. Ao longo do desenvolvimento deste trabalho, utilizou-se uma abordagem qualitativa, a qual foi consubstanciada em bibliografias dos mais renomados autores nacionais, bem como publicações disponíveis nos meios eletrônicos.

Por fim, a discussão do presente estudo não pretende esgotar todos os aspectos pertinentes, mas tão somente evidenciar aqueles de maior destaque no cenário jurídico nacional, contribuindo como mais uma fonte de pesquisa e embasamento teórico.

2. ANÁLISE PORMENORIZADA DO ART. 285-A DO CPC

O Código de Processo Civil brasileiro vem passando por constantes

transformações, a fim de que possa atender a grande demanda existente no Poder Judiciário. Em 2006, entrou em vigor a Lei 11.277, a qual acrescentou o art. 285-A ao referido diploma processual, incluindo uma forma de julgamento *prima facie (initio litis),* nos seguintes termos:

> Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for exclusivamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.
> §1º. Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.
> §2°. Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

Considerando o disposto no artigo mencionado e visando facilitar o entendimento do mesmo, necessário se faz uma análise pormenorizada de suas expressões. A primeira delas diz respeito à **'matéria controvertida exclusivamente de direito'**. Aduz o doutrinador Cássio Scarpinella Bueno que não existe efetivamente uma questão unicamente de direito, mas tão somente questão predominantemente de direito, tendo em vista que em todas as ações haverá questão de fato[1]. Ainda segundo o doutrinador, o que se deve levar em consideração é "saber qual o direito aplicável sobre aqueles fatos que não geram dúvidas, que não geram controvérsia entre as partes e perante o juiz"[2].

Seguindo o mesmo entendimento de Bueno, o professor Jean Carlos Dias, ao tratar do assunto, também afirma que na seara processual não existe matéria exclusivamente de direito. Quando o legislador assim tratou no artigo em estudo, deve-se entender como aquela matéria cujos fatos são incontroversos e que não dependem de provas. Assim dispôs o especialista, *in verbis:*

> (...) não se pode pretender que existam no âmbito processual matérias puramente jurídicas, pelo contrário, as circunstâncias que ensejaram a demanda deverão ser objeto de explanação ao Juízo na petição inicial, porém, para possibilitar a aplicação do art.

> 285-A, elas não deverão depender de prova, e esse é o sentido que se deve dar ao dispositivo[3].

Por fim, não se pode deixar de evidenciar os ensinamentos do escritor Eduardo Cambi, o qual traz um brilhante comentário acerca do tema, nas seguintes palavras:

> A questão é exclusivamente de direito quando recai sobre a interpretação das regras e dos princípios jurídicos aplicáveis a fatos incontroversos. Não se pergunta se e como o fato aconteceu, mas quais são as suas repercussões jurídicas. Dado o fato questiona-se, apenas, se e como determinadas regras ou princípios lhe são aplicáveis[4].

Dessa forma, observa-se que na prática, não existem questões exclusivamente de direito como elencou o legislador no caput do art. 285-A. Na realidade, existem situações em que prevalece a questão de direito sobre os fatos, tendo em vista que estes são incontroversos.

O segundo aspecto que merece destaque no texto legal gira em torno da **'sentença proferida no juízo'**. Inicialmente, no entendimento do professor Eduardo Cambi, a palavra juízo na seara processual deve ser entendida como "unidade jurisdicional"[5] ou, como prefere a professora Carla Dias, "órgão jurisdicional"[6]. Partindo de tal premissa, para aplicação do art. 285-A do CPC se faz necessário que o mesmo juízo tenha proferido outras decisões semelhantes. Saliente-se que não há obrigatoriedade de que a sentença seja prolatada pelo mesmo juiz, mas sim pelo órgão jurisdicional. Esse, inclusive, é o entendimento dos doutrinadores Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero[7]. Por outro lado, o posicionamento de Cambi é diferente. Para ele, o dispositivo em estudo

> (...) merece interpretação ainda mais restritiva. Afinal, o escopo da regra é respeitar a garantia da independência funcional de cada magistrado, bem como o princípio do livre convencimento (...). Se é assim, o artigo 285-A do CPC deve ser interpretado no sentido de que o juiz deve ter proferido, **ele mesmo e mais ninguém**, a sentença paradigma, não podendo se valer de decisões proferidas pelo

> juiz substituto ou auxiliar, ainda que no mesmo juízo[8](grifo nosso).

Com todo respeito ao jurista acima, ousamos discordar desse entendimento, tendo em vista que o legislador deixou claro que as decisões deveriam ser do juízo e não especificamente do juiz. Entender de maneira diferente é não aplicar o verdadeiro sentido para o qual o dispositivo foi criado, qual seja, garantir a efetividade e a celeridade processual.

Ainda no que concerne a expressão 'sentença proferida no juízo', outro ponto de divergência doutrinária é saber se essa decisão depende ou não de orientação da instância superior. De maneira correta, Costa Machado entende que "a lei não exige que já existam acórdãos nestas demandas já decididas e muito menos trânsito em julgado"[9]. Em sentido oposto, Marcato aduz que "o juiz, ao sentenciar, deverá valer-se de seus precedentes (ou os do juízo, na dicção da lei) se e quando já previamente confirmados em sede recursal"[10].

O terceiro aspecto merecedor de estudo aprofundado diz respeito à **'sentença de total improcedência em casos idênticos'**. Nesse ponto, são indispensáveis algumas críticas aos termos utilizados impropriamente pelo legislador. A priori, a sentença proferida não precisa ser necessariamente de total improcedência, bastando apenas que o pedido e a causa de pedir da demanda em andamento e daquelas já julgadas sejam iguais. Nas palavras de Elpídio Donizetti, "o que importa é a coincidência do pedido sob julgamento e o que serve de paradigma. O pedido é que deve ter sido julgado totalmente improcedente, não a sentença"[11]. Mais abrangente é o entendimento do professor Daniel Amorim, para quem

> Também não foi feliz a redação legal quando aponta para a total improcedência da sentença anterior, sendo plenamente possível que a improcedência tenha sido parcial, desde que referente à matéria que será objeto da demanda a ser extinta com julgamento de improcedência liminar[12].

Dessa maneira, para que haja aplicação do julgamento *prima facie* nos casos de demandas repetitivas, não há obrigatoriedade que a sentença seja, na íntegra, de total improcedência. O que deve ser igual entre a demanda em curso e aquelas que servirão como paradigma é a causa de pedir e os pedidos.

Ainda de maior gravidade foi o equívoco cometido pelo legislador ao utilizar a expressão 'casos idênticos'. Isto porque, se determinada demanda for idêntica à outra, ambas terão as mesmas partes, causa de pedir e igual pedido, o que enseja a extinção do processo sem resolução de mérito em virtude da litispendência, nos termos do art. 267, V, do Código de Processo Civil. Na realidade, para que haja o julgamento *prima facie* por demandas repetitivas como evidencia o art. 285-A do mesmo diploma legal, "não resta dúvida que por casos idênticos o intérprete deve entender casos similares, nos quais a questão jurídica é a mesma"[13]

Complementando o entendimento disposto acima, assevera o professor Fredie Didier que

> (...) o julgamento antecipado é autorizado, nesse momento, se se tratar de causa repetitiva, ou seja, causa que verse sobre questão jurídica objeto de processos semelhantes (e não "idênticos" como se refere o legislador). (...) Nessas causas, discute-se normalmente a mesma tese jurídica, distinguindo-se apenas os sujeitos da relação jurídica discutida[14].

No mesmo sentido, tem-se o posicionamento do processualista Luiz Rodrigues Wambier, o qual dispõe que "se a tese de direito for a mesma, mas a pretensão diferente, não há casos idênticos para fins do art. 285-A"[15].

Por fim, não nos custa relembrar que para aplicação do julgamento *prima facie* por demandas repetitivas não basta tão somente existir no juízo uma única decisão semelhante. O legislador foi bastante transparente ao exigir situações similares, "no plural, o que induz à conclusão de que, pelo menos, duas hão de ser as demandas já decididas de modo igual"[16].

O penúltimo aspecto do art. 285-A do CPC que merece uma análise pormenorizada consiste na **faculdade que possui o juiz em dispensar a citação** e prolatar a sentença *initio litis.* Apesar de alguns posicionamentos doutrinários contrários, o dispositivo em comento não deixa dúvidas a respeito. Ao revés, menciona de maneira expressa que o magistrado poderá dispensar a citação e desde logo proferir sua decisão. Em outras palavras, significa dizer que o juiz não está obrigado a fazer o julgamento *prima facie* quando se deparar com situações semelhantes, consistindo esta, apenas uma opção, cuja escolha fica a seu critério. Ao tratar sobre o assunto, o doutrinador Arruda Alvim comenta que

> [o] juiz não está adstrito a julgar com base em referido dispositivo, podendo determinar a citação do réu por entender, por exemplo, que, apesar de haver precedentes similares do próprio juízo, a situação específica se reveste de alguma peculiaridade, ou mesmo pode ter havido mudança da posição precedente[17].

Por outro lado, uma pequena parte da doutrina considera que não cabe ao magistrado possibilidade de escolha entre aplicar ou não o artigo em comento. Para estes, "entende-se, com razão, que ele [o juiz] tem o dever de assim proceder, sempre que presentes os requisitos dessa modalidade de julgamento"[18].

Por fim, o último ponto de relevância no estudo introspectivo do disposto no art. 285-A do Código de Ritos pátrio consiste na **"reprodução do teor da sentença anteriormente prolatada"**. Nesse aspecto, paira a dúvida se deverá o juiz copiar integralmente a sentença que serve como paradigma ou apenas reproduzir o seu conteúdo. Na verdade, ao analisarmos o disposto no caput do artigo em comento, observa-se que o legislador deixou evidente seu objetivo, qual seja, reprodução tão somente do teor da decisão. Na brilhante exposição do professor Jean Carlos Dias, "o dispositivo não autoriza a simples juntada de uma cópia da sentença-tipo, ou seja, uma cópia reprográfica da sentença já proferida, mas sim que seu teor, seu conteúdo, seja reaproveitado para solucionar a nova demanda"[19]. Marinoni e Mitidiero também seguem o mesmo entendimento, asseverando que "não é necessário que a sentença prolatada seja idêntica a anterior: basta que tenha o mesmo teor"[20].

Após uma análise pormenorizada dos termos expressos no caput do art. 285-A, é de grande importância destacarmos um aspecto que o legislador não deixou evidente no dispositivo: a necessidade do trânsito em julgado das decisões que servirão de paradigma. O posicionamento corretamente evidenciado na doutrina é de que não seja indispensável o trânsito em julgado da sentença, bastando tão somente que já tenha sido proferida[21].

3. A CONSTITUCIONALIDADE DO JULGAMENTO *INITIO LITIS* POR MEIO DO ART. 285-A DO CPC

Em 2006, entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro a Lei 11.277/2006, a qual introduziu no CPC o art. 285-A, responsável pelo julgamento *prima facie* nas situações de demandas repetitivas. Ocorre que,

a aplicação de tal dispositivo vem sendo fonte de inúmeras críticas por parte da doutrina, sobretudo por considerar uma possível inconstitucionalidade, tendo em vista que ofenderia alguns princípios consagrados na Carta Magna, dentre os quais estão o direito de acesso à justiça, o devido processo legal, o contraditório, ampla defesa, isonomia e segurança jurídica. Entretanto, esse entendimento do dispositivo ser inconstitucional não é a posição predominante entre os autores, havendo uma forte corrente que defende a constitucionalidade do artigo, bem como aplaude a iniciativa do legislador pátrio. Vejamos mais adiante os fundamentos daqueles que consideram a norma em desacordo com a Constituição Federal, bem como os argumentos de quem a visualiza de acordo com os parâmetros constitucionais.

3.1 DEFESA DA INCONSTITUCIONALIDADE

A principal defensora da tese de inconstitucionalidade da norma em comento foi a Ordem dos Advogados do Brasil, que ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de liminar junto ao Supremo Tribunal Federal, alegando que o art. 285-A do CPC estava a ferir o art. 5º, caput, com os incisos XXXV, LIV e LV da Carta Maior. Nos argumentos trazidos pela OAB, consta o entendimento de que se no mesmo juízo existir mais de um magistrado com posicionamentos diferentes acerca do julgamento *initio litis* quanto ao mesmo assunto, haverá quebra do princípio da isonomia. De igual forma, sustentou ainda a entidade retro que o dispositivo atenta contra a segurança jurídica, uma vez que o processo seguirá um andamento normal ou abreviado "segundo sentença antes proferida, cuja publicidade para os jurisdicionados que não foram partes naquele feito não existe"[22].

Em sua petição inicial, sustentou ainda a entidade de representação nacional que haveria restrição ao direito de ação, bem como contrariedade ao princípio do contraditório e devido processo legal, tendo em vista que "acaba por dar fim ao processo sem examinar as alegações do autor, sem as rebater"[23].

Saliente-se que a ADI nº 3695 foi distribuída ao Ministro Cezar Peluso, o qual solicitou informações nos termos do art. 12 da Lei 9.869, abrindo-se prazo para manifestação da Advocacia Geral da União e do Ministério Público Federal, sendo que tal demanda ainda não fora apreciada pelo Supremo Tribunal Federal.

Além da Ordem dos Advogados do Brasil, existem alguns doutrinadores que também emitem posicionamento contrário à aplicação no ordenamento jurídico brasileiro do julgamento *prima facie* nos casos demandas repetitivas por meio do art. 285-A. Vale destacar o ensinamento do professor Elpídio Donizetti, o qual diz que a norma "viola princípios basilares do processo, entre eles o do dispositivo e o da amplitude do direito de ação". Ainda para este doutrinador, com a aplicação do artigo em comento, o réu perde a sua faculdade de silenciar ou de reconhecer a procedência do pedido, bem como o autor tem a restrição de interferir sobre o convencimento do juiz com a prática de atos posteriores. Resta bem clara a sua posição quando assim expressa, *in verbis:* "A toda evidência, a celeridade não pode aniquilar outras garantias das partes, sob pena de não representar efetividade, ou, no máximo, uma efetividade mescla, que só visa o resultado. **A inconstitucionalidade é gritante**" (grifos nossos)[24].

Também no sentido da inconstitucionalidade do dispositivo em comento, mas utilizando-se de outros argumentos, tem-se a opinião de Paulo Roberto Medina que critica severamente a regra em comento por ofensa ao princípio do contraditório. Em suas palavras,

> Nada mais incompatível com o contraditório do que a possibilidade de o litígio resolver-se por meio de sentença transladada de outro processo, em que o autor não interveio. Porque, desta forma, a lide estará sendo composta sem que a parte prejudicada tenha podido discutir, previamente, os elementos que influíram na motivação da sentença[25].

Com a mesma opinião de ofensa ao contraditório estão os posicionamentos de Luiz Wambier, Teresa Wambier e José Medina, para os quais algumas reformas do código processual são "desprovidas de maior cuidado com o respeito à Constituição Federal. Veja-se, por exemplo, a infeliz regra do art. 285-A do CPC, que, a pretexto de permitir julgamento mais célere de processos ditos repetitivos, afasta irremediavelmente o princípio do contraditório"[26]. Em outra obra, comenta ainda o primeiro autor que a constitucionalidade do dispositivo foi questionada acertadamente pela Ordem dos Advogados do Brasil[27].

De maneira mais genérica, mas com igual teor de crítica ainda quanto ao conflito da norma em análise com a Lei Máxima, está o ensinamento de

Jean Carlos Dias, para quem o art. 285-A "tem potencial para violação dos direitos fundamentais das partes no curso do processo"[28].

Desta forma, em síntese, existem alguns posicionamentos doutrinários que pugnam pela inconstitucionalidade da norma por infringir alguns direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, sobretudo, por ofensa aos princípios do direito de ação, contraditório, ampla defesa e igualdade. Passa-se a partir de então a analisar os argumentos daqueles que defendem a aplicação do dispositivo em estudo, considerando-o ainda em conformidade com o ordenamento jurídico.

3.2 DEFESA DA CONSTITUCIONALIDADE

3.2.1 POSICIONAMENTOS FAVORÁVEIS NA ADI 3695

Da mesma maneira que existem aqueles doutrinadores defensores da inconstitucionalidade, observa-se que parte majoritária da doutrina posiciona-se pela congruência do art. 285-A do CPC com a Carta Maior. Quando a Ordem dos Advogados do Brasil ingressou com a Ação Direita de Inconstitucionalidade tombada sob o número 3695, o Ministro Cezar Peluso considerou que o pedido era passível de maiores discussões e solicitou informações a respeito, abrindo-se prazo para manifestação pelas entidades competentes: Presidência da República, Advocacia Geral da União e Ministério Público Federal.

A primeira entidade a se manifestar foi a Presidência da República, a qual prestou as informações solicitadas pelo ministro do Supremo, aduzindo que não houve violação à Lei Maior, tendo em vista que não se observa risco de lesão à igualdade nem a qualquer outro valor constitucional, inclusive havendo direito a recurso nos casos de inconformismo. Nas palavras da Consultoria Geral da União, o dispositivo "não vulnera nenhum dos postulados constitucionais referidos. (...) o réu não chega a ser chamado à lide não havendo qualquer violação ao processo (contraditório, ampla defesa, publicidade, etc)[29].

Após as informações prestadas pela Presidência da República e antes da manifestação da AGU e do MPF, o Instituto Brasileiro de Direito Processual atravessou uma petição nos autos solicitando sua participação como *Amicus Curiae*, cuja finalidade é engrandecer o debate judicial acerca de tal assunto jurídico. Em sua participação, o IBDP sustentou a constitucionalidade da

norma, asseverando que a mesma em nada ofende o princípio da isonomia. Assim dispôs sobre o artigo, *in verbis:*

> Ele é regra salutar que garante que, diante do *mesmo fato*, deve ser prolatado, na brevidade possível, o *mesmo resultado jurídico*, dispensado aos litigantes – e em, especial, aos variados autores –, desta maneira, escorreito tratamento isonômico. É, neste sentido, regra que racionaliza o proferimento de julgamentos *uniformes* para os *mesmos casos* ("casos idênticos") na exata medida em que lhes sejam distribuídos para o *mesmos juízos*[30].

Sustentou ainda Cássio Scarpinella Bueno na petição apresentada pelo Instituto retro que não vislumbra ofensa ao princípio da segurança jurídica, tendo em vista a necessidade de motivação e fundamentação em todas as decisões proferidas pelos magistrados. De igual forma, também se posicionou pela compatibilidade com o princípio do direito de ação, asseverando que o mesmo estaria devidamente resguardado quando o autor ingressa com a demanda, não significando dizer que tal direito possa ser entendido como "o direito de obtenção de resultados favoráveis àquele que requer a prestação da tutela jurisdicional pelo Estado-Juiz. Há, destarte, escorreito exercício do direito de ação em regular processo que se forma gradativamente, como já ocorre nos casos de indeferimento liminar"[31].

Por fim, registre-se que o ilustre advogado autor da peça do IBDP salientou que a norma não vai de encontro aos princípios do contraditório e do devido processo legal. Quanto ao primeiro, não há que se falar em mitigação pelo fato da possibilidade que possui o autor em apresentar recurso se insatisfeito com a decisão judicial. Já para o réu, não importará prejuízo ao mesmo, tendo em vista sua situação de vantagem inquestionável com o julgamento de improcedência *prima facie*. Ademais, havendo recurso pelo autor, garante o parágrafo segundo do mesmo diploma legal que o réu será citado para apresentar sua defesa. No que concerne ao segundo princípio (devido processo legal), este foi observado nos seus aspectos substancial e procedimental, uma vez que "a regra observa – e bem –, os valores e princípios constitucionais do processo civil, realizando-os adequadamente com vistas a um processo civil mais equânime, mais efetivo e mais racional"[32].

Depois de protocolado o pedido de intervenção como *amicus curiae* pelo

Instituto Brasileiro de Direito Processual, a Advocacia Geral da União emitiu sua manifestação, na qual alegou, em síntese, que "a inovação legislativa sob exame não provoca lesão ao direito de defesa do réu. Ao revés, é admitida apenas se a sentença liminar for, *in totum,* favorável ao réu, o que afasta, por si só, eventual alegação de nulidade por violação do *due process of Law* ou ao contraditório"[33]. Em outra passagem, a AGU afirma ainda que "resiste íntegro o cerne do direito de defesa: a possibilidade de influir de maneira eficaz, em decisão que, em tese, possa vir a atingir negativamente seu patrimônio jurídico"[34].

Da mesma maneira que a Advocacia Geral da União, oportunamente o Ministério Público Federal emitiu parecer pela improcedência da ADI, considerando o teor disposto no art. 285-A do CPC como constitucional, sem qualquer ofensa às normas da Carta Magna. Afastou em seu parecer qualquer ponto de conflito com a Constituição asseverando que os princípios ficam devidamente resguardados mesmo com a aplicação da norma.

3.2.2 POSICIONAMENTOS FAVORÁVEIS NA DOUTRINA

Além dos posicionamentos contrários à aplicação do art. 285-A e daqueles favoráveis já elencados na Ação Direita de Inconstitucionalidade de nº 3695, necessário se faz a apresentação da opinião majoritária da doutrina processual acerca do tema em estudo.

Inicialmente, tem-se a opinião do moderno professor Fredie Didier, para quem "por mais desnecessário que isso possa parecer: não há qualquer violação à garantia do contraditório, tendo em vista que se trata de um julgamento pela improcedência"[35].

Seguindo o mesmo entendimento acima, o clássico processualista Humberto Theodoro Junior assevera que "o julgamento liminar, nos moldes traçados pelo art. 285-A, não agride o devido processo legal, no tocante às exigências do contraditório e da ampla defesa". Para este doutrinador, quando o autor tem a possibilidade de recurso a fim de que o juiz tenha a oportunidade de retratação e o réu não tem nenhum prejuízo, não há que se falar em ofensa aos princípios constitucionais[36].

De grande importância também são os ensinamentos de Antônio Costa Machado. De acordo com seu entendimento, "a novíssima figura não infringe qualquer princípio constitucional (...) apesar da supressão de quase todo o procedimento de primeira instância (permanecem somente a

petição inicial e a sentença)"[37].

Ao tratar sobre o tema em epígrafe, o autor Daniel Assumpção Neves, em seu recente e conhecido Manual acrescenta que "as críticas, entretanto, não parecem suficientes para inquinar o dispositivo de inconstitucional, não se vislumbrando nenhuma ofensa aos princípios processuais no art. 285-A do CPC". Apesar de defender a constitucionalidade da norma, o eminente professor faz uma crítica construtiva ao texto expresso pelo legislador, preferindo, para fins de segurança jurídica, "que os julgamentos de improcedência liminar fossem justificados em súmulas ou jurisprudências dominantes dos tribunais – de preferência superiores –, mas essa crítica não se mostra capaz de afastar a aplicação da regra ora analisada"[38].

Mais além do que defender a inexistência de inconstitucionalidade, tem-se as palavras do professor Guilherme Marinoni, nos seguintes termos, *in verbis:*

> Tais normas de destinam a dar proteção aos direitos fundamentais de ação e à duração razoável do processo. Elas nada têm de inconstitucionais, pois não violam qualquer outro direito fundamental, como o direito de defesa. Na verdade, se de constitucionalidade aqui se pode falar, o raciocínio deve caminhar no sentido inverso, ou seja, de *insuficiência de proteção aos direitos fundamentais de ação e à duração razoável do processo*[39].

Em outra obra de sua autoria, o mesmo Marinoni elogia o legislador com a adoção das medidas que objetivam dar celeridade processual. Para ele, tal dispositivo "visa racionalizar a atividade judiciária e compatibilizar verticalmente as decisões judiciais, prestigiando os valores da economia e igualdade no processo"[40].

Importante também registrar o posicionamento do doutrinador Vicente Greco Filho, o qual defende expressamente a aplicação do art. 285-A, aduzindo que os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal "devem conviver com a efetiva prestação jurisdicional, seriamente comprometida pela multiplicação de demandas com a mesma tese jurídica e que poderiam ser decididas rapidamente com o desafogo evidente da justiça"[41]. Mais além vai o professor Gelson Amaral de Souza, cuja opinião é de que a utilização do dispositivo no ordenamento jurídico brasileiro evita

um alongamento desnecessário do processo. Para ele,

> (...) alongar-se o procedimento com as suas fases ordinárias, para ao final chegar-se ao mesmo resultado, é perda de tempo e dinheiro, não só em prejuízo das partes do processo, mas da sociedade como um todo, porque, enquanto se perde tempo com um procedimento inútil, outros processos ficam paralisados a mercê do tempo[42].

Por fim, vale a pena frisar que alguns doutrinadores que outrora defendiam a inconstitucionalidade do dispositivo em comento, estão alterando seu posicionamento para a regular aplicação da norma. A título de exemplo, citamos Alexandre Câmara, para quem o artigo era "uma violação do princípio da constitucional da isonomia", haja vista a possibilidade de haver no mesmo juízo magistrados com posicionamentos diferenciados, fato que ensejaria a aplicação do julgamento *initio litis* em algumas situações e em outras não[43]. Entretanto, recentemente, o ilustre processualista passou a coadunar com o entendimento de que o dispositivo em nada ofende a Carta Magna, passando a dispor que "é possível dar a norma por ele veiculada interpretação conforme a Constituição da República, evitando-se o reconhecimento daquele vício"[44].

Levando-se em consideração todos os entendimentos formulados acima, percebe-se que parte majoritária da doutrina inclina-se pela constitucionalidade do art. 285-A, o qual trata do julgamento *prima facie* nos casos de demandas repetitivas.

4. NOSSO POSICIONAMENTO

Após analisarmos de maneira introspectiva o disposto o art. 285-A do Código de Processo Civil, bem como elencarmos os posicionamentos daqueles que são contrários à norma (defendem a inconstitucionalidade) ou favoráveis à sua aplicação (defendem a constitucionalidade), não podemos olvidar de elencar nosso posicionamento no que concerne ao tema em tela.

Preliminarmente, há que se considerar a existência de alguns erros materiais do legislador ao dispor sobre o julgamento *prima facie* nos casos de demandas repetitivas por meio do art. 285-A. Claramente, utilizou-se o criador da norma de expressões totalmente equivocadas se analisadas

sob a ótica jurídica. O primeiro erro foi admitir a aplicação para matérias exclusivamente de direito, tendo em vista que tecnicamente não existe qualquer questão que seja unicamente de direito, pois todas elas envolvem uma matéria fática, mesmo que haja preponderância da questão jurídica. O segundo problema do legislador foi ter mencionado a frase sentença totalmente improcedente, haja vista não ser necessária que a totalidade da sentença seja contrária a pretensão do autor, mas tão somente a parte que diga respeito a demandas repetitivas é que seja improcedente. Os demais pedidos que não são objetos de repetição devem ser apreciados normalmente.

Registre-se, porém, que o maior equívoco do legislador foi utilizar a expressão casos idênticos. Na realidade, esta deve ser interpretada como situações semelhantes (casos parecidos), uma vez que se aplicarmos gramaticalmente aquilo exposto pelo legislador brasileiro no dispositivo estaremos diante da litispendência (situação em que são iguais as mesmas partes, a mesma causa de pedir e os mesmos pedidos), a qual consiste numa forma e extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, V, do CPC.

Já no que concerne à constitucionalidade ou não da norma, seguimos o entendimento daqueles que defendem a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Não vislumbramos qualquer afronta aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal. Não restam dúvidas de que o direito de ação foi normalmente assegurado ao autor, uma vez que o mesmo continua com a possibilidade de acesso à justiça para defesa dos seus direitos individuais que entenda estarem sendo violados.

De igual forma, também não há afronta ao princípio do contraditório. Caso o autor fique insatisfeito com a decisão *initio litis* tomada pelo magistrado, poderá manifestar-se sua indignação por meio de recurso de apelação. Com tal possibilidade, o contraditório restou resguardado ao demandante. Quanto ao réu, tem-se três situações: quando o autor apela e o juiz mantém a sentença, o demandado será citado para apresentar defesa (resposta ao recurso), sendo oportunizado o contraditório. Quando o juiz se retratar, o rito processual seguirá normalmente, sendo dado o direito ao contraditório ao réu da mesma maneira. Por fim, se com a decisão de total improcedência o autor não apelar, não há porque o réu ser chamado para integrar a relação processual se saiu vitorioso e sem qualquer prejuízo. Agir de tal maneira é procrastinar o processo sem necessidade, fazendo com que outras demandas deixem de ser apreciadas.

No que concerne à alegação de ofensa ao princípio da isonomia, o dispositivo legal em nada se confronta. Ao revés, com a aplicação do artigo em estudo, haverá uma igualdade nas decisões, tendo em vista que todos os casos semelhantes serão decididos da mesma forma, sem que haja privilégio de uns em detrimento de outros. Se as situações são parecidas (para não falar idênticas), nada mais justo e igualitário do que proferir uma sentença com o mesmo conteúdo, igual teor.

Já quanto ao princípio do devido processo legal, se não há ofensa a nenhum dos demais e sendo este um 'mega' princípio que abrange todos os outros, observa-se que os procedimentos foram realizados em conformidade com o disposto na legislação. Assim sendo, também não existe inconstitucionalidade do art. 285-A do CPC pela não aplicação do devido processo legal.

Por fim, é necessário uma crítica aqueles que consideram a norma inconstitucional: o objetivo do legislador com a utilização do art. 285-A foi garantir uma razoável duração do processo, bem como uma efetividade na prestação jurisdicional. Não aplicar o dispositivo significa – aí sim – uma inconstitucionalidade, tendo em vista que a própria Carta Magna consagrou expressamente como direito e garantia fundamental, no art. 5º, LXXVIII, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Entender de maneira diferente é ofender o texto constitucional que se evidencia claro e objetivo. Perder tempo analisando uma demanda por várias vezes já repetida é obstar que outras pretensões resistidas venham a ser analisadas em tempo hábil pelo órgão jurisdicional.

Desta forma, apesar dos equívocos meramente materiais do legislador ao redigir o dispositivo legal, o mesmo em absolutamente nada ofende a Constituição da República.

5. CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi exposto no presente trabalho, observa-se que o art. 285-A do Código de Processo Civil é responsável pelo julgamento *prima facie* nos casos de demandas repetitivas. Apesar de alguns equívocos do legislador na redação do dispositivo em comento, os mesmos não são capazes de ofuscar os respectivos objetivos, quais sejam, dar maior celeridade e efetividade processual. Observou-se ainda que existem na doutrina diversos posicionamentos contrários à aplicação da norma cuja fundamentação se

baseia na suposta inconstitucionalidade, havendo, inclusive, uma Ação Direita da Inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal. Entretanto, ressalta-se que tal posicionamento não é majoritário. Ao revés, prevalece na doutrina o entendimento de que o art. 285-A do CPC em nada ofende a Carta Magna, tendo em vista que foram assegurados os direitos e garantias fundamentais ali existentes, sendo esta, nossa opinião.

Notas

[1] BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do código de processo civil* – vol 2. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 75.
[2] Ibidem.
[3] DIAS, Jean Carlos. A introdução da sentença-tipo no sistema processual civil brasileiro – Lei nº 11.277. *Revista dialética de direito processual*, nº37. São Paulo: Dialética, 2006, p. 63.
[4] CAMBI, Eduardo. *Julgamento prima facie (imediato) pela técnica do art. 285-A do CPC*. Disponível em < www.abdpc.org.br/artigos/artigo1033.doc>. Acesso em 28 dez. 2010.
[5] Ibidem.
[6] LIMA, Patrícia Carla de deus. Notas sobre o julgamento da apelação do art. 285-A do CPC. In: Nery Jr., Nelson; Wambier, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 265.
[7] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 294/295.
[8] CAMBI, Eduardo. *Julgamento prima facie (imediato) pela técnica do art. 285-A do CPC*. Disponível em < www.abdpc.org.br/artigos/artigo1033.doc>. Acesso em 28 dez. 2010.
[9] MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de processo civil interpretado*. São Paulo: Manole, 2009. p. 329.
10 MARCATO, Antônio Carlos. *Julgamento de plano de causas repetitivas*. Disponível em <www.cursomarcato.com.br/admin/mod_ac/doutrinas/285-a.doc>. Acesso em 20 dez. 2010.
[11] DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 331.
[12] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Método, 2009. p. 274.
[13] Ibidem. p. 273.
[14] DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil.* Salvador: JusPodivm, 2007. p. 420.
[15] WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil.* 11ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 345.
[16] MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de processo civil interpretado.* São Paulo: Manole, 2009. p. 327.
[17] ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil.* Vol. 1. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. pg. 371.
[18] MARCATO, Antônio Carlos. *Julgamento de plano de causas repetitivas.* Disponível em <www.cursomarcato.com.br/admin/mod_ac/doutrinas/285-a.doc>.Acesso em 20 dez. 2010.
[19] DIAS, Jean Carlos. A introdução da sentença-tipo no sistema processual civil brasileiro – Lei nº 11.277. *Revista dialética de direito processual*, nº 37. São Paulo: Dialética, 2006, p. 68.
[20] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 295.
[21] Nesse sentido, estão os posicionamentos de Daniel Amorim (pág. 274) e Costa Machado (pág. 328).
[22] ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Ação direita de inconstitucionalidade com pedido liminar.*

Disponível em < http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3695&processo=3695>. Acesso em 26 dez. 2010.

[23] Ibidem.

[24] DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil.* 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 330/331.

[25] MEDINA, Paulo Roberto. Sentença emprestada: uma nova figura processual. *Revista de processo*, nº 135. Revista dos Tribunais, 2006, p. 155.

[26] WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *Sobre a necessidade de intimação pessoal do réu para o cumprimento da sentença, no caso do art. 475-J do CPC (inserido pela lei 11232/2005).* Disponível em <http://tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/217-artigos-jun-2006/5263-sobre-a-necessidade-de-intimacao-pessoal-do-reu-para-o-cumprimento-da-sentenca-no-caso-do-art-475-j-do-cpc-inserido-pela-lei-112322005>. Acesso em 15 dez. 2010.

[27] WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil.* 11ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 346/347.

[28] DIAS, Jean Carlos. A introdução da sentença-tipo no sistema processual civil brasileiro – Lei nº 11.277. *Revista dialética de direito processual*, nº 37. São Paulo: Dialética, 2006, p. 63.

[29] Petição da Presidência da República prestando informações solicitadas pelo Ministro relator da ADI 3695. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2373898>. Acesso em 10 dez. 2010.

[30] Petição do Instituto Brasileiro de Direito Processual para intervir na ADI nº 3695 como *amicus curiae.* Disponível em < www.ccjb.org.br/.../ADIN%203695%20-%20Petição%20de%20amicus%20curiae.doc>. Acesso em 10 dez. 2010.

[31] Ibidem.

[32] Ibidem.

[33] Petição da Advocacia Geral da União manifestando-se pela constitucionalidade do art. 285-A do CPC. Disponível em < http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=TP&docID=335591#Manifesta%C3%A7%C3%A3o%20-%20da%20Advocacia-Geral%20da%20Uni%C3%A3o>. Acesso em 16 dez. 2010.

[34] Ibidem.

[35] DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de dirieto processual civil.* Salvador: JusPodivm, 2007. p. 420.

[36] THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 408.

[37] MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de processo civil interpretado.* São Paulo: Manole, 2009. p. 327.

[38] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil.* São Paulo: Método, 2009. p. 272

[39] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Curso de processo civil.* Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 98.

[40] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 294.

[41] GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro.* Vol. 2. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 80/81.

[42] SOUZA. Gelson Amaro de. *Sentença de mérito sem citação do réu.* Disponível em <http://gelsonamaro.sites.uol.com.br/artigo33.html>. Acesso em 21 dez. 2010.

[43] CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil.* Vol. 1. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 335.

[44] CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil.* Vol. 1. 19ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 315.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Petição com manifestação acerca da constitucionalidade do art. 285-A do CPC. Disponível em < http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=TP&docID=335591#Manifesta%C3%A7%C3%A3o%20-%20da%20Advocacia-Geral%20da%20Uni%C3%A3o>. Acesso em 16 dez. 2010.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil.* Vol. 1. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do código de processo civil.* vol 2. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil.* Vol. 1. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Lições de direito processual civil.* Vol. 1. 19ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAMBI, Eduardo. *Julgamento prima facie (imediato) pela técnica do art. 285-A do CPC*. Disponível em < www.abdpc.org.br/artigos/artigo1033.doc>. Acesso em 28 dez. 2010.

DIAS, Jean Carlos. A introdução da sentença-tipo no sistema processual civil brasileiro – Lei nº 11.277. *Revista dialética de direito processual*, nº 37. São Paulo: Dialética, 2006.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil.* Salvador: JusPodivm, 2007.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil.* 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro.* Vol. 2. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL. Petição para intervir na ADI nº 3695 como *amicus curiae.* Disponível em < www.ccjb.org.br/.../ADIN%203695%20-%20Petição%20de%20amicus%20curiae.doc>. Acesso em 10 dez. 2010.

LIMA, Patrícia Carla de deus. Notas sobre o julgamento da apelação do art. 285-A do CPC. In: Nery Jr., Nelson; Wambier, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de processo civil interpretado.* São Paulo: Manole, 2009.

MARCATO, Antônio Carlos. *Julgamento de plano de causas repetitivas.* Disponível em <www.cursomarcato.com.br/admin/mod_ac/doutrinas/285-a.doc>. Acesso em 20 dez. 2010.
MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Curso de processo civil.* Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
MEDINA, Paulo Roberto. Sentença emprestada: uma nova figura processual. *Revista de processo*, nº 135. Revista dos Tribunais, 2006.
NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil.* São Paulo: Método, 2009.
ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Ação direita de inconstitucionalidade com pedido liminar.* Disponível em < http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3695&processo=3695>. Acesso em 26 dez. 2010.
PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Petição prestando informações solicitadas pelo ministro-relator do Supremo Tribunal Federal sobre a ADI 3695. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2373898>. Acesso em 10 dez. 2010.
SOUZA. Gelson Amaro de. *Sentença de mérito sem citação do réu.* Disponível em <http://gelsonamaro.sites.uol.com.br/artigo33.html>. Acesso em 21 dez. 2010.
THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil.* Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil.* 11ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *Sobre a necessidade de intimação pessoal do réu para o cumprimento da sentença, no caso do art. 475-J do CPC (inserido pela lei 11232/2005).* Disponível em <http://tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/217-artigos-jun-2006/5263-sobre-a-necessidade-de-intimacao-pessoal-do-reu-para-o-cumprimento-da-sentenca-no-caso-do-art-475-j-do-cpc-inserido-pela-lei-112322005>. Acesso em 15 dez. 2010.

PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ: VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS?

Joelma Safira de Menezes Reis é bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes, pós-graduada em Ciências Penais e Direito Público e ex-aluna da Escola Superior da Magistratura do Estado de Sergipe (Esmese).

RESUMO: Diante das inovações introduzidas no Código de Processo Penal, este estudo busca distinguir uma decisão meramente legal e uma verdadeiramente justa, visando estabelecer um novo perfil para o julgador em face das provas mal ou insuficientemente elaboradas, destacando a necessidade de uma postura garantidora do juiz constitucional na concretização de um Estado Constitucional e Democrático de Direito, onde o Direito Penal deve ser o último instrumento a ser utilizado para a paz social.

PALAVRAS-CHAVE: Inovações; Código de Processo Penal; Artigo 156; produção; prova; Estado-Juiz.

ABSTRACT: Face of innovation introduced in Code of Criminal Procedure, this study seeks to distinguish a legal decision and a truly just decision to establish a new profile to the judge in the face of evidence badly or insufficiently elaborate, emphasizing the need a guarantor of the constitutional position in the concrete of a Constitutional State and Democratico of Law, where criminal law should be last instrument to be used for social peace.

KEYWORDS: Innovations; Code of Criminal Procedure; Article 156; production; test; State Judge.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A atual interpretação dos princípios constitucionais penais pelo Estado-juiz; 3. Uma interpretação constitucional da nova redação do artigo 156 do Código de Processo Penal; 4. A jurisdição no Direito Penal Mínimo; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Este estudo busca analisar como deve agir o magistrado frente a uma prova mal ou insuficientemente elaborada, buscando-se equacionar a segurança da sociedade e o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, tendo em vista que estamos sob a égide de um Estado Democrático e Constitucional de Direito. Faz-se uma explanação de como deve ser desenvolvida a Política Criminal moderna, dentro de uma perspectiva constitucional.

A partir da abordagem dos princípios constitucionais penais, analisa-se o papel das partes do processo na instrução probatória, tudo em consonância com direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição Federal.

Aborda-se como o magistrado deve proceder no caso de dúvidas sobre pontos relevantes do processo, ressaltando a importância de despir-se dos preconceitos e dos pré-julgamentos, destacando-se a necessidade de o juiz se manter independente, imparcial e distante das especulações da mídia, que exige um julgamento rápido, o que não necessariamente é o mais justo.

Busca ainda distinguir uma decisão meramente legal e de uma decisão verdadeiramente justa, diante de uma visão globalizada do respeito aos direitos humanos e do exercício pleno da cidadania.

Fala-se sobre a celeuma acerca da postura do juiz quando não há provas suficientes nos autos para o julgamento, questionando-se se ele deve ou não determinar a produção de provas de ofício. Indaga-se ainda se há ou não limitações ao poder punitivo do Estado frente aos princípios constitucionais penais.

Analisa-se ainda a mudança de paradigmas com a passagem do período da vingança privada para o tempo em que se delega a um terceiro, o Estado-juiz, a solução dos conflitos, ressaltando-se a necessidade de abandono das antigas práticas típicas do período da inquisição, onde o acusado era visto como uma coisa, como um mero objeto da investigação e não como um ser humano. Ressalta-se a importância do princípio da dignidade da pessoa humana como alicerce de toda e qualquer interpretação e aplicação da norma jurídica.

Por fim, faz-se um estudo sobre o atual papel do juiz de garantidor da aplicação das normas e dos princípios constitucionais penais no Estado Democrático e Constitucional de Direito e no chamado 'Direito Penal Mínimo'.

2. A INTERPRETAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Os princípios são os vetores para a interpretação do juiz e para a atuação dos demais operadores da Ciência Jurídica. Verifica-se que no Estado Constitucional e Democrático de Direito relevante valor se atribui aos princípios. Por isso, faz-se necessário conhecer um pouco melhor sobre os principais princípios constitucionais e processuais penais que orientam o Direito Processual Penal e o Direito como um todo.

Alguns desses princípios estão explícitos no texto constitucional e outros implícitos, o que demanda um trabalho interpretativo do operador do Direito. Para melhor orientar a atuação do juiz constitucional, abaixo constam ponderações sobre qual a melhor maneira de interpretar e aplicar os principais princípios penais e processuais penais.

2.1 IMPARCIALIDADE DO JUIZ

A razão de ser do processo é a necessidade dos julgamentos serem proferidos por um terceiro imparcial. A imparcialidade do juiz não está prevista expressamente na Constituição Federal, mas é decorrência da garantia constitucional do juiz natural. A independência e a imparcialidade estão previstas expressamente na Convenção Americana de Direito Humanos, convenção ratificada pelo Brasil, através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, que se tornou conhecido como Pacto de São José da Costa Rica, que, em decorrência da dupla compatibilidade vertical, também deve ser observada.

> Ao menos nos países onde a democracia já alcançou certo grau de aperfeiçoamento, a obrigatoriedade de as contendas serem decididas por um juiz imparcial é inerente à própria ideia de jurisdição. Se o Estado avocou para si a função de "dizer o direito", e, mais especificamente no processo penal, a função de condenar ou absolver o acusado, o mínimo que se espera é que essa atividade seja realizada com total isenção. (TAYLOR, 2007, p. 5).

Um dos postulados do sistema garantista, é a separação das atividades de

julgar e acusar. Assim, *nullum iudicium sine accusatione*. O Ministério Público atua como agente exclusivo da acusação, através da ação penal, garantindo a imparcialidade do juiz e evitando que o juiz tenha iniciativa probatória e acabe substituindo as partes no processo. A imparcialidade é entendida por TÁVORA (2009, p. 61) como "característica necessária do perfil do juiz consistente em não poder ter vínculos subjetivos com o processo de molde a lhe tirar a neutralidade necessária para conduzir com isenção o processo".

A imparcialidade do juiz exige que ele se afaste das atividades preparatórias, até porque é ele o responsável pela avaliação da força probante e da legalidade das provas apresentadas. Assim, a imparcialidade exigida é com relação às partes, ao processo e sua fase antecedente. Esse mesmo critério deve ser utilizado para impedir que o juiz que atuou no primeiro grau de jurisdição possa atuar no julgamento do mesmo processo, na fase recursal, sob pena de ofensa à garantia da imparcialidade.

A parcialidade é inerente às partes, pois se trata de um estado anímico, subjetivo e emocional, sendo inadmissível para o magistrado, que deve se manter equidistante. Desta forma, o juiz deve ficar distante da iniciativa probatória.

> Distanciamento não tem aqui o significado de inação. Na investigação, o juiz deve agir, quando solicitada a autorização para a prática de algum ato que o ordenamento lhe reservou exclusiva competência (reserva jurisdicional). Também agirá, e até mesmo de ofício, para corrigir alguma ilegalidade praticada por qualquer autoridade investigante. É essa a forma pela qual exercerá o controle da investigação, assegurando a proteção dos direitos fundamentais do investigado – desempenhando, assim, aquilo que é seu verdadeiro papel na fase pré-processual da persecução penal. (CALABRICH, 2007, p. 155)

O magistrado é um terceiro estranho no processo, que não partilha dos interesses e dos sentimentos das partes litigantes, com uma postura externa do processo, examina o litígio com serenidade e desapego. O juiz está acima das partes. O motivo que o leva a julgar não é um interesse pessoal e nem é movido pelos sentimentos individuais existentes no conflito, o interesse que o move é um interesse superior de ordem coletiva, para que a contenda

se resolva de modo pacífico, a fim de preservar a paz social.

Convém destacar que o juiz constitucional não é um mero espectador, mas é acima de tudo um garantidor da legalidade da investigação e do processo. Na hipótese de qualquer violação ou ameaça de lesão aos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal, deve agir, seja de ofício ou sob provocação do interessado, assumindo assim uma nova posição frente ao Estado Constitucional, Democrático e Humanitário de Direito.

2.2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Segundo MARTINELLI (2000, p. 1), "a presunção de inocência é uma das mais importantes garantias constitucionais, pois, através dela, o acusado deixa de ser um mero objeto do processo, passando a ser sujeito de direitos dentro da relação processual". A garantia constitucional da presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória deverá ser mantida, inclusive com relação à produção de toda a carga probatória que irá embasar o convencimento do magistrado.

A constatação do delito e a aplicação da pena deverão ser por meio de um processo com todas as garantias e através de uma sentença, onde o juiz tem liberdade para apreciar as provas apresentadas pelas partes. Para LOPES (2008, p. 12), "isso obriga o juiz a não só a manter uma posição 'negativa' (não o considerando culpado), mas sim a ter uma postura positiva (tratando-o efetivamente como inocente)".

Importante observação foi feita por MARTINELLI (2000, p. 1) quando abordou o tema presunção de inocência e a não culpabilidade em um tópico de seu artigo disponibilizado na *Internet.* O princípio da presunção de inocência coloca o réu em situação positiva, enquanto o princípio da não culpabilidade o deixa em posição neutra dentro do processo. Convém, no entanto, salientar que, tecnicamente, ambos os princípios são iguais e, na prática, alcançam os mesmo efeitos. O que se rechaça é a presunção de culpabilidade, pois, *a priori* todo acusado é presumidamente inocente, não culpável.

Convém ainda destacar que, em decorrência da presunção de inocência tem o acusado a garantia contra a auto-incriminação. Embora a confissão seja tida doutrinariamente como a "rainha das provas", não se pode, no processo penal, constranger a isso o acusado. Vale dizer: confissão, só espontânea e/ou voluntária. Qualquer informação obtida do réu (ou mesmo de testemunha)

mediante coação configurará o crime de tortura, previsto na Lei nº 9.455/97. Esta garantia está consagrada também nos Estatutos Internacionais, como no Pacto de São José da Costa Rica (artigo 8º, § 2º, g) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigo 14, § 3º, g).

A presunção de inocência não deve se limitar apenas ao campo processual. Em virtude do seu imensurável poderio e repercussão social, a imprensa também deve observar este princípio para não deixar sequelas no acusado, que terão que ser suportadas ao longo de toda uma vida, uma vez que o suposto autor do fato pode ser comprovadamente inocente.

No caso de erro do Judiciário, nada fará com que a imagem do apenado volte a ser como antes. Nem mesmo uma grande indenização será suficiente para repará-lo pelo dano sofrido. Não há nesta forma de agir uma defesa da censura, só a exigência de prudência dos responsáveis pela transmissão das notícias.

2.3 LEGALIDADE

Este princípio, que tem evidente interesse processual, não se acha colocado apenas no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, onde se anuncia que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Ele está também consagrado no Código Penal, no artigo 1º, quando diz "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não pena sem prévia cominação legal". Além da exigência da anterioridade penal, o legislador deixa clara a necessidade de lei para a definição de um delito.

Na ausência de lei nenhum indivíduo submete-se à vontade do Estado. Processualmente, para que ocorra a sujeição do acusado às regras procedimentais e às restrições próprias do processo penal, exige-se um *plus*, que a lei tenha sido produzida pelo ente competente, que, neste caso, é a União Federal e que se trate de lei formal e lei material.

A lei no Estado Democrático de Direito tem grande relevância, tendo em vista que o primado da legalidade é o seu sustentáculo. A essência do seu conceito é subordinar-se à Constituição e fundar-se numa legalidade democrática. Assim, o perfil do julgador não deve ser de um mero aplicador da letra fria da lei. Exige-se um papel mais ativo do magistrado na harmonização do ordenamento jurídico. O Direito é um todo, que não pode ser estudado e interpretado de forma separada e estanque.

DALLARI (1996) ensina que os juízes, no Estado moderno, são agentes

do povo, de quem recebem o poder por delegação, e não mais agentes do rei ou de aristocratas poderosos. Assim, na qualidade de agentes do povo, o Poder Judiciário e os juízes têm um papel constitucional a ser cumprido, que é a atualização de concepções e a superação do legalismo formalista. O conservadorismo reflete uma atitude de acomodação. O desapego dos aspectos formais deve ser feito por todos os aplicadores e estudiosos do Direito, para que a ciência evolua e atenda a nova realidade mundial. A lei deve ser interpretada e não simplesmente aplicada. Ela se configura num limite mínimo para o julgador solucionar um conflito, cabendo ao juiz ajustá-la aos ditames constitucionais.

Uma decisão estritamente legal, nem sempre é a mais justa. A realidade social muda e muitas vezes a norma não consegue acompanhar o avanço da sociedade. Desta forma, a justiça de uma decisão deve ser aferida levando-se em consideração muitos aspectos e não apenas a legalidade na sua acepção estrita.

2.4 CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL

Deve-se observar também o contraditório, ampla defesa (com todos os meios e recursos a ela inerentes) e o devido processo legal. Segundo ARAS (2001, p. 15), o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal correspondem ao movimento democratizante, humanizador e garantista do processo penal.

A defesa é um direito do acusado, decorrente da presunção de inocência, e está expresso no artigo 5°, inciso LV, da Constituição Federal, constitui-se numa garantia tanto do acusado como do próprio processo. Vale asseverar que, a defesa técnica, ou seja, a efetuada por profissional, é obrigatória, enquanto que a autodefesa, realizada pelo próprio acusado, é facultativa, dependendo apenas da vontade da parte. A autodefesa pode ser feita pelo acusado nas oportunidades que tiver para falar nos autos, como no interrogatório ou nos recursos.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre o tema, através da Súmula 523, que passo a transcrever: "No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu". Mais uma vez aqui se afirma o postulado da presunção de inocência do acusado.

Do texto da Súmula acima transcrita fica claro que se o acusado não tiver condições de pagar um advogado fará jus a um defensor público, advogado pago pelo Estado. O que não pode ocorrer é a ausência de uma defesa técnica. Se no Juízo não houver defensor público vinculado àquela Unidade Jurisdicional, cabe ao juiz nomear um defensor dativo, devendo sempre ser garantida a defesa do acusado.

Segundo ARAS (2001, p. 14), há situações em que o contraditório (acusação e defesa, prova e contraprova) não pode ser garantido desde logo, tendo sua aplicação diferida, postergada. É o que ocorre, por exemplo, com o procedimento de interceptação de comunicações telefônicas, regulado pela Lei n. 9.296/96, em que não se pode em nenhuma hipótese anunciar previamente ao investigado a realização da diligência de escuta judicialmente autorizada, sob pena de total insucesso da investigação criminal. Neste caso, a ampla defesa está assegurada, só que o contraditório será exercido depois, na fase processual. O mesmo entendimento se aplica para os pedidos de quebra de sigilo bancário.

Atrelado à ampla defesa está o princípio do contraditório que carrega consigo o livre debate, a livre produção de provas e o direito do acusado omitir-se ou calar-se, até porque, muitas vezes, o silencia também pode ser uma estratégia de defesa. Como parte, deve agir da forma que melhor lhe convier para manter-se em liberdade ou para convencer o julgador a aplicar uma pena reduzida ou alternativa.

Observando o contraditório e a ampla defesa, acaba por observar também o devido processo legal. FIGUEIREDO (2007, p. 9) conceitua o devido processo legal penal como sendo: "o equilíbrio entre o *ius puniendi* e o *ius libertatis*, no qual nenhum indivíduo será privado de sua liberdade sem a devida observância do trâmite adequado para tanto".

Vale lembrar que o constituinte não pormenorizou todos os passos que um processo deve seguir para que receba o título de "devido". Ele criou uma fórmula aberta, limitando-se a prever a obrigatória observância do devido processo legal por aqueles que do processo participam, em especial o magistrado, que preside toda a instrução probatória. Vale asseverar que o devido processo legal conta com duplo sentido:

> (a) *judicial due processo f law (fair trial/judicial process) (devido processo judicial ou procedimental)*: todos os processos, isto é, todas as atividades persecutórias devem seguir as formalidades legais e respeitar

> estritamente as garantias do devido processo legal; (b) *substantive due process o law (devido processo legal substantivo)*: a criação dessas regras jurídicas também possui limites. O legislador deve produzir regras 'justas'. A produção legislativa tem limites formais e substanciais (Ferrajoli): não só deve seguir o procedimento legislativo como deve ser proporcional, equilibrada. (GOMES, 2005, p. 11)

Pode-se falar que o devido processo legal ou processo justo, protege o indivíduo tanto no campo do direito material como do direito processual. Visa tutelar a liberdade de ir e vir do ser humano, bem como a igualdade de condições para atuar no processo.

Assim, processo justo não é aquele que é decidido rápido, apenas para atender aos anseios da sociedade e/ou da mídia, mas sim aquele que o obedece a um mínimo de regramentos pré-determinados na lei, até porque, não existe crime sem lei anterior que o defina e nem pena sem prévia cominação legal, conforme estabelece o Estatuto Penal pátrio e a própria Constituição Federal. Deste modo, antes de qualquer sanção ser aplicada, aquele que se encontra na condição de réu deve passar por um cuidadoso procedimento de averiguação das provas e de todos os elementos que compõem o delito.

2.5 IGUALDADE PROCESSUAL

O Ministério Público quando acusa, expressa o interesse punitivo do Estado, já a defesa quando exerce o seu papel, garante o equilíbrio processual, pois expressa o interesse do acusado de livrar-se solto e protege-o de penas arbitrárias e desproporcionais, garantindo uma igualdade processual, consagrada pela Carta Magna como um direito fundamental.

Convém ressaltar que a igualdade pregada no texto constitucional é a igualdade formal e material, que consiste em tratar os iguais de forma igual e os desiguais desigualmente na medida das suas desigualdades, sendo lícitos os tratamentos diferenciados conferidos para pessoas em situações processuais diferentes.

> [...] a igualdade entre os homens representa obrigação imposta aos poderes públicos, tanto no que concerne à elaboração da regra de direito (igualdade na

> lei) quanto em relação à sua aplicação (igualdade perante a lei). Necessária, porém, a advertência de que o reclamo de tratamento isonômico não exclui a possibilidade de discriminação, mas sim a de que esta se processe de maneira injustificada e desarrazoada (NOBRE JÚNIOR, 1993, p. 6)

Partindo desse entendimento, parte da doutrina defende que os prazos dilatados para o Ministério Público não afronta o princípio da paridade de armas. O grande número de processos e o reduzido quadro de promotores exigem esse tratamento diferenciado, sob pena de não ser realizada de forma eficiente e equânime a defesa da sociedade. O mesmo raciocínio é aplicado para a Defensoria Pública, apesar de não estar expresso. As distinções conferidas são expressões do princípio da igualdade em sua dupla acepção.

MARTINELLI (2000, p. 8) fazendo uma análise sobre o tema acrescenta que "De nada adianta um país com leis absolutamente humanistas, onde o Estado garante todos os meios de subsistência, as pessoas são igualmente tratadas, [...], se, na realidade fática, esses mesmos preceitos legais não ultrapassam as barreiras da utopia". Daí decorre a necessidade de políticas públicas para garantir o acesso à justiça em igualdade de condições.

2.6 MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES

A necessidade da fundamentação das decisões faz-se necessária para que se possa avaliar a racionalidade e consequente legalidade da conclusão do magistrado. Só provas robustas podem derrubar a garantia constitucional da presunção de inocência do acusado. Desta forma, quando o magistrado não estiver seguro quanto à condenação do acusado, deverá absolvê-lo em atenção ao princípio processual penal do *in dubio pro reo, favor rei.*

Trata-se de uma autêntica garantia fundamental, sendo o alicerce necessário para a segurança jurídica do caso submetido ao Judiciário. Numa democracia, o Estado não deve intervir além do necessário e deve fundamentar sua atuação a fim de que possa ser realizado um controle de sua atuação, até porque, como já dito anteriormente, o poder de punir do Estado não é absoluto e onipotente.

> A motivação das decisões é o meio pelo qual o juiz

> expõe todo o raciocínio de seu convencimento ao dizer o direito no caso concreto. Portanto, as razões de decidir – *ratio decidendi* – é que irradiam o grau de justiça de uma decisão. Ao publicar a sentença, os papéis sociais se invertem e o julgamento popular recai sobre o *decisum*. Esta transparência jurídica é o mais insigne instrumento de democracia e cidadania. Através dela se tem o "termômetro social", a censura ou a aprovação. A sociedade passa a ter força política controladora de seu próprio direito. (MARTINS, 2003, p. 168)

Convém asseverar ainda que o princípio da fundamentação das decisões não incide apenas sobre as decisões dos magistrados. É exigido também para as manifestações do parquet e demais atos processuais, pois é requisito de todo e qualquer ato administrativo. A ausência de motivação pode levar a invalidade do ato, até porque, impossível seria para o acusado se defender de algo que não conhece as razões.

2.7 PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

Além de motivar suas decisões, o juiz que atua segundo os ditames constitucionais deve agir com proporcionalidade e razoabilidade. A letra fria da lei nem sempre se coaduna perfeitamente com o caso concreto, por isso o magistrado tem que tentar equilibrar a norma ao bom senso, à verdadeira justiça.

Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade são corolários de uma ordem jurídica na qual a Constituição Federal assume o ápice do sistema normativo. Essa supremacia da Constituição constitui o ponto de partida para a sua compreensão.

> Trata-se de postulado jurídico-diretivo que permite ao Judiciário controlar os efeitos dos atos do Executivo e do Legislativo, coibindo expressamente os atos excessivos. O Estado Democrático de Direito, em verdade, se constitui em um Estado de Legalidade Proporcional, em que todas as normas jurídicas de cerceamento das liberdades

> individuais devem possuir meios adequados a persecução de seus fins. (FIGUEIREDO, 2007, p. 14)

Convém asseverar que o princípio da razoabilidade não se encontra expressamente previsto na Constituição de 1988, mas se pode extrair implicitamente de alguns dispositivos constitucionais. A razoabilidade impede a consumação de atos, fatos e comportamentos inaceitáveis, exigíveis também do magistrado. Grande parte da doutrina e da jurisprudência emprega os dois termos indistintamente, como sinônimos. Mas há doutrinadores que os distinguem, como o que abaixo passo a transcrever.

> Inicialmente, insta destacar que, quanto à origem, a razoabilidade trata-se de uma construção da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, ao passo que a proporcionalidade se trata de instituto oriundo da academia germânica. Por sua vez, quanto à finalidade, a razoabilidade objetiva garantir a devida observância da função social dos atos do Poder Público, sendo criado, precipuamente, para a revisão judicial das leis. Em relação à proporcionalidade, essa tem por fim evitar a prática de excessos e abusos por parte do Poder Público, sendo criado como instrumento de controle judicial dos atos administrativos. (FIGUEIREDO, 2007, p. 15)

Inobstante as distinções acima expostas, depreende-se que ambos os princípios objetivam a adequação dos meios aos fins para a concretização de um Estado Democrático de Direito. Convém destacar que a proporcionalidade e a razoabilidade são bastante exigidas do magistrado quando este faz a valoração das provas. O tema ganha ainda maior relevância quando se trata de provas ilícitas, que são vedadas pelo Ordenamento Jurídico brasileiro, sendo este argumento muito usado pela Teoria Obstativa.

> [...] Teoria Obstativa, propugna pela inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito, a aludida teoria apóia-se no fato de que a prova ilícita deve ser sempre rejeitada, fulcrando-se no argumento de que a própria Constituição, ao vedar o uso da referida prova, retirou a matéria da discricionariedade do

> julgador e vedou assim a possibilidade de ponderação sobre os valores em jogo. (COSTA, 2007, p. 2)

No outro extremo tem-se a Teoria Permissiva que preconiza ser melhor admitir uma prova obtida ilicitamente, do que deixar um infrator esconder-se atrás de direitos e garantias individuais com a finalidade de praticar delitos.

> A Teoria Permissiva entende que a prova obtida ilicitamente sempre deverá ser reconhecida no ordenamento jurídico, calcando seu entendimento no fato de que o ilícito se refere ao meio de obtenção da prova e não ao seu conteúdo, pois a finalidade do processo penal é a busca pela verdade real, e se a prova mesmo que obtida ilegalmente demonstrar ao juiz esta verdade, não poderá ser a prova extirpada do processo. (COSTA, 2007, p. 2)

COSTA (2007, p. 2) acrescenta que há ainda as Teorias Intermediárias, as quais têm como alicerce de sua estrutura a relatividade dos direitos e garantias fundamentais consagradas na Constituição Federal. Nestes casos é que o papel do juiz constitucional mais se destaca, pois deverá efetuar um balanceamento dos princípios que estão em questão, fixando uma prevalência e verificando no caso em análise qual o direito constitucional que prepondera. A crítica que se faz a estas Teorias Intermediárias é que elas deixam nas mãos do juiz um grande poder e nem todo magistrado sabe fazer e/ou faz a ponderação dos princípios constitucionais.

Os doutrinadores mais modernos destacam que com a evolução da sociedade exige-se um aperfeiçoamento do magistrado e dos demais operadores do direito, pois, já não se aceita mais um mero aplicador de fórmulas pré-estabelecidas. Exige-se um verdadeiro trabalho interpretativo e valorativo das normas, observando-se que o Estado é um meio para a concretização dos princípios, valores basilares de uma sociedade, que são o fim a ser alcançado por verdadeiro Estado Democrático e Constitucional de Direito, que coloca a dignidade da pessoa humana como bem supremo a ser assegurado.

2.8 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Todas as garantias acima narradas existem para dar efetividade à garantia

maior que é a dignidade da pessoa humana, corolário de um Estado Constitucional e, acima de tudo, Humanitário de Direito. Nesse sentido já se posicionou o professor Luis Flávio Gomes, na 1ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual em Ciências Penais.

> A dignidade humana, sem sombra de dúvida, é a base ou o alicerce de todos os demais princípios constitucionais penais. Qualquer violação a outro princípio afeta igualmente o da dignidade da pessoa humana. O homem (o ser humano) não é coisa, não é só cidadão, é, antes de tudo, pessoa dotada de direitos, por força da vinculação normativa da Constituição e do Direito humanitário internacional. De qualquer modo, no âmbito da teoria da pena, como veremos a dignidade humana revela uma dimensão específica, consistente na proibição de penas indignas. (GOMES, 2008, p. 4)

NOBRE JÚNIOR (1993) destaca que é necessário ter em mente que a observância das consequências jurídicas decorrentes dos direitos de personalidade é imprescindível ao respeito da dignidade do ser humano para evitar que o indivíduo seja submetido a qualquer sorte de menosprezo, quer pelo Estado, ou pelos demais indivíduos.

O princípio da dignidade da pessoa humana expressa nitidamente aquele que há de ser considerado como fonte suprema do Direito e o maior de todos os valores, o ser humano. Segundo TOSCHI (2003, p. 1), "representa o arcabouço político fundamental constitutivo do Estado e sobre o qual se assenta todo o ordenamento jurídico". Garantindo-se um processo justo a todo e qualquer acusado, independentemente da gravidade do crime cometido ou da maldade de quem o praticou, garantir-se-á a dignidade da pessoa humana. Por isto, o processo deve seguir um mínimo de regras e garantias pré-estabelecidas pelo poder soberano para que não ocorram ilegalidades e arbitrariedades.

Ainda posicionando-se sobre o tema TOSCHI (2003, p. 1) diz que "num Estado Democrático de Direito, um fato punível deve ser encarado tendo em vista a finalidade do Direito Penal, que é a proteção de bens jurídicos penais". Assim, segundo o princípio da ofensividade ou lesividade, só a lesão

ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido pela norma deve ser objeto do Direito Penal.

> O homem (o ser humano) não é coisa, não é só cidadão, é, antes de tudo, pessoa dotada de direitos, por força da vinculação normativa da Constituição e do Direito humanitário internacional. De qualquer modo, no âmbito da teoria da pena, como veremos, a dignidade humana revela uma dimensão específica, consistente na proibição de penas indignas. GOMES (2007, p. 3)

Lembrando-se que a dignidade da pessoa humana deve ser observada durante toda a instrução processual, pois, segundo o artigo 5°, inciso LVII da Constituição Federal: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Desta forma, o acusado de ato ilícito tem o direito de ser tratado com dignidade enquanto não se solidificam as acusações, já que se pode chegar a uma conclusão de que o mesmo é inocente. Este princípio deve ser observado na fase pré-processual, durante o processo, pois o texto constitucional abandonou a ideia de presunção de culpabilidade do sistema inquisitivo, e mesmo após o trânsito em julgado.

> A dignidade humana se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício os direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. (Moraes, 2000, pág. 60).

Quando se cuida de processo penal, ou seja, da concretização do *jus puniendi* do Estado em confronto com o *jus libertatis* do indivíduo, ganham importância, em especial, as diretrizes inseridas no art. 1º, incisos II e III,

da Constituição Federal, respectivamente, a "cidadania" e a "dignidade da pessoa humana".

Valor básico que fundamenta todos os direitos humanos, a dignidade da pessoa humana tem sido violada constantemente em prol de uma pretensa segurança e da busca exacerbada pela verdade real no âmbito do processo penal. Mesmo em períodos de grande clamor popular por penas mais severas e maior repressão à violência, inexiste qualquer justificativa para afronta aos ideais democráticos e humanitários, cuja preservação é imprescindível.

> Com efeito, não se pode conceber um processo penal que não tenha como norte a ideia de cidadania, tanto da vítima e de seus familiares, quanto do indiciado, réu ou sentenciado. O processo penal deve ser inclusivo, e não excludente. Do mesmo modo, é inimaginável manejar o direito processual penal sem ter em conta, também como pólo orientador, a noção de dignidade da pessoa humana. (ARAS, 2001, p. 2)

Segundo BOLDT (2006), ao se permitir que o Estado viole o princípio da dignidade da pessoa humana em prol de uma sensação passageira de segurança, o cidadão não se encontra mais protegido, muito pelo contrário, reduz suas defesas contra ingerências do poder público. Poderes ilimitados abrem espaço ao arbítrio e ao autoritarismo, o que é extremamente perigoso.

No cumprimento de pena, a condição humana do condenado também deve ser preservada, pois este perde somente alguns direitos. A perda pode atingir sua liberdade de locomoção, alguns direitos da cidadania, o seu patrimônio, mas não a dignidade, a privacidade, a liberdade de pensamento ou de crença, muito menos a vida.

> Tão necessário quanto a proteção da dignidade da pessoa humana pela Constituição, é a sua promoção, afinal, concretizar as normas e valores constitucionais é realizar a finalidade precípua da Constituição no seio da sociedade e no cerne do sistema jurídico. Somente a partir da consideração da dignidade da pessoa humana como um paradigma geral e imperativo no âmbito do sistema penal e mediante a efetiva superação de todos os fatores degradantes da condição humana é que se poderia

concretizar o ideal humanitário. (BOLDT, 2006, p. 4)

O direito penal e o processo penal têm tratado o ser humano como coisa, negando a condição humana ao acusado, transformando-o em simples objeto do processo. Vale asseverar que o processo deve ser visto como o instrumento necessário à realização e à efetivação dos fins democráticos consagrados na Constituição brasileira. Assim, assegurar a dignidade da pessoa humana é vital para a consolidação de uma verdadeira democracia substancial ou social e da cidadania, fundamentos consagrados na Constituição Federal pelo Poder Constituinte Originário.

3. UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DA NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O Código de Processo Penal pátrio, que data de 03 de outubro de 1941, por força da influência ditatorial da época, possui diversos dispositivos de seu texto que exteriorizam os ideais inquisitórios que fundamentavam o processo penal daquele momento da história, onde o autor do fato era visto apenas como mero objeto da acusação.

Naquela época, ao contrário dos dias atuais (principalmente a partir da Constituição de 1988), não se enxergava qualquer conteúdo ético-político no processo, que era visto como mero instrumento para imposição de pena.

Hoje, o processo tem uma aparência distinta, embora continue sendo aceito como caminho para a condenação, é também avistado sob outra perspectiva, surgindo como instrumento de garantia do réu e de contenção do arbítrio estatal. Da necessidade de adequação processual aos novos ditames constitucionais, foi editada e aprovada a Lei 11.690 de 2008, que trouxe muitas inovações para o processo penal brasileiro.

A nova redação do artigo 155 positiva o já antigo e consolidado entendimento jurisprudencial, segundo o qual a convicção do juiz não pode se fundamentar em elementos colhidos durante as investigações pré-processuais, tais como o inquérito e outras peças informativas, porquanto é necessário observar o contraditório judicial. Mas o dispositivo faz uma ressalva: as provas produzidas antecipadamente, ou seja, antes do início da ação penal, cuja produção não for passível de repetição, podem ser utilizadas para a formação do convencimento do juiz.

Complementando a disciplina do dispositivo anterior, a nova redação do

artigo 156 do referido Código, após tratar da regra geral de distribuição do ônus da prova, segundo o qual a prova cabe a quem fizer a alegação, prevê, em seu inciso I, que o juiz pode ordenar, de ofício, a produção antecipada de provas, mesmo antes de iniciada a ação penal, quando forem urgentes e relevantes, segundo critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade da medida.

Essa é uma inovação interessante, porque introduz no processo penal algo similar à ação cautelar para produção de prova, existente no processo civil. Por fim, o inciso II reitera a antiga redação do dispositivo, e confere poder instrutório ao juiz.

> Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)
> I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)
> II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Grande celeuma tem causado essas inovações, em especial a possibilidade conferida ao magistrado de determinar, no curso da instrução ou mesmo após o término dessa etapa processual - mas desde que antes de proferir a sentença -, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante do processo, independentemente de provocação das partes.

Parcela considerável da doutrina nacional defende a recepção dessa alteração processual pela Lei Maior brasileira, sendo a atividade probatória levada a efeito pelo julgador reflexo da regra segundo a qual o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova, não restando infração a nenhuma garantia constitucional. Neste sentido, NUCCI (2004) para quem a atuação de ofício pelo juiz trata-se de decorrência natural dos princípios da verdade real e do impulso oficial.

Outra parte da doutrina defende que o processo penal é, antes de tudo, um sistema de garantias face ao uso do poder punitivo do Estado, sendo o

argumento da busca da verdade real insuficiente para fundamentar a violação às garantias constitucionais, como a presunção de inocência.

AVOLIO (1999, p. 161) defende que "[...] a verdade a ser alcançada é a verdade judiciária, que pressupõe a observância do contraditório, baseado em critérios de admissibilidade das provas, com exclusão daquelas que atentem contra a dignidade humana [...]".

Argumenta-se que é um erro dar mais valor a uma lei ordinária do que a Constituição da República, bem como não se pode atribuir ao magistrado a função de proteger a sociedade, papel este do Ministério Público, que, acima de tudo, é o fiscal da lei. Admitir a defesa da sociedade contra delinquência pelo juiz seria o mesmo que se legitimar um Direito Penal do Inimigo, suplantando-se todas as garantias já asseguradas pelo Poder Constituinte Originário.

CALABRICH (2007, p. 46) afirma que é evidente o prejuízo ao investigado em que seja o fato apurado por alguém dotado de poderes jurisdicionais, com toda dimensão nisso embutida (amplíssima possibilidade de determinar medidas constritivas pessoais e reais, como prisões e sequestros, e medidas investigatórias, interceptações e buscas domiciliares).

O constituinte originário não tutelou a busca da verdade real. Isso se torna bem claro não só pela observância de várias das disposições do artigo 5° da Constituição Federal, mas também pela leitura do dispositivo que inaugura a Carta Política. Ali, no inciso III, ao lado de outras garantias que só vêm a reforçá-la, consta que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil. Desta feita, na tensão entre respeito aos direitos do acusado e busca desenfreada pela condenação, deve ser dada prevalência ao primeiro interesse.

> Ademais, diante do desprezo à constitucionalização do processo penal, torna-se fundamental lutar por um modelo de justiça garantista, que propugna pela tutela dos direitos fundamentais, afinal, a luta pelos direitos não é apenas uma garantia de efetividade da democracia. É além disso, ela mesma forma de democracia política, paralela àquela institucional e representativa. (FERRAJOLI, 2002, p. 757).

A produção de provas de ofício pelo juiz fere ainda o princípio da oficialidade da ação penal, que pertence ao Ministério Público, e,

consequentemente, o sistema acusatório, onde as funções de acusar, defender e julgar deve pertencer a pessoas distintas.

Para SANTOS (2008, p. 3), ao disciplinar que é cabível ao magistrado ordenar, de ofício e antes da ação penal, a produção de provas em busca da almejada verdade real, o dispositivo em questão estabelece uma regra aplicável ao processo civil, onde o ônus da prova cabe a quem alega. No âmbito processual penal esta regra é inaplicável, por ser o ônus da prova incumbência da acusação, devido aos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*. Julgados há também neste sentido:

> [...] O órgão acusador tem a obrigação jurídica de provar o alegado e não o réu demonstrar sua inocência. É característica inafastável do sistema processual penal acusatório o ônus da prova da acusação, sendo vedado, nessa linha de raciocínio, a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. 3. Carece de fundamentação idônea a decisão condenatória que impõe ao acusado a prova de sua inocência [...]". (HC 27.684 do STJ, relator Min. Paulo Medina).

O poder criador do juiz, quanto às provas, importa na premissa de que o mesmo pode e deve de ofício, buscar todos os elementos necessários à formação de sua convicção acerca dos aspectos suscitados nos autos e das suas implicações, ainda que não explicitadas pelas partes. Contudo, convém asseverar que nenhum juiz ordena (assim como nenhuma parte requer) a produção de uma prova sem saber exatamente o que deseja encontrar. Ao fazê-lo, no mínimo, deduz que a evidência buscada servirá para condenação ou para absolvição do acusado.

> A postura de um juiz "protetor da sociedade", além de inconstitucional (viola o princípio da imparcialidade, apenas para mencionar a agressão mais evidente), é típica de Estados totalitários, onde "**a hegemonia estatal é fortalecida em detrimento dos direitos individuais**." Em um verdadeiro Estado Democrático de Direito, ninguém pode deter poderes absolutos (aliás, essa é a verdadeira síntese do conceito de Estado Democrático de Direito). E, quando o

> modelo processual acusatório não é respeitado, é justamente essa espécie de poder (absoluto) que o juiz possui no processo**. A denúncia criminal serve como mero estopim para o exercício da inquisição**. (TAYLOR, 2007, p. 9). (grifos do autor)

Uma parte mais temperada da doutrina defende o caráter supletivo da iniciativa probatória do juiz, pois, nem toda dúvida surgida ao longo do processo justifica a atuação de ofício do magistrado, mas somente aquela fundada em alegações e indícios dotados de um mínimo de razoabilidade.

Para garantir a efetividade das garantias constitucionais, elas deverão ser determinadas de ofício pelo juiz, o que não se admite é que elas sejam determinadas para fundamentar uma condenação, uma vez que o papel de acusar é do Ministério Público e o acusado goza da presunção de inocência.

> As falhas humanas sempre se manifestam, portanto, devem-se adotar etapas cautelosas durante o processo. No caso de dúvidas a respeito de fatos ou provas, a decisão judicial caminha sempre em sentido ao benefício do réu. É preferível absolver um culpado a condenar um inocente, como expressam os princípios mais básicos do Direito. (MARTINELLI, 2000, p. 8).

A lei penal se restringe àquilo que seu texto declara, exceto quando sua alteração interpretativa gerar benefício ao imputado. Lembrando que interpretação extensiva na seara penal é vedada e a analogia só pode ser usada para beneficiar o réu.

Assim, constata-se que no Estado Constitucional e Democrático de Direito o importante é fazer uma seleção constitucional, distinguindo-se as regras vigentes e válidas daquelas vigentes, mas inválidas, sempre segundo os ditames da proporcionalidade e da razoabilidade. O magistrado deve agir com bom senso, não ficando adstrito à letra fria da lei, que nem sempre faz justiça no caso concreto.

4. A JURISDIÇÃO NO DIREITO PENAL MÍNIMO

Jurisdição significa dizer o direito. O magistrado é que realiza esta função ao dizer qual o direito que melhor se coaduna com o caso concreto

submetido ao seu julgamento.

O atual papel do juiz na jurisdição penal é, além de jurídico, social. O magistrado tem que ter em mente que o Direito Penal deve ser o último instrumento a ser utilizado para alcance da paz social. A pena, na forma como vem sendo aplicada, não recupera o apenado. Pelo contrário, muitas vezes, a estada do réu nos Complexos Penitenciários o profissionaliza, tornando-o uma pessoa pior e sem condições de retorno para o seio da sociedade.

Deve-se observar o Princípio da Intervenção Mínima que, embora não esteja expresso no texto constitucional, traduz duas características do Direito Penal: a fragmentariedade e a subsidiariedade. Segundo SPOSATO (2008, p. 6) "A fragmentariedade para o Direito Penal implica a seleção de bens jurídicos ofendidos a proteger-se e também as formas de ofensa a serem evitadas". O mesmo autor diz que a subsidiariedade pode ser compreendida como "a utilização do Direito Penal de forma supletiva ou subsidiária quando todos os demais meios extra penais de controle social já foram esgotados".

> As duas feições, a subsidiária e a fragmentária, permitem afirmar que, conforme o princípio da intervenção mínima, o Direito Penal se revela como *Ultima Ratio*. Como último recurso de controle social, o Direito Penal só deve intervir quando absolutamente necessário para a convivência pacífica comunitária e a manutenção da ordem jurídica". (SPOSATO, 2008, p. 7)

Daí decorre a necessidade de o magistrado só limitar o direito à liberdade do acusado quando estritamente necessário e, mesmos nestes casos, deverá fazê-lo da melhor forma possível para não excluí-lo do convívio social. O acusado não deve ser visto como um bicho, que é colocado entre as grades sem um mínimo de dignidade.

Segundo a política criminal moderna, aquele que cometeu o delito deve ser punido, mas com razoabilidade e proporcionalidade. O ideal é que o juiz tente, quando a lei permitir, aplicar penas alternativas, não limitativas do *jus libertatis*, como a prestação social alternativa, a prestação pecuniária, a restrição de direitos.

Para que esse ideal seja alcançado, o magistrado não pode atuar sozinho. É preciso que o Ministério Público também esteja engajado e que também tenha consagrada a visão de que o Direito Penal deve ser a *ultima ratio.* O

legislador também tem uma função importante para mudança da atual conjuntura penal, pois, ao elaborar as leis, não deve apenas atender aos clamores populares e da mídia.

O cárcere é um problema, pois é bastante oneroso para a sociedade e, na forma como vem sendo implementado, não atende a função de recuperar e ressocializar o réu.

> Nesse mesmo diapasão, não pode servir o processo penal para concretizar as pretensões de um direito penal máximo, fundado na ideia corrente de medo e insegurança que de fato vicejam na sociedade. A atuação máxima do direito criminal acaba por desacreditar todo o sistema de justiça penal, seja pela reconhecida ineficiência do Estado, seja pela sempre presente cifra negra da criminalidade, seja porque os instrumentos penais de privação de liberdade perderam de há muito o caráter intimidativo geral ou preventivo; e não são de modo algum reeducativos (como deveriam), reduzindo-se somente ao aspecto retributivo, de pena-castigo, tão ao gosto das massas conduzidas por setores pouco responsáveis dos media. (ARAS, 2001, p. 3)

Ademais, não é só pobre que comete delito. Os mais abastados financeiramente também cometem delitos, muitos de grande proporção, só que estes não são veiculados ou, quando veiculados, são logo esquecidos, enquanto que aquele que furta um pequeno bem, às vezes para sua própria subsistência, amarga anos de prisão.

Essa não é a verdadeira justiça, a justiça idealizada pelo Direito Penal Mínimo. A 'justiça' diferenciada a depender da classe social do acusado ou de sua aparência consagra um verdadeiro Direito Penal do Inimigo.

Segundo ARAS (2001, p. 3) "não se alcança justiça com exclusão, nem se pode ser solidário afastando-se o homem do meio social". O Direito Penal Mínimo não significa ausência de direito, de normas. O direito de punir do Estado persiste só que somente deve ser utilizado quando nenhum outro ramo do direito for capaz de solucionar o conflito e consagrar a paz social. O Estado-juiz quando pune deve, acima de tudo, observar aos princípios constitucionais penais.

> [...] precisamos efetuar uma análise crítica da justiça penal, pois o direito penal deve apresentar-se de forma limitada e minimalista sim, enfocado sob uma interpretação garantista, porém, nos dias atuais vivemos uma tendência dualista, podemos observar alguma descriminalização, mas em contrapartida existe uma tendência a uma neocriminalização, em decorrência de um aumento desenfreado da violência em nossos centros urbanos, dos avanços tecnológicos da globalização e das mudanças das bases de vida do homem, vivemos em uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, sob ameaças de terrorismo nuclear, ataques contínuos ao meio ambiente, a manipulação genética e a volubilidade econômica, as quais podem, em consequência, nos levar até a extinção da vida na terra. (COSTA, 2007, p. 14)

O processo é um instrumento de defesa social, que não deve inviabilizar o homem e o seu convívio na sociedade. O Direito Penal Mínimo tem como objetivo que se maneje a norma ou o procedimento eficazmente, mas que não se torture a consciência do indivíduo já sujeito às agruras da acusação.

Utilizando-se dos ensinamentos de ARAS (2001, p. 4) "mais do que o terror penal e do que a aflição processual, são necessárias a estabilidade, a firmeza, a justiça e a segurança da resposta estatal". Num Estado Democrático e Constitucional de Direito não há lugar para autoritarismos e arbitrariedades, exige-se outra postura de um juiz constitucional, de um juiz garantidor.

Atrelado a isso, tem-se o problema da multiplicidade de delitos que tomam corpo no Ordenamento Jurídico sem que o legislador pátrio tenha feito um estudo da sua real necessidade.

> Mas a teoria do bem jurídico, apesar de ser ponto de referência para o sistema penal, nem sempre consegue garantir os princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade do Direito Penal. Como garantia individual e, consequentemente, como limite do *ius puniendi*, não estabelece de forma segura os limites de criminalização de certas condutas e, que, infelizmente, ficam ao arbítrio do legislador que,

> muitas vezes, legitima o bem jurídico como *prima ratio*, ignorando a fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal. (TOSCHI, 2003, p. 2)

O Direito Penal Mínimo é aquele que dá efetividade à fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal, pois, considerando-se os efeitos maléficos que um processo e uma condenação causam no acusado/apenado, o Direito Penal e suas sanções devem ser o último recurso a ser utilizado para a pacificação social.

5. CONCLUSÃO

Num Estado Constitucional e Democrático de Direito, a vingança privada deve ser evitada, pois a vida em sociedade exige um Estado pacificador de conflitos, donde decorre o poder de punir do Estado. Este poder não é ilimitado e absoluto, uma vez que toda a autuação estatal deve obedecer ao primado da Constituição.

As limitações impostas ao Estado-juiz têm por objeto garantir a proteção do acusado contra os abusos de poder e aos desvios de legalidade, sob pena de o Estado Constitucional e Democrático de Direito tornar-se uma utopia, algo imaginário, ou seja, algo distante da realidade vivida pelo país. Daí decorre a relevância deste estudo.

Fortes são os argumentos favoráveis e contrários aos poderes instrutórios do magistrado. Há ainda aqueles que, despindo-se de extremismos, colocam-se numa posição intermediária.

Independentemente do sistema processual penal adotado pelo Brasil, tem-se que necessariamente o processo penal deve ser democrático e garantista, pois a Constituição brasileira em vigor é democrática. A busca da verdade de real não pode suplantar os princípios e garantias constitucionais do acusado, como a presunção de inocência. A observância deste princípio é que mede a qualidade do sistema processual usado. Assim, conclui-se que os poderes instrutórios do juiz só são legítimos quando atendem aos ditames constitucionais.

A jurisdição baseada na aplicação dos princípios não consagra a impunidade, mas sim a verdadeira legalidade, ou seja, aquela que obedece a hierarquia das normas, estando a Constituição Federal em seu ápice.

Inobstante a questionável constitucionalidade da nova redação do artigo 156 do Código de Processo Penal que, objetivando fazer uma reforma

e adequação processual, conferiu poderes instrutórios ao magistrado, corroboro com o entendimento daqueles que defendem uma interpretação constitucional da norma. Assim, a produção de prova de ofício pelo juiz só é possível se for para dar efetividade às garantias constitucionais, sem que isto constitua afronta ao sistema acusatório.

Para a maioria dos doutrinadores pátrios, o sistema penal adotado no Brasil é o acusatório, onde as funções de acusar, defender e julgar estão concentradas em pessoas distintas. Assim, deve-se respeitar o papel do Ministério Público na persecução criminal, como dono da ação penal. As provas devem ser requeridas e produzidas pelas partes, devendo o juiz manter-se imparcial para julgar e só agindo ativamente se for para exercer o seu papel de garante.

Cabe ao juiz essa importante tarefa, já que é o responsável pela eficácia do sistema de garantias constitucionais e processuais. Ao julgar, o juiz deve observar se realmente é necessário aplicar uma sanção penal, uma vez que o Direito Penal deve ser o último instrumento a ser utilizado para a busca da paz social. Caso seja necessário, deverá agir com razoabilidade da sanção e com proporcionalidade na dosimetria da pena.

Numa política criminal moderna, o juiz ao sentenciar deve buscar sempre o menor sofrimento possível para o acusado, vez que este já é submetido à própria violência do processo e da investigação. No Direito Penal Mínimo, só um juiz equidistante terá independência e imparcialidade suficiente para julgar e fazer justiça no caso concreto. O poder de punir do Estado só deve ser usado quando realmente necessário, sendo o Direito Penal a *ultima ratio*.

No Estado Democrático de Direito, o acusado deve ser visto como um verdadeiro ser humano e não como um inimigo, que precisa ser aniquilado, banido pela sociedade a qualquer custo. Os operadores do Direito e a sociedade devem despir-se de preconceitos e dos pré-julgamentos.

Os juízes têm que redescobrir a Constituição Federal e as garantias constitucionais, pois apenas a partir de um processo penal garantista será capaz de dar efetividade ao direito penal material. Os espaços para a discricionariedade judicial devem ser minimizados para evitar as influências externas da imprensa e dos clamores da sociedade.

É preciso despertar e ver que o juiz não é apenas um indivíduo, ele também é um ser político, que deve direcionar suas decisões de modo político em busca da justiça social. As decisões judiciais mais do que legais, têm que ser justas e cidadãs. Assim, o juiz deve ser neutro como julgador, mas politicamente comprometido com a justiça social.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAS, Vladimir. *Princípios do processo penal.* Jus Navigandi, Teresina, ano 6, nº 52, nov. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2416>. Acesso em: 17 de maio de 2009.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BASTOS, Marcelo Lessa. *A investigação criminal nos crimes de ação penal de iniciativa pública: papel do Ministério Público. Uma abordagem à luz do sistema garantista*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

BOLDT, Raphael. *A dignidade da pessoa humana e as provas no processo penal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, nº 1033, 30 abr. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8323>. Acesso em: 16 maio 2009.

CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público – fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

COSTA, Carlos Fernando da Cunha. *O princípio da proporcionalidade e a validade das provas ilícitas colhidas no inquérito policial.* Revista Eletrônica Jus Vigilantibus. 08 de julho de 2007. Disponível em: http://jusvi.com/artigos/26604/1. Acesso em: 23 de maio de 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes.* São Paulo: Saraiva, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO, Fernando Vizeu. *Análise do papel dos direitos e garantias fundamentais, do devido processo legal e dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Estado Democrático de Direito inaugurado com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Revista da Escola da AGU. Ano VII. Novembro de 2007. Disponível em: http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_VII_novembro_2007/AnalisePapelDireitosGarantias_LeonardoVizeu.pdf. Acesso em: 23 de maio de 2009.

GOMES, Luis Flávio. *Limites do "ius puniendi" e bases principiológicas do garantismo penal.* Material da 1ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual em Ciências Penais – UNISUL – IPAN – REDE LFG.

_____. *Limites do "ius puniendi" e bases principiológicas do garantismo penal*. Disponível em: http://www.lfg.blog.br.10 abril. 2007.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 6ª ed., revista e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, 1997.
LIMA, George Marmelstein. *As funções dos princípios constitucionais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, nº 54, fev. 2002. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2624>. Acesso em: 24 de fevereiro 2010.
LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamento da existência do processo penal: instrumentalidade constitucional.* Material da 2ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual em Ciências Penais – UNISU/REDE LFG/IPAN.
MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Presunção de inocência e direito à ampla defesa.* Jus Navigandi, Teresina, ano 4, nº 44, ago. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=163>. Acesso em: 12 de maio de 2009.
MARTINS, Suzete Ferrari Madeira. *A motivação das decisões judiciais e a democratização do processo civil*. Revista da ESMESE, Sergipe, nº 05, 2003.
MELO, Débora Fernandes de Souza Melo. *Possível constitucionalidade do art. 156, I, do CPP, com a redação dada pela Lei 11.690/08*. Disponível em http://www.lfg.com.br. 25 de novembro de 2008. Acesso em 02 e maio de 2009.
NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana.* 1993. Disponível em: http://www.jfrn.gov.br/docs/doutrina93.doc. Acesso em: 23 de maio de 2009.
SANTOS, Andréa Alves dos. *Da produção de provas pelo magistrado no processo penal*. Disponível em http://www.lfg.com.br. 09 de outubro de 2008.
SANTOS, Saulo Romero Cavalcante dos. *Sistema processual penal brasileiro. O código de processo penal de 1941 e o modelo constitucional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, nº 2074, 6 mar. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12416>. Acesso em: 12 de maio de 2009.
SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
TAYLOR, Daniel Westphal. *A gestão da prova nas demandas penais: o papel reservado ao Ministério Público*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, nº 1487, 28 jul. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10205>. Acesso em: 11 de maio de 2009.
TOSCHI, Aline Seabra. *Dignidade da pessoa humana e garantismo penal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, nº 64, abr. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3967>. Acesso em: 20 de maio de 2009.

DEVIDO PROCESSO LEGAL NA LICITAÇÃO PÚBLICA

Durvalina Araújo, Especialista em Direito Processual Civil - Associação de Administração do Ensino e da Pesquisa de Sergipe - FANESE e Gerência e Tecnologia da Qualidade-Recursos Humanos – Centro Federal de Educação Tecnológica-CEFET/MG, autora do livro *Exame de DNA e a Prova Emprestada* e de vários artigos jurídicos. Servidora do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Ex-Professora Substituta da Universidade Federal de Sergipe-UFS na disciplina Direito Administrativo. durvaaraujo@infonet.com.br.

RESUMO: O princípio do devido processo legal originou-se do direito inglês sendo referendado pela Declaração dos Direitos dos Homens de 1948 propagando-se para todo o mundo, sendo adaptado ao sistema jurídico de cada Estado. Ocorre que o âmbito de sua aplicação era somente na esfera processual, garantindo uma regularidade formal nos processos judiciais não levando em consideração o aspecto substancial. Sob essa vertente foi-se desenvolvendo e adaptou-se a realidade temporal sob os anseios da sociedade, se difundindo para a análise do aspecto substancial. Nesse diapasão, a razão precípua deste ensaio é mostrar a necessidade de ampliação da processualística brasileira para os atos procedimentais do Direito Administrativo. A cláusula do devido processo legal está pautada na observância dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e isonomia, vetores da conduta administrativa, voltada para a consciência crítica sobre a cidadania universal no Estado Democrático de Direito. Neste Estado social, sopesando os bens jurídicos envolvidos deve-se utilizar o princípio da proporcionalidade, aplicando uma medida justa, legal e equilibrada interpretando-se sistematicamente os princípios constitucionais, mantendo a igualdade substancial. Dentro desse panorama, a adoção do instituto da supranacionalidade tem especial relevo nas licitações públicas, diante da probabilidade de existência de imoralidade pública, principalmente quando se está diante de contratações milionárias. Assim, deve o Estado assegurar os princípios do contraditório e da ampla defesa - fundamentos do devido

processo legal, valorando o amplo sentido normativo-constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Devido processo legal; procedimento administrativo; licitação; princípio; supranacionalidade.

RESUMEN: El principio del Debido Proceso Legal se originó en el derecho inglés siendo refrendado por la Declaración de los Derechos de los Hombres de 1948 extendiéndose a todo el mundo, siendo adaptado al sistema jurídico de cada Estado. Ocurre que el ámbito de su aplicación era solamente en la esfera procesal, garantizando una regularidad formal en los procesos judiciales no teniedo en consideración el aspecto sustancial. Bajo esta vertiente se fue desarrollando y se adaptó a la realidad temporal bajo las ansias de la sociedad, difundiéndose para el análisis del aspecto sustancial. En ese diapasón, la razón principal de este ensayo es mostrar la necesidad de ampliación de la "procesualística" brasileña para los actos procedimentales del Derecho Administrativo. La cláusula del Debido Proceso Legal está pautada en el cumplimiento riguroso de los principios de la razonabilidad, proporcionalidad e isonomía", orientadores de la conducta administrativa, volcada para la consciencia crítica sobre la ciudadanía universal en el Estado Democrático de Derecho. En este Estado social, sopesando los bienes jurídicos envueltos se debe utilizar el principio de la proporcionalidad, aplicando una medida justa, legal y equilibrada interpretándose sistemáticamente los principios constitucionales, manteniendo la igualdad sustancial. En este escenario, la aprobación del instituto de la supranacionalidad es particularmente importante en las licitaciones públicas, delante de la probabilidad de la existencia de inmoralidad pública, especialmente cuando nos enfrentamos a contrataciones millonarias. Así, debe el Estado asegurar los principios de lo contradictorio y de la amplia defensa - fundamentos del debido proceso de ley -, valorando el amplio sentido normativo-constitucional.

PALABRAS CLAVES: Debido proceso legal; procedimiento administrativo; licitación; principio**;** supranacionalidad.

SUMÁRIO: Introdução; Origem do princípio do devido processo legal; Finalidade do devido processo legal; Devido processo legal no procedimento administrativo; Generalidades sobre a licitação pública; Aspectos conceituais; Regime principiológico; Poder Constituinte Supranacional e licitação;

Procedimento Aplicável; Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Indiscutível a importância da aplicação do princípio do devido processo legal no campo do Direito Público, com as devidas reservas para o Direito Privado, pois neste caso deverá respeitar a autonomia da vontade desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

Nesse passo serão apresentados aspectos do devido processo legal no Direito Administrativo com realce no procedimento na licitação pública.

Esse princípio originou-se da cultura anglo-saxônica, por meio da Magna Carta Libertatum em 1215, como forma de garantir os direitos dos cidadãos. Sua evolução histórica deu-se paulatinamente, de acordo com as transformações da sociedade, sendo concretizada essa garantia através da Constituição Federal Americana, ressaltando o trinômio vida-liberdade-propriedade.

Inicialmente a sua acepção era meramente formal e abrangia o campo do direito processual civil e penal não existindo aplicação para o direito administrativo, objeto do presente trabalho.

Após vários julgados pela Corte Americana foi se firmando sua concepção no âmbito material ou substancial constituindo um inesgotável manancial de criatividade hermenêutica, pautado nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e isonomia.

No direito brasileiro o texto constitucional adota expressamente o princípio do devido processo legal, encontrando-se inserido no Título II, dos Direitos e Garantias Fundamentais, sendo um vetor para apreciação judicial e administrativa.

Nesse contexto, após discorrer acerca dos aspectos gerais sobre o devido processo legal, este trabalho tem por escopo demonstrar a incipiente necessidade de se firmar o devido processo legal nos procedimentos administrativos garantindo o exercício de cidadania no Estado Democrático de Direito.

Serão desenvolvidos os temas relativos a cláusula do devido processo legal no procedimento administrativo, bem como características gerais da licitação pública, destacando o regime, fundamento jurídico e conceitualização no direito pátrio.

Em notas conclusivas serão feitas considerações concernentes ao desenvolvimento desse trabalho, ratificando a importância da aplicabilidade do devido processo legal nos procedimentos administrativos, contribuindo para efetivação dos direitos fundamentais e segurança jurídica dos atos administrativos, corolário da atividade pública.

Ressalte-se que este estudo enfocará a ampliação da aplicação do devido processo legal no campo do Direito Administrativo, destacando as normas pertinentes e posição jurisprudencial acerca da (in) observância nos atos procedimentais da função administrativa.

Busca-se neste trabalho, sistematizando-o, a conscientização de novos valores éticos no âmbito do Poder Público, cuja finalidade tem por foco a legitimidade da atuação administrativa em sua amplitude assim como assegurar os direitos fundamentais do cidadão em real consonância com o estado social.

Com efeito, será de fundamental influência os aspectos principiológicos constitucionais, com intuito de dimensionar a finalidade do devido processo legal, com vistas a promover maior eficiência e legitimidade nos procedimentos administrativos adequando-se à realidade temporal que, hoje, mais do que ontem, clama por uma responsabilidade máxima, onde seja identificada com os Direitos Humanos Universais, ressaltando a primazia da adoção de normas supranacionais nas contratações públicas como forma de acompanhar a aceleração do fluxo mundial capitalista, primando pela cidadania democrática, objetivando prevenir, combater e punir atos contrários à moralidade, a bem do interesse público.

2. DEVIDO PROCESSO LEGAL NA LICITAÇÃO PÚBLICA

2.1 PRINCIPIOLOGIA

O trajeto seguido para normalização dos princípios foi árduo e difícil. Sua aplicação no Direito era de forma subsidiária, não tendo, por conseguinte, força normativa cogente. Entretanto, após o pré-positivismo, a jurisprudência e a doutrina adentraram pelo caminho de interpretá-los com força valorativa.

Dessa forma, a partir das Constituições, os princípios surgem como viga-mestra de todo o ordenamento jurídico. Nesse passo, afirma o jurista Paulo Bonavides. "... As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia

axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais."[1]

O grau de importância dos princípios constitucionais reside no fato de que os operadores de direito, apesar de existirem àqueles que não acolhem, possam interpretar o Direito de forma a considerar a evolução dos tempos, pois são normas abstratas, atingindo uma generalidade e não simplesmente casos específicos como ocorre com as regras.

A Constituição Federal deve ser vista não sob o ângulo isolado de cada princípio, mas em uma interpretação sistemática, levando-se em consideração, quando for o caso, a realidade fática a fim de adaptar as normas às evoluções sociais.

Não é por outra razão que modernamente é difundida a distinção entre princípios e regras na hermenêutica jurídica. Assim, enquanto os princípios têm uma abrangência mais ampla, as regras, por sua vez, têm conteúdo mandativo, diretivo, sendo aplicadas a um número indeterminado de atos e fatos, ao passo que os princípios permitem uma infinidade de aplicações.

Percebe-se que violar um princípio é uma ofensa não somente a um comando jurídico, mas a uma singularidade em todo sistema normativo.

2.2 ORIGEM DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O surgimento do devido processo legal tem origens na cultura anglo-saxônica, tendo como marco a Magna Carta *Libertatum*, no ano de 1215. Esta carta, de caráter político, resultou de pressões por parte da nobreza e do clero britânico sobre o rei da Inglaterra, o João Sem Terra.

Os julgamentos provenientes da Coroa, muitas vezes despóticos, amedrontavam os senhores feudais, que passaram a pressionar o rei com o intuito de garantir e manter seus privilégios. O poder da nobreza se via enfraquecido.

O capítulo 39 da Lei da Terra traz a seguinte disposição: "Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer outro modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país[2]".

[1] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 237.

[2] GAMA, Lídia Elizabeth Peñaloza Jaramillo. *O devido processo legal*. São Paulo: Editora de Direito, 2005, p. 43.

Com essa norma, restringiu-se a arbitrariedade do rei, cujo poder sofreu limitações e restrições.

Veja, entretanto, que este princípio se instalou como exigências dos senhores feudais de serem julgados por um Tribunal formado dentre seus pares e segundo as Leis da Terra, não sendo estendido para o povo.

Note-se que em 1354 esta Carta foi reafirmada pelo Rei Henrique III, filho de João Sem Terra, por meio do *Statute of Westiminster of the leberties of London*, sendo utilizada pela primeira vez a expressão *due processo flaw*, ampliando sua concepção, simbolizando o direito concedido ao indivíduo de ter um processo ordenado em substituição ao termo Lei da Terra.[3]

Constitucionalizado através da Constituição Federal Americana em 1787, foi incorporado ao sistema de maneira uniforme, estando presente o trinômio vida, liberdade e propriedade. Assim, se assenta uma nova era no Direito, que põe relevo os direitos fundamentais e tem no devido processo legal a maior expressão de garantia dos direitos individuais dos cidadãos contra o poder arbitrário do Estado.

Observe-se a ênfase dada pelos juristas no que concerne ao seu conteúdo, pois lhe era dado uma acepção meramente formal, sendo atendido seu preceito sob o aspecto de regularidade procedimental, *o due prosedural processo flaw*, estaria, portanto, assegurando o devido processo legal.

Porém, com o desenvolvimento do princípio pelo Direito Norte-Americano, o devido processo legal ganhou um aspecto muito mais substantivo ou material, *substantive due processo of law*, possibilitando o surgimento dos conceitos de razoabilidade e proporcionalidade, princípios basilares que garantem o controle sob os atos meritórios do Estado.

Saliente-se que a concepção originária da cláusula do devido processo legal partindo-se dos primeiros julgados da Suprema Corte americana foram realizados sob o enfoque processualístico *(procedural due process*), não admitindo as investidas de se dar uma conotação substancial a essa garantia constitucional.[4]

Assim, como forma de assegurar a qualquer indivíduo o direito de um processo justo e isonômico, o princípio constitucional também foi firmado no artigo da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

---

[3] CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de Castro. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade*, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 07.

[4] CASTRO. op. cit., p. 42.

> 8º "toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal".

Nesse desiderato, o desenvolvimento e a firmação do *substantive due process* marcam impulso de ascensão do Judiciário, abrindo-se um amplo espaço de exame de mérito dos atos do Poder Público, com a redefinição da noção de discricionariedade estatal.

A doutrina do devido processo legal substantivo começou a se delinear no final do século XIX, como reação ao intervencionismo estatal na ordem econômica. A Suprema Corte fez-se intérprete do pensamento liberal, fundado na ideia do *laissez faire*, pelo qual o desenvolvimento é mais bem fomentado com a menor interferência possível do Poder Público nos negócios privados.

Após alguns ensaios da aplicação do *substantive due process*, a Corte finalmente invalidou, por inconstitucional, uma lei estadual que impedia que os residentes de Louisiana contratassem seguros de seus bens com empresas fora do Estado.[5]

Nesse passo, a decisão que melhor simbolizou esse período, todavia, foi proferida em Lochner *vs* New York, onde em nome da liberdade de contrato considerou-se inconstitucional uma lei de Nova York que limitava a jornada de trabalho dos padeiros. Sob o mesmo fundamento, a Suprema Corte invalidou inúmeras outras leis, inclusive a que estabelecia salário mínimo para mulheres. Esse período ficou conhecido como a era *Lochner*.[6]

No Direito Brasileiro observa-se a presença expressa da garantia do devido processo legal no processo judicial ou administrativo somente a partir da Constituição de 1988, a exemplo do artigo 5º inciso LV "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Frise-se que sua aplicação já era sedimentada no direito processual penal e processual civil com a garantia do contraditório e da ampla defesa, difundindo para o campo administrativo, como bem expressa Carlos Roberto

[5] Ibidem, p. 54.
[6] Ibidem, p. 34.

Siqueira de Castro.[7]

Por fim, não é demais lembrar que a doutrina brasileira desconsidera qualquer tipo de limitação conceitual ao devido processo legal, até porque dentro da amplitude dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e igualdade das partes a aplicação dessa cláusula sem sombra de dúvidas tem todo o aparato de que tanto o cidadão como a Administração Pública terão resguardados os direitos pertinentes.

Em outra face, o devido processo legal segue um extenso caminho interpretativo moldando-se às exigências da sociedade de forma a atender o progresso e à evolução dos costumes no agasalho jurisprudencial consubstanciado no princípio da isonomia.

2.3 DEVIDO PROCESSO LEGAL NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

É sob o prisma do Estado Democrático de Direito que se desenvolve a afirmação do devido processo legal no procedimento administrativo como garantia nas relações Estado-indivíduo e Estado-sociedade estabelecendo uma harmonização e equilíbrio no exercício da Administração Pública.

Registre-se que o entendimento mais atual é aquele que vê no *devido processo legal* um conteúdo substancial de *legalidade, proporcionalidade e razoabilidade,* de modo a permitir o controle da produção e procedimentalização dos diversos atos editados por quaisquer dos órgãos das funções estatais.

Por sua crescente e prestigiosa aplicação, acabou por transformar-se essa garantia constitucional em princípio vetor das manifestações do Estado contemporâneo e das relações de toda ordem entre o Poder Público, de um lado, e a Sociedade e os indivíduos de outro.

A atividade administrativa, manto que cobre a atuação do Estado em suas relações com os cidadãos e interfere nas relações sociais de modo concreto, há de se pautar pela razoabilidade, com repúdio a gestão arbitrária.

Nesse contexto, o direito ao devido processo legal apresenta-se guarnecido pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, com o propósito de repelir o arbítrio na discricionariedade administrativa, revelando-se como nuanças do controle de constitucionalidade, contribuindo de forma efetiva a garantir os direitos e garantias fundamentais.

---

[7] CASTRO. op. cit., p.55.

Essa exigência pauta-se no exercício de cidadania e pelas prerrogativas que a Administração Pública dispõe em sua atividade administrativa, distinguindo-se do inquérito policial que se mantém o sigilo, sendo uma das suas características a bem da ordem pública e do receio de prejudicar as diligências caso o indiciado tenha conhecimento do andamento do procedimento.

Porém, como já dito anteriormente a aplicação da cláusula do devido processo legal advém do processo penal e civil ganhando prestígio na seara dos procedimentos administrativos, não abrangendo somente àqueles em que já existe a previsão legal, mas, a todo e qualquer procedimento em que as partes envolvidas sejam de um lado a sociedade, de outro o Poder Público.

Todas essas considerações procuram evidenciar a importância da aplicação do devido processo legal nos procedimentos administrativos, com observância dos princípios da legalidade e da moralidade, não bastando a regularidade formal, mas, principalmente o enfoque no âmbito material, com o fim de estabelecer uma relação equânime e justa entre os administrados e o Poder Público.

Neste contexto é importante ressaltar que sempre que o patrimônio jurídico e moral de alguém puder ser afetado por uma decisão administrativa deve a ele ser proporcionada a possibilidade de exercitar a ampla defesa que só tem sentido se for produzida previamente a decisão para ser conhecida e efetivamente considerada pela autoridade competente para decidir.[8]

Com efeito, consubstanciada nestas premissas serão mostradas a seguir as peculiaridades do procedimento licitatório, devendo ser obedecida a regularidade formal, assim como o conteúdo da manifestação do Poder Público enquanto atuante do interesse primário da coletividade, prestigiando o exercício da democracia.

2.4 GENERALIDADES SOBRE A LICITAÇÃO PÚBLICA

No Direito brasileiro, inicialmente a licitação foi tratada no Código de Contabilidade Pública da UNIÃO de 1922. Após, Lei Federal nº 5.456, de 20 de junho de 1968, determinou a aplicação aos Estados e Municípios das normas relativas às licitações, previstas no Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de l967.

[8] FERRAZ, DALLARI Sérgio e Adilson. *Processo administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 90-01

Nesse contexto, segue o Decreto-Lei federal nº 2.300, de 21 de novembro de 1986 no artigo 85 dispondo sobre licitações e contratos da Administração Federal, também aplicável aos Estados, Municípios, Distrito federal e Territórios as normas gerais nele estabelecida.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, toda a controvérsia estava resolvida ao estabelecer no artigo 24, inciso XXVII a competência privativa da União para legislar sobre, *in verbis*:

> Art. 24. Normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas esferas de governo, e empresas sob seu controle.

Assim, pela interpretação do artigo 85 do Decreto nº 2.300, combinado com artigo 24, § 2º e art. 30, II, da Constituição Federal, os Estados e Municípios podem exercer Competência legislativa suplementar em matéria de licitação pública.

Por efeito, foi editada a Lei nº 8.666/93 regulamentando o artigo 37, inciso XXI da Carta Magna, instituindo normas de licitações a serem aplicadas nas necessidades de contratações de obras e serviços públicos da Administração Pública.

Registre-se, por oportuno, que o artigo 173 da Constituição Federal preceitua que a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, dispondo sobre licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.

Todavia, o TCU já se manifestou no sentido de que as pessoas jurídicas indicadas no citado artigo devem se submeter às regras da lei de licitações até que lei regulamentadora venha dispor sobre tal matéria, nos ditames constitucionais.

Quanto ao caso da Petrobras, importante registrar que o artigo 67 da Lei 9.478/97 estabelece procedimento simplificado. O dispositivo foi regulamentado pelo Decreto 2.745/98 e tem a sua constitucionalidade discutida perante o Egrégio Tribunal Superior, não tendo até o momento decisão definida, com forte tendência para considerar legítimo tal

procedimento simplificado[9].

Em outras palavras, o legislador quis dizer que necessariamente essas entidades não serão regidas pela Lei 8.666/93, desde que lei venha regulamentar. Ocorre que o Tribunal de Contas da União já se manifestou, repita-se, no sentido de que até que seja editada a referida lei essas entidades se sujeitarão à Lei de Licitações. Entretanto, o STF concedeu liminar para que a Petrobras utilize o procedimento simplificado, fugindo do controle daquele Tribunal até julgamento do mérito.

Nesse desiderato, na dinamização das normas disciplinares, a preservação da imparcialidade e da isenção do ânimo constitui não apenas garantia ao administrado, como também legítimo interesse do Estado, o qual jamais poderá aquiescer com a inobservância dos princípios e regras instituidoras do procedimento administrativo licitatório.

2.5 ASPECTO CONCEITUAL

A Licitação é o procedimento administrativo prévio essencial à formalização do contrato administrativo, proporcionando ao Poder Público a escolha da proposta mais vantajosa que atenda ao interesse público. Contudo, não confere ao vencedor nenhum direito ao contrato, defere apenas uma expectativa de direito.

Destarte, a Administração Pública não está obrigada a contratar, porém se o fizer, será necessariamente com o vencedor do certame.

Nesse contexto, o instituto jurídico da licitação pública encontra fundamento de validade no art.37, XXI da Carta Política Federal e nas Leis nº 8.666/93 e 10.520/02 normas vetoriais da gestão pública.

2.6 REGIME PRINCIPIOLÓGICO

A doutrina, sem plena concordância, inquina vários princípios. É importante, desde já, afirmar que os princípios gerais da administração pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) são aplicáveis à espécie, assim como os previstos na norma específica, além dos princípios gerais de direito.

Vale ressaltar que a administração pública é concebida por dois princípios

[9] Informativo 528 – RE 44412801/RS

basilares, o da Supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade dos interesses públicos pela administração.

Com propriedade Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que estes dois princípios traduzem, respectivamente, a prerrogativa e a sujeição básicas ou fundamentais do regime jurídico-administrativo. A partir deles é possível encontrar toda uma série de princípios próprios do regime.

Com relação ao primeiro, a atividade estatal será exercida nos limites do interesse da coletividade no que diz respeito ao interesse público primário e no tocante ao segundo, significa dizer que os interesses próprios da coletividade não estão à disposição do administrador público.

Nessa vertente, os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador, e sim à disposição do Estado, por estarem afetados pelo interesse geral. Então a administração pública possui caráter instrumental devendo cumprir o que a lei estabelece utilizando critérios razoáveis e proporcionais.

Por efeito, essa premissa vai mais além, transcendendo os limites nacionais, adequando-se às peculiaridades de cada Estado, seguindo os parâmetros transnacionais numa visão universal dos direitos fundamentais, traduzindo cidadania universal onde as condutas dos administradores se pautam não somente nas normas editadas pelo Poder Constituinte Originário, mas também poderão se ater naquelas advindas de normas supranacionais podendo se sobrepor naquilo que afetar a dignidade do ser humano.

2.6.1 PODER CONSTITUINTE SUPRANACIONAL E LICITAÇÃO

O Poder Constituinte Supranacional impõe uma ideia de universalização de direitos autorizados pelos Estados signatários da integração. Registre-se que essa ideia pode ser entendida como uma ruptura das premissas de organização do Estado[10].

Com o fenômeno da globalização não há como continuar com o modelo clássico de funcionamento da Administração Pública, sob pena de andar na contramão da evolução mundial.

Devido a mundialização das esferas produtiva e cultural, a integração entre

[10] NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. São Paulo. Método, 2010.

os Estados é medida que se impõe, haja vista a aceleração da modernidade capitalista, o que influencia sobremaneira nas relações internacionais.

É bom registrar que a adoção de paradigmas novos para reger determinados ramos do direito de cada país, no caso em estudo, o Direito Administrativo, não significa dizer que irá atingir sua Soberania, ao contrário, as regras pactuadas em tratados, pactos etc serão distintas do ordenamento jurídico pátrio assim como do direito internacional como bem assevera Maurício Andreiuolo Rodrigues ao afirmar que o Poder Constituinte supranacional busca estabelecer uma Constituição supranacional legítima: *"faz as vezes do poder constituinte porque cria uma ordem jurídica de cunho constitucional, na medida em que reorganiza a estrutura de cada um dos Estados ou adere ao direito comunitário de víeis supranacionalidade por excelência, com capacidade, inclusive, para submeter as diversas constituições nacionais ao seu poder supremo. Da mesma forma, e em segundo lugar, é supranacionalidade, porque se distingue do ordenamento positivo interno assim como do direito internacional".*

Nessa linha de intelecção a nossa Constituição tem como fonte de direito a supranacionalidade, destacando, em especial, os tratados sobre direitos humanos, nos termos do artigo 5º, submetendo-se o Brasil as decisões do Tribunal Internacional Penal[11]

> "§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.
> § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº. 45, de 2004)
> § 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (Incluído pela Emenda Constitucional nº. 45, de 2004.[12]

[11] RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. *Poder constituinte supranacional: esse novo personagem*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

[12] BRASIL, Constituição (1988). Brasília, DF: Senado, 2010.

Em vista disso, pode-se perceber que o Brasil ainda não amadureceu o suficiente em relação à efetivação do processo de supranacionalidade, mas avança para essa realidade, pois a supranacionalidade não tem volta, não há como retroagir, mas seguir, atentando para as peculiaridades de cada Estado.

De outra senda, a União Europeia aderiu ao direito comunitário, com fins específicos de livre circulação de mercadorias, serviços e capitais, aproximação das legislações nacionais na medida necessária para o funcionamento do mercado comum etc. Ela tem personalidade jurídica com organização econômico-política, com possibilidade de atuar sobre os Estados membros e seu caráter supranacional se impõe de maneira vinculante, por meio dos instrumentos: regulamentos, decisões, pareceres e recomendações, no âmbito das contratações públicas – Licitações.[13]

Segundo entendimento de Dromi, o Tribunal das Comunidades Europeias admitem expressamente que algumas diretrizes sejam aplicadas diretamente sem prévia adaptação ao direito interno.[14]

Recentemente a União Europeia noticiou o desejo de editar uma lei, na qual excluirá das licitações públicas europeias a partir de 2011, 06 países, entre eles o Brasil, como forma de pressionar a abertura de mercado, por estes darem prioridade às empresas nacionais[15].

É tema que exige reflexão diante das novas perspectivas no que diz respeito ao desenvolvimento do país, exigindo um estudo apurado e cuidadoso acerca da questão, mas tudo isto é reflexo da mundialização capitalista, que deve ser apreciada no contexto cultural e social, pois determinadas decisões devem ser tomadas e estas certamente irão romper paradigmas tradicionais. Além disso, os limites territoriais estruturados para atuação do capital flexível são cada vez mais amplos atingindo todo espaço global, exigindo novas referências diante desse fenômeno.

A Supranacionalidade é um instituto peculiar e característico do Direito Comunitário, podendo ser aplicável às licitações públicas no Brasil, pois com a multiplicidade de contratações milionárias, decerto que aumentarão o número de fraudes e ainda pelo fato de o Brasil ser um país onde a corrupção ganha espaço, é preciso que sejam adotadas medidas eficazes como a de submeter aqueles que cometam atos dessa natureza a Tribunais

[13] DROMI, Roberto. Licitacion publica. Fundação Centro de Estudios Política y Administrativos. Buenos Aires: Impresnta Fareso S.A, 1999, pag. 226

[14] Ibidem, 226

[15] www.licitacaoedital.com/.../. acesso em: 12.03.2011

Internacionais, pois ocorrendo malversação do erário, estará atingindo o patrimônio público, que por sua vez deixará de atender os programas sociais, afrontando diretamente os direitos fundamentais na sua essência e por via reflexa – a dignidade da pessoa humana, princípio universal.

Nessa seara, os organismos internacionais exercem papel fundamental na ampliação do conhecimento das técnicas de combate a corrupção.

Por fim é de suma importância a preservação e aplicação dos direitos fundamentais que devem se fundamentar na supranacionalidade devendo favorecer a todos os países, e não somente aos mais desenvolvidos.

Em regra, não existe nada pontual com relação à aplicabilidade de sanções[16], em decorrência do descumprimento de preceitos, devendo, todavia, tanto o Tribunal nacional quanto o internacional adotar como modelo as penalidades internas. Com efeito, uma das formas de fazer cumprir o avençado nos tratados é a fixação de astreintes[17] (multa pecuniária) para reparação exemplificativa e reprimir outras violações. A medida efetiva seria através da comunicação a comunidade com publicação da sentença no ordenamento jurídico supranacional para fazer valer preventivamente e repressivamente eventuais lesões aos direitos humanos.

Assim, a sistemática de aquisição pública, em que pese a existência de um rol de princípios e normas setoriais, estas não podem desassistir imperativos supranacionais.

2.7 PROCEDIMENTO APLICÁVEL

O Poder Público para contratar suas obras e serviços públicos deve atender ao comando constitucional que o submete às regras do procedimento licitatório. Para tanto, se submete aos normativos constantes na lei de licitações, adotando o modo procedimental ali constante voltado ao interesse público.

Deflagrada a necessidade de prestação da atividade administrativa, a autoridade competente por meio da Comissão de Licitação deve praticar o ato administrativo cabível, ou seja, o chamamento público para aqueles que se interessem pelo objeto ofertado pela administração pública apresentem suas propostas nos ditames da convocação.

[16] op. cit III-6

[17] op.cit. III-7

A convocação deve precisar objetivamente todos os critérios a ser avaliados pela comissão, primando pelo princípio da igualdade e da legalidade. É um ato unilateral editado pelo Poder competente, com base nas prerrogativas constitucionais que lhe são outorgadas com o fim de atender o interesse da coletividade.

Desse modo, o instrumento convocatório faz lei entre as partes, vinculando-as como se fosse o próprio contrato, atendendo os ditames legais, razoáveis e proporcionais. Sendo assim, para não existir surpresa para o licitante, deve todos os critérios ser revestidos de objetividade, descartando o subjetivismo.

Nesse passo, as regras são pré-estabelecidas, não podendo modificá-las, a não ser que seja em tempo hábil oportunizando a realização das alterações, sendo vedado à administração e aos licitantes descumpri-las.

Percebe-se que a função administrativa deve ser norteada tomando como base o devido processo legal, tendo assim o resguardo da ordem jurídica vigente, da segurança e da relação jurídica travada entre o Estado e o indivíduo.

Não obstante, ao tratar do procedimento em si, é factível que se trata de um meio apto a controlar o *modus operandi* formador da decisão da administração, o que torna mais segura e isonômica a relação procedimental administrativa a fim de obter-se uma decisão legítima, observando os princípios vetoriais de uma gestão pública pautada na moralidade.

Não é outra a inteligência que se extrai do julgado no Mandado de Segurança tendo como relator o Ministro Demócrito Reinaldo onde se manifesta pela inobservância do devido processo legal, visto que o procedimento licitatório não obedeceu à ordenação e à sucessão das fases procedimentais constantes no artigo 21, § 4º da Lei nº 8.666/93, devendo as alterações subsequentes ao instrumento convocatório ser divulgadas amplamente.[18]

É de fácil percepção, que durante a constância do procedimento licitatório, ao longo do qual se protrairá essa relação, ocorram, reciprocamente entre as partes (administração pública e licitante), direitos e obrigações.

Destarte, fica a Comissão do Procedimento, em atendimento aos princípios da legalidade e da publicidade, corolários do princípio do devido

[18] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 311370/SP*; Mandado de segurança 5755/DF. S1 – Primeira Seção – Rel. Ministro Demócrito Reinaldo Publicado DJ 03.11.1998 p. 6. Disponível em: <http://www.stj.gov.br.>. Acesso em: 09 jul. 2006.

processo legal, divulgar pela mesma via originária às alterações pertinentes, ocasião em que será dada oportunidade ao interessado em permanecer no certame atendendo às novas regras.

Registre-se que o atendimento ao procedimento administrativo nos aspectos formais e materiais não resguarda apenas o licitante, acobertando-o de decisões quiçá injustas, posto que bem intencionado. Defende, também, a própria Administração, pois, criando um clima de segurança e de legalidade, prestigia o exercício da legitimidade dos atos administrativos.

3. CONCLUSÃO

Os temas aqui abordados indicam que o estudo do devido processo legal é uma fonte inesgotável de reflexão sobre sua aplicabilidade, até porque, as transformações da sociedade levam a diversas possibilidades de concretude do princípio em tela.

Por outro lado, constata-se que o primeiro documento jurídico a mencionar a cláusula do devido processo legal é a Carta Magna de 1215, prestigiando a Lei da Terra. Posteriormente, por meio da Constituição Americana de 1787 foi inserido como norma constitucional.

Nesse toar, a Declaração dos Direitos Humanos com o escopo de garantir a qualquer cidadão um processo justo fez referência ao mesmo, universalizando para todo o ordenamento jurídico.

No Direito brasileiro, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a trazer expressamente em seu texto o devido processo legal inserido no título destinado a garantia dos direitos fundamentais.

Desse modo, este trabalho teceu considerações acerca das vertentes processual e substancial do devido processo legal, enfatizando esta última nos atos procedimentais da Administração Pública, em especial na licitação pública.

Em verdade, a licitação pública por ser expressão de moralidade e forma de a administração pública contratar obras e serviços públicos, obedecendo aos ditames procedimentais, vê-se nesse passo que não ficará ao alvedrio do administrador público a escolha da melhor proposta, mas deverá garantir o devido processo legal, vinculando-se ao instrumento convocatório, priorizando todos os princípios adjacentes.

Ressalte-se por oportuno, que a doutrina do devido processo legal substantivo começou a se delinear no final do século XIX, como reação ao

intervencionismo estatal na ordem econômica. Este princípio é verdadeira expressão do Estado de Direito, instrumentalizando-se através da efetividade dos direitos fundamentais.

Desse modo, é na figura do processo administrativo que se materializa o devido processo legal no âmbito da Administração. Sendo assim, ele ganha suma relevância justamente por instituir juridicamente os procedimentos que irão tutelar os direitos dos administrados, até então só recepcionado no direito processual brasileiro.

Neste contexto, tem-se que a supranacionalidade surgiu devido às transformações das últimas décadas do século passado devido a mundialização do fluxo comercial, com o objetivo de unificar as legislações nacionais e ampliar as relações externas dos Estados. Isto posto, é evidente que toda evolução técnico-jurídica faz com que desapareça[19] a linha divisória entre o direito nacional e o direito internacional. Nessa vereda, o Direito supranacional se apresenta irreversível, desse modo, uma vez assumido o compromisso este deve ser cumprido, sob pena de sanções.

No âmbito da observância de normas supranacionais, nas hipóteses de desvios de finalidade e práticas corruptas, a solução mais viável seria a observância de uma real interpretação dos direitos fundamentais, em especial a dignidade humana como dito em linhas atrás, primando por uma administração ética e transparente, permitindo a participação de todos os cidadãos com informações hábeis e precisas.

Nesse aspecto, é oportuno não confundir a supranacionalidade com supraconstitucionalidade.[20] Neste sentido, o primeiro termo nos dá o sentido de obedecimento às tratativas dos Estados Parte, sem que haja uma necessidade imperiosa de sua inserção no ordenamento constitucional nacional, enquanto que a supraconstitucionalidade é o conteúdo que está acima de sua própria Constituição. Existem conotações distintas, apesar de serem símiles. Por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana enquanto presente nas Constituições Nacionais, este se perfaz internamente, todavia, sua amplitude tornou-se universal. Assim, tudo tem a ver com o âmbito de abrangência e aplicação do termo.

Em verdade, a supranacionalidade funciona como um conceito que vem se alargando, tendo significativa recepção nos países europeus, nada

[19] KELSEN, H. *Teoria pura do direito.* 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 364

20 Op. Cit., p. III-5-9.

impedindo que se propague de forma a obter maior adesão possível, em especial nas licitações públicas, haja vista a existência de contratações milionárias, onde se verifica o maior número de fraudes e corrupções. Desse modo, não sendo atendidas todas as nuanças do devido processo legal, o qual deve primar pela universalização da cidadania,- princípio da dignidade da pessoa humana, a aplicação das sanções inseridas nos pactos assumidos, inclusive publicações de julgamento a nível internacional, como forma de reprimir condutas contrárias à moralidade e aos bons constumes é medida que se impõe.

Dito isto, a vantagem de utilizar as normas da supranacionalidade na licitação é melhorar o controle, o planejamento e a fiscalização das compras públicas nas atividades de interesse público.

Da perspectiva abordada, pode-se observar que o assunto não se esgota neste compacto estudo, requerendo uma constante diligência e análise profunda das questões que a sociedade clama visando uma real democratização da atividade administrativa.

4. REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Durvalina. *Exame de DNA e a prova emprestada*. Curitiba: Juruá, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo.* 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros. 2001.

BRASIL, Constituição (1988). Brasília, DF: Senado, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 311370 / SP*; Mandado de segurança 5755/DF. S1 - Primeira Seção – Rel. Ministro Demócrito Reinaldo Publicado DJ 03.11.1998, p. 6. Disponível em: <http://www.stj.gov.br.>. Acesso em: 06.03.2010.

BRASIL. STF. 522. Brasília, outubro/ 2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/informativo/pesquisarInformativo.asp. Acesso em 06.03.2010.

CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 7ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v.1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995.

CARVALHO FILHO. José dos Santos. *Manual de direito administrativo.*

24ª ed. Rio de Janeiro**.** Lumen Juris, 2011.
_____ *Processo administrativo federal*. 4ª ed. Rio de Janeiro. Lumem Juris, 2009.
CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.* 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19ª ed. rev. e atual. São Paulo : Malheiros, 2003.
COSTA, José Armando da. *Processo administrativo disciplinar, teoria e prática.* 5ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.
DE MELLO. Celso Antonio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*: 22ª ed. São Paulo, 2009.
DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948. Disponível em: <htpp//wwwmj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_universal.htm>. Acesso em 23 jul. 2006.
DIDIER Jr., Fredie. *Direito processual civil.* 6ª ed. Salvador: Edições JUSPODIVM, 2006, v. 1.
DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo,* São Paulo: Atlas, 2010.
DROMI, Roberto. Licitacion publica. Fundação Centro de Estudios Política y Administrativos. Buenos Aires: Impresnta Fareso S.A, 1999.
DURÃO, Pedro, *Transformaciones del derecho administrativo*, Buenos Aires, Livro & Bites, 2008.
FERRAZ, DALLARI Sérgio e Adilson. *Processo administrativo*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
GAMA, Lídia Elizabeth Peñaloza Jaramillo. *O devido processo legal*, São Paulo: Editora de Direito, 2005.
GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.
GONÇALVES, Fernando Dantas Casillo. *PROINFA: chamada pública para compra de energia elétrica. Procedimento licitatório. Aplicação da Lei nº 8.666/93. Inabilitação e não seleção de empreendimento. Recurso administrativo com efeito suspensivo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, nº 1180, 24 set. 2006. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8947>. Acesso em: 5 mar. 2011.
GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo,* Buenos Aires, Fundación de derecho administrativo, 2003, t. IV, Parte General, 8ª ed.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008.
KELSEN, H. Teoria Pura do Direito, 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3ª ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 1999.
MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Novo processo civil brasileiro*: exposição sistemática do procedimento. 22ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal.* 8ª ed. São Paulo: RT, 2004.
NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2003.
PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.
RODRIGUES, Maurício Andreiuolo *Poder constituinte supranacional*: esse novo personagem. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.
THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 3 v.

JURISPRUDÊNCIA

CONVALIDAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Netônio Bezerra Machado, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

RESUMO: Questionamento da aposentadoria de servidora cedida por outro Estado, cuja remuneração foi cassada diante da ilegalidade do ato de aposentação.

PALAVRAS-CHAVE: Aposentadoria considerada ilegal pelo Tribunal de Contas; suspensão dos vencimentos, sem a observância do devido processo legal; restabelecimento com efeito retroativo.

INTRODUÇÃO

Mandado de Segurança contra ato que determinou a suspensão do pagamento da aposentadoria da servidora, cedida por um outro Estado sem ônus, por considerar ilegal a aposentação em face da ausência das condições legais. Voto vencido pela concessão da ordem, restaurando a aposentadoria e reiniciando os pagamentos com efeito *ex tunc* desde a data da impetração do *mandamus*.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0007/2011
PROCESSO Nº 2011100827

Impetrante: CIDÁLIA MARIA BARROS GAMA
Impetrado: SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO DE SERGIPE
Advogada: BELA. LÍCIA MARIA ALCÂNTARA MACHADO
Relator: Des. CLÁUDIO DINART DÉDA CHAGAS
Membro: Des. NETÔNIO BEZERRA MACHADO

VOTO VENCIDO
(Desembargador Netônio Bezerra Machado)

Dada a magnitude do elemento material de conteúdo substanciador

da postulação garantística ora examinada, não obstante os respeitáveis fundamentos já manifestos pelo eminente relator Desembargador Cláudio Dinart Deda Chagas para denegá-la e pelo não menos eminente Desembargador Roberto Eugênio da Fonseca Porto em seu voto de vista para conceder, parcialmente, a ordem impetrada, achei prudente pedir vista dos autos na Sessão Plenária de 25 de maio transato para analisar mais detida e detalhadamente o caso em testilha.

I- BREVE RELATO DOS FATOS E DAS ETAPAS DO PROCESSO

1- Em síntese, cuida-se de impetrante que, em razão de requisição feita pelo Governo deste Estado de Sergipe, datada de 11/12/1980 (fl. 13) ao Governo do Estado da Paraíba foi, por este, cedida em 16/03/1981 para aqui ser, como o foi, lotada na Secretaria de Educação e Cultura, **sem ônus** para o Governo da Paraíba (fl. 14).

2- Lotada na Secretaria de Educação deste Estado no cargo de Professor, com equivalência salarial ao Nível IV-E, Símbolo MGD (fl. 15) **teve, em 31 de maio de 1984, por força da Portaria nº 861/84, do Secretário de Estado da Educação e Cultura deste Estado de Sergipe, transformado o cargo de Professor no qual fora lotada, para Assistente Social com equivalência salarial ao Nível NS-01 (fl. 15)**.

3- No sobredito cargo de Assistente Social permaneceu até fevereiro de 2008 quando, através da Portaria nº 1581, do ilustre então Secretário de Estado da Administração do Governo de Sergipe **foi aposentada "*por tempo de contribuição*"** (fl. 16).

4- Em outubro de 2009 –**após 01 ano e 08 meses de aposentada**- o Colendo Tribunal de Contas deste Estado, apreciando o processo de aposentadoria da ora impetrante decidiu, pela sua Primeira Câmara, considerar "*Ilegal o ato de inativação da servidora Cidália Maria Barros Gama, em face da ausência de condição legal para sua aposentação*" (*verbis*, fls. 17/19).

Essa decisão do TCE induziu o então Secretário da Educação e Cultura deste Estado a expedir a Portaria nº 6427 de 23.11.2009, tornando sem efeito a Portaria nº 1581/2008 que aposentou a ora impetrante.

5- Contra a desconstituição da sua aposentadoria insurgiu-se, administrativamente, a ora impetrante, colimando a reconsideração, pelo órgão estatal, da Portaria 6.427/2009, a cujo Processo Administrativo nº 018.000.36962/2007-4 teve parecer da douta Procuradoria Geral do Estado de Sergipe no sentido de manter-se a anulação da Portaria nº 1581/2008 que aposentou a impetrante (fls. 21 a 30), parecer esse aprovado pela Chefia da ilustrada Procuradoria (fl. 33).

6- Em dezembro de 2010, o digno Secretário de Estado da Administração autorizou ao Diretor Geral de Pessoal da aludida Secretaria a suspender a remuneração da ora impetrante (fl.34), que em novembro de 2010 percebia, líquido, o valor de R$1.500,70 (fl.35).

7- Contra o ato do ilustre então Secretário de Estado da Administração, consistente na suspensão da sua remuneração, datado de 16.12.2010 (fl.34), insurge-se a impetrante neste *mandamus*.

8- O pedido liminar formulado neste processo garantístico colimando assegurar à impetrante a percepção da sua remuneração foi rechaçado pela douta relatoria originária deste processo garantístico (fls. 57/59).

9- A autoridade indigitada como coatora prestou as informações de fls. 65/71, suscitando preliminar de mérito com escopo de ver declarada a inépcia da inicial pelo fato de não haver a impetrante, em sua exordial, indicado a pessoa jurídica à qual estaria vinculada a declinada autoridade coatora, vulnerando, no seu entender, a exigência inscrita no art. 6º da Lei nº 12.016/2009 versando sobre mandado de segurança.

Essa única preliminar suscitada foi rejeitada pelo íntegro e culto Relator em seu respeitável voto condutor.

10- A ilustrada Procuradoria de Justiça deste Estado, em expressivo parecer da lavra do douto Procurador Geral de Justiça, Dr. Orlando Rochadel de Oliveira, pugna pela denegação da ordem.

11- O eminente Relator deste processo denegou a ordem, sob o fundamento de que, se o vínculo funcional estatutário da impetrante é com o Estado da Paraíba e não com o Estado de Sergipe, por este não poderia ser aposentada, devendo sê-lo por aquele outro ente federativo.

Acrescenta, ainda, o insigne Relator que, embora anulada ou revogada a aposentadoria da impetrante, não há cogitar-se da sua permanência no cargo antes exercido na Secretaria do Estado de Educação, porquanto se inscreve na esfera da discricionariedade do Estado a continuidade da impetrante como funcionária cedida pelo Estado da Paraíba a este Estado de Sergipe.

Essa a linha de raciocínio norteadora do respeitável voto condutor na Sessão Plenária de 18 de maio transato.

12- Na mesma Sessão Plenária, o eminente Desembargador Roberto Eugênio da Fonseca Porto pediu vista dos autos e na Sessão seguinte, em 25 do mesmo mês de maio, em seu voto de vista, abriu a dissidência do voto condutor.

Embora comungando o douto magistrado dissidente com a parte do voto do Relator no tangente à vedação da sua aposentadoria pelo Estado de Sergipe em razão de pertencer ao quadro funcional do Estado da Paraíba, o voto de vista refutou o ato de suspensão da remuneração da impetrante e, assim, manifestou-se pela preservação do *status quo ante*, com relação à percepção da remuneração da impetrante.

Ou seja: sufragou o Desembargador Roberto Porto a tese de que, embora cancelada a aposentadoria, à impetrante caberia continuar percebendo a remuneração correspondente ao cargo ocupado neste Estado.

13- Esse é o cenário até agora apresentado, de forma superficial por mim exposto nesta fase preambular.

II- CONTEXTUALIZANDO AS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS E JURÍDICAS CONFORMADORAS DA SITUAÇÃO AQUI CONCRETIZADA

1- Da regularidade da requisição e cessão da impetrante.

1.1- A **requisição** da impetrante pelo Governo de Sergipe (fl. 13), ao Governo da Paraíba e a respectiva **cessão** por este àquele (fl. 14) pautaram-se pela absoluta obediência à lei, inclusive quanto ao ônus dessa cessão ser

carreado exclusivamente ao Estado de Sergipe.

2- Da **transformação** do cargo ocupado pela ora impetrante por iniciativa do Estado de Sergipe.

2.1- Consoante se extrai da Portaria nº 861, de 31 de maio de 1984, expedida pela Secretaria de Estado da Educação e Cultura de Sergipe, operou-se por tal instrumento "*a* ***transformação*** *do cargo de professor com equivalência salarial ao nível IV, Símbolo MGD, para o cargo de Assistente Social com equivalência salarial ao nível NS-01, da servidora contratada do Estado da Paraíba, Cidália Maria Barros, colocada à disposição do Governo do Estado de Sergipe lotada na Diretoria Metropolitana de Educação e Cultura – DEC, em 200 horas mensais, servindo na Escola de 1º e 2º Graus Professor Gonçalo Rollemberg Leite nesta Capital*" (*sic,* fl. 15).

3- Do ânimo da Administração do Estado de Sergipe em considerar a ora impetrante como sua efetiva servidora.

3.1- Não bastasse a denominada "Transformação" do cargo beneficiando a ora impetrante (Portaria 861/84, fl. 15), é relevante registrar que:

a)- cedida pelo Estado da Paraíba a este Estado de Sergipe em 16/03/1981 (fl. 14), sem alusão a qualquer lapso temporal dessa cessão, nenhum outro ato relativo à continuação dessa cessão ou qualquer alusão a esse tipo de ato se vislumbra das informações da Administração através da douta Procuradoria Geral do Estado (fls. 65/71);

b)- a Portaria nº 1.581, de fevereiro de 2008 (fl. 16), que após 27 anos de serviço da ora impetrante a esta aposenta, não faz qualquer alusão a ser a aposentada mera funcionária cedida a este Estado de Sergipe por qualquer outro ente federativo, nem seu contracheque de aposentada menciona qualquer elemento nesse sentido (fl. 35).

3.2- O ânimo é de que o Estado de Sergipe, ainda que por via oblíqua, absorvera a ora impetrante como sua efetiva servidora, daí constar da sobredita Portaria de aposentação: "*Aposentar Por Tempo de Contribuição Cidália Maria Barros Gama, RG nº 1.169.101/SE, Assistente Social, Categoria S-2, Classe A, Padrão IX, Referência 15, do Grupo Ocupacional Apoio Técnico Operacional, do* ***Quadro Permanente de Pessoal Efetivo*** *do Poder Executivo, lotada na Secretaria de Estado da educação, com os proventos mensais a que*

faz jus de acordo com a legislação em vigor" (*verbis*, fl. 16). E nada mais diz a respeito da aposentada.

3.3- O ânimo do Estado era, pois, o de considerar a ora impetrante como sua efetiva servidora.

4- Da irrelevância da titularização da ora impetrante como servidora pública, à luz do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

4.1- Relembre-se que, como já assentado nos itens 2.1, 3.1, 3.2 e 3.3, deste capítulo, é evidente o ânimo do Estado de Sergipe de considerar a ora impetrante como sua efetiva servidora.

E, se não foi investida no cargo público por concurso, como disciplina o art. 37 da Constituição de 1988, já alertando para o fato de que a emblemática "transformação" do seu cargo operada neste Estado deu-se em 1984, portanto antes da Constituição de 1988, incidiria em sua proteção o artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, assim redigido:

> Art. 19. Os servidores públicos civis da União dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autarquias e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e **que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.** (Grifei).

4.2- Ora bem. A ora impetrante desde 1981, 07 anos antes da Constituição de 1988, estava exercendo função pública na Secretaria de Estado da Educação de Sergipe, sem que tivesse sido admitida na forma do art. 37 da atual Constituição que, aliás, ainda não era, sequer cogitada.

E é exatamente por ter sido admitida da forma não prevista na ulterior dicção do art. 37, que o Constituinte de 1988, no precitado art. 19 do ADC, amparou essas situações excepcionais.

4.3- A conduta da Administração do Estado de Sergipe impregnou de

certeza a ora impetrante, quanto a ser ela efetiva servidora pública deste Estado.

E o próprio Estado de Sergipe estava imbuído dessa condição funcional da ora impetrante.

Tanto isso é verdade, que a aposentou, conforme Portaria nº 1.581/2008 (fl. 16), sem fazer a menor alusão a ser a aposentada cedida a este Estado por outro ente da Federação.

4.4- Essa confiança da ora impetrante restou cimentada pelo decurso do tempo e pela conduta da Administração deste Estado.

Veja-se, na substancialidade analítica, o assinalamento de MIGUEL REALE, nos idos de 1968, quando ainda era uma tanto débil a proteção da dignidade da pessoa humana, reproduzindo o pensamento de OLIVIER DUPEYROUX que adotou a tese de DE SOTO:

> "A solução do Conselho de Estado consiste, em suma, em admitir, de um lado, que nenhum direito subjetivo pode, em princípio, nascer de uma decisão irregular da Administração, mas, de outro lado, que **o decurso de certo tempo cria uma confiança legítima no espírito dos particulares e transforma uma situação de fato em situação jurídica, em direito subjetivo. Haveria, desse modo, uma espécie de prescrição aquisitiva de um direito subjetivo à manutenção do ato".**
> A ideia de recorrer à doutrina civilista da "prescrição aquisitiva" é engenhosa, mas revela ainda certo apego a critérios privatísticos, sendo preferível reconhecer, pura e simplesmente, que o problema da sanatória ou convalidação dos atos nulos se coloca em termos menos rígidos na tela do Direito Administrativo, **não por desamor ou menosprezo à lei, mas por ser impossível desconhecer o valor adquirido por certas situações de fato constituídas sem dolo, mas eivadas de infrações legais a seu tempo não percebidas ou decretadas. O que se**

> **não pode é recusar à autoridade administrativa**, como expressão que é do organismo estatal, o poder de convalidar dada situação de fato, cuja permanência lhe pareça justa, em virtude não só do tempo transcorrido, mas à vista de circunstâncias que excluam a existência de dolo, **ou quando se revelem, sem maiores indagações, valores éticos ou econômicos positivos a favor da permanência do ato irregular**. (No livro REVOGAÇÃO E ANULAMENTO DO ATO ADMINISTRATIVO, pp. 83 e 84, Forense, 1ª edição, Rio, 1966).

Na mesma obra, o saudoso jusfilósofo já chamava a atenção para o avanço do Direito Administrativo europeu admitindo que "*o tempo transcorrido pode gerar situações de fato equiparáveis a situações jurídicas, não obstante a nulidade que originariamente as comprometia*" e conclui, ainda aludindo ao Direito Administrativo daquele continente, pela "*possibilidade de haver-se como legítimo um ato nulo ou anulável, em determinadas e especialíssimas circunstâncias, bem como a constituição em tais casos, de* ***direitos adquiridos***". (ob. cit.p.82).

Por isso mesmo, hoje, como bem esclarece CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, discorrendo sobre os limites do poder de revogar, embora a Administração "*sempre que esteja perante ato insuscetível de convalidação terá de invalidá-lo*" adverte, porém, o Mestre, quanto à impossibilidade dessa invalidação, quando "***a situação gerada pelo ato viciado já esteja estabilizada pelo Direito. Em tal caso, já não mais haverá situação jurídica inválida ante o sistema normativo, e, portanto, simplesmente não se põe o problema****. Esta estabilização ocorre em duas hipóteses: a) quando já se escoou o prazo, dito "prescricional", para a Administração invalidar o ato; b)* ***quando, embora não vencido tal prazo, o ato viciado se categoriza como ampliativo da esfera jurídica dos administrados e dele decorrem sucessivas relações jurídicas que criaram, para sujeitos de boa-fé, situação que encontra amparo em norma protetora de interesses hierarquicamente superiores ou mais amplos que os residentes na norma violada, de tal sorte que a desconstituição do ato geraria agravos maiores aos interesses protegidos na ordem jurídica do que os resultantes do ato censurável***". (**In** *Curso de Direito Administrativo*,

p. 432, 15ª edição, Malheiros Editores, 2000. Sem grifo no original).

E, logo adiante, em excelente e didática formulação, reconhecendo a importantíssima função do princípio da legalidade enfatiza, porém, a inescusável necessidade da sua assimilação numa dimensão mais ampla e profunda, escoimando a interpretação desse princípio de eventual estreiteza interpretativa, ofertando-nos a grandeza do seguinte escólio:

"***As asserções estribam-se nos seguintes fundamentos. Dado o princípio da legalidade, fundamentalíssimo para o Direito Administrativo, a Administração não pode conviver com relações jurídicas formadas ilicitamente****. Donde, é dever seu recompor a legalidade ferida. Ora, tanto se recompõe a legalidade fulminando um ato viciado, quanto convalidando-o. É de notar que esta última providência tem, ainda, em seu abono o princípio da segurança jurídica, cujo relevo é desnecessário encarecer. A* ***decadência*** *e a* ***prescrição*** *demonstram a importância que o Direito lhe atribui. Acresce que também o* ***princípio da boa-fé*** *– sobreposse ante atos administrativos, já que gozam de presunção de legitimidade – concorre em prol da convalidação, para evitar gravames ao ato administrativo de boa-fé.*

Sendo certo, pois, que a invalidação ou convalidação terão de ser obrigatoriamente pronunciadas, restaria apenas saber se é discricionária a opção por uma ou outra nos casos em que o ato comporta convalidação. A resposta é que não há, aí, opção livre entre tais alternativas. Isto porque, sendo cabível a convalidação, o Direito certamente a exigiria, pois, sobre ser uma dentre as duas formas de restauração da legalidade, é predicada, demais disso, pelos dois outros princípios referidos: o da segurança jurídica e o da boa-fé, se existente. Logo, em prol dela afluem mais razões jurídicas do que em favor da invalidação" (Ob. Cit., p. 433, sem grifo no original).

A propósito, porque de rara felicidade o seu conteúdo formal e material, transcrevo o magistério de WEIDA ZANCANER sobre a matéria:

"*Com efeito, atos inválidos geram consequências jurídicas, pois se não gerassem não haveria qualquer razão para nos preocuparmos com eles. Com base em tais atos certas situações terão sido instauradas e na dinâmica da realidade podem converter-se em situações merecedoras de proteção, seja porque estarão*

abrigadas por algum princípio de Direito. Estes fatos posteriores à constituição da relação inválida, aliados ao tempo, podem transformar o contexto em que esta se originou, de modo a que fique vedado à Administração Pública o exercício do dever de invalidar, pois fazê-lo causaria ainda maiores agravos ao Direito, por afrontar a segurança jurídica e a boa-fé. (**In** Da CONVALIDAÇÃO E DA INVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS, p. 59, Ed. RT, 1990).

Essa é uma visão social e humana do Direito, compartilhada, dentre outros, pelo também saudoso e inexcedível Mestre do Direito CARLOS MAXIMILIANO quando, verberando velha parêmia, exorta a todos para a conscientização de que ao Direito "*não é indiferente a ruína ou a prosperidade, a saúde ou a moléstia, o bem-estar ou a desgraça*".

E prossegue:

"Para isso, até mesmo no campo do Direito Privado, encontra hoje difícil acolhida, tolerada apenas em sentido restrito, nos casos excepcionais de disposições claríssimas, a antiga parêmia, varrida há muito do Direito Público e filha primogênita da exegese tradicional, rígida, geométrica, silogística – Fiat justitia, pereat mundus: *"Faça-se justiça, ainda que o mundo pereça".*

A interpretação sociológica atende cada vez mais às consequências prováveis de um modo de entender e aplicar determinado texto; quanto possível busca uma conclusão benéfica e compatível com o bem geral e as ideias modernas de proteção aos fracos, de solidariedade humana. Faça-se justiça, porém de tal sorte que o mundo prossiga a rumo dos seus altos destinos.

A frase vetusta e terrível passou a ser olhada com antipatia por muitos, com desconfiança, pelo maior número; alguns a repetem com ironia, outros em tom patético; raros a invocam ainda como um motivo de decisão, e nem como escusa merece apreço; decididamente perdeu a antiga popularidade". *(**In** HERMENÊUTICA E APLICAÇÃO DO DIREITO, p. 168, Forense, 10ª edição, Rio).*

4.5- E, como bem expõe o publicista sergipano JOSÉ SÉRGIO MONTE ALEGRE ao debruçar-se sobre a nossa Carta Política para perquirir "*o regime*

jurídico do ato nulo, considerado o decurso do tempo no direito", remata que, "*uma leitura atenta dos seus princípios induz o leitor à conclusão de que tudo quanto nela não se deseja é que o tempo seja um indiferente jurídico que transita entre o nada e coisa nenhuma, desimportante nas relações entre indivíduo e Estado. A técnica usada para tanto é a regra geral e a da exceção. Ou, na conhecida fórmula latina, 'inclusio unis est exclusio alteris' (a inclusão de um é a exclusão de outros). Como regra a Constituição garante a* ***inviolabilidade*** *como direito à segurança (art. 5º, caput), inconfundível com direito à incolumidade à integridade física e mental da pessoa humana (art. 5º, inciso XLIX e art. 144), estas abrangidas naquela, mas que não a esgotam. Da segurança e da sua inviolabilidade cuida a Constituição logo no Preâmbulo e o faz como valor supremo, de par com a liberdade, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, esta última diferente da jurisdição enquanto função estatal"* (**in** Revista Brasileira de Direito Público, ano 9, nº 32, p. 12, janeiro/março 2011).

4.6- No mesmo trabalho, traz a lume excerto de voto da eminente Ministra Carmen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 4.307/ REF-MC/DF, Pleno, no DJE nº 40, divulgado em 04.03.2010 e publicado em 05.03.2010, de que foi relatora: "*Se nem certeza do passado brasileiro pode ter, de que poderia ele se sentir seguro no Direito? [...] Já se disse que o Brasil vive incerteza quanto ao futuro (o que é da vida), mas também insegurança quanto ao presente (o que precisa ser depurado para que as pessoas vivam com o conforto da certeza das coisas). O que é, entretanto, pior e incomum, parece que é ter como regular ter-se a incerteza quanto ao passado*" (0b. cit. p. 11).

4.7- Ainda colho no trabalho jurídico do publicista sergipano a sua referência à proclamação, pelo Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 14/1982, do Estado do Paraná, com a redação da Lei Complementar nº 93/2002, na ADI nº 2.904/ PR, Pleno, em 15.04.2009, no DJE nº 1181, divulgado em 24.09.2009, de que foi relator o Ministro Menezes Direito, na qual decisão, apesar de pronunciada a **inconstitucionalidade da lei**, "*foram expressamente mantidas as aposentadorias concedidas durante sua vigência*" (0b. cit. P. 21, sem grifo no original).

4.8- Também na mesma fonte encontro referência ao MS nº 22.355/ DF, "*que cuidou do reenquadramento de servidores e situação constituída, no*

informativo STF nº 432/2006 relator Ministro Eros Grau, em 22.06.2006". (0b. cit. p. 21).

4.9- Invoco, mais uma vez, literalmente, as expressões do publicista sergipano, com respaldo da Suprema Corte de Justiça do Brasil, afirmando que, "*Do quanto exposto resulta que todo um conjunto articulado de princípios – segurança jurídica; unidade da Constituição; máxima efetividade; presunção da confiança; da boa-fé; da veracidade e legalidade do ato administrativo – que o STF inovadoramente já chamou de presunção de veridicidade*" (sem o destaque no original, MS nº 25.284/DF, no DJE nº 149, divulgado em 18.08.2010 e publicado em 13.08.2010, relator o Ministro Marco Aurélio) – aponta para uma única direção: o decurso do tempo, tocado pelo Direito, a partir da Constituição, sepulta o passado e o ato contaminado na origem está purgado do seu pecado original, salvo situações de gravidade excepcional. Relembro que no autorizado magistério do Supremo Tribunal Federal, a quem cabe o monopólio da última palavra na interpretação constitucional, [...] ***presentes não só razões de segurança jurídica, mas também excepcional interesse social (preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio -primado da segurança jurídica- capazes de prevalecer sobre o postulado da nulidade da lei inconstitucional*** *[...] (ADI/nº360 ED/DF)*" (ob. cit., p. 22), **haverá de preservar-se não só a situação fática constituída à margem da lei, como até a que se consumou à revelia da própria Constituição, para preservar-se princípios fundamentais da mesma Carta Política, *verbi gratia* o da segurança jurídica e o da dignidade da pessoa humana**.

4.10- Não se olvide que, como já assentado neste Capítulo nos itens 2.1, 3.1.a e b, 3.2, 3.3 e 4.1, deste meu voto, era evidente o ânimo do Estado de Sergipe de considerar a ora impetrante como sua efetiva servidora consoante se infere do teor do quanto exposto nas letras **a** e **b** do item 3.1 deste mesmo voto.

4.11- O **princípio da confiança** protege a impetrante, garantindo-lhe segurança jurídica, esta também elevada à categoria de princípio fundamental cravado já no preâmbulo da Carta e no *caput* do seu art. 5º.

4.12- Ao lado deste princípio o interesse social da preservação da

dignidade da pessoa humana, esta tal dignidade erigida em princípio fundante do Estado conformado pela Constituição Federal, no inciso III do seu artigo 1º, fazem prevalecer o ato da sua aposentadoria, sob pena de "*desenvolver-se a arte de fazer tombar um inocente*" como dito por KAFKA em sua extraordinária obra *O Processo*, fazendo dessa conclusão **crudelíssima** o cerne da tragédia humana da impetrante, pois sem aposentadoria e sem emprego (em sentido amplo) terá a aguardá-la a **indigência**.

Em situações mais graves, porque de inconstitucionalidade se tratava, o Supremo Tribunal Federal tem decidido, como no RE 359.043-0/AM, julgado em 03/10/2006, do qual foi relator o eminente Ministro Eros Grau, na seguinte linha de raciocínio (fl. 702 do acórdão):

> "É certo ademais que, na linha do que observou o Ministro Carlos Velloso no julgamento do RE nº 328.232, DJ de 20.4.05, embora a lei inconstitucional pereça mesmo antes de nascer, os efeitos eventualmente por ela produzidos podem incorporar-se ao patrimônio dos administrados, em especial quando se considere o princípio da boa-fé, extraído do disposto no artigo 37, *caput,* da Constituição do Brasil:
>
> *'No caso, ao recorrido foi concedida a gratificação quando da sua aposentadoria. Vinha ele percebendo essa gratificação, quando sobreveio a Constituição de 1988, que não contém a proibição que se inscrevia na CF/1967, art. 102, § 2º. Parece evidente que a concessão da gratificação, com a aposentadoria, deu-se com observância alimentar. Ora, retirá-la, a esta altura, quando ela, efeito da lei estadual, está placitada pela ordem jurídico-constitucional vigente,não teria sentido. Retirá-la, quando a sua concessão viu-se coberta pelo princípio da boa-fé, representaria ofensa a esse princípio, certo, convém registrar, que uma das razões mais relevantes para a existência do direito está na realização do que foi acentuado na Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, o direito do homem de buscar a felicidade. Noutras palavras, o direito não existe como forma de tornar amarga a vida*

dos seus destinatários, senão de fazê-la feliz".

E concluiu que, **embora inconstitucional** a lei em que se sustentou o ato administrativo, ainda assim seus efeitos haveriam de permanecer "*porque concedidos e obtidos com base na boa-fé*".

4.13- Ainda que esses fundamentos não militassem ao prol da impetrante – e militam – bastaria a escancarada ofensa ao princípio do devido processo legal, perpetrada tal violação pelo órgão estatal anulador da sua aposentadoria – a Secretaria de Estado da Administração – quando anulou, com a Portaria nº 6.427/2009 (fl. 20) a Portaria nº 4.581/2008 (fl. 16) que aposentara a impetrante, promovendo unilateralmente essa anulação sem ensejar-lhe oportunidade de defender-se previamente evidencia *quantum satis* a flagrante violação aos princípios do devido processo legal e, com efeito, aos do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV, da Carta Política).

Aliás, a partir da Lei 9.784, de 29/01/1999, o ordenamento jurídico subconstitucional, detalhando os mandamentos constitucionais, positivou:

> Art. 2º - A Administração Pública obedecerá, dentre outros, os princípios da legalidade, finalidade, motivação razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, **ampla defesa**, **contraditório**, **segurança jurídica**, interesse público e eficácia. (Sem grifo no original).

Ora. Indubitavelmente a anulação de uma aposentadoria implica processo administrativo e, como tal, inafastável a incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa, ambos de matriz constitucional.

Se assim é, irremissivelmente caberia ao Estado de Sergipe via sua Secretaria de Estado de Administração, instaurar processo administrativo e assegurar à ora impetrante a ampla defesa garantida pela Constituição, sem o que, resta inválido o anulamento da mencionada aposentadoria.

O Excelso Pretório nacional tem, reiteradamente, decidido no sentido de que:

> Tratando-se da anulação de ato administrativo cuja

> formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada **unilateralmente**, porque é comum à Administração e ao particular.
> (Rec. Extr. nº 158.543, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 06/10/95, p. 33.135. Sem grifo no original).

Em decisão mais recente – Mandado de Segurança nº 24.268-0/ MG, julgado em 05/02/2004, DJ de 17/09/2004, Relatora Originária a Min. Ellen Gracie e Relator para o acórdão o Min. Gilmar Mendes, foi o "*Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º, LV)*".

4.14- Mas este não é o ponto nodal, não é o núcleo da minha argumentação.

Trouxe à baila este enfoque apenas para demonstrar quão débil e sob múltiplos aspectos insustentável é o ato do anulamento da aposentadoria da impetrante (Portaria nº 6.427/2009. Fl. 20).

Não é ocioso dizer, com CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, que "*O Estado é uma realidade instrumental (...) Todos os poderes do Estado, ou melhor, todos os órgãos constitucionais, têm por finalidade buscar a plena satisfação dos direitos fundamentais. Quando o Estado se desvia disso ele está, do ponto de vista político, se deslegitimando, e do ponto de vista jurídico, se desconstitucionalizando*" – (O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, in JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS, organizado por José Aderico Leite Sampaio, 2003, p. 388).

III- CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

1- O Egrégio Tribunal de Contas deste Estado de Sergipe negou o registro do ato da aposentadoria da impetrante tão-somente "*em virtude*

da servidora ser integrante do quadro de pessoal permanente de outro Estado da Federação" (*verbis,* fl. 18).

2- Todavia, como já superado esse óbice em razão dos fundamentos expendidos neste meu voto, à luz da doutrina e da jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal na sua valoração dos princípios da boa-fé e da segurança jurídica a escoimar dos efeitos desses atos já incorporados ao patrimônio jurídico do cidadão qualquer padecimento comprometedor de sua eficácia e, lembrando, com CAIO TÁCITO, citado no multirreferido trabalho de JOSÉ SÉRGIO MONTE ALEGRE publicado na já mencionada *Revista Brasileira de Direito Público*, Ano 9, nº 32, janeiro/março 2011, p. 39, convém salientar como averbou CAIO TÁCITO, que "*O tribunal (reportando-se ao Tribunal de Contas) não concede a aposentadoria, reforma ou pensão, nem tampouco lhes configura ou ratifica a concessão. Apenas examina a legalidade do ato, para efeitos financeiros, registrando a despesa correspondente (...). Não há, no sentido jurídico estrito, aprovação do ato da administração, mas apenas, forma de controle de legalidade do* ***ato acabado****, cuja executoriedade fica suspensa até que se opere o julgamento do ente fiscalizador*" (*Revista de Direito Administrativo*, nº 53, p. 216, 1958). No mesmo sentido, anos mais à frente, LAFAYETE PONDÉ, na *Revista de Direito Administrativo*, nº 212, p.p 41/47,1988", como registrado na página 39 do citado trabalho de Sérgio Monte Alegre.

3- Vencida a questão da ilegalidade porque suplantada essa eiva pelos vetores constitucionais subjacentes dos princípios da confiança, segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana a incidirem sobre os efeitos do ato administrativo indigitado –o aposentamento da impetrante- sou pela CONCESSÃO DA ORDEM para que o Estado de Sergipe, através da sua Secretaria de Estado da Administração, restaure a aposentadoria da impetrante e reinicie o pagamento dos seus proventos com efeito *ex tunc* a partir da impetração deste *writ,* **única forma que concebo para assegurar à postulante a fruição do seu direito líquido e certo a percepção da remuneração interditada pelo ato administrativo materializado na Portaria nº 6.427, de 23 de novembro de 2009**, editada pelo ilustre então Secretário de Estado da Administração (fl. 20) malferindo o princípio da segurança jurídica (preâmbulo da Constituição Federal e *caput* do seu art. 5º, teleologicamente interpretados) no qual se imbricam os princípios da

boa-fé e da confiança, bem como ofendendo o princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III, do art. 1º, da Carta da República), notadamente em se tratando de verba de natureza exclusivamente alimentícia.

É como voto.

Aracaju, 15 de junho de 2011.

Desembargador *NETÔNIO BEZERRA MACHADO*
MEMBRO