Revista da Ejuse

ESCOLA JUDICIAL
DO ESTADO DE SERGIPE



ISSN 2318-8642

NÚMERO 24
2016



EJUSE

ESCOLA JUDICIAL

DO ESTADO DE SERGIPE

REVISTA DA EJUSE

Revista da EJUSE N° 24, 2016

©REVISTA DA EJUSE
ISSN 2318-8642

Conselho Editorial e Científico
Direção Editorial: Juiz José Anselmo de Oliveira
Membros: Juiz João Hora Neto
Juiz Francisco Alves Júnior
Juíza Suzete Ferrari Madeira Martins
Juíza Rosa Geane Nascimento Santos
Daniela Patrícia dos Santos Andrade
José Ronaldson Sousa

Coordenação Técnica e Editorial: Daniela Patrícia dos Santos Andrade
Revisão: Ronaldson Sousa e José Mateus Correia Silva
Editoração Eletrônica: José Mateus Correia Silva
Capa: Juan Carlos Reinaldo Ferreira

Tiragem: 500 exemplares
Impressão: Gráfica e Editora Liceu Ltda.

Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe
Escola Judicial do Estado 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.tjse.jus.br/ejuse
e-mail: ejuserevista@tjse.jus.br

R454 Revista da Ejuse.
Aracaju: EJUSE/TJ, n° 24, 2016.

Semestral

1. Direito - Períodico. I. Título.

CDU:
34(813.7)(05)



COMPOSIÇÃO

Diretor
Desembargador Roberto Eugenio da Fonseca Porto

Presidente do Conselho Administrativo e Pedagógico
Desembargador José dos Anjos

Coordenadora Administrativa
Luciana Rocha Melo Muniz

Coordenadora de Cursos Externos
Daniela Patrícia dos Santos Andrade

Coordenadora de Cursos para Magistrados
Laís Machado Ramos

Coordenadora de Cursos para Servidores
Ana Patrícia Prado Santana Campos

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....11

DOUTRINA.....13

A PROVA ORAL NA INSTRUÇÃO CRIMINAL, O QUESTIONÁRIO E A ENTREVISTA – A METODOLOGIA DA PESQUISA COMO MAIS UM INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DA JUSTIÇA PENAL
Paulo Roberto Fonseca Barbosa.....15

PROTEÇÃO PENAL DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL
Evânio Moura & Lucilla Menezes da Silva Ramos.....41

A RELEVÂNCIA DO PODER JUDICIÁRIO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DA LEI MARIA DA PENHA PARA A PREVENÇÃO E COMBATE DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER
Patrícia Cunha Paz Barreto de Carvalho.....63

A DEVOLUÇÃO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO PERÍODO DO ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA
Silvia França de Souza Morelli.....71

AÇÃO RESCISÓRIA – UMA ANÁLISE TÉCNICO-PROCESSUAL ACERCA DAS HIPÓTESES DE ADMISSIBILIDADE, SUAS PECULIARIDADES E APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, SOB O PRISMA DOUTRINÁRIO E JURISPRUDÊNCIAL
Fagner Dantas Barros.....89

ABANDONO AFETIVO E OS ASPECTOS QUE O ENVOLVE
Maria José Gonçalves Trindade Santos.....117

A SIMULTANEIDADE DAS UNIÕES ESTÁVEIS
Bruna Taynara da Silva Nascimento.....147

ENSAIO SOBRE OS JUROS E SUA APLICAÇÃO NOS CONTRATOS BANCÁRIOS
Clauber Hilton Valeriano da Silva.....161

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL CAUSADO POR ABANDONO AFETIVO
Lillian Santos Costa.....185

REABILITAÇÃO CRIMINAL SOB A PERSPECTIVA DE RESSOCIALIZAÇÃO DOS EGRESSOS DO SISTEMA PRISIONAL
Jéssica de Jesus Almeida & Nelson Teodomiro Souza Alves.....213

FAMÍLIA PLURIPARENTAL: O CONFRONTO ENTRE O DIREITO DE FAMÍLIA E O DIREITO DE SUCESSÕES
Admilson Vieira da Cruz Junior & Acácia Gardênia Santos Lelis.....235

DIREITOS HUMANOS COMO SUBSTRATO NORMATIVO DO DESENVOLVIMENTO DA JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE
Mariana de Pontes Jordão Barreto.....253

O CONTROLE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO PODER JUDICIÁRIO
Danyele Serafim de Oliva.....275

DO ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS (FENÔMENO DA SERENDIPIDADE) NAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS: VISÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES
Marcel Santos Tavares.....293

CONTROLE PREVENTIVO JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE: UMA ANÁLISE DA RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO STF À LUZ DA NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL
Josias Santana de Sousa Santos.....315

DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NA EXECUÇÃO FISCAL
Kelly Cecília Macedo Monteiro.....367

DAS INFRAÇÕES E SANÇÕES ADMINISTRATIVAS NO ÂMBITO DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E A APLICAÇÃO DA TEORIA DO AUTOSSANEAMENTO EMPRESARIAL (CORPORATE SELF-CLEANING)
Carlos Adolfo Costa Prado Neto.....387

APRESENTAÇÃO

Tenho a honra de apresentar à comunidade jurídica, em especial, do Estado de Sergipe, mais uma edição da *Revista da Ejuse* (Escola Judicial de Sergipe), fruto do esforço de todos os colaboradores e articulistas que sabem a importância deste veículo de disseminação do conhecimento na área do direito e afins.

Esse é um ano muito especial, por conta da vigência do novo Código de Processo Civil, e também porque o país vem enfrentando mudanças muito rápidas e com isso o mundo jurídico também procura alternativas na construção das soluções dos litígios, não somente pela forma tradicional da sentença individual ou mesmo coletiva, seja, por meio dos Meios Alternativos de Solução dos Conflitos, também conhecidos como MASC's, como a mediação e conciliação.

Pensar o direito como forma de realizar o justo e a pacificação social também é tarefa de quem se dedica a escrever sobre temas que vão desde questões de natureza filosófica e moral até as questões dogmáticas e processuais.

Por isto a *Revista da Ejuse* é importante para trazer novos olhares sobre temas, às vezes, e tão somente aparentemente já conhecidos, posto que um novo olhar pode trazer uma nova significação. E como a vida é dinâmica, assim o direito também o é.

Nosso desejo é que os magistrados e os demais profissionais do direito da nossa comunidade possam contribuir cada vez mais para o crescimento da nossa cultura jurídica.

Lembrando Tobias Barreto, que afirmou ser o direito fruto da cultura, logo o exercício intelectual e o estudo permanente são fundamentais para o aperfeiçoamento do direito.

Uma boa leitura desta nossa 24ª edição.

Juiz José Anselmo de Oliveira
Mestre em Direito Constitucional pela UFC
Professor da Pós-Graduação em Direito da UNIT
Diretor Editorial da Revista da EJUSE

DOUTRINA

A PROVA ORAL NA INSTRUÇÃO CRIMINAL, O QUESTIONÁRIO E A ENTREVISTA – A METODOLOGIA DA PESQUISA COMO MAIS UM INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DA JUSTIÇA PENAL

Paulo Roberto Fonseca Barbosa*

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo demonstrar a real possibilidade de utilização do questionário e da entrevista como instrumentos de aperfeiçoamento do devido processo legal, na parte condizente ao momento de colheita da prova oral, no bojo de um processo criminal. A ideia principal é fazer uma interpretação interdisciplinar entre a metodologia da pesquisa e o direito processual penal, ressaltando o caráter público do processo, a atuação do juiz e a eficiência na entrega da prestação jurisdicional penal. Parte-se de uma análise histórica, onde a busca pela verdade impulsionou o homem a uma série de conquistas no campo social e científico. Procura-se, inicialmente, demonstrar a supremacia de métodos irracionais na busca pela verdade, atrelados a dogmas religiosos, até o advento dos métodos racionais, com respeito às garantias e aos direitos fundamentais, irradiando importantes efeitos na seara do processo penal.

PALAVRAS-CHAVES: Prova oral. Questionário. Entrevista. Direito processual penal. Verdade processual. Metodologia da pesquisa. Garantias e direitos fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo dos séculos, a busca pela verdade, aqui entendida

* Juiz de Direito e Juiz Eleitoral no Estado de Sergipe, Mestre em Constitucionalização do Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS), Especialista em Ciências Criminais pela Faculdade Social da Bahia (FSBA), Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC/BA), Membro da Comissão para Planejamento e Execução de Cursos para Magistrados da Escola Judiciária de Sergipe (Ejuse), Professor Convidado da Academia de Polícia de Sergipe (Acadepol), Presidente do Fórum Estadual dos Juízes da Infância de Juventude (Biênio 2015-2016). Autor do livro: *O Poder Complementar dos Juízes* - Instrumentos para o controle da expansão penal, publicado pela Editora Lumen Juris, em 2015. Palestrante em diversos Congressos Jurídicos. Articulista em revistas jurídicas do Brasil e de Portugal. É também Diretor Adjunto do Departamento Acadêmico e de Produção Científica da Associação de Magistrados de Sergipe (Amase).

como respostas a determinados fenômenos e acontecimentos, vem impulsionando a evolução humana, com repercussões em todas as áreas do conhecimento, incluindo aí as ciências sociais, donde se inclui o direito. Por sua vez, a necessidade de obtenção de resposta aos tais fenômenos e acontecimentos, sejam eles de ordem natural ou sociológica, traz em si nítida marca evolutiva, com respaldo na racionalidade da metodologia empregada na extração dos conhecimentos que viabilizaram, de certa forma e em determinado contexto, algum benefício aos indivíduos. Com efeito, tentaremos apresentar ao longo do presente ensaio que a referenciada racionalidade ainda se encontra em construção e vem ganhando perfeição pela via da interdisciplinaridade entre as ciências.

O itinerário da evolução humana seguiu seu curso e, em campo de sensível relevo, a história demonstrou, em período não tão distante, um rosário de barbaridades impingindo ao ser humano, em desprestígio de sua vida, liberdade, integridade física e seu patrimônio. Por certo, o uso irracional do direito penal terminou por desentalar um grito de socorro àqueles indivíduos que seriam (e foram) alvo de condenações alcançadas sem qualquer espécie de trilha intelectiva ou ligação ao pensamento esclarecido. Os métodos para desvelar a verdade, justificando assim a imposição da reprimenda (em regra, a pena capital), guardavam íntima ligação com os discursos divinos, centrados em explicações arrimadas no sobrenatural e no imaginário popular. Outras vezes, a pena voltou-se ao próprio modo de ser do indivíduo, prestigiando o inaceitável direito penal do autor. Nesse passo, o emprego de novos métodos ao processo penal desafia constante estudo para o seu aprimoramento.

Desse modo, incursionando sobre os meandros do processo penal, direcionaremos energia em nosso estudo para um dos seus momentos mais cruciais, qual seja, o momento de produção da prova oral, levado a efeito com objetivo de fornecer maiores subsídios para o magistrado, bem como às partes da contenda, de molde a se imprimir mais eficiência aos questionamentos formulados durante a formação daquela modalidade de prova. A ideia será demonstrar a interdisciplinaridade entre o processo penal, a entrevista e o questionário, enquadrando-os como instrumentos aptos a servirem na coleta de dados e informações relevantes para a reconstrução histórica de um acontecimento social, que trará implicações jurídicas dentro de um processo ou mesmo um procedimento. Com isso, estaremos contribuindo para o aprimoramento do devido processo legal,

além de prestigiar o princípio constitucional da eficiência.

2 DO HOMEM E SUA INCESSANTE BUSCA PELA VERDADE: O ADVENTO E APRIMORAMENTO DO MÉTODO

A procura do homem por respostas vem de longa data[1]. Todavia, passou a ganhar mais importância e novos rumos durante o transcurso da Idade Média, a qual teve início no século V, após a queda do Império Romano por meio das invasões bárbaras. Desse modo, necessário fazer uma análise, àquele momento da história, do arcabouço de fatores religiosos, políticos, econômicos e mesmo jurídicos então vigentes, no intuito de descortinar até que ponto ficava ou não limitada dita procura ou mesmo qual seria o nível de racionalidade embutido nas respostas alcançadas. Somado a isso, oportuno também lançar mão do tipo de metodologia utilizada nas investigações, a fim de se aferir a existência de alguma possibilidade de alcançar explicações plausíveis para os acontecimentos com repercussão no seio social.

Durante a Idade Média, a religião católica teve papel fundamental na manutenção do *status quo*, arranjando meios de justificação para os vários questionamentos sociais, apaziguando o anseios por respostas. Era o momento da doutrina teocentrista, onde Deus era colocado acima de tudo e de todos. Via de efeito, dotado de poderes sobrenaturais, sem qualquer espécie de comprovação empírica, o nome de Deus era a tábua de salvação para os homens e em nome de Deus tudo tinha uma razão de ser. Diante de tais premissas, a Igreja Católica, detentora do poder de conhecer e interpretar a *Bíblia*, terminava por impregnar todo o pensamento daquela época, tolhendo o desenvolvimento científico, ante a impossibilidade de questionamentos e criação de novos métodos de pesquisa, embaraçando, assim, a busca pela verdade.

A real intenção da Igreja Católica era a continuidade do seu enriquecimento, tendo por combustível a ignorância humana. Por vontade qualificada como divina, nenhum dogma católico deveria ser posto sob o estado de dúvida, sob pena de seu autor ser considerado um herege e, por conta disso, ser submetido ao crivo do temido Tribunal do Santo Ofício, responsável pela Inquisição. É justamente a partir daí que a Igreja Católica troca a dominação centrada no conhecimento pela dominação estribada na força, materializada pelas penas canônicas em

desfavor dos seus "inimigos". Usando o nome de Deus, mas embalada por motivos políticos e econômicos, a Igreja Católica desencadeou um período de terror no mundo ocidental, o qual perdurou por cerca de 700 (setecentos) anos. Embora nesse contexto de perseguição eclesiástica, a ciência evoluiu e novos métodos de pesquisa foram alcançados a duras penas[2].

O campo da política teve seu início caracterizado na Idade Média pela formação dos feudos, sendo resultado do desmoronamento do Império Romano, impelindo àqueles detentores de glebas de terras a se refugiarem dos inimigos invasores, dando início à formação de uma estrutura sócio-política denominada de feudalismo. O regime feudal demarcou o início de grande fragmentação política e era caracterizado basicamente pela relação entre o senhor feudal (dono da terra) e o suserano (aquele que usava a terra em troca de pagamentos). Entretanto, essa divisão da Europa em feudos terminou, com o passar dos anos, firmando entre os próprios feudos uma ligação, mormente no que tocava aos idiomas, fazendo nascer a ideia de nacionalismo. Paulatinamente, o regime feudal cedeu à formação dos Estados Modernos, trazendo consigo o Absolutismo, o qual, inicialmente, resultou em unificação de vários fatores sociais.

Exercendo papel decisivo em todo esse processo de evolução política, vinha crescendo uma classe econômica que terminaria por influenciar toda a história da humanidade, com repercussões significativas em todas as áreas do conhecimento, referimo-nos à burguesia. A bem da clareza, a burguesia surge, ainda no sistema feudal, como a classe que vai de encontro aos vários dogmas estabelecidos por séculos, no intuito de desmascarar todo ranço de explicação dos fenômenos naturais e sociais atrelados ao sobrenatural. Isso porque o ideal burguês de formação de um mercado nacional, possibilitando o seu crescimento econômico e político não encontra acolhida no modelo de sociedade daquela época medieval. Daí o motivo pelo qual era preciso então questionar o sistema vigente e quebrar as verdades arraigadas em prol da manutenção do *status quo*, eis que favorável apenas ao clero e à nobreza.

Deveras, a ascensão econômica da classe burguesa foi alavancada durante o regime feudal, com desenvolvimento das práticas comerciais aliado ao crescimento urbano. Passando a ser uma classe latente detentora de capital, a burguesia inicia sua jornada em desmistificar os dogmas provenientes do catolicismo, notadamente a proibição do lucro,

a explicação divina para o regime absolutista, a qual resultava na sua impossibilidade de reconhecimento político e, ainda, a inviabilidade de sua escalada social[3]. Tais fatores atormentavam a classe que sustentava economicamente, por meio de impostos, um modelo justificado por um direito natural oriundo da já referenciada vontade divina. A partir daí, o mundo ocidental passaria a presenciar gradativamente o surgimento do pensamento voltado à racionalidade, com nítidos traços de individualismo, ao mesmo tempo em que o homem ostentaria o centro do universo, ensejando espaço para o antropocentrismo, conforme incentivo burguês.

No cenário jurídico, a contestação dos argumentos utilizados pela Igreja Católica teria (e teve) grande repercussão na ideia de poderes ilimitados nas mãos do Rei, figura emblemática que seria, segundo o pensamento religioso, a representação de Deus na Terra. A situação então mudou: antes aliada da realeza, tendo em mira a formação dos Estados (*rectius*, mercados) Nacionais, a burguesia passa a ser sua opoente. Foi assim que, após a formação dos Estados Modernos, no ocaso do século XV, e seus correlatos regimes constitucionais, dita oposição terminou influenciando na mitigação do absolutismo, além de originar a dicotomia entre direito público e privado[4]. Por certo, o uso do direito natural (jusnaturalismo), firmando na ideologia de que todos são iguais, foi a tônica de racionalidade por meio da qual a classe burguesa abriria caminho para seu maior crescimento econômico e político, em um contexto de maior respaldo e segurança jurídica, incentivando, cada vez mais, o avanço científico e o emprego de novos métodos para tanto.

O temor divino era, pouco a pouco, deixado de lado.

O homem, agora ocupando o centro das atenções[5], em pleno renascimento cultural e com possibilidade de exercer um olhar crítico sobre os fenômenos sociais antes visceralmente atrelados às explicações irracionais, estava livre para empreender, sob as luzes da razão, a verdadeira Revolução Científica. Bem por isso, Marconi e Lakatos (2010, p. 66) sintetizam que:

> O senso comum, aliado à explicação religiosa e ao conhecimento filosófico, orientou as preocupações do homem com o universo. Somente no século XVI é que se iniciou uma linha de pensamento que propunha encontrar um conhecimento

> embasado em maiores garantias, na procura do real. Não se buscam mais as causas absolutas ou a natureza íntima das coisas; ao contrário, procura-se compreender as relações entre elas, assim como a explicação dos acontecimentos, através da observação científica aliada ao raciocínio.

Em tal cenário de efervescência científica, René Descartes, considerado pai da filosofia moderna, traz à fiveleta seu livro intitulado de *Discurso do método* (1637), por meio do qual vislumbra a possibilidade de encontrar um método para solucionar todos os problemas que atormentem a humanidade[6]. Descartes vai explicitar quatro premissas a serem seguida pela via da racionalidade em busca da verdade, quais sejam: i) sempre duvidar de tudo, ao menos que seja evidente a verdade, evitando conclusões de forma precária; ii) dividir os problemas de um mesmo assunto em tantas partes quanto possível, de molde a minorar as dificuldades e facilitar a resolução; iii) começar a resolver os problemas mais simples, indo gradativamente até o mais complexo e, por fim, iv) enumerar e revisar todas as respostas, certificando-se de que nada relevante foi omitido (DESCARTES, 2009, p. 33/35).

O advento de métodos racionais na busca pela verdade ganha emancipação.

Todas as áreas do conhecimento são açambarcadas, inclusive o direito.

3 DA RACIONALIZAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS EM MATÉRIA PENAL: O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO MÉTODO

Nos lindes do processo penal medieval e albores da modernidade, a ausência de métodos racionais na busca pelo conhecimento (*rectius*, verdade) terminou por chocar toda humanidade tamanha brutalidade embutida na ritualística dos julgamentos. Em obra de significativa expressão jurídica, Michel Foucault (2010, p. 37) bem sintetiza em uma única frase o que de fato acontecia: "O corpo supliciado se insere em primeiro lugar no cerimonial judiciário que deve trazer à luz a verdade do crime". Em outras palavras, tudo era permitido em desfavor do corpo humano que servia ao mesmo tempo como o objeto de onde brotaria a verdade e sobre o qual recairia a punição. Daí já poderíamos perceber a ausência em distinguir os caminhos percorridos durante a instrução e

as formas de imposição das penalidades – tudo se resumia em agressão física, quase sempre resultando em morte.

Além disso, insta sublinhar a obscuridade alojada na própria ritualística processual, quando os acusados ressentiam a completa falta de equilíbrio na metodologia emprega na resolução dos casos criminais, donde a injustiça aflorava amiúde. Na busca pelo culpado, por meio da reconstrução dos fatos, quase nada se permitia ao acusado. O processo era secreto e se desenvolvia sem a presença do réu, o qual não tinha ciência da acusação contra si direcionada, não possuía advogado e nem podia ter acesso às provas e aos depoimentos já angariados[7]. O próprio magistrado, hoje gestor e fiscal imparcial do processo, conforme veremos mais adiante, àquela época era o guardião do sigilo processual e, pior, podia interrogar os acusados de maneira capciosa e mediante o uso de insinuações (FOUCAULT, 2010, p. 37).

Para demonstrar técnicas exemplificativas de interrogatório empregadas naquela época, trazemos à colação excertos de obra secular sobre tema, *Manual dos inquisidores* (*Directorium Inquisitorum*), escrita em 1376, oriunda da pena do teólogo e inquisidor catalão Nicolau Eymeric, a qual recebeu adendos no ano de 1578 pelo espanhol e especialista em Direito Canônico Francisco de La Peña. O manual citado preconiza que se o réu empenha-se em negar o delito de forma veemente o inquisidor deve dizer-lhe que "va á hacer un viage muy largo, y no sabe cuando será la vuelta que siente infinito verse obligado á dejarle preso siendo su mayor deseo saber de su boca la verdad para desparcharle y concluir su causa"[8] (EYMERIC, 1974, p. 37).

N'outra parte, o inquisidor medieval fazia uso de tática muito comum ainda hoje em dia, consistente na multiplicação e repetição de perguntas, buscando confundir testemunhas e/ou o acusado, criando um estado de dúvida sobre o que foi respondido, de modo que terminaria por retirar a credibilidade da prova oral colhida e que se prestaria à formação histórica dos fatos em favor da justiça. Vale a pena conferir todo itinerário seguido pelo inquisidor, com a finalidade de conduzir o interrogatório ao terreno das contradições, ensejando, assim, que o réu passasse às mãos do torturador e, mediante tortura, confesse o delito. Vejamos:

> [...] si sigue negativo el reo multiplicará el inquisidor interrogatórios y preguntas, y entónces

> ó confesará aquel, ó variará en sus respuestas. Si variare basta para darle tormento el dictamen de peritos, y los indícios anteriores, y asi se le apremiará á decir verdad, puesto que no se han de multiplicar las preguntas cuando no se manifestare muy renitente el reo, porque cuando son muy frecuentes las declaraciones sobre un mismo asunto, y en distintas épocas, es muy facil hacer que varien las respuestas, y todo el mundo puede caer en el lazo. (EYMERIC, 1974, p. 37/38)[9]

Esse período nebuloso era caracterizado pelo sistema inquisitorial, onde se confundiam os atos de formação de prova, acusação, defesa e julgamento numa única pessoa e quase tudo era permitido na busca pela verdade, inclusive, como visto, a tortura. Contudo, o sistema inquisitorial não mais se compatibiliza com a nova ordem jurídica mundial, pautada na valorização da dignidade do homem e resguardo dos seus direitos e garantias fundamentais. Vigora hoje como método processual o sistema acusatório, com tarefas predeterminadas a órgãos distintos, materializando uma atividade mais consentânea com os princípios constitucionais, pela via do *actum trium personarum*, em constante redefinição pelas reformas legislativas.

Bem por isso, vislumbramos e defenderemos mais à frente também o uso das técnicas da entrevista e do questionário na formação da prova oral em matéria criminal, no afã de tentar coibir o ocultamento da verdade processual por meio de malícias eventualmente empregadas pelas partes em litígio. Tal fato ganha ares de importância ainda mais agora, quando as perguntas podem ser diretamente formuladas ao réu e testemunhas pelo Ministério Público e pela defesa técnica (*vide* art. 212, do CPP). Além disso, tentaremos oportunizar neste ensaio um norte a ser seguido pelo magistrado na edificação de suas próprias perguntas, como forma de materializar a imparcialidade na condução dos processos, evitando pré-julgamentos e fundadas arguições de nulidades, fornecendo uma maior amplitude ao dispositivo ora mencionado.

Ganha em perfeição, nessa ordem intelectiva, o devido processo legal.

O nascimento do devido processo legal (*due process of law*) liga-se à *Magna Charta Libertarum*, outorgada pelo Rei João sem Terra, assinada em 15 de junho de 1215 e consolidada em 1225. Cuidava-se de uma

carta feudal, por meio da qual houve o reconhecimento e a garantia da "liberdade e a inviolabilidade dos direitos da igreja e certas liberdades aos homens livres do reino inglês [deixando] implícito pela primeira vez na histórica política medieval, que o rei achava-se naturalmente vinculado pelas próprias leis que edita" (CUNHA JR. 2012, p. 593). O referenciado documento, como poderá ser observado, albergou em seu art. 39 as garantias processuais da *judicialidade* e do *devido processo legal*, alcançado somente os homens livres. Vale transcrever o citado artigo:

> Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei ou exilado, ou de qualquer modo molestado e nós não procederemos ou mandaremos proceder contra ele, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares e de harmonia com a lei do país. (HOLT *apud* CANOTILHO, 2003, p. 492)

Segundo o escólio de Canotilho, o entendimento atual sobre o *due process of law*, partindo do prisma de ser visto como um direito do homem a um processo desencadeado de forma justa, deve ser buscado no direito americano. Para o jurista lusitano, a resposta do que seja *devido* centra-se na ideia bipartida de sua concepção em processual (privação de direitos através de um procedimento previsto em lei) e em material ou substantiva (o procedimento deve ser orientado por princípios constitucionais atrelados ao conceito de justiça). Dessa maneira, haveria um enriquecimento das características processuais, através do surgimento do *devido processo substantivo*, o qual passa a ser mais um vetor na efetivação dos direitos fundamentais (2003, p. 494/495).[10]

A noção do que seja um processo devido também pode ser extraída da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo 10, que reza seguinte: "Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele."[11]. Ora, o aceno para o devido processo substantivo, ao nosso sentir, pode ser notado no termo "audiência justa", dando a entender que todos os meios racionais de perfectibilização da justiça via audiência são legítimos. Nesse passo, nossa proposta de trazer para o campo processual penal o emprego de

técnicas (entrevista e questionário) longamente utilizadas com sucesso na metodologia da pesquisa para coleta de dados mostra-se, s.m.j., louvável e segue uma tendência de buscar o conhecimento à luz da interdisciplinaridade.[12]

4 O GARANTISMO COMO MÉTODO DE PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Nesse referenciado marco do nosso passado, onde não havia qualquer respaldo de métodos racionais, restou evidenciada a antítese liberdade do homem *versus* poder estatal. Partindo desse ponto de vista, resulta salutar sempre que possível a ampliação da esfera de liberdade humana e a minimização do poder do Estado. Eis, então, o pano de fundo para o surgimento da Teoria do Garantismo Penal, a qual tem como idealizador o professor italiano Luigi Ferrajoli. O garantismo é, a bem da verdade, uma teoria com espeque *constitucional*, irradiando seus efeitos no campo do direito penal e processual penal, devendo-se entender como garantias, os direitos, isenções ou privilégios concedidos por uma Constituição ao seu cidadão, aqui incluindo a formação de um devido processo material.

Norberto Bobbio (2010 *apud* FERRAJOLLI, 2010, p. 7), prefaciando a primeira edição de *Direito e Razão*, livro gênese da teoria do garantismo penal, enuncia que se tratou de uma aposta alta, caracterizada pela:

> Elaboração de um sistema geral de garantismo ou, se preferir, a construção das vigas-mestras do Estado de direito que tem por fundamento e por escopo a tutela da liberdade do indivíduo contra as várias formas de exercício arbitrário do poder, particularmente odioso no direito penal.

Necessário notar, ainda, que o garantismo deita suas raízes no conceito de meio-termo Aristotélico[13], eis que afasta a figura do Estado repressor, onde há o abuso irracional do direito de punir, bem como repele o Estado selvagem ou de natureza[14], no qual inexistem regras, preponderando a lei do mais forte. O garantismo, nessa ordem de ideias, seria uma *virtude* para Aristóteles. A partir daí, podemos, sem medo de errar, classificar o garantismo como uma das vertentes do *direito penal mínimo*[15]. A teoria em testilha instrumentaliza-se, segundo Ferrajoli (2010, p. 91),

em 10(dez) axiomas, os quais se mostram visceralmente conectados aos ideais iluministas e que, hodiernamente, já se encontram positivados no seio de quase todas as Constituições vigentes no direito ocidental – aqui incluímos a Constituição Federal Brasileira – erigindo-se em valiosos pilares estruturais dos Estados Democráticos de Direito, talhados sob o império do princípio da legalidade.

Os 10 (dez) axiomas ou princípios, que foram o sistema garantista (SG), dividem-se em três grupos, ligando-se à *pena*, ao *delito* e ao *processo* e podem ser assim dispostos:

1) *Nulla poena sine crimine* (princípio da retributividade ou da consequência da pena em relação ao delito);

2) *Nullum crimen sine lege* (princípio da legalidade no sentido lato ou no sentido estrito);

3) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (princípio da necessidade ou da economia do direito penal);

4) *Nulla necessitas sine injuria* (princípio da lesividade ou da ofensividade do evento);

5) *Nulla injuria sine actione* (princípio da materialidade ou da exterioridade da ação);

6) *Nulla actio sine culpa* (princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal);

7) *Nulla culpa sine judicio* (princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito);

8) *Nullum judicio sine accusatione* (princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação);

9) *Nulla acusatio sine probatione* (princípio do ônus da prova ou da verificação);

10) *Nulla probatio sine defensione* (princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade).

Nas palavras do pai do garantismo, os princípios em análise e correlacionados "sistematicamente, definem – com certa força de expressão linguística – o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, isto é, as regras do jogo fundamental de direito penal" (FERRAJOLI, 2010, p. 91). Trata-se de um norte seguro e legítimo a ser seguido pelo Estado-juiz no momento de análise de formação da responsabilidade penal (*rectius*, culpabilidade), para fins de aplicação ou não da reprimenda. Sua edificação axiológica foi resultante do processo

de racionalização do direito penal, fruto das já aqui referenciadas reivindicações advindas das revoluções burguesas contra o *Ancien Regime*, ocorridas durante o século XVIII[16].

O referido processo de racionalização veio a modificar sobremaneira a espinha dorsal da estrutura punitiva formal e material daquela época, onde as garantias eram mínimas. O direito penal, então, iniciou seu processo de laicizacão, deixando de lado sua concepção substancialista do delito, para perfilhar um caráter formalista, com a necessidade de sua comprovação (do delito) para ulterior punição. Sentia-se a necessidade de empregar novos métodos na busca pela verdade, agora sob os auspícios da razoabilidade. Foi assim que o fenômeno da laicização traçou uma política criminal de intervenção mínima, resguardando as individualidades (CARVALHO e CARVALHO, 2002, p. 8/9). Começava assim a ruir o direito penal do autor, que permeou toda a inquisição medieval a partir do século XII, calcado em bases insólitas, afastadas ao mais leve piparote.

Surgia, nesse cenário histórico, o direito penal com *garantias* aos acusados.

Daí por que podemos afirmar que o movimento ilustrado foi o grande responsável por fornecer as estruturas de um novo direito penal, caracterizado pelo nascimento de um contínuo processo de reconhecimento de garantias fundamentais penais, tendo os indivíduos direitos oponíveis em face do Estado. Foi exatamente nesse momento em que o garantismo viu surgir suas premissas principiológicas básicas, as quais, na segunda metade do século XX, foram potencializadas pelo *neoconstitucionalismo*. Entretanto, em que pese todo o avanço humanitário daquela época, o arcabouço punitivo ainda trazia em si o traço marcante do desrespeito à dignidade humana, com reprimendas aflitivas, bem como eram patentes as arbitrariedades, a seletividade e a estigmatização advindas do sistema penal (MELLO, 2010, p. 54).

A teoria do garantismo penal, portanto, pode ser conceituada como um modelo regulador da sanha punitiva estatal, pautando-se na racionalidade jurídica, consistente numa liberdade regrada, que se utilizada de técnicas e/ou métodos de minimização dos poderes institucionais em prol da liberdade humana. Na ótica do seu mentor, almeja constituir um *modelo normativo de direito*, estribado na estrita legalidade, nota peculiar do Estado de Direito, o qual:

> Sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade, e sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos (FERRAJOLI, 2010, p. 786)

Por certo, sendo um modelo normativo de direito, o garantismo penal tem em mira a legítima disciplina dos atos de restrição da liberdade humana por meio da lei, forçando o Estado a reconhecer o indivíduo como sujeito titular de direitos fundamentais, estes decorrentes da dignificação do homem, os quais não podem em hipótese alguma ser desrespeitados, dado suas características de *universalidade* (dirigem-se a todos os seres humanos) e *irrenunciabilidade* (os seus titulares não podem deles dispor). Ao revés disso, os métodos processuais para legitimar a restrição da liberdade devem, sim, ser aperfeiçoados, seja pela mão dos princípios, seja pela via da almejada interdisciplinaridade, como aqui será proposto em seguida.

5 DA PROVA ORAL E SEU COTEJO COM O QUESTIONÁRIO E A ENTREVISTA: O PAPEL DO JUIZ NO PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO

Problema que sempre permeou o imaginário dos operadores do direito processual penal residiu (e ainda reside para alguns) no verdadeiro escopo da jurisdição: a meta do processo seria a busca pela verdade? Consoante já analisamos linhas atrás (ver tópico três), essa ideia de alcançar a verdade a qualquer preço custou muito caro à humanidade. Muitos inocentes foram queimados nas fogueiras da Inquisição sem saber qual teria sido o crime e/ou pecado praticado, ao argumento de culpa obtida através de métodos inaceitáveis, sem garantias. Nas palavras de Aury Lopes Jr., "O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o 'interesse público' (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades) ..." (2011, p. 544).

Por sua vez, a necessidade de encontrar a verdade num contexto

de permanente desenvolvimento científico-tecnológico traz à tona a constante ideia de *falibilismo*, isto em razão do caráter mutacional do conhecimento, que a todo o momento apresenta uma nova guinada, rejeitando fórmulas, padrões, métodos e conceitos outrora inovadores e úteis ao corpo social. Aquilo que era aceito como verdadeiro, deixa de sê-lo. Tal fato proporciona até mesmo certa dose de insegurança social. Daí o motivo por que a verdade é cada vez mais relativizada, cedendo espaço às novas regras e convenções, numa espécie de desistência humana em encontrar o verdadeiro, dada a velocidade de transformação científica. Ulrich Beck, em obra clássica, admoesta que "...a ciência se torna cada vez mais necessária, mas ao mesmo tempo cada vez menos suficiente para definição socialmente vinculante de verdade." (2011, p. 237).

A relatividade em questão já foi inclusive narrada em poema por Carlos Drumond de Andrade (1991, p. 42):

> A porta da verdade estava aberta
> mas só deixava passar meia pessoa de cada vez.
> Assim não era possível atingir toda a verdade,
> porque a meia pessoa que entrava
> só conseguia o perfil de meia verdade.
> E os meios perfis não coincidiam.
> Arrebentaram a porta. Derrubaram a porta.
> Chegaram ao lugar luminoso
> Onde a verdade esplendia os seus fogos.
> Era dividida em duas metades diferentes uma da outra.
> Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.
> E era preciso optar.
> Cada um optou conforme o seu capricho, sua ilusão, sua miopia.

O homem, então, vem abandonando a ideia de verdade absoluta.

Tal fato tem repercussão no campo do direito.

Somado a isso, vem sendo largamente difundida a concepção publicista do processo, trazendo consigo a necessidade de cumprimento de sua função social. Isto porque o direito processual é um mecanismo voltado à resolução de conflitos, assegurando o direito material lesionado ou em vias de lesão. Razão disso, "O processo não é [como era antes da Constituição Federal de 1988] um jogo, em que pode vencer o mais

poderoso ou o mais astucioso, mas um instrumento de justiça, pelo qual se pretende encontrar o verdadeiro titular do direito" (GRINOVER, 2005, p. 19). Por conseguinte, essa nova visão terminou refletindo na atuação do juiz, o qual passou a atuar de forma ativa, resguardando a paridade de armas entre os litigantes e buscando prolatar sua decisão o mais próximo possível da certeza.

Na seara penal, a construção da prova oral é momento delicado, de extrema cautela, pois a formulação das indagações pelo magistrado e pelas partes vai influenciar diretamente no resultado da demanda, ensejando em condenação ou absolvição. Dita modalidade de prova "... é o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade, sua eficácia será tanto maior, quanto mais clara, mais plena e mais seguramente ela induzir no espírito a crença de estarmos de posse da verdade" (MALATESTA, 2004, p. 23). É justamente por isso que as técnicas utilizadas na formulação das perguntas no questionário e na entrevista, aos nossos olhos, apresentam-se como instrumentos úteis no aperfeiçoamento na descoberta da verdade processual, prestigiando a eficiência da prestação jurisdicional e a pacificação social.

Com efeito, a ideia é empregar técnicas do garantismo no intuito de minimizar a conformação das provas e o surgimento de "verdades" obtidas por intermédio da malícia, despreparo técnico ou mesmo baixa formação intelectual dos envolvidos. O papel do juiz, nesse contexto, é fundamental, pois deve estar atento às perguntas dos envolvidos, reformulando-as, quando feitas de forma tendenciosa ou que induzam a uma resposta desejada, e indeferindo-as, quando impertinentes para o desate da lide, sob pena de tumulto processual, dificultando sobremaneira o encontro do maior grau de probabilidade[17] possível – a certeza processual, fazendo cumprir a dicção do artigo 212, do CPP.

Mencionamos o emprego das técnicas do garantismo, pois são lúcidos os ensinamentos de Ferrajoli quando admoesta que a formação de uma prova defeituosa, edificada de maneira inconsistente e lacunosa, formada por meio de subterfúgios, oportuniza o que vem a chamar *decisionismo*, abrindo espaço para decisões calcadas em fundamentos empíricos imprecisos. Decisões embasadas em provas desse naipe realçariam uma lamentável e indesejada subjetividade nos julgamentos, trazendo a reboque um quadro de ilegitimidade, pois o ideal de justiça num julgamento é aproximá-lo tanto quanto possível da objetividade

(2010, p. 46).

Métodos e garantias são imprescindíveis para a formação escorreita da prova.

Lastreado nas premissas até aqui desenvolvidas e inserindo o presente estudo num prisma interdisciplinar, notamos a possibilidade de o questionário e a entrevista apresentarem-se como mecanismos oriundos da metodologia da pesquisa em favor da concretização devida da justiça penal. Tal assertiva parte do pressuposto ontológico de cada mecanismo referido e suas similitudes ao processo penal. Em outras palavras: o questionário e a entrevista existem com a finalidade precípua de coletar dados, utilizando as informações para determinado objetivo. No processo penal, também é assim. A busca de dados e informações mostra-se necessária para a formação de um nível de probabilidade, viabilizando um julgamento justo (*rectius*, devido).

O questionário pode ser definido como "... um instrumento de pesquisa constituído por uma série de questões sobre determinado tema. O questionário é apresentado aos participantes da pesquisa, chamados respondentes, para que respondam às questões ..." (VIERA, 2009, p. 15). Para Richardson (1999, p. 198), as indagações devem ser precisas e atender "a uma necessidade relacionada com os objetivos da pesquisa. Portanto, devem-se evitar perguntas não diretamente ligadas aos fins do trabalho". Vale notar a delimitação do tema, buscando a objetividade nas respostas. Da mesma forma, as perguntas na instrução criminal devem ser atreladas aos lindes da acusação e às teses defensivas, restando impertinentes as indagações estranhas aos contornos da demanda, merecendo rejeição. Sublinhe-se a ausência de obrigatoriedade de respostas no questionário, diferentemente do que acontece na instrução criminal, com exceção do interrogatório do réu, que pode fazer uso do direito ao silêncio.

Outro ponto de relevo e similitude entre os instrumentos *sub ocullis* é no tocante ao público alvo das indagações. Tanto o pesquisador, quanto os protagonistas de uma demanda criminal, deve ter em mente o cuidado na formulação das perguntas, pois podem não ser entendidas pelo réu e/ou testemunhas devido à formação educacional, ao vocabulário utilizado na região, ao emprego de palavras técnicas e até mesmo desconhecimento do problema sobre o qual se busca informações[18]. Por certo, o fornecimento de uma única resposta que seja, desvinculada ao seu real questionamento, pode comprometer a pesquisa como um todo.

De seu turno, pode também ensejar um julgamento indevido, sem apego ao justo e às garantias processuais.

Infelizmente, dado ao caráter seletivo[19] do direito penal, que atinge a grande parcela de abnegados da nação, desprovidos de educação e outros direitos sociais constitucionalmente previstos, embora não implementados a contento, é corriqueiro o encontro do juiz criminal com acusados e testemunhas que não tem capacidade de discernir sua verdadeira função e importância no sistema processual, de modo que pode ser detectada a forte influência do baixo nível intelectual como obstáculo na construção hígida da prova oral. Richardson (1999, p. 196), sobre esse problema, adverte de maneira precisa, no tocante aos questionários, mas aplicável ao processo penal, que:

> [...] o pesquisador que trabalha com esse tipo de população deve estar familiarizado com os seus costumes, condições de vida e vocabulário utilizado. Só assim poderá evitar uma interpretação que possa comprometer gravemente os resultados da pesquisa.

Aliado a isso, notamos também que, a partir do momento que réu ou testemunhas comparecem em juízo, adentrando a sala de audiência, cria-se um clima exagerado de temor e respeito, terminando por desviar o foco do fato em apuração para o ideal de não desapontar àqueles que compõem o sistema de justiça criminal, diante da possibilidade de prisão. Assim, muitos passam a responder rapidamente às perguntas, outros dizem nada saber sobre o assunto e todos têm em comum o desejo de que aquele ato processual termine o mais rápido possível, deixando de fornecer subsídios importantes para o aclaramento dos fatos, dificultando o acertamento da lide penal.

As técnicas empregadas na colheita de dados via questionário podem ser úteis na resolução desse problema. Segundo Marconi e Lakatos, "As primeiras perguntas, de descontração do entrevistado, são chamadas de *quebra-gelo*, porque tem a função de estabelecer contato, colocando-o à vontade" (2010, p. 194, grifo dos autores). Ora, nada impede que o magistrado criminal pergunte se a testemunha encontra-se à vontade para falar, se existe alguma pessoa na sala de audiência cuja presença lhe cause constrangimento, se deseja água etc. Tudo isso, sem dúvida,

serve para criar um clima mais propício para o início das perguntas, reduzindo um pouco da ânsia em finalização do ato, além de quebrar parte da solenidade que permeia todo o procedimento.

Outrossim, uma outra técnica utilizada no questionário e que pode perfeitamente ser transportada sem máculas para o processo penal diz respeito à ordem dinâmica na formulação das perguntas. Nesse tom, comungamos dos ensinamentos de Richardson (1999, p. 201), quando assevera que, em geral, a extração de informações, escritas ou pela via oral, é um mecanismo por meio do qual as pessoas necessariamente interagem, daí o motivo de se "procurar uma ordem de perguntas que facilite a interação. Assim, não convém passar bruscamente de um tema a outro; não convém fazer e refazer a pergunta em diferentes partes do questionário etc."

Exemplificando na órbita penal, em caso de dois ou mais delitos num único processo, com dois ou mais acusados, não seria nada recomendado ao magistrado, promotor ou advogados questionar sobre a existência ou não de ambos os fatos de maneira alternada, nem sobre suas respectivas autorias (ou ausência), pois isso geraria tumulto, acobertando a verdade processual, com prejuízos às partes da demanda. Nesse caso, impõe-se ao magistrado intervir, organizando didaticamente a formulação das perguntas, de modo a facilitar o entendimento por parte dos réus e/ou vítimas, e até mesmo do promotor e advogados, viabilizando o contraditório pleno, pois aquilo que não se entende não pode ser rebatido com argumentação adequada.

Em interessante passagem de sua obra inacabada, *Dialética Erística*, publicada póstuma, Arthur Schopenhauer (2003, p. 139) propõe 38 estratagemas para desmascarar os principais argumentos enganosos utilizados pelos falsos filósofos. Em seu estratagema de número 7, o aludido filósofo acena para os efeitos de serem formuladas perguntas em desordem. Deve-se, assim, "Fazer de uma só vez muitas perguntas pormenorizadas, e assim ocultar o que na realidade, queremos que seja admitido". A estratégia é comumente utilizada por promotores e advogados mais experientes que terminam bombardeando, com muitas e repetidas perguntas, acusados e testemunhas, com o propósito de criar e detectar contradições nos depoimentos para depois retirarem-lhes o crédito. O juiz, então, deve determinar a reformulação das perguntas, possibilitando respostas de maneira pausada, além de impedir a repetição

de indagações já respondidas, salvo na hipótese de novo fato correlato à questão.

Outro aspecto significativo e que pode ser associado ao processo penal é concernente às recomendações para redação das perguntas direcionadas ao questionário. Com efeito, "Questões bem formuladas são essenciais para o sucesso de um levantamento de dados. Questões inadequadas, mal formatadas ou com opções inadequadas de respostas tornam o questionário sem valor" (VIEIRA, 2009, p. 57). Do mesmo jeito, uma instrução penal embasada em perguntas claras, pertinentes e dentro de uma sequência lógica e concatenada dos fatos, evidencia um cenário propício a um provimento jurisdicional mais próximo da verdade, atendendo ao ideal de pacificação com justiça.

Imperioso, portanto, fazer menção neste momento sobre as principais recomendações para redigir questionários e que podem ser perpassadas *mutatis mutandis* ao processo penal, com vistas ao seu melhoramento, quais sejam: i) somente deve ser perguntado aquilo que seja relacionado ao fato em análise e que contribua com a formação do convencimento das partes e do juiz na solução do litígio; ii) as perguntas devem ser formuladas de maneira precisa, evitando palavras ambíguas e termos técnicos; iii) devem ser evitados os questionamentos duplos em uma única pergunta, dada a possibilidade de uma pergunta ser prejudicial a outra, rendendo contradições; iv) as indagações devem ser sucintas, facilitando o entendimento e, por sua vez, as respostas; v) devem ser evitadas as perguntas negativas, pois podem conduzir a erro; e, em arremate, vi) as indagações devem ser neutras, sem qualquer espécie de inclinação (RICHARDSON, 1999, p. 198/199).

Merece especial atenção este último ponto. A ideia de neutralidade da pergunta no questionário e na colheita da prova oral é essencial para edificação de um convencimento sem nódoas. Mais uma vez exemplificando, imaginemos uma denúncia veiculando uma hipótese de agressão física no âmbito domiciliar em que qualquer das partes inicie perguntando quantas vezes o denunciado agrediu sua esposa/companheira. Tal questionamento é totalmente inadequado, destoando do método processual garantista, pois já se arvorou na premissa de existência de agressões, em desrespeito ao princípio da presunção constitucional de inocência. Nessa toada, deve entrar em cena o magistrado, exercendo o seu papel de guardião da Constituição Federal

e dos direitos e garantias fundamentais, tomando as rédeas do jogo e impedindo indagações tendenciosas.

A interpretação das respostas obtidas também se apresenta em alguns casos como um problema a ser resolvido e "...o pesquisador deve ter cuidado com a interpretação que ele faz das respostas dos entrevistados" (RICHARDSON, 1999, p. 200). Idêntico cuidado merece atenção do magistrado criminal no momento de embutir no papel as declarações dos réus e testemunhas. Não são poucos os casos de transcrição infiel, comprometendo a validade da prova. Nesse momento, promotores e advogados é que devem servir como fiscais, impedindo anotações diversas daquilo que foi respondido. Bem por isso, buscando evitar esses tipos de problemas, além de atender aos princípios constitucionais da duração razoável do processo e eficiência, alguns tribunais vêm regulamentando a colheita de prova mediante a utilização audiovisual de registro.[20]

D'outra banda, vistas as possibilidades de junção entre as técnicas regentes do questionário e a formação da prova oral no processo penal, pouco resta para fazer em termos de idêntica associação com a entrevista. Forçoso perceber que grande parte dos caminhos seguidos pelas técnicas da entrevista termina se cruzando com o questionário dadas as suas semelhanças. Para Marconi e Lakatos (2010, p. 178) a entrevista "É um procedimento utilizado na investigação social, para a coleta de dados ou para ajudar no diagnóstico ou no tratamento de um problema social." As semelhanças começam desde a conceituação e vão aumentando quando se fixa na finalidade, qual seja: obtenção de dados.

Contudo, encontramos um ponto de marcante distinção entre o questionário e a entrevista, com possibilidade de utilização proveitosa na seara processual aludida. Referimo-nos aos momentos de silêncio. Por razões óbvias, não se detecta silêncio em questionário. Porém, os momentos de silêncio podem ser marcantes em algumas entrevistas, bem como na produção da prova oral, pois o entrevistado, réu ou testemunha pode encontrar-se numa fase de recordação, visando responder ao quanto indagado e, por isso, não deve ser, em regra, interrompido. Richardson (1999, p. 211), inclusive, traz uma informação pertinente sobre o ponto em tela, destrinchando os tipos de silêncios que podem ocorrer numa entrevista, a saber:

> Existem diversos tipos de silêncio. Aqueles que se produzem quando o entrevistador tem muito que dizer, mas está pensando como dizê-lo, aqueles que se produzem quando o indivíduo quer dizer algo, mas não sabe como dizê-lo, e aqueles que se produzem quando o entrevistado não tem nada para dizer. O último tipo de silêncio é totalmente improdutivo; o entrevistador deve intervir para continuar com a conversa.

Ao magistrado cabe a sensibilidade de descortinar qual o tipo de silêncio empregado pelo réu e testemunhas. E, nesse ponto, nunca é demasiada a lembrança de que o réu pode fazer uso do direito ao silêncio, sem prejuízo de sua defesa.

6 CONCLUSÕES

Diante das argumentações expendidas, verificamos que a busca pela verdade sempre foi um dos maiores desafios da humanidade, aliando-se à necessidade de respostas para todos os fenômenos sociais e também da natureza. Por conseguinte, constatamos que as respostas e explicações eram pautadas de início em fundamentos vinculados às explicações divinas, sem trazer consigo o apanágio da racionalidade. Outrossim, não havia uma metodologia adequada para se alcançar um determinado objetivo. Nesse contexto, a inquietude do homem, associada ao nascimento da racionalidade, o conduziu a negar as explicações sobrenaturais, buscando novos métodos para suprir suas necessidades, levando-o a desmascarar todo um cenário de farsa em prol da manutenção do *status quo*.

Além disso, detectamos que todos os campos sociais, incluindo o direito, foram afetados pelo racionalismo. Vimos que o advento de novos métodos permeou a formulação do conhecimento científico com bases sólidas, quebrando dogmas seculares, com ampla repercussão na formulação de novas respostas. O direito processual penal, sob tal prisma de modificação, foi atingido em sua essência, eis que perpassou de um modelo inquisitivo e irracional, onde a busca pela verdade a qualquer preço custou muito caro à humanidade, para um modelo acusatório, onde o encontro da verdade passou a ser relativizado por meios de novos

métodos racionais. O homem, como explicitado, contentou-se com a ideia de verdade processual, nos limites do devido processo legal.

Por fim, chegamos ao ponto central do presente estudo, onde realçamos, dentro de uma visão interdisciplinar, a possível ligação entre a metodologia da pesquisa e o direito processual penal. Com efeito, afirmamos a viabilidade de utilização do questionário e da entrevista como mecanismos de aperfeiçoamento da jurisdição, mais precisamente na parte condizente à colheita da prova oral no processo penal. Desse modo, vislumbramos imprimir mais eficiência na entrega da prestação jurisdicional, eis que a sentença passaria a ser extraída de um cenário probatório mais cristalino e isonômico. Nossa intenção, como visto, foi contribuir com a visão publicista do processo, dotando-o de maior força possível na concretização de sua precípua finalidade, qual seja, a pacificação social com justiça.

LA PRUEBA ORAL EN LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL, EL CUESTIONÁRIO Y LA ENTREVISTA - LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN COMO MÁS UNA HERRAMIENTA DE MATERIALIZACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL

RESUMEN: Este estudio tiene como objetivo demostrar la posibilidad real de utilizar el cuestionario y la entrevista como herramientas para la mejora del proceso debido en el momento de la cosecha de la prueba oral, en el meollo de la causa penal. La idea principal es hacer una interpretación interdisciplinaria entre la metodología de la investigación y la ley procesal penal, haciendo hincapié en el carácter público del proceso, el papel del juez y de lo principio de la eficiencia en la entrega de la sentencia penal. Se inicia con un análisis histórico, donde la búsqueda de la verdad llevó el hombre a una serie de logros en la vida social y científica. Busca demostrar inicialmente la supremacía de los métodos irracionales en la búsqueda de la verdad, arraigada en los dogmas religiosos, hasta la llegada de los métodos racionales, contemplando las garantías y los derechos fundamentales, con la expansión de sus efectos importantes en el área de lo derecho procesal penal.

PALABRAS CLAVES: Prueba oral. Cuestionario. Entrevista. Derecho procesal penal. La verdad procesal. Metodología de la investigación.

Garantías y derechos fundamentales.

Notas

1 Segundo o escólio de Marconi e Lakatos "A preocupação em descobrir e, portanto, explicar a natureza vem desde os primórdios da humanidade, quando as duas principais questões referiam-se às forças da natureza, a cuja mercê viviam os homens, e à morte. O conhecimento mítico voltou-se à explicação desses fenômenos, atribuindo-os a entidades de caráter sobrenatural. A verdade era impregnada de noções supra-humanas e a explicação fundamentava-se em motivações humanas, atribuídas a 'forças' e potências sobrenaturais" (2010, p.65).
2 Como exemplo, podemos mencionar a teoria heliocentrista defendida por Nicolau Copérnico em 1507, a qual sinalizava, sem comprovação, que a era a terra que girava em torno sol, indo, assim, de encontro ao entendimento albergado àquela época pela Igreja Católica no sentido de que era a Terra o centro do universo. O heliocentrismo foi comprovado alguns anos depois por Galileo Galilei, o qual veio a negar sua tese, diante da Inquisição. Enfim, mais de um século depois, Isaac Newton comprovou a tese originária de Copérnico, em ocasião na qual a racionalidade já imprimia seus efeitos no campo das ciências.
3 Nesse período da história, os segmentos sociais eram assim organizados: "O Clero integrava a Primeira Ordem ou o Primeiro Estado; a Nobreza, a Segunda Ordem ou o Segundo Estado; e o Povo (composto pelos burgueses, artesãos e camponeses), a Terceira Ordem ou Terceiro Estado" (Aquino *et al*, 2008, p. 566)
4 Sobre o tema, a Professora Flávia Moreira Guimarães Pessoa sinaliza que "A escola do direito natural, segundo David (1998, p. 65) obteve dois êxitos: em primeiro lugar, fez reconhecer que o direito devia estender-se à esfera das relações entre os governantes e os governados, o que levou à construção do direito público. Em segundo lugar, trouxe a codificação que, de modo metódico, expunha o direito que convinha à sociedade moderna e que deveria ser aplicado pelos tribunais" (2009, p. 54).
5 Dita assertiva pode ser comprovada em nossos dias por meio de uma leitura histórica de vários segmentos, dentre os quais podemos *hic et nunc* destacar a seara artística. Por bem dizer, são nítidos os reflexos nas esculturas e pinturas finalizadas durante a época teocentrista, onde se via o homem temente a Deus, sempre cabisbaixo e com um corpo esquelético, demonstrando toda sua fraqueza. Em contrapartida, durante o antropocentrismo, as gravuras humanas ganham novos semblantes, com altivez, ao passo em que ostentam corpos formosos e esculturais, deixando transparecer sua força e sua individualidade.
6 Pelo relevo e pertinência das ideias, vale a seguinte transcrição: "Mas, como um homem que caminha sozinho e nas trevas, resolvi caminhar tão lentamente e usar tanta circunspecção em todas as coisas que, embora só avançasse muito pouco, pelo menos evitaria cair. Nem quis começar a rejeitar totalmente nenhuma das opiniões que outrora conseguiram insinuar-se em minha crença sem terem nela introduzidas pela razão, antes que tivesse empregado bastante tempo em projetar a obra que estava empreendendo, e em buscar o verdadeiro método para chegar ao conhecimento de todas as coisas de que meu espírito seria capaz" (DESCARTES, 2009, p. 30/31).
7 O traço inquisitorial do nosso Código de Processo Penal pode ser observado no artigo 187, §2˚, IV, o qual ainda determina que o magistrado pergunte se réu conhece as provas do processo, retratando um passado não tão distante.
8 Tradução livre: Vai fazer uma longa viagem, não sabendo quando voltará e que sente muito em ser obrigado a deixá-lo preso, sendo seu maior desejo saber de sua boca a verdade para terminar o seu trabalho, concluindo a causa.
9 Tradução livre: ... se o réu seguir negando, o inquisidor multiplicará o interrogatório e as perguntas, e então o réu confessará ou variará suas respostas. Se variar nas respostas, a opinião

dos peritos será pela utilização da tortura, com base nos indícios anteriores, e assim ele apressará em dizer a verdade, uma vez que não se devem multiplicar as perguntas quando o réu não for renitente, porque quando são muito frequentes as declarações sobre um mesmo assunto, e em épocas distintas, é muito fácil fazer que variem em suas respostas, e todo mundo pode cair na armadilha.

10 Sobre o devido processo legal, em sua vertente formal e material, atuando como instrumento limitativo da intervenção penal, conferir Barbosa, 2015, p. 181/193.

11 Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos.* Disponível em:<http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 13/06/2013.

12 A ideia de interdisciplinaridade deve ter incidência na prática profissional, mas deve começar nas universidades: "O ensino do Direito, em qualquer das disciplinas "estudadas" ou "ensinadas", portanto, não pode ficar adstrito a uma base epistemológica determinista, mas sim avançar, enquanto ciência interdisciplinar, com uma abordagem transversal que contemple os meandros da filosofia, da ética, da antropologia, da sociologia, da psicologia, da pedagogia, enfim, de outras áreas do conhecimento humano em que se possibilite e se vislumbre uma real necessidade/utilidade social dessa "ciência", a ciência jurídica, e que permita uma perspectiva ao futuro profissional do Direito impulsionadora da emancipação das subjetividades humanas, um olhar comprometido com a realidade subjacente, uma desalienação de seu papel como instrumento de justiça, e não meramente de cooptação, prestígio e status social" (PAULA, 2006, p. 218).

13 Para Aristóteles (2001, p. 44), "Existem, então, três espécies de disposições; duas delas são vícios que envolvem excesso e carência respectivamente, e a terceira é uma virtude, ou melhor, o meio-termo."

14 Para J. J. Rousseau (2012, p. 48), a passagem do estado de natureza para o estado civil promoveu importantes modificações nas ações humanas, que passaram a explicitar nítido caráter moral, além de cambiarem o instinto pela justiça. Segundo o mencionado contratualista, o homem, por meio do contrato social, deixou de ser um *animal estúpido e limitado* para ostentar o status de *ser inteligente*.

15 Zaffaroni (2010, p. 106) entende que o "... direito penal mínimo é, de maneira inquestionável, uma proposta a ser apoiada por todos os que deslegitimam o sistema penal o sistema penal, não como meta insuperável e, sim, como passagem ou trânsito para o abolicionismo, por mais inalcançável que este hoje pareça."

16 Segundo o jurista argentino Emílio Garcia Mendez, o direito penal iluminista, resultado das lutas da burguesia que culminaram na Revolução Francesa, se legitima como instrumento de defesa da sociedade civil, frente a um Estado (absolutista) que atuava factual e normativamente com total arbitrariedade e discricionariedade (MENDEZ, 2011*apud* BATISTA, 2011, p. 12).

17 Malatesta diferencia os níveis de probabilidade, sinalizando que a mínima probabilidade é o verossímil, a probabilidade média confunde-se com o simplesmente provável e a máxima probabilidade atrela-se ao conceito de probabilíssimo (2004, p. 67).

18 Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca também identificam a necessidade de adequar os argumentos dirigidos ao seu respectivo auditório, quando se busca o sucesso na persuasão e no convencimento. Segundo aqueles autores: "É, portanto, a natureza do auditório ao qual alguns argumentos podem ser submetidos com sucesso que determina em ampla medida tanto o aspecto que assumirão as argumentações quanto o caráter, o alcance que lhes serão atribuídos (2005, p. 33).

19 Zaffaroni (2010, p. 27) chega a afirmar que "... o sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis."

20 O Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, por meio da Resolução n° 02/2010, implementou o sistema audiovisual de registro, favorecendo sobremaneira a conclusão das instruções e, por via de efeito, os julgamentos. Além disso, a prova se mostra realmente fidedigna, haja vista que até

mesmo os comportamentos, reações e sentimentos exteriorizados são captados pela filmagem, contribuindo na devida entrega da prestação jurisdicional. (SERGIPE. Tribunal de Justiça de Sergipe. *Resolução nº 02*, de 2010. Disponível em: <http://www.tj.se.gov.br/scap/resolucoes/visualizar_resolucao.wsp?tmp.codigo=483>. Acesso e

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Carlos Drummond de. *Contos plausíveis.* Rio de Janeiro: Record, 1991.

AQUINO, Rubim Santos Leão de; AQUINO, Denise; AQUINO Oscar. *História das sociedades*: das comunidades primitivas às sociedades medievais. 3. ed. Rio de Janeiro: Imperial Novo Milênio, 2008.

BARBOSA, Paulo Roberto Fonseca. *O poder complementar dos juízes*: instrumentos para o controle da expansão penal. Rio de Janeiro, 2015.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro.* 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 7. ed. Coimbra, Almedina, 2003.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo.* 2. ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2002.

CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional.* 6. ed. Salvador: Editora *Jus*Podivm, 2012.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 13/06/2013

EYMERIC, Nicolau. *Manual de inquisidores*. 3. ed. Barcelona: Editorial Fontamara, 1974.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica *et al***.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete, Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, 1(18) – jan/jul. Brasília, 2005.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade.

Fundamentos de metodologia científica. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional.* Volume I 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal.* Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2004.
MELLO, Sebástian Borges de Albuquerque. *O conceito material de culpabilidade*: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: Editora *Jus*Podivm, 2010.
PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação*: a nova retórica. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
PAULA, Giovani de. Alternativas pedagógicas para o ensino jurídico *In*: COLAÇO, Thais Luzia (org). *Aprendendo a ensinar Direito*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.
PESSOA, Flávia Moreira. *Manual de metodologia do trabalho científico:* como fazer uma pesquisa de direito comparado. Aracaju: Evocati, 2009.
Resolução nº 02, de 2010. Disponível em: <http://www.tj.se.gov.br/scap/resolucoes/visualizar_resolucao.wsp?tmp.codigo=483>. Acesso em 21 de junho de 2013).
RICHARDSON, Roberto Jarry. *Pesquisa social*: métodos e técnicas. Colaboradores José Augusto de Souza *et al.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social.* São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012.
SCHOPENHAUER, Arthur. *Como vencer um debate sem precisar ter razão*: em 38 estratagemas: (dialética erística). Tradução de Daniela Caldas e Olavo de Carvalho. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.
VIEIRA, Sônia. *Como elaborar questionários*. São Paulo: Atlas, 2009.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas.* 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

PROTEÇÃO PENAL DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL

Evânio Moura[*]

Lucilla Menezes da Silva Ramos[**]

RESUMO: O presente artigo define patrimônio histórico e cultural, demonstrando a importância de sua proteção, discorrendo acerca de sua previsão constitucional e apontando o bem jurídico tutelado e a defesa dos direitos coletivos. Sublinha a relevância da proteção penal e da tipificação das condutas atentatórias ao patrimônio histórico, fixadas no art. 165 do Código Penal e art. 62, I, da Lei 9.605/98. Por fim, demonstra-se a violação ao princípio constitucional implícito da proporcionalidade, notadamente em razão da proteção jurídica deficiente de destacado bem jurídico, sendo imperiosa a mudança da legislação, adequando referido ilícito penal ao querer da Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Patrimônio Histórico. Cultural. Tutela Penal.

1 CONCEITO DE PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL E RELEVÂNCIA DE SUA PROTEÇÃO

Conceituar, definir e significar, *a priori*, implica em obstáculos epistemológicos e filosóficos, notadamente em razão da dificuldade em resumir num núcleo de palavras um sentido geral e universal de um determinado objeto de estudo.

Nesse quadro, deriva dos gregos antigos a ideia de que Conceito é algo um tanto generalista e transcendente. Pois, segundo os clássicos, conceituar seria encontrar a natureza das coisas, mais precisamente a sua essência necessária, pela qual não podem ser de modo diferente daquilo que são.

---

[*] Doutorando em Direito Penal pela PUCSP. Mestre em Processo Penal pela PUCSP. Pós-Graduado em Direito Constitucional pela UFS. Professor de Processo Penal da Pós-Graduação da UNIT/SE, Ciclo e EJUSE - Escola da Magistratura de Sergipe. Professor de Processo Penal da FANESE. Advogado. Conselheiro Federal da OAB (2013/2015). Procurador do Estado de Sergipe.

[**] Graduada em História Licenciatura pela Universidade Federal de Sergipe e acadêmica do curso de Direito da Universidade Federal de Sergipe.

Nicolla Abagnano[1] no verbete Conceito, presente no *Dicionário de Filosofia*, destaca que nos primórdios da filosofia grega, o Conceito apareceu como o termo conclusivo de uma indagação, prescindindo, na medida do possível, da mutabilidade e visando àquilo que o objeto é "realmente", isto é, à sua "substância" ou "essência".

Diante dessa clássica concepção, o Conceito é considerado um signo que se subtrai à diversidade e à mudança de pontos de vista ou de opiniões, porque se refere às características que, sendo constitutivas do próprio objeto, não são alteradas pela mudança de perspectiva.

A discussão filosófica e a problematização sobre essa palavra continua com outros filósofos da envergadura de Descartes, Spinoza, Kant, Hegel e Locke[2]. Dessa forma, imprescindível pensar que algo tão comum e corriqueiro, como o criar e/ou reproduzir Conceitos, derivou de longas e preciosas argumentações.

Superado esse escopo introdutório, urge perscrutar o presente tema, dentro das limitações próprias do objeto deste estudo.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 216, ampliou o conceito de patrimônio histórico estabelecido pelo Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, substituindo a denominação Patrimônio Histórico e Artístico, por Patrimônio Cultural Brasileiro.

Enquanto o Decreto de 1937 estabelece como patrimônio *"o conjunto de bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico"*, o artigo 216 da Constituição Federal de 1988 conceitua patrimônio cultural como sendo os bens *"de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira"*[3].

Importante registrar que a nomenclatura Patrimônio Cultural Brasileiro foi inserida de forma inédita na Carta Magna de 1988[4], traduzindo a ampla concepção de cultura de matiz antropológica e sociológica, indo além, portanto, daquele saber formal, acadêmico e excepcional[5].

Sobre esse ponto, destaca Zandonade que:

> (...) em lugar da estreita noção que inspirava a legislação anterior, refletida na limitação da tutela a

> objetos filiados a padrões de conhecimento formais, a Assembleia Nacional Constituinte adotou uma ampla concepção de cultura, perceptível na determinação, contida na Carta de 1988, de tutela dos traços característicos do modo de vida da sociedade brasileira, nas variadas facetas dos grupos participantes de sua formação[6].

Nessa redefinição promovida pela Constituição Federal de 1988, estão as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. Constituindo-se assim no Patrimônio Histórico e Cultural Brasileiro.

A preocupação em preservar e perpetuar os feitos humanos já estava presente nos gregos ao demonstrarem, no século V a.C., a intenção em proteger tais feitos da ação do tempo. Não é à toa que Heródoto é considerado o Pai da História. Na sua obra *História*, um clássico da literatura ocidental, ele escreve que os resultados das investigações que serão apresentados servem para que *"[...] a memória dos acontecimentos não se apague entre os homens com o passar do tempo"*[7]**.**

A institucionalização de uma política de proteção e tutela da cultura no plano do Direito teve como mote dois importantes movimentos sociais que foram marcos na história ocidental da Humanidade – a Revolução Francesa e a Revolução Industrial.

Segundo Zandonade[8], esses dois movimentos foram responsáveis por imprimir aos elementos culturais uma ótica que foi da destruição à preservação, apontando referida autora que durante a Revolução Francesa fora institucionalizado pelo Estado Revolucionário a destruição dos objetos e monumentos ligados à Monarquia e ao Feudalismo, num intuito de eliminar traços culturais que se queria combater e apagar da memória do povo.

Esse mesmo fato ocorreu no período da Revolução Industrial, onde os avanços produzidos pela industrialização também foram responsáveis pela larga demolição de prédios antigos para dar lugar a novas construções. Vaticina Zandonade[9] que o solo passou a valer mais que a edificação nele já existente, negligenciando-se assim a conservação

e abrindo espaço para a especulação imobiliária.

A historiadora francesa Françoise Choay destaca esse momento de convulsão social e cultural, no qual o Estado aparelhou e incentivou um processo de destruição de monumentos no final do século XVIII, e assinala que:

> Os monumentos demolidos, danificados ou desfigurados sob as ordens ou com o consentimento dos comitês revolucionários o são na medida em que simbolizam poderes e valores execrados, encarnados pelo Clero, pela Monarquia e pelos senhores feudais: manifestação de repúdios a um conjunto de bens cuja incorporação conspurcaria o patrimônio nacional, impingindo-lhe emblemas de uma ordem finda[10].

Nesse sentido, no decorrer desse processo histórico, no final do século XVIII e começo do XIX, quando a venda dos bens nacionais e a demolição sistemática de prédios franceses e ingleses importantes estavam acontecendo, entraram em cena algumas vozes em prol da preservação e tutela dessas heranças materiais.

Inconformado com a situação, Victor Hugo escreve dois manifestos propondo uma "Guerra contra os Demolidores". Tais manifestos se tornaram célebres e tinham como objetivo denunciar a demolição dos bens patrimoniais, que apresentavam grande valor para toda a humanidade.

No final desse manifesto o grande escritor francês, autor de obras monumentais como *Les Misérables,* denuncia o estado de ruína dos monumentos franceses e exige a edição de uma lei para barrar a devastação:

> É chegado o tempo de por um fim a essas desordens, a respeito das quais chamamos a atenção do país. Mesmo empobrecida pelos devastadores revolucionários, pelos especuladores mercantis e, sobretudo, pelos restauradores clássicos, a França ainda é rica em monumentos franceses. É preciso deter o martelo que mutila a face do país. Uma lei seria suficiente; que seja feita. Quaisquer que

> sejam os direitos da propriedade, a destruição de um edifício histórico e monumental não deve ser permitida a esses especuladores ignóbeis. (...) Há coisas num edifício, o seu uso e sua beleza. Seu uso pertence a seu proprietário, sua beleza a todo mundo. Portanto, destruí-lo é ultrapassar os limites desse direito[11].

Com relação ao cenário brasileiro, a preocupação com a salvaguarda do patrimônio cultural esteve muito presente nas discussões dos intelectuais que participaram dos movimentos modernistas de 1922, sendo intensificada na década de 1930 através de políticas públicas.

Conforme destacam Nascimento e Passos[12], o movimento artístico modernista brasileiro, que organizara a Semana de Arte Moderna de 1922, mostrara a preocupação com as discussões sobre a natureza da identidade nacional.

Segundo os intelectuais paulistas, 100 anos após a emancipação política brasileira dever-se-ia promover, a independência cultural da nação, sendo necessário, para tanto, redescobrir e revalorizar os elementos considerados típicos.

Contudo, somente no final da década de 30 do século passado, mais precisamente no Estado Novo, que será efetivada uma política nacional de preservação do patrimônio cultural brasileiro com uma produção legislativa para esse fim.

Nessa esteira fora editado o Decreto-Lei nº. 25 em 1937. Por meio deste diploma legal, criou-se o tombamento como instituto jurídico de regulação governamental determinando o que poderia receber *status* de patrimônio cultural nacional e ser objeto de acautelamento oficial.

Surge, assim, o SPHAN – Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional[13] -, que em seus primeiros anos teve a difícil tarefa de determinar os alicerces culturais da nacionalidade.

O objetivo do SPHAN era moldar a face do país, conferindo-lhe visibilidade internacional através do estudo de tradições cuja imanência temporal e espacial fosse devidamente estabelecida[14].

No final da década de 80 do século passado, os meios estatais adotados para fins de tutela do patrimônio cultural brasileiro são expressos na Constituição Federal e na legislação ordinária. Colhe-se em diversos artigos da Lei Maior delimitação de um regime voltado à proteção

do Patrimônio Cultural, Histórico e Artístico, restando evidenciada a preocupação do legislador constituinte em garantir a salvaguarda desse importante bem jurídico social.

O art. 23, III, da Carta Política brasileira, preceitua o seguinte:

> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
> III – proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

Dessa forma, a *Lex Mater* firma o entendimento de que todos os entes políticos são competentes e responsáveis pela manutenção e proteção dos bens jurídicos de valor cultural.

Logo, as ações governamentais, tanto administrativas como políticas, de cada ente público, deverão almejar a implementação de atos de preservação e valorização da cultura e de proteção ao patrimônio histórico.

Por fim, importante registrar nesta parte introdutória, que o Código Penal Brasileiro desde sua redação originária de 1940 passou a delimitar como crime o dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico.

2 BEM JURÍDICO TUTELADO NAS FIGURAS TÍPICAS QUE CRIMINALIZAM O DANO AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO

Diversas as tentativas doutrinárias de conceituação do bem jurídico, cada uma delas vinculada a um determinado momento histórico e a concepção que se tem do Direito Penal.

No propósito de didaticamente fazer a presente exposição, valem-se os autores de profunda definição que afirma:

> El bien jurídico es un concepto indispensable para hacer efectivo el principio de lesividad pero no es, en modo alguno, un concepto legitimante del poder punitivo (*de lege lata ni de lege ferenda*). Por ello no debe confundirse el uso limitativo del concepto de bien jurídico con su uso legitimante, dado que este

> último termina acuñado un verdadero concepto legitimante diferenciado, que es el pretendido bien jurídico tutelado. (...).
> Si la ley penal no fundamenta, no decide la tutela. Por el contrario, el concepto limitativo del bien jurídico sirve para exigir como presupuesto del poder punitivo la afectación de un bien jurídicamente tutelado por el derecho (constitucional, internacional, civil, etc.). Sostener la existência de um bien jurídico-penalmente tutelado importa reconocer una función constitutiva a la ley penal, y luego abrir la vía a una aspiración completiva (no fragmentaria). Aun cuando la pretendida tutela jurídico-penal se proclame subsidiaria (o complementaria) y se pretenda limitarla con la cláusula de ultima ratio, no puede negarse que importa una naturaleza fundante también complementaria, pues lleva a la distinción entre bienes jurídicamente tutelados y bienes jurídico-penalmente tutelados y, en último análisis, la extensión de la segunda dependerá de la medida en que la *ultima ratio* sea acogida por la decisión política criminalizante, siempre determinada por coyunturas de poder: las emergências desnudan la contigencia de la ultima ratio"[15].

Deve-se destacar, ainda, que o bem jurídico possui pelo menos quatro funções, quais sejam: função de garantia ou de limitar o poder de punir do Estado, função teleológica ou interpretativa, função individualizadora e a função sistemática.

No dizer de estudioso da matéria:

> Em suma a função limitadora opera uma restrição na tarefa própria do legislador, a função teleológica-sistemática busca reduzir a seus devidos limites a matéria de proibição e a função individualizadora diz respeito à mensuração da pena/gravidade da lesão ao bem jurídico[16].

Após a delimitação e conceituação de bem jurídico-penal,

especificando as suas funções, importante que se verse sobre o relacionamento do bem jurídico com a Constituição Federal, colhendo-se do texto constitucional os principais bens jurídicos a serem tutelados normativamente, merecendo acurada atenção do texto magno.

Elege a Constituição Federal em um Estado de Direito democrático, as prioridades jurídicas a serem protegidas pela lei infraconstitucional (inclusive e principalmente pelo Direito Penal), sendo certo que uma das principais origens do bem jurídico-penal é a *Lex Mater*, estando o legislador infraconstitucional umbilicalmente ligado ao querer das diretrizes contidas no texto magno, podendo-se afirmar que se encontram: "*na norma constitucional as linhas substanciais prioritárias para a incriminação ou não de condutas*"[17].

Por fim, ao versar sobre esta parte introdutória do bem jurídico, impende consignar que toda a construção do conceito de bem jurídico, possui, ainda, íntima ligação com um objeto de proteção social.

É dizer: além de atender um comando constitucional (expresso ou implícito) o bem jurídico-penal objetiva tutelar uma relação social relevante.

Nesse sentido, colhe-se o seguinte ensinamento:

> O objeto de proteção, em resumo, tem origem social, não é uma exclusiva decisão do legislador, se bem que, devido ao princípio da legalidade, a ele cabe a tipificação da conduta (é dizer, da relação social). Bem jurídico, assim, não é nada mais que a expressão normativa de uma relação social conflitiva. É uma realidade ontológica preexistente[18].

Portanto, quando a Constituição Cidadã de 1988 estabelece que o Estado deve garantir o acesso à cultura, sendo assegurado a defesa e valorização do patrimônio histórico e cultural brasileiro (art. 215, § 3º, I, CF), extrai-se do texto constitucional o bem jurídico a ser protegido.

2.1 DO BEM JURÍDICO PENAL DIFUSO, COLETIVO E TRANSINDIVIDUAL

A Constituição Cidadã de 1988 deu especial atenção aos interesses

difusos, coletivos e metaindividuais.

O advento da sociedade moderna e a modificação das relações humanas e sociais impulsionam a inserção de uma nova preocupação com a proteção de bens anteriormente ignorados ou renegados, merecendo destaque a proteção dos interesses difusos ou supraindividuais.

Fruto de referida modificação de paradigmas é que com o advento da Carta Republicana de 1988 passou o Ministério Público a dispor de legitimidade ativa para manejar ações civis públicas no intuito de buscar a proteção dos interesses coletivos, difusos e transindividuais, estando o patrimônio histórico e cultural nesse rol de bens a serem tutelados, nos termos do contido na Lei nº. 7.347/85.

Leciona a doutrina:

> Por isso, além das hipóteses já expressamente previstas em diversas leis (meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, crianças e adolescentes, pessoas portadoras de deficiências, investidores lesados no mercado de valores mobiliários, ordem econômica, economia popular, ordem urbanística), quaisquer outros interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos podem em tese ser defendidos em juízo por meio da tutela coletiva, tanto pelo Ministério Público como pelos demais colegitimados do art. 5º. da LACP – Lei de Ação Civil Pública e art. 82 do CDC[19].

A evolução de referidos institutos jurídicos passa a interessar diretamente ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal, devendo-se falar hodiernamente em bens jurídicos difusos ou transindividuais.

Portanto, além da proteção aos bens jurídicos classicamente definidos (vida, liberdade, patrimônio, etc.), cujo caráter é tipicamente individual ou mesmo para os bens jurídicos de natureza coletiva, porém considerados tradicionais (fé pública, administração pública, etc.), com o advento da revolução industrial e dos avanços tecnológicos "*formatam-se, no momento de criação das sociedades de risco pós-industrial, novos bens jurídicos, supra-individuais*"[20].

A existência do bem jurídico penal difuso obriga a se ter em alça de mira todos os princípios norteadores do moderno Direito Penal, ou seja,

não se apresenta como possível tipificar condutas, proteger bens jurídicos, sem o devido e necessário respeito aos princípios basilares do Direito Penal, como, *v.g.*, o princípio da legalidade com os seus três postulados fundamentais: reserva legal, anterioridade e taxatividade[21].

Perfeitamente possível contemporizar um bem jurídico penal difuso, com todas as suas nuanças (crime de perigo abstrato, norma penal em branco, pluralidade ou indeterminação das vítimas, etc.), com o garantismo penal, mormente em respeito à taxatividade e a vedação a utilização excessiva dos tipos penais abertos.

Ainda, valendo-se dos conceitos de Renato de Mello Jorge Silveira, pode-se afirmar:

> (...) É verdade que a atualidade da vida social demonstra a importância dos interesses difusos para o convívio em sociedade. Os novos riscos impostos pela sociedade pós-moderna impõem certo tratamento a estas condutas. Fundando-se nessa necessidade, muitos clamam por uma tutela penal (ainda que nos moldes tradicionais) dos bens jurídicos difusos.
>
> Nos campos do Direito Penal Econômico e do Ambiental isso é patente. A importância desses temas parece tudo justificar, mesmo uma concepção que aplique unicamente conceitos clássicos de proteção a bens individuais. Outro e mais adequado entendimento é daqueles que, percebendo a particularidade dos interesses difusos, pretendem a aplicação de novas técnicas de imputação ao Direito Penal nuclear[22].

Afirma-se que no combate à criminalidade supraindividual, tem-se que adotar mecanismos de proteção aos bens jurídicos difusos, entrementes, sem descurar da observância das garantias mínimas do indivíduo, fruto do moderno Estado Democrático de Direito.

Quando da análise do bem jurídico penal difuso, deve-se levar em consideração a intensidade da danosidade social consistente na violação de referida norma penal.

Nesse contexto se insere como fruto do direito penal supraindividual, a criminalização de condutas que atentem contra o patrimônio histórico,

artístico e paisagístico.

Com a tipificação de mencionadas condutas tem-se uma evolução e mudança de paradigma de atuação do Direito Penal, passando a figurar em seu epicentro a proteção de bens jurídicos coletivos ou supraindividuais, com uma nova roupagem e uma nova esfera e espectro de proteção.

2.2 DO CRIME DE DESTRUIÇÃO OU DETERIORAÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL (ART. 165, CÓDIGO PENAL E ART. 62, I, LEI Nº 9.605/98)

Passar-se-á nesse momento a promover a análise dos tipos penais que buscam a proteção/tutela do patrimônio histórico e cultural brasileiro.

O art. 165 do Código Penal brasileiro afirma que constitui crime de dano a destruição, inutilização ou deterioriozação de coisa tombada pela autoridade competente, afirmando, *verbis*:

> Art. 165 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa tombada pela autoridade competente em virtude de valor artístico, arqueológico ou histórico:
> Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

A doutrina ao escrever sobre os aspectos penais da preservação do Patrimônio Histórico e Cultural destaca:

> É oportuno lembrar que coisas de valor artístico são aquelas que, reconhecidamente, possuem tal característica: uma escultura, um quadro notável. Justifica-se desse modo a limitação ao direito de propriedade, porque o bem, assim declarado, é do interesse de toda a coletividade, e não apenas do seu dono. Bens de valor arqueológico são os elencados no artigo 2º e alíneas da Lei nº 3.924, de 26.07.1961. Entre outros, sambaquis, jazidas, vestígios de ocupação pelos paleomeríngeos (grutas, lapas, abrigos), cemitérios, sepulturas e inscrições rupestres. Segundo o artigo 5º, qualquer mutilação ou destruição de tais bens configura crime contra o patrimônio nacional. Já com

> relação ao valor histórico, o objetivo é tutelar as coisas assim declaradas pelo Poder Público. Não é necessário que o valor seja de âmbito nacional – pode ser de importância apenas para o Estado, ou até mesmo só para o Município. O exemplo mais comum é o de construções que retratam a história do Brasil, pouco importando seu atual estado de conservação[23].

Percebe-se que é imprescindível a concreta individuação dos bens ao regime do patrimônio cultural brasileiro, pois, segundo Zandonade "(...) *o valor cultural é insuficiente para determinar a incidência da tutela específica, que depende também de manifestação do Poder Público, nos termos do § 1º do art. 216 da CF*"[24]

O que se quer sublinhar com isso é que, apesar do ato de individuação ser declaratório, ele formalmente constitui a condição jurídica de determinado bem como patrimônio cultural em sentido estrito, alterando assim, a sua situação jurídica.

Por isso Zandonade[25] destaca a individuação como forma de respeitar o princípio da segurança jurídica, pois o ato protetor não deve ser presumido e sim, ter existência anterior à lesão cometida.

A Lei nº. 9.605/1998 dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. O art. 62, I, do referido diploma legal, define, por exemplo, como crime, a destruição, a inutilização ou a deterioração de *"bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial"*, ou seja, protegidos por quaisquer formas de acautelamento e preservação, conforme dita a parte final do § 1º do art. 216 da Constituição Federal.

Merece registro que parte significativa da doutrina[26] entende que o art. 62, I, da Lei nº. 9.605/98 revogou tacitamente o art. 165 do Código Penal, posição com a qual concordam os autores do presente estudo, razão pela qual será analisado o crime contra o patrimônio histórico e cultural como a violação ao art. 62, I, da Lei de Crimes Ambientais, com pena de reclusão de 01 a 03 anos e multa.

Dessarte, o bem jurídico tutelado no art. 62, I, da Lei nº 9.605/1998 é aquele formalmente protegido, ou seja, tombado pela autoridade competente em virtude de seu valor artístico, histórico ou arqueológico, ou protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial[27].

Busca-se com a tipificação das condutas esculpidas no art. 62, I, da Lei nº. 9.605/98 a tutela de bem supraindividual que resguarda o patrimônio histórico e cultural, evitando-se e combatendo o dano a bem especialmente protegido por lei (o diploma legal pode ser federal, estadual ou municipal, nos termos do arts. 24, VII e VIII e 30, IX, da CF), decisão judicial (Judiciário Federal ou Estadual de qualquer instância ao proferir, por exemplo, julgamento de Ação Civil Pública) ou ato administrativo (tombamento, que também pode ser feito por órgão federal - IPHAN, estadual ou municipal).

3 PROTEÇÃO JURÍDICA DEFICIENTE E NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO DA PROPORCIONALIDADE

Constituição Federal de 1988, não obstante tenha se destacado por positivar diversos princípios constitucionais, sempre buscando um adequado funcionamento do Estado Democrático de Direito, viabilizando, inclusive, a proteção às garantias fundamentais, não previu, expressamente, o princípio da proporcionalidade.

Embora exista referida lacuna, diferentemente de outros países[28], não há dúvida que mencionado princípio é consectário lógico da garantia da isonomia, enunciando prioritariamente a disposição para a preservação dos direitos fundamentais, coincidindo com a vocação de uma Carta Constitucional que "*pretenda desempenhar o papel que lhe está reservado na ordem jurídica de um Estado de Direito Democrático*"[29].

Importante registrar que o fato de não se avistar expresso no texto da Carta Política de 1988, não impede a sua aplicação por todos os magistrados do país, notadamente no controle de legalidade dos atos estatais, bem como, para evitar uma decisão judicial desproporcional, que resvale ou incorra na proibição do excesso (*Ubermassverbot*) ou para impedir uma proteção jurídica deficiente (*Untermassverbot*).

Desta forma, pode-se afirmar, sem qualquer margem para dúvidas, que o princípio constitucional da proporcionalidade corresponde a um direito fundamental, estando incrustado nos princípios da isonomia, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana, afirmando-se como princípio de grande relevância e envergadura, não constituindo qualquer exagero defini-lo como "*o princípio dos princípios*"[30].

Todas as vezes em que exista um estado de tensão, conflito ou colisão entre princípios/garantias fundamentais, deve-se chegar a uma decisão que privilegie um ou alguns dos princípios em detrimento de outro ou outros, sem afastar a validade do princípio, apenas diminuindo circunstancialmente a sua eficácia na solução do caso concreto.

Desta forma, na solução de referida equação, deve-se lançar mão do princípio da proporcionalidade como o princípio dos princípios apto a solucionar referida colisão de garantias/direitos fundamentais.

Nesse sentido posiciona-se a doutrina:

> Em ambas as hipóteses, para evitar o excesso de obediência a um princípio que destrói o outro, e termina aniquilando os dois, deve-se lançar mão daquele que, por isso mesmo, há de ser considerado o 'princípio dos princípios': o *princípio da proporcionalidade*[31].

Tem-se que a utilização do princípio da proporcionalidade, proibindo-se o excesso e evitando a proteção jurídica deficiente, apresenta-se como mecanismo útil e adequado para viabilizar a potencial incidência das garantias constitucionais da isonomia, do devido processo legal, permitindo em *ultima ratio* que vicejem os principais direitos fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Escorado no princípio constitucional implícito da proporcionalidade, responsável por impedir uma proteção jurídica deficiente, demonstrar-se-á o rotundo equívoco do legislador em estabelecer reprimenda débil, implicando em ofensa clara, direta e insofismável a Carta Magna, ao estabelecer a pena para os crimes praticados contra o patrimônio histórico e cultural (art. 62, I, da Lei nº. 9.605/98).

Com efeito, mesmo resultando de uma obrigação decorrente de imposição constitucional (art. 216, CF/88), o cuidado com o patrimônio cultural (material e imaterial), histórico (arqueológico e palenteológico) e artístico (criação cultural e científica), consistindo na proteção da "*consciência de um povo, sua história e suas tradições, que se vêem vulneradas e ultrajadas*"[32], fora tipificada pelo legislador ordinário de forma a ferir de morte o princípio constitucional implícito da proporcionalidade, resultando em sanções brandas para a violação a bem jurídico tão relevante.

Insista-se: se alguém destruir um museu, biblioteca, igreja do século XVII ou qualquer imóvel tombado em razão de seu valor histórico, terá direito a suspensão condicional do processo (art. 89, Lei nº. 9.099/95), em razão da pena mínima e, mesmo que não faça jus a referido instituto despenalizador, acaso condenado ficará adstrito a uma pena máxima de 03 anos de reclusão, implicando em substituição da pena privativa de liberdade (art. 44, I, do Código Penal).

O furto mediante destreza de um relógio (art. 155, § 4º, II, Código Penal) *v.g.*, implica em pena mais elevada (02 a 08 anos de reclusão e multa) que a destruição de um museu, ou a conduta de causar dano a um bem tombado de grande valor artístico e cultural.

Evidente a proteção jurídica deficiente de referido bem jurídico que possui caráter supraindividual.

Debruçando-se sobre o temário ensina a doutrina:

> Em razão de um crime gravíssimo, que maculou a preservação da história de um povo, o autor de tal infração não cumprirá um só dia de pena; aliás, sequer condenação sofrerá. Certamente não é com tal tipo de legislação que se irá coibir condutas graves como a perpetrada[33].

Acerca da proibição da proteção deficiente, implicando em situação que colide frontalmente com a Constituição Federal, pinça-se relevante passagem de estudioso da matéria que afirma:

> Não há liberdade absoluta de conformação legislativa, nem mesmo em matéria penal, ainda que a lei venha a descriminalizar condutas consideradas ofensivas a bens fundamentais. Nesse sentido, se de um lado há proibições de excesso (*Ubermassverbot*), de outro, há a proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Ou seja, o direito penal não pode ter tratamento como se existisse apenas uma espécie de garantismo negativo, a partir da garantia da proibição do excesso.
>
> Aliás, parcela expressiva do segmento que abriga os penalistas críticos brasileiros fazem essa leitura do

> garantismo tão-somente pelo viés negativo. Com efeito, a partir do papel assumido pelo Estado e pelo Direito no Estado Democrático de Direito, o direito penal deve ser (sempre) examinado também a partir de um garantismo positivo, isto é, devemos indagar acerca do dever de proteção de determinados bens fundamentais através do direito penal. Isto significa dizer que, quando o legislador não realiza essa proteção via direito penal, é cabível a utilização da cláusula 'proibição deficiente' (*Untermassverbot*)[34].

Esse o cenário vigente com relação a proteção penal ao patrimônio histórico e cultural.

Encontram-se tipificadas as condutas que implicam em crime destruir, inutilizar, violar ou menoscabar o patrimônio histórico e cultural (art. 62, I, Lei nº. 9.605/98), consistindo na proteção a bem jurídico difuso, coletivo ou transindividual, entrementes, estabeleceu-se pena absolutamente débil, desproporcional e insuficiente para proteger condutas reputadas graves, que ofendem a memória do povo, sua história, seus valores e a preservação de uma cultura.

Impende que seja respeitada a Constituição Federal que determina a proteção ao patrimônio histórico e cultural (art. 216 e incisos), aplicando-se o princípio constitucional implícito da proporcionalidade, evitando-se a proteção jurídica deficiente e, *de lege ferenda* que sejam pensadas alternativas para melhor proteger, tutelar e preservar o patrimônio histórico e cultural brasileiro.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apresenta-se como possível, ao fim e ao cabo do presente estudo, chegar às conclusões doravante esquadrinhadas, todas calcadas na defesa da proteção ao patrimônio histórico e cultural, fazendo o cotejo com o princípio constitucional implícito da proporcionalidade, importando na vedação a proteção jurídica deficiente em matéria penal.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 216, ampliou o conceito de patrimônio histórico estabelecido, sendo que nessa redefinição estão as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações

científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. Constituindo-se assim no Patrimônio Histórico e Cultural Brasileiro.

Fixa, ainda, a Constituição Federal, como competência concorrente de entes políticos para legislar e se responsabilizarem pela manutenção e proteção dos bens de valor cultural, sendo que as ações governamentais, tanto administrativas como políticas, de cada ente público, deverão almejar a implementação de atos de preservação e valorização da cultura e de proteção ao patrimônio histórico.

Nesse sentido tutela-se penalmente o crime de dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico, inicialmente com previsão no art. 165 do Código Penal e, posteriormente, com a edição da Lei nº. 9.605/98 (art. 62, I), havendo a revogação tácita do Código Penal neste particular.

Registre-se que a Constituição Cidadã de 1988 ao estabelecer que o Estado deve garantir o acesso à cultura, sendo assegurado a defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro (art. 215, § 3º, I, CF), busca-se proteger bem jurídico de caráter difuso, coletivo e transindividual.

Portanto, a reprimenda para referida conduta deve guardar proporcionalidade com o bem jurídico tutelado, sendo que o princípio da proporcionalidade apresenta-se com uma dupla face, implicando na proibição do excesso (*ubermassverbot*) e vedando-se a proteção jurídica deficiente (*untermassverbot*).

Ao estabelecer para o crime do art. 62 da Lei 9.605/98 uma pena de 01 (um) a 03 (três) anos de reclusão e multa, tem-se a possibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo (art. 89, Lei nº. 9.099/95) e, acaso exista condenação definitiva, a pena deverá ser cumprida no regime prisional aberto (art. 33, § 2º, "c", do Código Penal), cabendo a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito (art. 44, I, Código Penal).

Registre-se que o tratamento leniente dispensado pelo legislador, para grave violação que atenta contra relevantes bens jurídicos penalmente tutelados como o patrimônio cultural material e imaterial brasileiro, além da memória de nosso povo, implica em proteção jurídica débil, em descompasso com o querer da *Lex Mater*.

Diante de referida constatação e do tratamento desproporcional,

brando e inadequado para graves violações, conclui-se que a proteção jurídica para sobredito crime apresenta-se como deficiente, restando inobservado o princípio constitucional da proporcionalidade.

Desta forma, conclui-se pela necessidade de edição de nova lei, alterando o art. 62 da Lei nº. 9.605/98, majorando as sanções para a gravíssima conduta de destruir, inutilizar ou danificar o patrimônio histórico e cultural brasileiro, devendo referida medida estar em consonância com o querer da *Lex Mater*, corrigindo-se proteção jurídica deficiente atualmente em vigor e que conspurca o princípio constitucional implícito da proporcionalidade.

CRIMINAL HISTORY AND CULTURAL HERITAGE PROTECTION

ABSTRACT: This article defines the concept of historical and cultural heritage, demonstrating the importance of its protection, talking about his constitutional provision and pointing his legal ward well and the defense or collective rights. It underlines the importance of criminal protection and the criminalization of conduct prejudicial to the historical heritage, fixed in art. 165 of the Penal Code and art. 62, I, of Law 9.605/98. Finally, depicts the violation of implicit constitutional principle of proportionality, mainly because of poor legal protection and legal highlighted, being imperative to change the law to suit criminal offenses referred to in wanting the Federal Constitution.

KEYWORDS: Historic Patrimony. Cultural. Protection Penal.

Notas

1 ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*; tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5º ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.164.

2 Idem, p. 164-169.

3 Segundo a doutrina: "(...) *as mudanças nos conceitos de cultura e patrimônio foram responsáveis pela valorização do patrimônio imaterial na atualidade. Em 1° de março de 2006 foi ratificada pelo Brasil Convenção da UNESCO para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial*". PELEGRINI, Sandra C. A.; FUNARI, Pedro Paulo. *O que é patrimônio cultural imaterial.* São Paulo: Brasiliense, 2008. Coleção primeiros passos, p. 31.

4 ZANDONADE, Adriana. *O Tombamento à luz da Constituição Federal de 1988.* São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 64.

5 A concepção de patrimônio presente no Decreto-Lei nº 25/1937 advém justamente da ideia de excepcionalidade do bem a ser salvaguardado. Nesse contexto em que foi promulgado o referido

decreto, aponta Zandonade (2012, p. 50), apenas os bens de caráter notável mereceriam proteção. Assevera a doutrina que: *"Somente na década de 1980 foi consolidada entre os especialistas uma acepção ampliada do conceito de patrimônio, compreendido não só por produções de artistas ou intelectuais reconhecidos, mas estendido às criações anônimas, oriundas da alma popular"*. FUNARI, Pedro Paulo Abreu; PELEGRINI, Sandra C. A. *Patrimônio Histórico e Cultural*. Rio de Janeiro: Zahar, 2006, p. 36.

6 ZANDONADE, Adriana. op., cit, p. 52.

7 HERÓDOTO (484 a.C. - 425 a.C.). *História. Livro 1 – Clio*. Traduzido do grego por Pierre Henri Larcher (1726–1812). Fontes digitais desta edição: digitalização do livro em papel, volumes XXIII e XXIV. Versão para o português de J. Brito Broca. Rio de Janeiro, 1950. p. 30. (Versão para eBook. eBooksBrasil, 2006.).

8 ZANDONADE, Adriana. op., cit, p. 21.

9 Idem. p. 24.

10 CHOAY, Françoise. *A Alegoria do Patrimônio*. Tradução: Luciano Vieira Machado. São Paulo: UNESP, 2001, p. 108.

11 SOUZA, Helania Martins de; ARAGÃO, Raimundo Freitas**.** *Demolição Patrimonial em Geografia e os Conceitos de Traço, Marca e Marcação em Vincent Veschambre*. Disponível em http://www.geosaberes.ufc.br/seer/index.php/geosaberes/article/viewFile/327/268. Acesso em 17.01.2016.

12 NASCIMENTO, Maíra Helena Cerqueira; PASSOS, Lucas Santos. *Aracaju/SE: entre o pretérito e o porvir – bens tombados em Aracaju.* Disponível em http://culturadigital.br/politicaculturalcasaderuibarbosa/files/2012/09/Lucas-Santos-Passos-et-alii.pdf. Acesso em 19.06.2015.

13 Art. 4º do Decreto-Lei nº 25 de 1937. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCiVil_03/Decreto-Lei/Del0025.htm. Acesso em 22.06.2015.

14 VELOSO, Mariza Motta Santos. *Nasce a Academia SPHAN. Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*. Rio de Janeiro, 1996, n. 24, p. 78.

15 ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Derecho Penal – Parte General.* 2ª ed., Buenos Aires: Ediar Editora, 2002, pp. 486-487.

16 PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 42.

17 PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 67.

18 GOMES, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 115.

19 MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação Civil Pública – Em defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores.* 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 48.

20 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-Individual – Interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 57.

21 LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003, pp. 17-18.

22 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op., cit., pp. 190-191.

23 FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza – De acordo com a Lei 9.605/98.* 7ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p 199.

24 ZANDONADE, Adriana. Op. cit., p. 70.

25 Idem, p. 69.

26 "O Código Penal, em seu art. 165, havia previsto cromo crime o dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico. O presente dispositivo manteve estruturalmente o art. 165, o qual pode entretanto ser considerado revogado". MILARÉ, Édis; COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. *Direito Penal Ambiental*, 2 ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 154.

27 Esse entendimento também é pactuado por Paulo Affonso Leme Machado no que se refere aos crimes contra o patrimônio cultural. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, 20 ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 1.116.
28 A Constituição Federal da República Portuguesa de 1976, em seu art. 18º (Força Jurídica), item 2, assim afirma: *"A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos"*. Constituição da República Portuguesa. Reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2008.
29 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais.* 5ª ed. revista e ampliada. São Paulo: RCS Editora, 2007, p. 78.
30 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição.* 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2007, p. 151.
31 GUERRA FILHO, Willis Santiago. Op., cit., p. 142.
32 PONTE, Antonio Carlos da. *Aspectos penais da preservação do patrimônio histórico e cultural.* www.sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/penais.pdf, acesso em 07.09.2015.
33 Idem, ibidem.
34 STRECK, Lênio Luiz. *A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais.* Revista da AJURIS - Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, nº. 97, Porto Alegre, 2005, pp. 176-177.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução da 1. edição brasileira coordenada de revista por Alfredo Bosi; revisão e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
CHOAY, Françoise. *A Alegoria do Patrimônio*. Tradução: Luciano Vieira Machado. São Paulo, UNESP, 2001.
FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza – De acordo com a Lei 9.605/98.* 7. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
FUNARI, Pedro Paulo Abreu; PELEGRINI, Sandra C. A. *Patrimônio Histórico e Cultural.* Rio de Janeiro: Zahar, 2006. Coleção Passo a Passo.
GOMES, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais.* 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2007.
_____. *Teoria Processual da Constituição.* 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2007.
HERÓDOTO (484 A.C. - 425 A.C.), *História*. *Livro 1 – Clio*. Traduzido do grego por Pierre Henri Larcher (1726–1812). Fontes digitais desta edição: digitalização do livro em papel, volumes XXIII e XXIV. Versão para o português de J. Brito Broca. Rio de Janeiro, 1950. (Versão para eBook. eBooksBrasil, 2006.).
LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio

Antônio Fabris, 2003.
MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 20. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2012.
MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação Civil Pública – Em defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores*. 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
MILARÉ, Édis; COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. *Direito Penal Ambiental.* 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
NASCIMENTO, Maíra Helena Cerqueira e PASSOS, Lucas Santos. *Aracaju/SE: entre o pretérito e o porvir – bens tombados em Aracaju*. Disponível em http://culturadigital.br/politicaculturalcasaderuibarbosa/files/2012/09/Lucas-Santos-Passos-et-alii.pdf. Acesso em 19/06/2015.
PELEGRINI, Sandra C. A.; FUNARI, Pedro Paulo. *O que é patrimônio cultural imaterial.* São Paulo: Brasiliense, 2008. Coleção primeiros passos.
PONTE, Antonio Carlos da. *Aspectos Penais da Preservação do Patrimônio Histórico e Cultural.* www.sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos penais, acesso em 07.09.2015.
PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-Individual – Interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
SOUZA, Helania Martins de; ARAGÃO, Raimundo Freitas. *Demolição Patrimonial em Geografia e os Conceitos de Traço, Marca e Marcação em Vincent Veschambre*. Disponível em http://www.geosaberes.ufc.br/seer/index.php/geosaberes/article/viewFile/327/268. Acesso em 17/01/2016.
STRECK, Lênio Luiz. *A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais.* Revista da AJURIS, nº. 97, Porto Alegre: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, 2005.
VELOSO, Mariza Motta Santos. *Nasce a Academia SPHAN*. Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Rio de Janeiro, n. 24. 1996.
ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Derecho Penal* – Parte General. Introdução do Direito Penal – Fundamentos para um sistema Penal Democrático. 2. ed., Buenos Aires: Ediar Editora, 2002
ZANDONADE, Adriana. *O Tombamento à luz da Constituição Federal de 1988.* Malheiros Editores. São Paulo, 2012.

A RELEVÂNCIA DO PODER JUDICIÁRIO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DA LEI MARIA DA PENHA PARA A PREVENÇÃO E COMBATE DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Patrícia Cunha Paz Barreto de Carvalho*

RESUMO: Diante da criação de mecanismos de combate e prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher pela Lei 11.340/2006, verifica-se a necessidade de especialização da prestação jurisdicional quanto à adoção de medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de vulnerabilidade. O magistrado, em especial, sem prejuízo de outros operadores jurídicos ou assistenciais, deve estar atento às questões de gênero partindo da análise do caso concreto e suas especificidades. Daí a importância da designação de uma audiência na fase preventiva, judicializada a partir da representação de medidas protetivas de urgência, ou mesmo da realização da audiência de custódia, a fim de que possa o juiz melhor averiguar a situação e adotar providências que visam a implementação de um sistema organizado e multidisciplinar voltado à prevenção do fenômeno e atendimento integral aos envolvidos, conferindo proteção jurídico-legal, assistencial, social e humana.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Maria da Penha. Lei 11.340/2006. Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Poder Judiciário. Medidas preventivas. Audiência. Medidas Protetivas de Urgência. Audiência de Custódia

1 INTRODUÇÃO

O escopo instrumentalizador da Lei Maria da Penha se revela a partir da criação de mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

A expressão prevenir revela a preocupação com ações educativas,

* Juíza de Direito da Comarca de Poço Redondo. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Sergipe.

informativas e sociais. Por outro lado, coibir não significa apenas a punição do agressor penalmente ou a repressão de sua conduta através do tratamento penal dispensado às agressões criminalizadas, mas sim evitar a continuidade da violência através de mecanismos diversos, penais e não-penais, voltados ao agressor, à vítima e aos demais atores envolvidos no conflito familiar onde a prática violenta ocorreu.

Percebe-se que, neste ponto, andou bem a legislação ao apontar os mecanismos e estratégias para a contenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, tanto em relação ao seu aspecto preventivo quanto ao repressivo.

Contudo, não basta somente a legislação, sendo necessária também a integração dos serviços de assistência social, saúde e justiça, além da implementação das políticas públicas aventadas na própria lei.

O tema da violência doméstica é social, público, político e internacional, afeto aos direitos humanos e como tal deve ser tratado pelo Estado, pela sociedade e pelos órgãos incumbidos de intervenção, seja na sua forma preventiva ou repressiva, seja punitiva ou assistencial.

É um compromisso que deve ser encarado para o fim de uma mudança de mentalidade cultural.

A legislação supera as críticas existentes em razão de seu aspecto punitivo, já que traz todo um arcabouço de políticas públicas capazes de superar a desigualdade quanto ao desempenho de funções baseadas no gênero e o conflito que se instaurou entre os seus atores.

Em sintonia com este espírito é que, a partir da notícia de que há uma situação pertinente à lei em destaque, o magistrado deve perquirir acerca da existência de violência de gênero e suas nuances a partir do exame do caso concreto, a fim de averiguar as suas especificidades.

Mas como fazer isso se praticamente o que é judicializado quase sempre se refere ao aspecto punitivo/repressivo, de cunho penal, cujo tratamento conferido se reveste, em sua maioria, de indisponibilidade?

Como conferir efetividade ao tratamento preventivo constante da legislação? Qual o papel e importância do Poder Judiciário neste contexto?

Daí é que surgiu a percepção a partir da experiência vivenciada no exercício da magistratura em casos desta natureza, de que existe uma alternativa quando a questão vem a ser judicializada, mediante a representação de medidas protetivas de urgência, ou mesmo quando da

realização de audiência de custódia.

2 A EXPERIÊNCIA APONTANDO A NECESSIDADE DE AUDIÊNCIA COMO FORMA DE PREVENÇÃO E COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER EM SUA GÊNESE

A experiência demonstrou acerca da importância da designação de uma audiência na fase preventiva, judicializada a partir da representação de medidas protetivas de urgência, a fim de que possa o juiz melhor averiguar a situação e adotar providências que visam a implementação de um sistema organizado e multidisciplinar voltado à prevenção do fenômeno e atendimento integral aos envolvidos, conferindo proteção jurídico-legal, assistencial, social e humana.

Ressalte-se, contudo, que tal audiência não se confunde com aquela outra prevista no artigo 16 da Lei 11.340/2006, pois naquela já há uma demanda penal repressiva.

Ademais, esta audiência prevista no artigo 16 somente deve ser designada quando a mulher renuncia à representação anteriormente ofertada ao Ministério Público em Ações Penais condicionadas, de forma espontânea e antecipadamente ao recebimento da denúncia.

Feita a distinção pertinente, porque relevante ao tema.

Nesta audiência que ora se examina, que é de natureza extrapenal, ao se deparar com um determinado caso concreto, o magistrado defere ou não a medida protetiva e examina acerca da necessidade de oitiva para fins de justificação da medida.

Nesta audiência, será perquirida a existência da violência de gênero, essencial para fins de justificação da competência do Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e aplicação da legislação em apreço.

Relevante é a verificação da situação real alegada, para que não haja o uso indiscriminado e negligente da legislação por mulheres em detrimento dos homens.

Diante da continuidade da convivência, serão adotadas outras medidas para a contenção preventiva do ciclo de vulnerabilidade, tais como o encaminhamento da vítima a um acompanhamento psicológico ou mesmo do agressor ou qualquer membro da família envolvido.

Essencial também a verificação da situação de crianças e adolescentes que são vitimizados indiretamente, e a resolução de questões de família derivadas do conflito, sobretudo se o casal está em vias de separação fática ou jurídica.

Vale ressaltar que quando da análise do caso em concreto, em audiência, o magistrado está autorizado a decidir sobre questões não somente no âmbito criminal, mas sobretudo cíveis.

Isto porque a norma contida no art. 33 das disposições transitórias da Lei 11.340/2006 prevê a necessidade de unificação da prestação jurisdicional a fim de evitar decisões incompatíveis, e para tanto previu a competência híbrida inclusive para as varas criminais.

É claro que isso não está pacificado entre os Tribunais de todo o país, pois remete a questões de organização judiciária local.

Porém, denota-se o objetivo final da legislação, que demonstra a preocupação com a resolução diferenciada da matéria atinente ao tema em estudo.

A criação de um "Juizado" de violência doméstica e familiar contra a mulher aponta para uma necessidade de resolução das questões de forma diferenciada, melhor, especializada, com um olhar mais apurado para a situação da dignidade humana, da desigualdade, da família, da segurança e paz social.

Daí porque a realização de uma audiência de "justificação" em um processo de natureza *sui generis*, como é o caso do requerimento das medidas protetivas de urgência, representará uma melhor resolução do problema levado a juízo, um olhar mais apurado da situação, detendo o magistrado um poder maior de influenciar mais intensamente na contenção do conflito.

Em suma, será analisada a necessidade da medida e o melhor encaminhamento tanto na seara cível e criminal, conferindo maior efetividade à legislação em seu aspecto extra penal, a partir da implementação de um sistema organizado e multidisciplinar voltado à prevenção do fenômeno e atendimento integral aos envolvidos, conferindo proteção jurídico-legal, assistencial, social e humana.

3 COMPATIBILIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COM A LEI MARIA DA PENHA

O Conselho Nacional de Justiça determinou que fossem realizadas

audiências de custódia objetivando o efetivo cumprimento do Pacto de San José e, por consequência, a proteção dos direitos humanos.

Até este momento, tratamos da necessidade de realização de uma audiência de "justificação" quando requeridas medidas protetivas em juízo, muitas vezes decorrentes do delito de ameaça.

Mas quando já existe uma prisão em flagrante, o caso já atingiu patamar de maior gravidade, sendo necessária a condução do preso e sua oitiva perante o juiz, Ministério Público e defesa, a fim de averiguar a legalidade e necessidade da sua prisão, além de outras condições condizentes aos direitos humanos.

A novidade, em um primeiro momento, pode até conduzir ao raciocínio de que, se não estiverem presentes os requisitos da prisão preventiva, alegada a existência de violência de gênero, poderia ser concedida a liberdade do agressor sem qualquer tipo de consequência.

Porém, diante de uma análise sistemática da legislação especial concernente ao tema, Lei 11.340/2006, verifica-se que, nesta oportunidade, do mesmo modo daquela outra audiência outrora referida, em momento preventivo, esta também servirá para idêntica finalidade.

É totalmente compatível a realização desta audiência com os postulados da Lei Maria da Penha, que aliás devem ser fielmente observados nesta mesma oportunidade, devendo o magistrado avaliar a questão da violência de gênero, necessidade de aplicação de medidas protetivas, afastamento do lar e demais aspectos pertinentes quando diante de um caso desta natureza.

Assim, diante da legalidade da prisão, analisa-se a necessidade da prisão, a partir da presença ou não dos requisitos da prisão preventiva.

Caso não se defina pela concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança, ou mesmo aplicação de medidas cautelares comuns, neste momento é que deverão ser analisadas também as peculiaridades da Lei Maria da Penha, com a consequente aplicação de seus institutos preventivos.

4 CONCLUSÃO

Diante da criação de mecanismos de combate e prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher pela Lei 11.340/2006,

verifica-se a necessidade de especialização da prestação jurisdicional quanto à adoção de medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de vulnerabilidade.

O magistrado, em especial, sem prejuízo de outros operadores jurídicos ou assistenciais, deve estar atento às questões de gênero partindo da análise do caso concreto e suas especificidades.

Para tanto, nada melhor do que a designação de uma audiência a fim de dirimir qualquer dúvida existente sobre o conflito, tanto na esfera cível quanto na criminal.

Em se tratando de hipótese de requerimento de medida protetiva de urgência, tendo pois um caráter de certo modo preventivo, a questão judicializada, portanto, transforma o juiz em essencial protagonista para a contenção do conflito e suas consequências.

Mediante a simples designação de uma audiência, antes ou mesmo depois da análise acerca da concessão da medida protetiva de urgência, o magistrado pode averiguar melhor a situação trazida a lume e adotar as providências que visam a implementação de um sistema organizado e multidisciplinar voltado à prevenção do fenômeno e atendimento integral aos envolvidos, conferindo proteção jurídico-legal, assistencial, social e humana.

Esta audiência, que tem os efeitos de uma audiência de "justificação", visa colher elementos para o deferimento, ratificação ou até mesmo a revogação da medida protetiva de urgência postulada.

Além disso, denota-se que a sua realização pode trazer outras consequências na órbita cível, já que a finalidade da legislação preza a uniformidade da prestação jurisdicional, conforme a previsão do art. 33 da Lei em comento.

Ademais, mister salientar que o instituto da audiência de custódia é perfeitamente compatível com a legislação em apreço, apenas com a ressalva de que deve ser exercida a mesma tarefa de averiguar a aplicabilidade dos institutos nela contidos, a exemplo da aplicação de medidas protetivas de urgência.

Um olhar diferenciado do magistrado, portanto, é que vai imprimir o tratamento mais adequado àquelas situações que têm por objeto a violência de gênero contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, demonstrando a sua importância como instrumento de efetividade da legislação, mediante a realização de audiências que aprimoram a análise

do caso concreto.

_____

CONDUCTING THE HEARING AS A MEANS OF IMPROVEMENT AND EFFECTIVENESS OF THE MEASURES IN MARIA DA PENHA LAW

ABSTRACT: Before the creation of mechanisms to combat and prevent domestic and family violence against women by Law 11.340 / 2006, there is the need for specialization of adjudication on the adoption of measures of assistance and protection to women in vulnerable situations. The magistrate, in particular, without prejudice to other legal or assistance operators should be aware of gender issues based on the analysis of the case and its specificities. Hence the importance of the appointment of an audience in the preventive phase, judicialized from the representation of urgent protective measures, or even the day of custody hearing in order to who can best judge to ascertain the situation and adopt measures aimed at implementing an organized and multidisciplinary system aimed at preventing the phenomenon and comprehensive care to those involved, giving juridical-legal, healthcare, social and human protection.

KEYWORDS: Maria da Penha Law. Law 11.340/2006. Domestic and Family Violence against Women. The judiciary. Preventive measures. Hearing. Emergency Protective Measures. Custody Hearing.

A DEVOLUÇÃO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO PERÍODO DO ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA

Silvia França de Souza Morelli*

RESUMO: Este artigo pretende explicar como é o comportamento de adultos na relação de adoção de crianças antes de adotá-las. Defende uma tese de que é danoso para as crianças serem devolvidas antes da adoção. Isso porque todas as crianças precisam ser protegidas, ser amadas, estar seguras num lar com uma família de verdade.

PALAVRAS-CHAVE: Adoção. Órfãos. Crianças. Adolescente. Proteção a direitos.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo desse trabalho é discutir a respeito dos riscos que afetam contundentemente, a criança e/ou o adolescente quando submetidos a um rigoroso processo de Adoção e, inesperadamente, são devolvidos em pleno Estágio de convivência pelos pretensos pais ou mães sem se preocupar com nenhuma consequência do ato.

Assim sendo, comenta a previsão do referido instituto, na ordem jurídica vigente, realiza uma pequena incursão vivida pelo mesmo ao longo dos anos. Afirma ser importante a interconexão do mesmo no cenário jurídico com as formas legislativas, argui a ponderação dos princípios constitucionais, dos princípios legais, ressaltando a interdisciplinariedade entre as ciências como forma de vencer os obstáculos não transpostos pela ciência jurídica face a sua limitação objetiva e a importante despatrimonialização do Direito Civil, hoje, sendo aplicado à luz da Constituição Federal.

Quando uma pessoa se propõe a adotar uma criança ou um adolescente, essa pessoa já se definiu pai ou mãe, e lá escondido em seu íntimo, a adoção já se realizou, o próximo passo é encontrar a quem entregar todo o afeto desmedido.

* Advogada. Pós-Graduada em Direito de Família e Sucessões pela Fase.

Pois bem, não há na lógica jurídica a explicação dos motivos de uma adoção. Porque adotar não se constitui em função de uma previsão legal, se torna esse instituto também pela previsão da lei, mas se amplia pelos objetivos de quem se abriga do mesmo. A lei o blinda, o aplaude, mas se emudece quando se revela menina em face da conquista do bem da vida, ou seja, adotar é muito mais do que isso, advém do amor, sentimento único e inabalável capaz de belas e prodigiosas transformações na vida do ser humano.

O Brasil viveu muito tempo com uma modalidade denominada pela doutrina de "adoção à brasileira", a qual acontecia quando alguém sem observar o regular procedimento imposto pela lei civil, e eventualmente assumindo o risco de responder criminalmente pelo ato registrava como seu um filho.

Ganhou-se esse epíteto de adoção à brasileira, porque, era resolvida, pelo jeitinho brasileiro, sendo necessário o declarante dirigir-se ao Cartório de Registro Civil de Pessoas, sem qualquer problema, apresentar a Declaração de Nascido Vivo – DNV, e registrar o filho como seu, não se questionava, se de fato aquela criança era sua. Essa forma de adoção aconteceu em milhares de balcões de cartório de registro civil, espalhados por esses rincões do nosso grande país, desconhecida por muita gente.

O que dizer disso, a uma é uma forma de adoção completamente vedada, pela lei, não há o que se discutir. Contudo, malgrado toda a vedação legal, conforme entendimento jurisprudencial, atualizado, para se desconstituir uma adoção realizada nesse naipe, é necessário coexistir dois requisitos: primeiro: **a prova da inexistência da origem biológica entre pai e filho registral e o mais importante que não tenha se constituído uma relação socioafetiva**.

Ou seja, para se discutir judicialmente a desconstituição de um vínculo criado pela Adoção Brasileira, é feito através da **Ação Negatória de paternidade c/c com nulidade de Registro civil**, sendo ela, uma ação imprescritível (1601 do CC) e o êxito dela conforme **entendimento do STJ, consoante os princípios do CC/2002 e da CF de 1988 depende a um só tempo da demonstração desses dois requisitos**.

Assim, para ação negatória de paternidade ser julgada procedente não basta apenas que o DNA prove que o "pai registral" não é o "pai biológico". É necessário também que fique provado que o "pai registral"

nunca foi um "pai socioafetivo", ou seja, que não se construiu uma relação socioafetiva entre pai e filho. (STJ Quarta Turma. REsp 1.059.214-RS, Min. Luís Felipe Salomão, julgado em 16/2/2012).

Em se tratando de adoção à brasileira, a melhor solução consiste em só permitir que o pai-adotante busque a nulidade do registro de nascimento quando ainda não tiver sido constituído o vínculo de socioafetividade com o adotado (STJ REsp 1088157/PB).

Ora, o entendimento que os Julgadores abraçaram, mesmo na adoção à brasileira, é o de preservar, prestigiar, o laço criado entre os envolvidos, na comentada ação, ou seja preservar é o amor entre os envolvidos. Continuando por essa esteira de entendimento, qualquer tipo de adoção atende sem sombra de dúvida aos interesses dos adotados.

2 A ADOÇÃO E OS SEUS EFEITOS

2.1 O INÍCIO

O Código Civil de 1916 disciplinava a adoção tanto de adultos quanto de crianças e adolescentes. Tinha como requisito a idade mínima de 50 anos de idade para o adotante, que deveria ser 18 anos mais velho que o adotado, além do mais, o adotante não poderia possuir prole legítima ou legitimada, entendendo-se que a adoção atendia os interesses dos adotantes. Em 1957 alterou-se algumas regras, houve a diminuição da idade para 30 anos do adotante e fixou-se que o parentesco só tinha efeito entre o adotante e o adotado. Seguindo os capítulos dessa escada, em 1979, com a edição do Código Menorista pautado na doutrina da situação irregular, determinou-se que a adoção de adultos fosse regida pelo Código Civil. Em 1990 editou-se a Lei nº 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente precioso diploma legal provocador de mudanças necessárias responsáveis na revolução do entendimento do cenário jurídico brasileiro.

A Adoção é um Instituto previsto na Constituição Federal, escalonado, no Título VIII, "Da Ordem Social," Seção III, Capítulo VII, "Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso", Artigo 227, Parágrafo 5º, definindo o paradigma de controle. É, de igual forma apontada no artigo 1.618 CC/2002, que remete o estudo de seu procedimento à Lei Especial

nº 8.069/1.990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente – E.C.A.

Ela é uma medida de caráter excepcional e irrevogável que atribui a condição de filho ao adotado para estender-lhe as mesmas garantias e obrigações inerentes da relação entre pais e filhos, inclusive os sucessórios, dissolvendo o vínculo com os seus pais e parentes biológicos, obviamente, mantendo acesa a exceção restrita em relação aos impedimentos matrimoniais. Tanto é que mesmo com a morte não há como reestabelecer o poder familiar dos pais naturais. A lei veda a Adoção por procuração como forma de humanizar mais ainda o ato, ora, o constituinte conseguiu ir além do pergaminho legal, para tentar alcançar a humanidade, como poderia permitir-se uma adoção por procuração?

Pois bem, o citado diploma legal permite aos casais divorciados, os ex-companheiros a possibilidade de adoção conjunta, bem como, o acordo sobre a guarda e o regime de visitas, desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência de ambos, mais uma vez, reforçando que o objetivo a ser alcançado é a formação de um vínculo de afinidade e afetividade entre os envolvidos no processo adotivo. Ela ainda será deferida ao adotante que após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento. A lei é clara quando prevê que será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

O Artigo 39 do Estatuto da Criança e do Adolescente define a competência formal para o regular trâmite do procedimento, esclarecendo em seu parágrafo 1º:

> "(...) A adoção é medida excepcional e irrevogável, a qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta lei.[1]

Esse instituto ampara em seu seio, muito mais do que o frio caráter jurídico regulador da lei, que se resolve pelo simples cumprimento de seus comandos enfeixados nesse Estatuto. Ao contrário, o objetivo abraçado por ele, é o de completar uma esfera abstrata do intocável, do não palpável, dificilmente discutível, *ipso iure*, por ser afeta aos sentimentos humanos, como se fosse, em palavras ditas por Kelsen:

> "(...) uma norma hipotética, vista no plano do suposto, que cria uma norma no plano do posto: comanda a construção da Constituição Federal (...):[2]

A sua dicção leva à compreensão de que a Lei, formuladora de condutas objetivas, é criada para equacionar, um definido problema de vida, oriundo de uma situação fática qualquer para tentar harmonizar, unir, controlar, os opostos. Porém, se mesmo com o seu objetivo anterior definido, não conseguir dissolver aquele ponto intrínseco desfavorável à entrega do bem da vida, deve o aplicador do direito, buscar a solução, não contra a lei, mas sobretudo, pautado a favor da igualdade, da dignidade, dos princípios da boa-fé, para premiar vidas com a união das mesmas.

É forçoso reconhecer que por mais que se discuta esse tema, com o viés meramente jurídico, analisando ponto a ponto, as particularidades do Estatuto e sua conexão com a Constituição Federal. Muito mais, importante é aplicar todo esse entendimento com cautela, presteza, buscando auferir o interesse dos envolvidos, para alcançar a Justiça. Porque fazer justiça não é só aplicar a lei, em todos os seus limites, é ser ético, ser moral, ser útil, ser prático, ser claro e não se comportar como um mero soldado de um exército, que desempenha a ordem unida mecanicamente sem saber por quê.

Toda essa perspectiva reúne em si, a trajetória de conquistas sociais edificadas ao longo dos tempos, diante das transformações ocorridas com o ser humano, que se redescobriu como a meta da ordem jurídica, em detrimento dos bens que só fazem sufocá-lo.

O Novo Código Civil abandonou ao longo da estrada sua capa patrimonialista, e redirecionou o seu epicentro para o ser humano, claro que com toda a obviedade. Deve-se lutar para que o mundo se torne melhor, e para isso, os bons exemplos, as boas lutas devem ser primeira página dos cartazes mais premiados.

Os princípios constitucionais passaram a ser vetores indicativos de toda a ordem jurídica: "...violar um princípio é muito mais preocupante do que violar uma norma".

Pedro Lenza, ilustríssimo doutrinador, ensina em seu livro, que: "A doutrina passa a desenvolver, a partir do início do século XXI, uma nova perspectiva em relação ao constitucionalismo, denominada neoconstitucionalismo, ou, segundo alguns, constitucionalismo pós-

moderno, ou ainda, pós-positivismo. Busca-se, dentro dessa nova realidade, não mais apenas atrelar o constitucionalismo à ideia de limitação de poder político, mas acima de tudo, buscar a eficácia da Constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, especialmente diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais".[3]

3 DO ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA

3.1 CONCEITO E IMPORTÂNCIA

O Estágio de Convivência está previsto no Artigo 46 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990, prescreve claramente que: "(...) **A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar**", observada as peculiaridades do caso. (grifo nosso).

> pág: 1º O referido estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo;
> pág: 2º A simples guarda de fato não autoriza, por si só, a dispensa do Estágio de Convivência;
> pág: 3º Em caso de adoção por pessoa ou casal residente e domiciliado fora do país, o Estágio de Convivência deve ser cumprido no território nacional de no mínimo de 30 dias.

Pois bem, percebe através da leitura do artigo acima que o referido Estágio de convivência será devidamente, acompanhado pela equipe interprofissional, a serviço da justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio de Técnicos.

Essa previsão no trâmite do procedimento de Adoção explica a preocupação da lei em relação às crianças e adolescentes que se encontram na orfandade, e serão apresentados a uma nova situação. Sendo assim, na esteira da compreensão quis a lei promover entre os envolvidos a possibilidade de enxergar-se mutuamente ainda que de forma não definitiva, porém quem sabe, melhor que outrora.

Ora, em verdade, sabe-se que uma criança ou adolescente que seja submetido a um processo de Adoção, a depender da fase que se encontrem, primeira, segunda ou terceira infância guarda em seu peito um turbilhão de profundas emoções impossíveis de serem aquilatadas por quem quer que seja estudioso no assunto, isto mesmo: educador, psicólogo, pedagogo, psicopedagogo. As emoções, sentimentos humanos são imprevisíveis, são ainda um universo intocável e abstrato, estão dentro do coração e da cabeça de cada um.

Percebe-se num raciocínio meridiano que o adotado dirige todas as suas expectativas para não desapontar aquele pai, ou mãe, e assim por consequência receber como vitorioso um lar, com uma cama, e um armário, festa de aniversário, almoço costumeiro, ida ao parque, matrícula em escola, com farda escolar, e dia das crianças e broncas para dormir cedo e viver, para recomeçar o seu novo começo.

A compreensão do **Estágio de Convivência ultrapassa muito mais do que uma linha reta definida na lei**, em seu íntimo, ele tenta promover a irradiação da Afetividade entre os envolvidos, esse sentimento que já deve se encontrar definido nas pessoas sob pena de embaraçar qualquer processo.

Sendo assim, quando se ouve bradar no princípio da prioridade absoluta e a sua importância, não deve fazê-lo por simples exibição de fala, mas sim por entender a verdadeira situação que uma criança sem lar, sem família esteja submetida, quer dizer, **estas crianças e adolescentes que vivem à espera de uma adoção são de fato prioridade absoluta!**

Estudos definem a infância como um período em que a criança vive um processo de adaptação progressiva ao meio físico e social. Nesse momento, dá-se um rompimento da vida familiar da mesma para iniciar-se uma nova experiência. Dessa forma, para que a criança tenha um desenvolvimento saudável em todos os aspetos – cognitivo, biológico, cognitivo e socioafetivo – é necessário que ela se sinta segura e acolhida. O ambiente no qual a criança será submetida, seja ele qual for deverá proporcionar relações interpessoais positivas e os pais e educadores devem buscar uma abordagem integrada enxergando a criança em sua totalidade.

“ (…) educai as crianças e não será preciso punir os homens (...)”

Os estudos acima exibem a importância da adaptação progressiva ao

meio físico e social de crianças e adolescentes que se desenvolveram no seio de suas famílias, preocupando-se com o desenvolvimento social e saudável de cada uma delas. Pois bem, e o que faremos com aquelas que não tiveram uma família para se desenvolverem, para rasgarem todas as suas dúvidas num ambiente adequado?

Este artigo aqui tenta compreender e explicar cientificamente o que não se pode, mas que qualquer um interpreta desfavoravelmente quando não se sente confortável diante de um semblante fechado, de um cenho franzido de uma criança ou um adolescente numa fila de espera num orfanato.

Por essa razão, é mais justo não procurar criar fórmulas matemáticas para tão somente resolver um problema que está ligado desde a formação do indivíduo. Uma criança e um adolescente que se reconheceram dentro de um abrigo são inseguros, estão desprotegidos e vulneráveis, muitas das vezes não sabem expressar amor, carinho e não há nada a fazer, a não ser esperar pelo passar do tempo, e ter paciência para procurar entender os motivos e razões de muitas coisas.

4 A AFETIVIDADE COMO FATOR DE QUALIDADE NO DESENVOLVIMENTO INFANTIL

A palavra afeto vem do latim affectur significa: afetar, tocar e constitui o elemento básico da afetividade. A afetividade faz parte da função psíquica do indivíduo, assim sendo que para compreender e educar o ser humano tem-se que considerar a importância dos afetos. Ela (afetividade) revela-se sendo um aspecto importante na constituição da pessoa, bem como na determinação da orientação do seu comportamento.

Na literatura, muitas vezes, encontra-se a utilização dos termos afeto, emoção e sentimento como sinônimos. Entretanto o termo emoção, segundo Sérgio Leite e Elvira Tassoni, encontra-se relacionado ao componente biológico do comportamento humano, são processos psíquicos que acompanham manifestações orgânicas.

Já a afetividade é utilizada com uma significação mais ampla, referindo-se às vivências dos indivíduos e às formas de expressão mais complexas e essencialmente humanas.

Segundo Krueger (2003), os estados afetivos fundamentais são:

"**as emoções, os sentimentos e as paixões**". Ela afirma ainda que a afetividade influencia a percepção, a memória, o pensamento e as ações do indivíduo sendo, portanto, um componente essencial para a harmonia do ser humano.

A Afetividade é um assunto de relevo especial por possuir uma clareza meridiana devendo estar presente em todas as relações humanas. Ela é plenamente observável a qualquer tipo de olhos que tencione compreender a importância de sua posição entre os indivíduos onde quer que eles se encontrem. Os seus efeitos direcionam e regem as atitudes do ser humano de uma forma em geral. A ausência dela produz desarmonia, uma vez que o ser humano não consegue viver, socializar, porque não respeitará a si e nem os outros.

> **"(...) A afetividade é a relação de carinho ou cuidado que se tem com alguém íntimo ou querido. É o estado psicológico que permite ao ser humano demonstrar os seus sentimentos e emoções a outro ser ou objetos. Pode também ser considerado o laço criado entre humanos, que, mesmo sem características sexuais, continua a ter uma parte de amizade mais aprofundada. Em psicologia, o termo afetividade é utilizado para designar a suscetibilidade que o ser humano experimenta perante determinadas alterações que acontecem no mundo exterior ou em si próprio. Tem por constituinte fundamental um processo cambiante no âmbito das vivências do sujeito, em sua qualidade de experiências agradáveis ou desagradáveis (...)" Wikipédia. A Enciclopédia Livre.**

O filósofo, médico e psicólogo francês Henri Wallon (1879-1962) reconheceu na vida orgânica as raízes da emoção, trazendo contribuições significativas acerca da temática. Ele se debruçou sobre o estudo da dimensão afetiva e os seus aspectos emocionais. Para ele as emoções sejam, como reações incoerentes e tumultuadas, sejam como reações positivas. Wallon rompe com uma visão valorativa das emoções, buscando compreendê-las a partir da apreensão de suas funções, e atribuindo-lhes um papel central na evolução da consciência de si. Em

suas postulações concebe as emoções como um fenômeno psíquico e social, além de orgânico.

Nessa perspectiva, pode-se falar na indissociabilidade entre o biológico, o cognitivo e o social ou afetivo. Para Wallon (apud Galvão 1995) o desenvolvimento humano é descontínuo, alternado em etapas ora com foco na cognição, ora com foco na afetividade. Segundo ele, o desenvolvimento humano progride continuamente por meio das emoções e da relação com o meio, independente da maturação orgânica, já que as funções psíquicas podem prosseguir em um permanente processo de especialização e sofisticação.

Wallon (*apud* Almeida, 1999) destaca que "a afetividade e a inteligência constituem um par inseparável na evolução psíquica, pois ambas têm funções bem definidas e, quando integradas, permitem à criança atingir níveis de evolução cada vez mais elevados" (p. 51).

É fundamental que cada criança seja vista e tratada como pessoa única, respeitada na sua singularidade, nas suas aptidões, e também em suas limitações. Isto significa garantir o direito ao colo e ao carinho, bem como o respeito ao ritmo de cada criança. É igualmente importante propiciar às crianças momentos de privacidade, autonomia e criatividade.

O primeiro autor, considera aspectos da afetividade e da cognição inseparáveis, foi o **Biólogo e Epistemólogo Suíço Jean Piaget (1896-1980)** que adverte sobre o fato de que, apesar de diferentes em sua natureza, a afetividade e a cognição são inseparáveis, indissociáveis em todas as ações simbólicas e sensório-motoras. Ele postulou que toda ação e pensamento comportam um aspecto cognitivo, representado pelas estruturas mentais, e um aspecto afetivo, representado por uma energética, que é a afetividade. Complementando, todos os objetos de conhecimento são simultaneamente cognitivos e afetivos, e as pessoas, ao mesmo tempo que são objeto de conhecimento, são também de afeto.

Ora, conforme o estudo dos pesquisadores, eles partem do princípio que o afeto é importante para o desenvolvimento e formação segura da personalidade do indivíduo. Para crianças que possuem família e com elas estão bem conectadas e reconhecidas é um grande presente, todavia, aqueloutras que não sabem quem são os seus pais? como então, formular a visão sobre o aspecto emocional das mesmas, como tratá-las?

5 A DEVOLUÇÃO DAS CRIANÇAS

5.1 A DEVOLUÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES APÓS A EFETIVAÇÃO DA ADOÇÃO

Conforme, acima comentado, o **Estágio de Convivência é condição *sine qua non*, para o processo de Adoção**, por ser através dele, que o Estado, com o seu poder de Império, ainda que timidamente, conhecerá os envolvidos e de uma forma muito tênue, e importante opinando sobre o deferimento, ou indeferimento da Adoção.

Pois bem, e se acontecer uma recusa do casal envolvido não querer mais a criança ou o adolescente? Ou seja, quiser devolvê-los?

A ordem jurídica brasileira admite tal comportamento, porque, defende-se que é naquele momento em que as pessoas estão se reconhecendo e que é melhor que se resolvam as pendências ali e que se devolvam as crianças e os adolescentes neste momento do que após o processo de Adoção totalmente efetivado.

Na maioria dos casos, **a devolução acontece quando o adotante detém a guarda provisória, mas o processo de adoção não está finalizado**. E, depois de encerrado o processo, ainda que rara, ela também poderá acontecer. Não há estatísticas oficiais, no entanto, a Comissão Estadual Judiciária de Adoção de Santa Catarina revelou, em 2011, que cerca de 10% das crianças abrigadas em situação de conflito familiar no Estado seriam oriundas de adoções que não deram certo.

Se acontecer a devolução, cabe à Justiça buscar parentes da família adotiva que possam estar interessados em ter a guarda provisória da criança. **A alternativa é o traumático retorno da criança a um abrigo**. Afirma Maria Luiza Ghirardi, da USP: "...pais muitas vezes supervalorizam relação com filho adotivo e não admitem as dificuldades comuns na relação".

Os Tribunais entendem que **é devida responsabilização por absoluto dano gerado quando o processo de Adoção foi concluído** e nesse ínterim, cita-se como casuística: o Tribunal de Justiça de Santa Catarina divulgou, decisão do Desembargador Joel Dias Figueira Júnior, que condenou um casal da cidade de Gaspar, no Vale do Itajaí, a pagar R$ 80 mil por danos morais para dois irmãos, de (09) nove e (13) treze anos, que haviam sido adotados pela família.

Segundo o processo, o casal adotou um menino e uma menina, mas na verdade só queria a menina. A lei de adoção é contra a separação de irmãos e, diante disso, aceitaram levar também o menino. **Seis anos depois da adoção, o casal tentou devolver o garoto. A justiça de Santa Catarina retirou do casal a guarda das duas crianças e o condenou a pagar a multa**.

A decisão de cobrar a indenização de um casal que devolveu um filho adotado - ainda que indiretamente, através da compensação por danos morais - levanta a discussão: **o que é pior para a criança: ser devolvida e passar por um novo processo de abandono ou permanecer em um lar hostil, onde não é aceita e amada?** Será que punições aos pais que devolvem seus filhos poderiam ter o efeito colateral de inibir os que se encontram nessa situação fazendo-os recuar da decisão de abrir mão do filho, que pode se tornar uma vítima de maus-tratos dentro de casal. Seguindo esse caminho, é muito justa a aplicação do teor do artigo 187 do CC/2002, para aqueles casos de devolução no curso do estágio, para os autores respondam pelo ato ilícito.

5.2 A DEVOLUÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM PLENO ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA

Assim, como então resolver um problema que **vem se multiplicando por todo o Brasil: a devolução de crianças em pleno estágio de convivência**?

Primeiro argui-se a título de provocação o seguinte: **pode-se devolver uma criança, ou um adolescente como se o mesmo fosse um bem**? Uma mercadoria com um vício aparente, ou um vício oculto.

Segundo este vínculo jurídico se sujeita a prescrição ou a decadência se o vício não for alegado a tempo?

Terceiro qual é o defeito mais comum encontrado nas crianças ou adolescente no predito Estágio de Convivência?

Um indivíduo que alcança essa fase (**estágio de convivência**) imprime em si a convicção do que realmente quer para si, adotar uma criança, tornar-se verdadeiramente pai ou mãe. Pois bem, o procedimento de adoção não abre espaço para dúvidas, deleite e desejos supérfluos: hoje eu quero ser pai e ter responsabilidades na educação de uma criança e/ou adolescente; hoje eu quero ser mãe; amanhã eu não quero mais ser pai

e/ou mãe. O que está em jogo é a vida de um ser vulnerável. Uma pessoa que se porta dessa forma, ao invés de ajudar, estará prejudicando ainda mais, porque esquecerá do propósito e supervalorizará a si própria, em detrimento do objetivo maior que é a Adoção.

Em que pese ser importante, obviamente, levar-se em consideração e registrar tudo o que aconteceu no momento do Estágio de Convivência, através de relatórios elaborados por um técnico responsável por este mister, quer dizer, no período de contato entre adotantes e adotado, a fim de auferir com clareza se a criança ou adolescente foi bem recebido e tratado com respeito, amor e tranquilidade no seio do lar; e se de fato ele ou ela se harmonizou àquele seio familiar, descartando-se qualquer hipótese de violência deflagrada contra eles. Mesmo assim, não nos parece salutar defender e que o citado período se presta para que se rejeite as crianças.

De modo algum, este período funciona como um sinal vermelho, um alerta, que indica comportamentos inaceitáveis, os quais estão sendo perpetrados contra o vulnerável, neste caso, a criança ou adolescente.

Entende-se que o Estágio de Convivência, com a devida vênia, serve como mecanismo para que o Estado, através de seu Poder de Império, retire a criança e o adolescente do ambiente que se apresenta hostil ao seu desenvolvimento sadio e tranquilo.

É um controle estatal e não faculta terceiros usá-lo a seu bel-prazer.

Não adianta retirar a criança do abrigo e a qualquer custo entregá-la a quem aparentemente declare ter condições psicológicas para assumi-la. Como a própria lei prescreve, é apenas um estágio que é controlado pela lei em benefício das crianças e dos adolescentes, e não a favor de pessoas que estão procurando satisfazer o seu ego, em busca de uma criança perfeita.

> (...) a menina que foi devolvida na semana passada, na cidade....., por um casal, chorava muito à noite, com medo do escuro. O casal tentou diversas vezes que a mesma dormisse de luz apagada.(...)
>
> (...) o casal alegou que o menino não tinha educação suficiente, para se comportar à mesa, nas horas das refeições, e disseram que tentaram ensinar-lhe modos, mas, o menino colocava os cotovelos em cima da mesa. (...)

A lei alberga as posições justas, equânimes e verdadeiramente apontadas para um ideal libertador e não para posições covardes e eivadas de ego. O Estágio de Convivência deve ser compreendido como um meio preparado pela lei, para unir em família pessoas que necessitam desta junção, desta experiência, e não encarado como um prazo que faculta a possibilidade dos possíveis adotantes em se arrependerem por visualizarem defeitos na criança.

Nesse diapasão, é importante destacar que essa tese foi aprovada por unanimidade no XVIII Congresso Nacional do Ministério Público/ CONAMP, realizado na cidade de Florianópolis-SC, no ano de 2009. Em http://conamp2009.com.br/?pageContent=tesesAprovadas. Acesso em 14/05/2010.

"... princípio da prioridade absoluta, expressamente reconhecido no art. 227, "caput", da Carta Magna, o qual faz com que o interesse da criança e do adolescente sobreleve a qualquer outro interesse. Isto significa, portanto, que a falta de maior clareza do legislador, no art. 46 do ECA, não pode servir de pretexto para que adotantes mal-intencionados ludibriem a Justiça e, particularmente, crianças e adolescentes, levando-os, pois, para as suas residências, com o propósito de fazer "uma experiência": - se aprovada, dão o sinal verde para a Justiça; se reprovada, simplesmente efetuam a "devolução", sem qualquer escrúpulo ou cuidado. Esta tese foi aprovada por unanimidade no XVIII Congresso Nacional do Ministério Público/CONAMP, realizado na cidade de Florianópolis-SC, no ano de 2009. Em http://conamp2009.com.br/?pageContent=tesesAprovadas. Acesso em 14/05/2010.

Seguindo esse caminho, é muito justa a aplicação do teor do artigo 187 do CC/2002, para aqueles casos de devolução no curso do estágio, para os autores respondam pelo ato ilícito.

> Art. 187 CC/2002. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

"(...) O estágio de convivência, previsto no art. 46 do ECA, não pode servir de justificativa legítima para a causação, voluntária ou negligente, de prejuízo emocional ou psicológico a criança ou

adolescente entregue para fins de adoção, especialmente diante dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da prioridade absoluta em relação à proteção integral à infância e à juventude (...)"

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depreende-se do exposto, que o Estágio de Convivência não se presta para dirimir dúvidas dos adotantes, e nem se presta como prazo de arrependimento para que se possa auferir defeitos na criança ou no adolescente, ou se os mesmos querem ou não querem ser pais, se querem ou não querem assumir. Este apenas visa confirmar se os envolvidos estão abraçados num ideal maior, o do Amor, da União resultando numa Adoção de luz e de compreensão.

Como acima já citado, este artigo abraça a tese de que o Estágio de Convivência se presta como mecanismo para que o Estado, através de seu Poder de Império, retire a criança e o adolescente do ambiente que se apresenta hostil ao seu desenvolvimento sadio e tranquilo. Frise-se por ser um controle estatal e não faculta terceiros usá-lo ao seu bel-prazer.

A lei está desse lado e não deve compactuar com a abertura de canais que desenvolvam teses que atentem contra o que é indigno para uma criança e ou adolescente que vive na orfandade de um abrigo. Ora, se não sabe, se há dúvidas acerca das responsabilidades em assumir a vida de uma criança e/ou adolescente, então, nem preencha o formulário se candidatando à Adoção.

Admitir em remota hipótese, que o período de convivência, ostente a natureza jurídica de ser direito dos adotantes, facultando-lhes a possibilidade de avaliar a conveniência da constituição do vínculo de adoção, é como entregar-lhes um cheque em branco, imprimindo um caráter de mão única. Ou seja, o Estágio de Convivência apenas serviria para encontrar, a criança ideal para aquele determinado casal que através de nota, pontuaria o seu comportamento.

A Teoria Pura do Direito estudada sob o enfoque jurídico de Hans Kelsen explicou que há uma norma hipotética fundamental que valida todo o sistema jurídico, o qual se apresenta tal qual uma pirâmide escalonada de forma hierárquica, infirmando e deduzindo a importância

que cada nível possui e a obediência deles todos à Constituição Federal.

Pois bem, a Constituição Federal, completamente irradiada de princípios ilumina toda essa ordem jurídica, a qual recebe dia a dia um novo fato social, e tenta com ele se harmonizar.

Ora, se essa ordem jurídica formada por normas e princípios que se conectam e se disciplinam através de suas antinomias e dão pulso vital ao sopro das relações sociais intermitentes, abrir o espaço para abraçar um desvio funcional da regra, dará azo à implosão de toda a arquitetura kelseniana. Ou seja, se alguém abusar no exercício do direito que lhe é facultado e invadir o direito de outrem violando-o, o próprio sistema buscará a melhor responsabilização.

In casu, o sistema jurídico se preparou para realizar um processo Adotivo, e não para referendar espaço de devolução de pessoas. A norma hipotética que valida todo o bloco de constitucionalidade busca, em primeira análise o bom senso, a justiça, a boa-fé para prestigiar aqueles que imbuídos do desejo de adotar, salvem a si próprios como as crianças para aceitarem-se como humanos já fragilizados pelas intempéries da vida.

Não é humano, olhar uma criança como se fosse um produto visto numa vitrine de troca, procurando por defeitos, pelo simples fato, de não haver ninguém perfeito.

De outra forma, não há como precisar, de que forma será a relação que ali está se avizinhando começar, explicando, quem deseja adotar tem que se despir de todos os preconceitos concebidos e ir além da lei para sentir-se humano e assim, aceitar outro ser humano, já fragilizado pelas intempéries da vida.

THE CHILDREN RETURN OF THE PERIOD OF COEXISTENCE STAGE

ABSTRACT: This article intends to explain, how is the behavior's adults into relationship's adopting with childreen before adopting them. It defends a theasis, that it is so damage for children, to give back them, before adopting them. It is becouse all of childreen are needs to be protect, to be love, to be safe in a home with a realy family.

KEYWORDS: Adoption. Orphans. Children. Teenager. Protecting rights.

REFERÊNCIAS

Constituição Federal de 1988.
Novo Código Civil de 2002.
LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16. ed. Revista, atualizada e ampliada. Editora Saraiva. 2012.
Vademecum Saraiva. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 39, pag 1º. 16. ed.
ALMEIDA, Ana Rita Silva. *O que é afetividade?* Reflexões para um conceito. Disponível em: http://www.educacaoonline.pro.br/o_que_e_afetividade.asp Acesso em: 15 de novembro de 2008.
ARANTES, V. *Cognição, afetividade e moralidade*. São Paulo, Educação e Pesquisa, 2001
ARAÚJO, V. A. A. de. (2000). *Cognição, afetividade e moralidade*. Educação e Pesquisa, v. 26, n. 2.
CARRARA, Kester (organizador). *Introdução à Psicologia da Educação*: seis abordagens. São Paulo: Avercamp, 2004 DANTAS, Heloysa. A afetividade e a construção do sujeito na psicogenética de Wallon. In: DE LA TAILLE, Piaget, Vygotsky e Wallon: teorias psicogenéticas em discussão. São Paulo: Summus,1992.
GALVÃO, Izabel. *Henri Wallon*: uma concepção dialética do desenvolvimento infantil. Petrópolis,RJ: Vozes, 1995.

AÇÃO RESCISÓRIA – UMA ANÁLISE TÉCNICO-PROCESSUAL ACERCA DAS HIPÓTESES DE ADMISSIBILIDADE, SUAS PECULIARIDADES E APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, SOB O PRISMA DOUTRINÁRIO E JURISPRUDÊNCIAL

Fagner Dantas Barros[*]

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo fazer uma análise acerca da ação rescisória, evidenciando as diversas hipóteses que ensejam a sua admissibilidade, incluindo as respectivas peculiaridades e aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, sendo levantados alguns pontos polêmicos quanto à matéria, aduzindo, para tanto, os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais pertinentes.

PALAVRAS-CHAVE: Ação rescisória. Rescindibilidade. Art. 485 do CPC. Decisão judicial.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade tecer comentários acerca de um instituto de grande importância no cenário jurídico brasileiro, sobretudo no que concerne à impugnação de vícios existentes durante o andamento processual, muito embora já tenha ocorrido o trânsito em julgado da decisão. Tal instrumento, trata-se da ação rescisória, cujos diversos aspectos serão analisados levando em consideração, sobretudo, os entendimentos firmados pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, obviamente que em compatibilidade com o disposto na norma constitucional, com o código processual civil pátrio e com os posicionamentos doutrinários.

Durante o desenvolvimento deste estudo, a princípio abordaremos a conceituação e a natureza jurídica do instituto, elencando a sua comparação com os recursos, sendo posteriormente analisado o objeto da

[*] Servidor público efetivo do Tribunal de Justiça de Sergipe, especialista em Direito pela Universidade Federal da Bahia, articulista da R*evista da Escola Judicial de Sergipe (Ejuse)*, professor de cursos jurídicos.

ação rescisória, suas as hipóteses de rescindibilidade e suas peculiaridades, bem como as diversas situações que não são passíveis de rescisão.

Saliente-se que o presente tema, muito embora seja bastante discutido e com vários posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários de forma divergente, é considerado contemporâneo, sendo de fundamental importância para os profissionais do direito, os quais estão em contato diariamente com diversas situações ensejadoras de ingresso da ação rescisória.

É de bom alvitre destacar que foram realizadas pesquisas nos meios eletrônicos, em periódicos e em livros que abordam o tema trabalhado, sendo utilizada uma abordagem qualitativa consubstanciada em diversas leituras sobre o assunto pesquisado, através de descrição e interpretação dos diferentes pontos de vista dos doutrinadores especialistas no tema em análise. Ademais, no caso em discussão, o leitor vai encontrar a exposição de informações no que diz respeito à ação rescisória e suas peculiaridades, tomando como fundamento os argumentos doutrinários e jurisprudenciais, sendo levantadas algumas polêmicas atuais sobre o tema.

Por fim, é válido registrar que 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 CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E OBJETO DA AÇÃO RESCISÓRIA

Os antecedentes históricos da ação rescisória são provenientes do direito canônico e do direito romano, sobretudo com o *restitutio in integrum* (reparação do dano com a restituição integral da coisa) e a *querela nullitatis* (ação para anular um processo com vício grave), obviamente que com alguns aspectos diferentes do que ocorre atualmente, tendo em vista a evolução da sociedade. Como o código de processo civil brasileiro em vigor, ao tratar do tema em epígrafe, não trouxe uma definição acerca do instituto, coube à doutrina tal função. Na visão do professor Costa Machado, "*ação rescisória é a ação de competência dos tribunais por meio da qual se pede a anulação ou desconstituição de uma sentença ou acórdão transitado materialmente em julgado e a eventual reapreciação do seu mérito*"[1]. No mesmo sentido, o processualista

Barbosa Moreira, aduz que "*chama-se rescisória a ação por meio da qual se pede a desconstituição de sentença transitada em julgado, com eventual rejulgamento, a seguir, da matéria nela julgada*"[2].

Analisando os conceitos acima, surge o primeiro ponto específico a ser tratado nesse texto, qual seja: a natureza jurídica da ação rescisória. Sabe-se que no direito processual pátrio, os recursos e as ações autônomas são os mecanismos existentes para impugnar uma decisão judicial. Traçando as diferenças entre eles, os primeiros constituem apenas mais uma fase do processo, não gerando nova demanda, devendo a parte recorrida ser intimada para manifestação, sendo essencial para interposição dos mesmos o fato de ainda não ter ocorrido o trânsito em julgado da decisão proferida e a consequente coisa julgada. Por outro lado, nas ações autônomas existe a formação de uma nova relação processual, havendo citação da parte contrária para apresentar defesa, sendo imprescindível o trânsito em julgado da decisão, bem como a ocorrência da coisa julgada.

Compulsando as disposições trazidas pelo código de processo civil acerca da ação rescisória, percebe-se que esta é enquadrada como uma ação autônoma de impugnação, se desenvolvendo em processo diferente daquele no qual foi prolatada a decisão impugnada, conforme se depreende do disposto nos arts. 488 (o qual menciona petição inicial), 491 (o qual traz a necessidade de citação) e os arts. 487, 489 e 495 (os quais descrevem expressamente a palavra ação).

Sabendo que o instituto em apreço é considerado ação e não recurso, é válido especificar se a mesma tem natureza jurídica declaratória, condenatória ou constitutiva. Na primeira situação, o fim é tão somente que o Poder Judiciário declare a existência ou inexistência de uma relação jurídica ou ainda a autenticidade ou falsidade de documento, nos termos do art. 4º do CPC. Por outro lado, na segunda situação, além da declaração judicial, a parte autora tem o objetivo de obter uma condenação do réu para que este cumpra determinada obrigação, seja ela de fazer ou de não fazer. Já nas ações constitutivas, a finalidade pretendida pelo autor, além da declaração do órgão jurisdicional, é a criação, modificação ou extinção de uma relação jurídica, sem haver qualquer efeito condenatório.

Examinando a ação rescisória, percebe-se que a mesma tem natureza de ação constitutiva, uma vez que visa a desconstituição da decisão já transitada em julgado, protegida pelo manto da coisa julgada. É por causa de tal característica (desconstituição) que o professor Nelson

Nery Jr a denomina de ação constitutiva negativa ou simplesmente ação desconstitutiva[3]. Ademais, considerando ser este o instrumento processual cabível para impugnar decisões já transitadas em julgado, o Supremo Tribunal Federal já emitiu posicionamento não admitindo outras ações autônomas para tal objetivo. Assim dispõem as Súmulas 268 e 734, respectivamente: *"Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado"* e *"não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal"*[4].

Ultrapassados o conceito e a natureza jurídica, o segundo ponto específico a ser apreciado neste texto, envolve o objeto da ação rescisória. A respeito, o capítulo IV do Código de Processo Civil brasileiro traz as disposições acerca da ação rescisória a partir do art. 485, elencando os requisitos, a legitimidade, o procedimento, dentre outros aspectos. Todavia, o dispositivo de entrada do tema em análise já revela polêmica logo em seu caput, uma vez que o legislador utilizou uma terminologia inadequada para tanto. Vejamos o que dispõe o caput do art. 485: *"A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...)"*.

Apreciando o texto legal expresso no caput do artigo retro, se fizermos uma interpretação gramatical acerca do mesmo, teremos a pseudo-ideia de que somente será possível a utilização da ação rescisória em face das sentenças. Isso significa dizer que somente as decisões judiciais proferidas com análise do mérito poderiam ser rescindidas por meio do instituto em apreço. Entretanto, no presente caso, deve o operador do direito afastar a interpretação literal do dispositivo aplicando a sistemática/teleológica, por meio da qual se observa a finalidade pretendida pelo legislador com a elaboração da norma e, obviamente, de acordo com os princípios e valores previstos no ordenamento jurídico vigente. Em outras palavras, ao ler no art. 485 a expressão 'sentença', leia-se 'decisão', uma vez ser esta a mais apropriada. Tratando sobre o assunto, o professor Bernardo Pimentel[5] assevera que o vocábulo decisão *"revela que não só a sentença pode ser desconstituída por meio de ação rescisória, porquanto, ao contrário do termo "sentença", o vocábulo "decisão" tem amplo alcance, ou seja, também abrange o acórdão, a decisão monocrática e a decisão interlocutória"*[6].

Ainda no que concerne ao equívoco da terminologia utilizada pelo legislador, a própria Constituição Federal nos arts. 102, I, j; 105, I, a; e 108, I, b, ao estabelecer a competência do STF, STJ e TRF's, respectivamente,

prevê a titularidade dos mesmos para o processamento e o julgamento das ações rescisórias dos seus julgados. Verifique-se que foi utilizado o vocábulo julgado ao invés de sentença, o que comprova a incorreção do texto legal contido no CPC.

Em suma, considerando que o objeto da ação rescisória não se constitui apenas de sentença, registre-se que os acórdãos, as decisões monocráticas e as decisões interlocutórias também podem ser rescindidas. De maneira geral, pode-se dizer que as decisões jurisdicionais que versem sobre matéria de mérito podem ser alvo da rescisória.

É de bom alvitre destacar que parte da doutrina admite, excepcionalmente, a possibilidade da utilização da ação rescisória nos casos de decisão sem cunho meritório. Daniel Amorim, ao comentar a respeito, menciona que

> A extinção do processo sem a resolução de mérito pela decisão prevista no art. 267, V, do CPC (perempção, litispendência e coisa julgada) impede a nova propositura da demanda, ainda que não se possa falar nesse caso em decisão de mérito ou em coisa julgada material. Essa possibilidade de nova propositura prevista pelo art. 268 do CPC permite a conclusão pelo cabimento de ação rescisória nesse caso (...)[7]-[8].

Por outro lado, o art. 485 do CPC traz como requisito essencial para a impugnação via ação rescisória o trânsito em julgado da decisão, significando dizer que não cabe mais recurso contra o julgado a ser combatido. Entretanto, não se faz necessário o esgotamento de todas as vias recursais para o ajuizamento da referida ação, bastando apenas que o trânsito em julgado já esteja configurado. Ressalte-se que tal matéria encontra-se pacificada na jurisprudência, tanto que o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 514, a qual assevera: *"admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenham esgotado todos os recursos"*.

Cumpre salientar que se houver recurso de apelação a fim de impugnar a sentença e considerando que a decisão monocrática do relator ou o acórdão proferido possuem efeito substitutivo, a ação rescisória terá com objeto de impugnação o julgado do Tribunal Superior, exceto nos casos

de juízo negativo de admissibilidade, quando o objeto será a decisão do órgão *a quo*.

3 HIPÓTESES DE RESCINDIBILIDADE

Sabe-se que a Constituição Federal assegurou no art. 5º, XXXVI, que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Para este último caso, existe um instituto processual que tem por finalidade a desconstituição do seu manto protetor: a ação rescisória. Todavia, não é em qualquer situação que a parte poderá utilizar de tal instrumento, mas tão somente naquelas hipóteses de cabimento previstas no art. 485 do CPC.

Ab initio, há que se destacar que o rol trazido pelo dispositivo mencionado deve ser interpretado de maneira restritiva, significando dizer que somente será admitida a ação rescisória naquelas situações específicas elencadas na disposição legal. Ademais, para o ingresso da referida ação basta apenas que o caso concreto se enquadre em qualquer das hipóteses previstas no art. 485, não importando se o mesmo envolve *error in iudicando* ou *error in procedendo*.

Ultrapassadas tais considerações, passaremos a analisar cada uma das hipóteses de rescindibilidade previstas no art. 485 do CPC, ressaltando que não é necessária a cumulação de todas as situações previstas no CPC para o ajuizamento da ação, uma vez que as mesmas são autônomas entre si, não dependendo uma da outra. Nada impede, entretanto, a parte autora de fundamentar seu pedido de desconstituição do manto da coisa julgada em mais de um dos dispositivos analisados.

3.1 SITUAÇÕES QUE ENSEJAM AÇÃO RESCISÓRIA

A) PREVARICAÇÃO, CONCUSSÃO E CORRUPÇÃO

As primeiras situações elencadas pelo Código de Processo Civil que ensejam o ajuizamento da ação rescisória tratam-se dos crimes de prevaricação, concussão e corrupção. De acordo com o art. 319 do Código Penal, considera-se prevaricação quando o agente público *"retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento*

pessoal". Já pelo art. 316 do diploma criminal, caracteriza-se a concussão quando o funcionário público *"exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida*". O art. 317, por sua vez, enquadra como corrupção passiva a conduta de *"solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem*".

É de bom alvitre registrar que outra questão importante envolvendo as situações em apreço consiste na desnecessidade de condenação criminal do magistrado que prolatou a decisão rescindenda. Em verdade, o disposto no art. 485, I, do CPC, não condiciona o ajuizamento da demanda rescisória a tal critério. Ao revés, o legislador sequer exige o ajuizamento de uma ação criminal para apurar a conduta do juiz. Comenta ainda o professor Daniel Amorim que *"o reconhecimento do crime pode ser feito originariamente, e de forma incidental, no juízo cível competente para o julgamento da ação rescisória"*[9].

Por outro lado, caso haja uma demanda penal em face do magistrado que supostamente agiu com prevaricação, concussão ou corrupção, necessário se faz a análise do conteúdo da decisão proferida pelo juízo criminal. Caso o julgado tenha sido pela condenação do juiz ou pela absolvição em virtude da inexistência da materialidade do fato ou indícios suficientes de autoria, tal decisão obrigará o juiz cível, o qual não acolherá as razões da rescisória proposta. Porém, se o julgado criminal for no sentido da absolvição em decorrência do decurso do prazo prescricional ou em virtude da ausência de provas, o juiz cível não estará vinculado à tal decisão, cabendo a análise das razões apresentadas pela parte autora.

É válido frisar que havendo simultaneidade das ações cível e criminal, o melhor entendimento[10] é deixar a critério do juiz cível acerca da suspensão da primeira até o deslinde da segunda, com fundamento no art. 110 do CPC, o qual assevera: *"Se o conhecimento da lide depender necessariamente da verificação da existência de fato delituoso, pode o juiz mandar sobrestar no andamento do processo até que se pronuncie a justiça criminal*". Observe que o texto legal apresenta uma possibilidade do juiz suspender ou não a rescisória a fim de aguardar o julgamento da ação criminal, não estando o magistrado obrigado proceder à suspensão do feito.

Por fim, em sede dos tribunais, não há dúvidas de que a decisão

monocrática proferida pelo magistrado que agiu com prevaricação, concussão ou corrupção também é passível de impugnação pela rescisória. Porém, caso a decisão seja dada pelo colegiado, se faz necessário que o acórdão tenha sido proferido por unanimidade ou ainda o voto dado pelo magistrado infrator seja maioria dentre os julgadores. Em outras palavras, se o posicionamento do membro do Judiciário que praticou qualquer das condutas delituosas for minoritário - tendo o mesmo saído vencido da sessão – não há que se falar em motivo ensejador da ação rescisória uma vez que a fundamentação da decisão colegiada estará baseada nos votos da maioria, os quais não estão viciados.

B) DECISÃO PROFERIDA POR JUIZ IMPEDIDO OU ABSOLUTAMENTE INCOMPETENTE

O art. 485, II, do CPC evidencia ser cabível o ajuizamento da ação rescisória nos casos de impedimento e incompetência absoluta do juiz. No tocante ao primeiro, o próprio diploma processual elenca nos arts. 134 e 136 as situações caracterizadoras, merecendo destaque a proibição de o juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário de que for parte; em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha; quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau, tudo nos termos dos dispositivos retromencionados.

É válido destacar que somente será possível impugnação via rescisória quando o magistrado for impedido, não sendo hipóteses de rescindibilidade os casos de suspeição da parcialidade do juiz, nos termos do art. 135 do CPC. Ademais, mesmo qualquer das partes não tenha arguido a respectiva exceção na demanda inicial ou tenha havido arguição e a instância superior não a acolheu, é plenamente cabível a ação rescisória.

No que concerne à incompetência, somente aquela considerada absoluta (em razão da matéria, da pessoa ou pelo critério funcional) é que consiste em situação de rescindibilidade, podendo a mesma, conforme disposto no art. 113, ser arguida ou declarada de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição. Já quanto à relativa (em razão do território ou do valor da causa), não há que se falar em rescisão do julgado, uma vez que

a sua não arguição no prazo legal enseja o fenômeno da prorrogação da competência, nos termos do art. 114 do diploma processual.

Ainda quanto à incompetência absoluta, caso o tribunal seja competente para apreciar a demanda originária, fará o juízo rescisório, passando a analisar o caso concreto. Porém, merece destaque o procedimento a ser adotado quando o tribunal não for competente para apreciar a matéria rescindenda. Em tal situação, assim se pronunciou o TRF da 5ª Região:

> CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. RESCISÓRIA. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. REVISÃO. ACIDENTE DE TRABALHO. ART. 109, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. RESCISÃO DA DECISÃO DEFINITIVA DE MÉRITO. ANULAÇÃO DE TODOS OS ATOS DECISÓRIOS. REMESSA À JUSTIÇA ESTADUAL.
> (. . .)
> 6. Ação Rescisória julgada procedente para desconstituir a decisão judicial transitada em julgado, anulando todos os atos decisórios proferidos, em face da incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, nos termos do art. 109, inciso I, da Constituição Federal, determinando a remessa dos autos à Justiça Comum Estadual[11].

Analisando a decisão retro, quando o tribunal não for competente para apreciar a matéria rescindenda, não há que se falar em juízo rescisório, uma vez que o julgado impugnado é desconstituído, devendo os autos do processo inicial ser encaminhados para o juízo competente.

C) DECISÃO RESULTANTE DE DOLO DA PARTE VENCEDORA EM DETRIMENTO DA PARTE VENCIDA, OU DE COLUSÃO ENTRE AS PARTES, A FIM DE FRAUDAR A LEI

O Código de Processo Civil brasileiro assevera como deveres das partes e dos seus procuradores expor os fatos em juízo de acordo com a

verdade, bem como proceder com lealdade e boa-fé, nos termos do art. 14, I e II. Entretanto, nem sempre os envolvidos no processo agem de tal maneira, mas induzem o julgador a equívoco ao proferir a sua decisão. Nessas situações, estamos diante do dolo processual, o qual, de acordo com o professor Barbosa Moreira ocorre *"toda vez que a parte vencedora, faltando a seu dever de lealdade e boa-fé, haja impedido ou dificultado a atuação processual do vencido ou influenciado a formação do juízo do magistrado, afastando-o da verdade"*[12].

É válido destacar que a simples inércia da parte vencedora (e.g. silenciar a respeito de fatos contrários a ela) por si só não enseja motivo para a rescisão do julgado. Ademais, é imprescindível que a decisão proferida tenha sido influenciada pela conduta dolosa, caracterizando o nexo causal entre o dolo e o resultado da lide.

Questão importante é discutir se a conduta que induzir o magistrado a erro em sua decisão for proveniente do representante legal ou do advogado da parte. Se fizermos uma interpretação literal, observaremos que o dispositivo legal fala tão somente em dolo da parte vencedora sobre a vencida. Entretanto, a melhor doutrina opina pela interpretação extensiva, ou seja, abrangendo também como hipóteses de rescindibilidade do julgado quando o dolo for também do patrono da parte ou do seu representante legal[13].

Outra situação admitida como hipótese que enseja a utilização da ação rescisória, ocorre quando as partes agem em conluio com a finalidade de fraudar a lei. Nas lições do professor Alexandre Câmara, a colusão processual é o fato consistente na utilização do processo, pelas partes, para atingir fim ilícito[14], significando dizer que tanto autor quanto o réu fazem um acordo prévio para conseguir determinado objetivo, o qual não é permitido pela legislação.

Além de colusão entre as partes, também se admite rescisória nos casos de processo simulado, o qual, na visão do professor Bernardo Pimentel, *"ocorre quando as partes em conluio fazem uso dele para prejudicar terceiro"*[15]. Ao tratar sobre os poderes, deveres e responsabilidade do juiz, o próprio diploma processual assevera no art. 129 que o magistrado, convencendo-se que pelas circunstâncias da causa, o autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, poderá decisão obstativa aos interesses dos demandantes. Ressalta ainda Pimentel que a simulação poderá ser evidenciada na

própria petição inicial da ação rescisória, sem que haja necessidade que o terceiro prejudicado tenha ingressado com processo de conhecimento anterior. Ademais, não há também que se falar em juízo rescisório, uma vez que o objetivo é apenas rescindir o julgado originário, extinguindo-o sem resolução do mérito.

D) DECISÃO QUE OFENDER A COISA JULGADA

Em diversas passagens, o Código de Processo Civil brasileiro protege a coisa julgada, não admitindo nova apreciação de matéria já transitada em julgado. Assim dispõe o art. 301, § 2º: "há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso". De igual forma, aduz o art. 467 do mesmo diploma legal: "Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário". E ainda o art. 471 do CPC: "Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide (...)".

Conforme exposto acima, observamos que a decisão já transitada em julgado proferida por um magistrado ganha a proteção do manto da coisa julgada, não podendo a mesma sofrer nova apreciação, uma vez que não são cabíveis mais recursos. Entretanto, quando esse aspecto não é observado (existência de coisa julgada), o novo julgado proferido é rescindível via ação rescisória uma vez que está em confronto com a decisão anterior. Ao tratar sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça editou o seguinte posicionamento:

> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. OFENSA À COISA JULGADA - ART.485, INCISO IV, DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM EXECUÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO ORDINÁRIA VISANDO À CORREÇÃO MONETÁRIA DOS SALDOS DE CONTAS VINCULADAS AO FGTS. LEGITIMIDADE PASSIVA DA PARTE ORIGINÁRIA. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 343/STF. DECISÃO RESCINDENDA QUE CONFLITA COM A ORIENTAÇÃO

> FIRMADA EM ACÓRDÃO ANTERIORMENTE TRANSITADO EM JULGADO.
> PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.
> (...)
> 7. Ante este contexto, verifica-se que a decisão rescindenda, proferida em 12 de novembro de 2003, conflita frontalmente com acórdão do TRF-4ª Região, a qual já se encontrava acobertada pelo manto da coisa julgada desde a data de 12 de outubro de 2003. No caso, tem-se flagrante a ofensa à coisa julgada, que por si só justifica a rescisão pretendida pela requerente, a fim de prevalecer a decisão que transitou em julgado primeiro.
> 8. Pedido rescisório procedente[16].

Desta forma, nas hipóteses que um julgado vier a ofender a coisa julgada, o mesmo será passível de impugnação por meio da ação rescisória.

E) DECISÃO QUE VIOLAR LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI

Ab initio, cumpre salientar que mais uma vez o legislador não se utilizou de expressões técnicas para deixar claro o objeto da ação rescisória nesse tópico, uma vez que se referiu apenas ao desrespeito à lei. Em verdade, deve o operador do direito fazer uma interpretação extensiva do disposto no art. 485, V, do CPC, para admitir como rescindível o julgado que violar não somente lei, mas sim qualquer norma. Em outras palavras, é passível de impugnação via ação rescisória o julgado que ofender a Constituição Federal e suas respectivas emendas, as leis (sejam elas ordinárias, complementares ou delegadas e independentemente do nível federativo), decretos, regulamentos, resoluções e regimentos internos. Fredie Didier vai mais além e defende a possibilidade de utilização desse instrumento processual em face de decisões contrárias a princípios, mesmo estes não estando expressos[17].

Além do aspecto evidenciado no parágrafo anterior, questão importante que envolve a matéria em apreço é saber se as súmulas editadas pelos tribunais possuem conteúdo normativo, sendo passíveis de rescisão. Cumpre salientar que a Carta Magna assegurou no art. 103-A a possibilidade do Supremo Tribunal Federal editar súmulas vinculantes,

as quais obrigam os demais órgãos a tomarem decisões de acordo com o pronunciamento sumulado. Entretanto, esse caráter obrigatório somente é concedido aos enunciados vinculantes do STF, não abrangendo outros enunciados dos demais tribunais. Considerando tal informação, há de se concluir que tão somente as súmulas vinculantes editadas pelo Supremo é que possuem caráter normativo, sendo as decisões contrárias a elas passíveis de rescisão. Frise-se que se a súmula não for vinculante, não há que se falar em ação rescisória. De igual forma, também não se admite a rescisão do julgado contrário a enunciados dos demais tribunais, uma vez que os mesmos não possuem caráter normativo.

Acerca do disposto até então, é válido destacar a seguinte jurisprudência:

> ADMINISTRATIVO - PROCESSO CIVIL - AÇÃO RESCISÓRIA – MAGISTÉRIO SUPERIOR - CARGO DE PROFESSOR TITULAR - DECRETO 94.664/87 - LEI EM SENTIDO AMPLO - PRELIMINAR REJEITADA - VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSITIVO LEGAL - ART. 485, V, DO CPC - INOCORRÊNCIA – JUÍZO MONOCRÁTICO SUPOSTAMENTE INCOMPETENTE - ART. 485, II, DO CPC - ARGUIÇÃO INOPORTUNA - TEMA QUE NÃO FOI APRECIADO PELO JULGADO RESCINDENDO - FUNDAÇÃO PÚBLICA - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL (ART. 109, I, DA CF) - AÇÃO IMPROCEDENTE.
>
> 1 - Na esteira de culta doutrina, a violação literal a dispositivo de lei prevista no art. 485, V, do Código de Processo Civil, que torna apta a via rescisória, é aquela perpetrada contra a lei em sentido amplo, seja ela material ou processual e em qualquer nível (federal, estadual, distrital ou municipal). Cabimento da presente ação contra decreto com eficácia legal. Preliminar rejeitada[18].

Analisando o art. 485, V, do CPC sob outra ótica, é de bom alvitre destacar que somente caberá rescisória quando a violação for literal, ou seja, nas situações que não existam discussões acerca da interpretação do dispositivo legal aplicado. Em outras palavras, se o texto legal que

fundamente a decisão possuir interpretação controvertida nos tribunais, não caberá ação rescisória. Esse é o posicionamento adotado pelo STF por meio da Súmula 343[19].

Outro ponto polêmico que envolve o dispositivo em análise diz respeito à possibilidade do ajuizamento de ação rescisória nos casos que houver divergência interpretativa nos tribunais e, posteriormente, tal norma for declarada inconstitucional. Para a corrente majoritária da doutrina, em tais situações, não se aplica a vedação prevista na Súmula 343 do STF, significando dizer que é planamente cabível a impugnação via ação rescisória mesmo havendo conflito de interpretação[20].

Ainda quanto à polêmica, o Supremo Tribunal Federal ao analisar o tema, emitiu posicionamento, *in verbis:*

> EMENTA: Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário. 2. Julgamento remetido ao Plenário pela Segunda Turma. Conhecimento. 3. É possível ao Plenário apreciar embargos de declaração opostos contra acórdão prolatado por órgão fracionário, quando o processo foi remetido pela Turma originalmente competente. Maioria. 4. Ação Rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343/STF. 5. A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação adotada pelo STF revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. 6. Cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição constitucional, ainda que a decisão rescindenda tenha se baseado em interpretação controvertida ou seja anterior à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal. 7. Embargos de Declaração rejeitados, mantida a conclusão da Segunda Turma para que o Tribunal *a quo* aprecie a ação rescisória (*grifos nossos)*[21].

Compulsando o julgamento retro, observa-se ser plenamente possível a rescindibilidade do julgado baseado no art. 485, V, do CPC quando a matéria versar sobre preceito constitucional.

Por fim, há que se conjugar o art. 485, V com o previsto no art. 1.030,

ambos do CPC, uma vez que é admissível o ajuizamento da ação rescisória para desconstituir a sentença da partilha judicial nos casos de erro ou dolo (como já apreciado) ou quando um herdeiro participou do inventário, mas foi esquecido ou prejudicado na demanda correspondente.

F) DECISÃO QUE SE FUNDAR EM PROVA, CUJA FALSIDADE TENHA SIDO APURADA EM PROCESSO CRIMINAL OU SEJA, PROVADA NA PRÓPRIA AÇÃO RESCISÓRIA

O disposto no art. 485, VI, do CPC é de fácil entendimento, não trazendo maiores complexidades em sua análise. Ficou consagrado pelo diploma processual que é passível de impugnação, via ação rescisória, a decisão que se fundamente em prova falsa. Inicialmente, é de bom alvitre destacar que independentemente da espécie de falsidade, seja ela material ou ideológica, documental, pericial ou testemunhal (nos termos dos arts. 296 a 342 do Código Penal), o julgado poderá ser rescindido.

Por outro lado, não basta a utilização de uma prova falsa na demanda para que seja rescindível a decisão, sendo necessária que esta se fundamente na prova ilegal apresentada. Em outras palavras, caso o julgamento proferido não tenha sido influenciado pela falsidade, não há que se falar em impugnação via ação rescisória. Ademais, a própria redação do inciso em comento deixa claro e evidente que não precisa uma ação criminal para declarar a falsidade da prova, podendo tal fato ocorrer por meio de ação autônoma declaratória nos termos do art. 4° do CPC ou ainda através da ação rescisória. Obviamente que se houver uma demanda criminal na qual ficar comprovada a falsidade, a mesma vinculará o julgador da ação autônoma de impugnação em estudo.

G) QUANDO DEPOIS DA SENTENÇA, O AUTOR OBTIVER DOCUMENTO NOVO, CUJA EXISTÊNCIA IGNORAVA, OU DE QUE NÃO PÔDE FAZER USO, CAPAZ, POR SI SÓ, DE LHE ASSEGURAR PRONUNCIAMENTO FAVORÁVEL

Trata-se de uma hipótese de rescindibilidade que precisa de diversos esclarecimentos por nossa parte, uma vez que a redação trazida pelo legislador induz a erro o operador do direito. *Ab initio,* necessário se faz evidenciar que a expressão 'documento novo' não caracteriza aquele que

ainda não existia quando da decisão proferida, mas aquele que já existia e não foi apresentado na demanda antes do seu julgamento. A não utilização pela parte autora do documento novo pode ter ocorrido em virtude de dois fatores, quais sejam: 1) não ter a mesma ciência do documento; 2) nos casos de impossibilidade de utilizá-lo no processo originário por situações alheias à sua vontade, ou seja, sem que seja decorrente de culpa da própria parte. Registre-se que se o documento ainda não existia quando da decisão proferida, não há que se falar em ação rescisória.

Como já analisado anteriormente, o legislador incorreu em erro quando utilizou o vocábulo sentença ao invés de decisão, isso porque a interpretação não deve ser feita de maneira literal, mas extensiva, significando dizer que o documento [novo] somente ficou conhecido ou pôde ser utilizado após o julgado que será objeto de impugnação via ação rescisória. Ademais, se há interposição do recurso e a parte toma conhecimento do documento antes de proferido o acórdão, deverá juntá-lo imediatamente, sob pena do julgado não mais poder ser rescindido[22].

Outro aspecto que merece destaque quando da análise do dispositivo em comento, consiste no fato de que o documento novo tem que possuir grande relevância, sendo capaz de modificar a decisão proferida caso tivesse sido acostado nos autos da demanda principal. Em outras palavras, se o documento novo ao ser apresentado não tiver a importância suficiente de, por si só, modificar o julgado, não é cabível a rescisória.

De igual forma, é válido destacar que também não ensejará rescindibilidade do julgado com base no art 485, VII , os casos de testemunha nova. Em tal aspecto, deverá ser efetuada uma análise restritiva do objetivo previsto pelo legislador, uma vez que o documento novo ainda não era de conhecimento ou não pôde ser utilizado. Já quanto à testemunha, deveria a mesma ser indicada para prestar depoimento quando do momento oportuno. Se a mesma não foi indicada para tanto, não há que se falar em rescisão do julgado[23].

Por fim, não poderíamos deixar de mencionar a possibilidade da utilização do exame de DNA como fundamento da rescisão do julgado. Se analisarmos de maneira técnica, perceberemos que se uma decisão de investigação de paternidade foi proferida e o exame de DNA somente foi realizado após tal decisão, não estaríamos diante de um documento novo, mas de documento inexistente quando da prolação do julgado, fato que impediria o ajuizamento da ação rescisória. Entretanto, o

referido exame, por constituir prova pericial quase indiscutível acerca da paternidade, já que seu grau de confiabilidade é quase absoluto, é tratado em caráter excepcional pela doutrina e jurisprudência, os quais entendem ser documento que enseja ação rescisória. Vejamos o seguinte posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

> CIVIL. PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA. DOCUMENTO NOVO.
> 1. Como documento novo, deve-se entender aquele que já existia quando da prolação da sentença, mas cuja existência era ignorada pelo autor da rescisória, ou que dele não pode fazer uso. Hipótese dos autos.
> 2. Deve ser de tal ordem que, sozinho, seja capaz de modificar o resultado da decisão rescindenda, favorecendo o autor da rescisória.
> **3. Esta Corte Superior já sedimentou o entendimento de que "O laudo do exame de DNA, mesmo realizado após a confirmação pelo juízo ad quem da sentença que julgou procedente a ação de investigação de paternidade, é considerado documento novo para o fim de ensejar a ação rescisória** (art. 485, VII, CPC). Precedente citado: REsp. 189.306-MG, DJ 25/8/2003." (REsp 300.084-GO, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 2ª Seção, julgado em 28/4/2004).
> 4. Recurso Especial provido[24]. (grifos nossos).

Assim sendo, considerando o grau de relevância e confiabilidade no resultado proferido em sede de exame de DNA, o mesmo também constitui documento probatório que enseja o ajuizamento de ação rescisória em face do julgado anteriormente proferido.

H) QUANDO HOUVER FUNDAMENTO PARA INVALIDAR CONFISSÃO, DESISTÊNCIA OU TRANSAÇÃO, EM QUE SE BASEOU A SENTENÇA

O dispositivo que passamos a analisar a partir de então traz diversas

situações que ensejam ação rescisória. A primeira delas envolve a confissão, a qual está prevista no próprio CPC, nos arts. 348 e seguintes, ocorrendo quando a parte admite a verdade de um fato contrário ao seu interesse e favorável ao adversário. Ainda de acordo com o diploma processual, a confissão pode ser extrajudicial (quando emitida fora das vias judiciais) ou judicial (quando é emitida na própria demanda que está em andamento). Esta, por sua vez, pode ser espontânea (quando a parte ou seu representante livremente a emite) ou provocada (quando a parte não expressa livremente, mas em virtude de perguntas formuladas pelo magistrado, pela parte adversa ou ainda pelo Ministério Público).

Sabendo-se as noções quanto à confissão, se esta for decorrente de vícios como erro, dolo ou coação, poderá a mesma ser desconstituída por meio de ação anulatória ou ação rescisória, cabendo a utilização da primeira quando a demanda que originou o vício ainda está em andamento; e a segunda quando já houve trânsito em julgado da decisão fundamentada no ato viciado. Em outras palavras, não é admitida ação rescisória quando o processo que contém uma confissão fundada em erro, dolo ou coação ainda está em curso. De igual forma, se já houve o trânsito em julgado caberá a rescisória e não ação anulatória, nos termos do art. 352 do CPC.

É válido destacar que tão somente a confissão real é que pode ser desconstituída via ação rescisória, não se aplicando esta ação autônoma de impugnação para as confissões fictas, uma vez que estas resultam de revelia ou ausência da parte em audiência instrutória. Ademais, apesar de não constar expressamente no dispositivo legal, o julgado baseado no reconhecimento do pedido, sendo este viciado, também enseja rescisão.

Já no que diz respeito à desistência, equivocou-se o legislador ao utilizar tal expressão, uma vez que este ato processual da parte autora enseja a extinção da demanda sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VII, do CPC, gerando uma sentença terminativa, da qual não cabe impugnação via ação rescisória. Em verdade, confundiu o legislador desistência com renúncia, institutos totalmente divergentes. Na visão do professor Humberto Theodoro Jr., na desistência "o autor abre mão do processo, não do direito material que eventualmente possa ter perante o réu". Já na renúncia, "o autor abre mão do direito material que invocou quando da dedução de sua pretensão em juízo. Demitindo de si a titularidade do direito que motivou a eclosão da lide, o autor elimina

a própria lide"[25].

Cumpre salientar que outra hipótese de rescindibilidade foi prevista pelo legislador no inciso em análise, qual seja: decisão fundamentada em transação eivada de vícios. Entretanto, na prática, esse ponto é bastante divergente, sobretudo porque doutrina e jurisprudência não adotam o mesmo entendimento a respeito. Para a primeira, deve o operador do direito fazer uma interpretação sistemática do dispositivo no seguinte sentido: se a homologação da transação ocorrer em processo contencioso, é cabível ação rescisória. Por outro lado, se a transação ocorreu em processo de jurisdição voluntária, a ação cabível é a anulatória. Assim dispõe o professor Daniel Amorim ao tratar sobre o tema: *"registre-se o pacífico entendimento no sentido de que os debates se referem exclusivamente à jurisdição contenciosa, porque na jurisdição voluntária caberá sempre ação anulatória"*[26]. A jurisprudência, por sua vez, emite posicionamento contrário, admitindo a ação anulatória ainda que se trate de jurisdição contenciosa[27].

I) DECISÃO FUNDADA EM ERRO DE FATO, RESULTANTE DE ATOS OU DE DOCUMENTOS DA CAUSA

Sabe-se que, em regra, a ação rescisória não é o instrumento processual cabível para reanálise de matéria fática, uma vez que esta já foi analisada na decisão de piso ou em sede recursal. Entretanto, o CPC no art. 485, IX, prevê exceção a essa regra, possibilitando a rescisão do julgado por erro de fato. Todavia, se faz necessário analisar a abrangência de tal expressão.

Ab initio, cumpre salientar que o próprio diploma processual conceitua erro de fato no primeiro parágrafo, ocorrendo quando a sentença admitir um fato inexistente ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido. É bem verdade que a intenção do legislador ao admitir reanálise de matéria fática em nível de ação rescisória foi combater o equívoco na concepção do julgador ao analisar as provas colacionadas aos autos, não sendo admitida para divergências interpretativas quanto às mesmas.

Outro aspecto que merece destaque envolve a inexistência de controvérsia entre as partes ou pronunciamento judicial a respeito. Em outras palavras, não pode ser objeto de rescisória os fatos discutidos ou debatidos acerca da matéria, mesmo que após os argumentos

apresentados, o julgador tenha incorrido em erro. Essa é a exegese do parágrafo segundo do art. 485 do diploma processual. Todavia, parte da doutrina admite ação rescisória, mesmo com manifestação judicial[28]. A jurisprudência, por sua vez, também não é uníssona, mas prevalece o entendimento de que é incabível o ajuizamento de ação rescisória quando houver pronunciamento judicial sobre fato incontroverso. Vale destacar o seguinte entendimento firmado pelo STJ:

> AÇÃO RESCISÓRIA FUNDADA NO ART. 485, INCISOS V E IX, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - CONTROVÉRSIA ENTRE AS PARTES E **PRONUNCIAMENTO JUDICIAL SOBRE O TEMA** DA EXISTÊNCIA OU NÃO DE EXECUÇÃO EM CURSO QUANDO DA ALIENAÇÃO DO IMÓVEL OBJETO DA EXECUÇÃO - ERRO DE FATO - NÃO-OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE - INTERPRETAÇÃO RAZOÁVEL DA LEGISLAÇÃO - DESCABIMENTO DA VIA RESCISÓRIA - ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ENUNCIADO N. 5 DA SÚMULA/STJ - NÃO-OCORRÊNCIA - QUESTIONES JURIS TRATADAS NOS AUTOS UNICAMENTE DE DIREITO - AÇÃO RESCISÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE
> (...)
> II - Na hipótese dos autos, observa-se não estar presente o requisito da inexistência de controvérsia ou de pronunciamento judicial sobre o tema, porquanto a questão da existência ou não de execução em curso quando da alienação do imóvel objeto da execução constituiu o tema central da lide travada nos autos, **tendo sido objeto de controvérsia entre as partes e de pronunciamento judicial por todas as instâncias ordinárias e pelo Superior Tribunal de Justiça, o que afasta o alegado erro de fato** (grifos nossos)[29].

Por fim, não nos custa lembrar a exigência do nexo de causalidade entre o erro de fato e a decisão rescindenda. Ademais, há de salientar ainda que todas as provas referentes ao erro de fato devem constar na

demanda originária, não sendo admitida a juntada de novos documentos para caracterizar o equívoco na decisão a ser rescindida.

É válido ressaltar que não se faz necessário que haja invalidação da confissão, renúncia, transação ou reconhecimento do pedido de maneira prévia, bastando que a desconstituição das mesmas seja alegada na própria rescisória.

3.2 OUTRAS SITUAÇÕES QUE NÃO ADMITEM O AJUIZAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA

Considerando que no tópico anterior analisamos as situações que ensejam a ação rescisória, bem como algumas que, por consequência lógica, não a admitem, é válido destacar outras que também não podem ser consideradas hipóteses de rescindibilidade do julgado.

Sem maiores complexidades, a legislação não permite o ajuizamento da ação autônoma de impugnação objeto do presente trabalho para reexame dos fatos ou das provas, bem como divergência na interpretação de cláusula contratual. Aqui, trata-se de interpretações diferentes dadas pelo julgador da demanda, considerando que o magistrado possui uma atuação autônoma, a fim de buscar o seu livre convencimento com a análise do que lhe foi colacionado nos autos. Não podemos confundir reanálise dos fatos e das provas em virtude da interpretação judicial com erro de fato, no qual a sentença admite um fato inexistente ou considera inexistente um fato efetivamente ocorrido.

A segunda situação que não enseja ação rescisória envolve a decisão proferida em demanda cautelar. Sabe-se que os processos cautelares servem para evitar a ocorrência de lesão grave ou de difícil reparação, cabendo ao juiz acolher os argumentos, desde que estejam presentes os requisitos do *fumus boni juris* (presunção de um bom direito acerca de determinada alegação) e *periculum in mora* (o risco de decisão tardia), cabendo à parte autora ajuizar a demanda principal (se a cautelar foi preparatória) no prazo de trinta dias. Exatamente pelo caráter de urgência que a decisão é proferida, não há fundamento para a rescisão do julgado, exceto quando houver alegação de prescrição ou decadência do direito autoral na própria demanda cautelar.

A terceira situação que merece destaque consiste na impossibilidade de rescindibilidade das decisões proferidas em sede dos juizados especiais,

uma vez que a própria legislação específica traz a vedação, seja a nível estadual (Lei 9.099/95, art. 59), seja a nível federal (Resolução 273 da Justiça Federal, art. 41). É válido destacar que essa proibição abrange tanto as sentenças de piso como as decisões monocráticas e acórdãos proferidos pelas turmas recursais.

Outra legislação extravagante que menciona a proibição de impugnação do julgado, via ação rescisória, diz respeito ao controle de constitucionalidade. Sabe-se que a constatação de uma atividade ser inconstitucional pode ser verificada através de dois modelos: difuso (permitida a apreciação a todos os órgãos do Poder Judiciário) ou concentrado (poucos órgãos do Poder Judiciário com competência específica para tanto). A Lei 9.868, a qual versa sobre o controle concentrado, disciplinando o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, ressalta a vedação no art. 26[30]. De igual forma, a Lei 9.882, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, segue o mesmo entendimento no art. 12[31].

Por fim, cumpre ainda salientar que não é permitida rescindibilidade do julgado nos casos de sentença inexistente, haja vista faltar qualquer dos seus requisitos constitutivos. A título de exemplo, podemos mencionar aquela que há ausência do dispositivo; está sem assinatura do juiz; foi proferida por alguém que não tem legitimidade para tanto; proferida por juiz aposentado ou não tenha tomado posse nas suas funções[32]. Complementa ainda Marcus Vinícius Rios Gonçalves que a citação sem validez ou inexistência da mesma também compreende exemplo de sentença inexistente[33]. Ademais, não há que se falar em rescisória uma vez que em tais situações não há formação de coisa julgada, cabendo ao autor utilizar da ação declaratória de inexistência de relação jurídica, nos termos do art. 4, I, do CPC.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por objetivo evidenciar diversos aspectos pertinentes à ação rescisória. Inicialmente, foi analisado que tal instrumento processual tem natureza jurídica de ação e não de recurso, desencadeando no surgimento de uma nova demanda constitutiva a fim de desconstituir o manto da coisa julgada. Restou evidenciado ainda

neste trabalho que o objeto da ação rescisória não incide tão somente sobre a sentença, como mencionou o legislador expressamente no caput do art. 485 do CPC, mas pode abranger também acórdãos, decisões monocráticas, decisões interlocutórias e, em caráter excepcional, decisões sem cunho meritório. Ademais, as hipóteses de cabimento da ação autônoma de impugnação aqui estudada estão apresentadas no rol taxativo previsto no art. 485 do diploma processual, dentre elas em face da decisão em que haja prevaricação, concussão, corrupção, ofensa à coisa julgada, violação literal à disposição de lei, entre outras. Por fim, foram evidenciadas algumas situações que não ensejam o ajuizamento da ação rescisória, não podendo o respectivo julgado ser desconstituído.

___

REVERSAL ACTION - AN ANALYSIS TECHNICAL PROCEDURE AS TO THE ELIGIBILITY OF ASSUMPTIONS AND ITS PECULIARITIES AND APPLICATION PLANNING IN BRAZILIAN LEGAL UNDER PRISMA DOCTRINAL AND JURISPRUDENTIAL

ABSTRACT: The present work aims to make a review about the rescission action, showing the various assumptions that lead to its admissibility, including their peculiarities and application in the Brazilian legal system, and raised some controversial points about the matter, adding to both the relevant case law and doctrinal positions.

KEYWORDS: Action for rescission. Terminate. Art. 485 of the CPC. Judicial decision.

Notas

1 MACHADO, Antônio Cláudio da. *Código de Processo Civil Interpretado.* 6. ed. Barueri: Manole, 2007. p. 580.
2 MOREIRA, José Carlos de Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed., vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 830.
3 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 777.
4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 268 e 734. Disponível em < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina>. Acesso em 10 dez. 2011.
5 SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 821
6 No mesmo sentido estão os entendimentos dos professores Luiz Fux (*Curso*, p. 842), Nelson Nery Jr. (*Código*, p. 777) e Candido Rangel Dinamarco (*Ação*, p. 284-293).
7 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Método: São Paulo: 2009. p. 683.

8 No mesmo sentido de admitir a incidência da ação rescisória em caráter excepcional nas decisões sem cunho meritório estão os professores Humberto Theodoro Jr. (*Curso*, p. 307) e Bernardo Pimentel (*Introdução*, p.827).
9 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Método: São Paulo: 2009. p. 684. No mesmo sentido, encontramos o posicionamento dos professores Humberto Theodoro Jr. (*Curso*, p. 603), Barbosa Moreira (*Comentário*s, p. 121) e Fredie Didier (*Curso*, p. 366).
10 Apesar deste ser o entendimento de Costa Machado (*Código*, p. 110) e Nelson Nery Jr. (*Código*, p. 367), o doutrinador Alexandre Câmara (*Ação*, p. 63) diverge, argumentando que não se trata de discricionariedade do juiz, mas dever do magistrado em suspender a ação rescisória até o término da demanda criminal.
11 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Acórdão da Ação Rescisória 6021/PE. Relator: Des. Federal Francisco Barros Dias. Julgamento: 12/05/2010. Disponível em <http://www.trf5.jus.br/InteiroTeor/inteiroTeor.jsp?numproc=00604582620084050000>. Acesso em 12 out. 2011.
12 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 124
13 Nesse sentido, encontramos o posicionamento de Barbosa Moreira (op. Cit., p. 112), Bernardo Pimentel (op. Cit., p. 835) e Alexandre Câmara (*Lições*. p. 14).
14 CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. vol.2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 14.
15 SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 837 e 838
16 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão da Ação Rescisória 3273/SC. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Julgamento: 09/12/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500342523&dt_publicacao=18/12/2009>. Acesso em 15 out. 2011.
17 DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Jus Podivm, 2007. p. 378.
18 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão da Ação Rescisória 2779/DF. Relator: Ministro Jorge Scartezzini. Julgamento: 09/06/2004. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=rescisoria+lei+sentido+amplo+485+v&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso em 17 out. 2011.
19 Assim dispõe o entendimento sumulado do Supremo: *Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.*
20 No mesmo sentido, estão os posicionamentos de Câmara (*Ação*, p. 88) e Pimentel (*Introdução*, p. 842-843).
21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão dos Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário n. 328812/AM. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 06/03/2008. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28328812%2ENUME%2E+OU+328812%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acesso em 18 out. 2011.
22 Importante é a observação do professor Daniel Amorim (*Manual*, p. 689), asseverando que em virtude da própria natureza, no *"recurso especial ou extraordinário não se admitirá a juntada de documento, considerando-se a limitação às matérias de direito do efeito devolutivo desses recursos"*, cabendo ação rescisória.
23 Esse é o mesmo entendimento adotado pelos professores Bernardo Pimentel (*Iniciação*, p. 847) e Amâncio Ferreira (*Manual*, p. 277).
24 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão do Recurso Especial 653.942/MG. Relator: Honildo Amaral de Mello. Julgamento: 15/09/2009. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=exame+dna+documento+novo&&b=ACOR&p=true&t=&l=

10&i=1>. Acesso em 19 out. 2011.
25 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 313.
26 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Método: São Paulo: 2009. p. 691. No mesmo sentido encontramos o posicionamento de Bernardo Pimentel (*Introdução*. p. 850). Utilizando outro critério, destacamos Theodoro Jr. (*Curso*. p. 778), para os quais a decisão que acolhe ou rejeita a pretensão com base na renúncia, transação ou reconhecimento do pedido é rescindível, mas a decisão que homologa o ato da(s) parte(s) é anulável.
27 Neste sentido encontramos o julgado no Recurso Especial de nº 143.059/SP, disponível em < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=143059&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=14>, e no Recurso Especial de nº 38.434/SP, disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=38434&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=9>. Acesso em 07 dez. 2011.
28 No sentido de ser inadmissível a ação rescisória quando houver pronunciamento judicial estão os professores Alexandre Câmara (*Lições*. p. 19/20), Barbosa Moreira (*Comentários*. p. 149) e Daniel Amorim (M*anual*. p. 690). Em sentido contrário está o professor Bernardo Pimentel (*Introdução*. p. 853).
29 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão na Ação Rescisória n. 1421/PB, tendo como relator Ministro MASSAMI UYEDA. Data de julgamento: 26/05/2010. Disponível em < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1421&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>. Acesso em 10 dez. 2011.
30 Assim dispõe o art. 26 da lei 9.868/99: "*A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória*".
31 Assim menciona o texto legal: "*A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em argüição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória*".
32 SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 859.
33 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo curso *de direito processual civil*. Vol. 1 - Teoria Geral e Processo de Conhecimento. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 106.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão na Ação Rescisória n. 1421/PB, tendo como relator Ministro MASSAMI UYEDA. Data de julgamento: 26/05/2010. Disponível em < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1421&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>. Acesso em 10 dez. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão na Ação Rescisória 2779/DF. Relator: Ministro Jorge Scartezzini. Julgamento: 09/06/2004. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=rescisoria+lei+sentido+amplo+485+v&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso em 17 out. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão na Ação Rescisória

3273/SC. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Julgamento: 09/12/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500342523&dt_publicacao=18/12/2009>. Acesso em 15 out. 2011.
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial de n° 38.434/SP. Relator: Ministro Antonio Torreão Braz. Data de publicação: 25/04/1994. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=38434&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=9>. Acesso em 07 dez. 2011.
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial de n° 143.059/SP. Relator: Ministro Barros Monteiro. Data de publicação: 03/01/1997. Disponível em < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=143059&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=14. Acesso em 07 dez. 2011
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial 653.942/MG. Relator: Honildo Amaral de Mello. Julgamento: 15/09/2009. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=exame+dna+documento+novo&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso em 19 out. 2011.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão dos Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário n. 328812/AM. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 06/03/2008. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28328812%2ENUME%2E+OU+328812%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acesso em 18 out. 2011.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 268 e 734. Disponível em < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina>. Acesso em 10 dez. 2011.
BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Acórdão da Ação Rescisória 6021/PE. Relator: Des. Federal Francisco Barros Dias. Julgamento: 12/05/2010. Disponível em <http://www.trf5.jus.br/InteiroTeor/inteiroTeor.jsp?numproc=00604582620084050000>. Acesso em 12 out. 2011.
CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. vol.2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008
_____. *Ação rescisória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Jus Podivm, 2007.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Ação rescisória contra decisão interlocutória*: a nova era do Processo Civil. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil.* Vol. 1 - Teoria Geral e Processo de Conhecimento. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 106.
MACHADO, Antônio Cláudio da. *Código de processo civil interpretado*. 6. ed. Barueri: Manole, 2007.
MOREIRA, José Carlos de Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed., vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Método: São Paulo: 2009.
SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. São Paulo: Saraiva, 2011.
THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ABANDONO AFETIVO E OS ASPECTOS QUE O ENVOLVE

Maria José Gonçalves Trindade Santos*

RESUMO: A família moderna foi incorporada pelo direito e se consagrou a partir da Constituição Federal de 1988. Hoje, o princípio da afetividade é a base da família, pois o convívio e o respeito mútuo, para o direito, é a verdadeira forma de criação de laços. O presente artigo aborda a temática do abandono afetivo a partir dos princípios norteadores do Direito de Família e as suas consequências no âmbito jurídico em que pese a responsabilidade civil. Esta pesquisa traz a comento os tipos de guarda, assim como a alienação parental, fenômenos jurídicos ocasionados pela quebra dos vínculos familiares e que podem motivar o distanciamento dos membros de uma família, bem como o desamor. Os questionamentos acerca da abrangência do direito sobre o amor, a sensibilidade do tema e as divergências doutrinárias impulsionam a importância do tema.

PALAVRAS-CHAVES: Família. Afetividade. Abandono. Afeto. Responsabilização.

1 INTRODUÇÃO

As transformações sociais das últimas décadas implicaram em grandes mudanças no direito de família, em especial na evolução do conceito de família e a forma como a entidade familiar é vista pela sociedade e pelo próprio direito. Mudanças essas que foram incorporadas pela Constituição Federal e também pelo Código Civil de 2002.

O impacto imediato das evoluções sociais está cada vez mais intenso, e não há possibilidade de ser ignorado pelo direito, que, por sua vez, nem sempre consegue prevê e acompanhar as rápidas transformações sociais.

É nesse ponto que o papel dos princípios norteadores do direito ganha ainda mais força, e no direito de família em especial, pois o cuidado com as situações, que na maioria dos casos envolve análise subjetiva, a

* Advogada. Bacharel em Direito pela Faculdade Estácio de Sergipe (Fase). Pós-Graduanda pela Faculdade Estácio de Sergipe (Fase).

aplicação dos princípios é importante.

Assim, além dos princípios constitucionais explicitamente disciplinados na Carta Magna, como a dignidade da pessoa humana, legalidade, entre outros, o direito de família também possui princípios próprios, como o da solidariedade familiar e igualdade entre os filhos. Dentre eles, o que vem se destacando é o princípio da afetividade, que ganhou corpo em especial na jurisprudência onde, visando assegurar outro princípio do direito de família, do melhor interesse do menor, busca garantir ao menor o afeto de quem o criou, cuidou e deu amor. O afeto agora é a base da estrutura familiar.

A paternidade socioafetiva objetiva garantir que o vínculo existente entre aquele que exerce o papel de pai permaneça na vida da criança ou adolescente para que continue tendo aquele como referência de pai presente, que lhe deu amor e carinho, com quem fora feito os laços afetivos e familiares.

A partir das evoluções sociais, levantaram-se questionamentos acerca da possibilidade de pagamento de indenização por parte do genitor ausente. Parte da doutrina utiliza-se do princípio da afetividade, assim como dos elementos da responsabilidade civil, como argumentos para a possibilidade e enquadramento do abandono afetivo como dano passível de responsabilização civil. Outra posição doutrinária entende que o direito de família e a responsabilidade civil são ramos autônomos, não havendo conectividade direta entre eles. Há quem entenda ainda que, mesmo na tentativa de enquadramento das hipóteses de responsabilização no direito de família, esta não se configura, impossibilitando dessa forma a responsabilização civil.

Na tentativa de abordar esse tema, este trabalho traz o contexto familiar atual, bem como, as situações que podem ocorrer em uma família quando há a ruptura dos laços familiares.

Aborda ainda a responsabilização civil, na tentativa de fazer uma ligação entre seus elementos e o abandono afetivo, trazendo assim, a análise doutrinária e jurisprudencial.

2 FAMÍLIA E A SUA MUTAÇÃO NA SOCIEDADE

Com o passar dos anos, a família foi sofrendo alterações em seus contornos, indo de patriarcal e hierarquicamente rígida a formas diversas

e flexíveis. (LEÃO, 2011, p. 1) As mudanças significativas sofridas pelo instituto da família são consequência da evolução da sociedade e dos novos anseios da mesma. Hoje, conceituar família não é uma tarefa fácil, razão pela qual diversos doutrinadores esquivam-se dessa tarefa, pois, a família nos dias atuais não possui mais uma definição e sim várias.

Aponta-se o afeto como um dos responsáveis por essas transformações, tendo-o como indispensável na configuração das relações genuinamente familiares, pois, permitiu, entre outros, o reconhecimento da união estável, a igualdade entre os filhos e a filiação socioafetiva, situações até pouco tempo inimagináveis (LEÃO, 2011, p. 1).

Antes da promulgação do Código Civil Brasileiro de 2002 e da Carta Magna de 1988 considerava-se família apenas a que resultaria do matrimônio, ou seja, que fosse constituída pelo casamento, e qualquer outra relação que se fundasse longe desses parâmetros eram desprezados pelo direito e pela sociedade.

Maria Berenice Dias (2007, p. 27), citando Rolf Madaleno afirma que "a família é uma construção social organizada através de regras culturalmente elaboradas que conformam modelos de comportamentos", ou seja, a estrutura estatal, através do poder logrado pelos indivíduos da sociedade em busca de um bem maior, criou um instituto para regular as relações interpessoais, visando assim ter um maior controle sobre o trato entre as pessoas, servindo tais relações como base para a organização da sociedade - a família.

Influenciado pelo Direito Canônico, o Estado estabeleceu que a família tivesse formação apenas com o matrimônio, isto é, com a união de um homem e de uma mulher, excluindo qualquer relação que não seguisse esses padrões.

Ocorre que os diversos vínculos existentes à margem da sociedade foram intensificando-se, não podendo mais ser ignorados pela comunidade e pelo direito. A partir dessas intensas mudanças, a Constituição Federal de 1988 veio inovar o direito de família e quebrar barreiras, consagrando em seu texto as transformações sociais, passando a entender a família como entidade familiar que poderia ser formada com o matrimônio, mas também, com união estável entre o homem e a mulher e entre qualquer dos pais e seus descendentes, além de igualar os filhos advindos do casamento ou não e os filhos adotivos.

Essa transformação, para Gonçalves (2010, p. 30), citando Souza e Dias,

> [...] calcado na realidade que se impôs, acabou afastando da ideia de família o pressuposto de casamento. Para sua configuração, deixou-se de exigir a necessidade de existência de um par, o que, consequentemente, subtraiu de sua finalidade a proliferação.

O rótulo que envolvia o conceito de família é desfeito, passando agora a família a ser constituída pelo vinculo afetivo.

Reis (2010, p. 3), corroborando Dias, sustenta que a jurisprudência abriu o caminho para a Constituição abraçar as uniões extramatrimoniais, promovendo desta forma a constitucionalização do conceito de entidade familiar, não estando mais condicionado à trilogia: casamento, sexo e reprodução.

A interpretação abrangente de entidade familiar continua a abrir margem para que a doutrina e jurisprudência possam agregar ao conceito de entidade familiar outras estruturas que surgiram ao longo das décadas. Desse modo, além das já especificadas pela Constituição da República, existe a família homoafetiva, a família anaparental, a família pluriparental, a família paralela e a família eudemonista.

Constata-se, através do breve histórico feito que o biológico não é mais a base das relações familiares. Não é que ele tenha perdido a sua importância, mas perdeu espaço para o afeto, que está sendo levado muito mais em consideração.

Destarte, a partir deste momento as entidades familiares passaram a ser entendidas além das relações de consanguinidade. Hoje, a afinidade e a afetividade também constituem uma família.

Nesse sentido, Leão (2011, p. 3) traz a reflexão que o conceito abrangente de família, que fora consagrado pela Carta Maior, não objetiva desqualificar o vínculo biológico, ou seja, aquele continua tendo grande importância para o direito, contudo, o afeto, que nem sempre anda de mãos dadas com o biológico, ganha carga muito maior nas decisões que envolvem as questões familiares:

> A Constituição da República, com o tratamento destinado à família, consolidou o afeto como o elemento de maior importância para estabelecer as relações protegidas como familiares. Assim,

> passou-se a entender que o afeto é o determinante das verdadeiras relações familiares, sendo ainda o objetivo final destas. Esta valorização não quer significar que os vínculos biológicos devam ser postos à margem. Não; o que se busca é uma mudança de foco e não eliminação do biológico. Os laços biológicos não necessariamente determinam os laços afetivos. Não se trata aqui de relação física de causa e consequência. Os laços de afeto derivam da convivência familiar e não do sangue.

Dessa maneira, para a formação da família o vínculo existente entre os seus membros não está ligada unicamente pela genética, mas sim pela afinidade e afetividade.

2.1 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Há décadas atrás a família era reconhecida somente pelo vínculo biológico, onde o fator genético era quem determinava os componentes da família. Assim, o vínculo familiar era limitado pelos laços sanguíneos entre seus membros, consequentemente apenas as pessoas da mesma linhagem eram consideradas pertencentes à mesma família (HAMADA, 2013, p. 2).

O que se verifica hoje é que o afeto está contido nas relações familiares, tendo sua importância reconhecida em lei e em decisões judiciais. Isso aconteceu com o passar dos anos, onde a estrutura familiar sofreu alterações em seus contornos (LEÃO, 2011).

Em decorrência das transformações da sociedade, outras estruturas passaram a agregar a entidade familiar, como a "adotiva e a laboratorial, as quais têm em comum o relacionamento paterno-filial baseado na afetividade e não no vínculo sanguíneo" (HAMADA, 2013, p. 2).

A abertura que a sociedade, em especial o mundo jurídico, deu à afetividade, que sempre existiu nas relações entre os seres humanos, porém nem sempre foi claramente aceita por muitos séculos, devido a repressão por meio de pensamentos e regras impostas pelo Estado, sem dúvida foi o estopim para a diversidade familiar ganhar corpo na sociedade.

Nessa linha de pensamento Leão (2011, p. 1) aponta o afeto como um

dos responsáveis pelas transformações na entidade familiar:

> [...] o afeto, ao ser tido como indispensável na configuração das relações genuinamente familiares, permitiu, como exemplos, o reconhecimento da união estável, a igualdade entre os filhos e a filiação socioafetiva, situações inimagináveis em um passado não muito distante.

Assim, a partir das demandas sociais, a afetividade passou a ser princípio consagrado pelo direito, que visa à harmonia na entidade familiar, tendo papel fundamental nas famílias constitucionalizadas.

A valorização do afeto permitiu que fosse dada primazia às realidades friamente dispostas em lei. A filiação socioafetiva é um dos exemplos mais claros dessa valorização, haja vista que, com ela foi possível enxergar que pai é aquele que educa, ama, e que contribui na formação da personalidade de seu filho. Compreende-se assim, que aquele é o verdadeiro vínculo entre pai e filho, não sendo mais a filiação fundada apenas nos laços sanguíneos, mas sim, decorrente da convivência, do respeito e amor mútuo (LEÃO, 2011, p. 3).

A doutrina entende que o princípio da afetividade está contido na Carta Maior, dentro de seus dispositivos, como os artigos 226 e 227 da CF/1988. Assim, Lôbo, citado por Machado (2012, p. 5), afirma que o princípio da afetividade está consagrado implicitamente na Constituição Federal, decorrente dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, e que aquele é o responsável pela prevalência das relações socioafetivas, baseadas na comunhão da vida, evidenciando que o direito de família pós-moderno destaca a natureza cultural e não apenas a biológica:

> a família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevalecimento

> de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares (LÔBO, 2009, *apud* MACHADO, 2012, p. 5).

A consagração da afetividade como a base da família e em consequência a base para as decisões no âmbito do direito de família decorre do direito humano fundamental - a família. Ora, "da família, o lar é o teto, cuja base é o afeto. Lar sem afeto desmorona" (BARROS, 2006, *apud* REIS, 2010, p. 13).

Nesse sentido, Lôbo (2005, p. 7) aduz:

> A afetividade é construção cultural, que se dá na convivência, sem interesses materiais, que apenas secundariamente emergem quando ela se extingue. Revela-se em ambiente de solidariedade e responsabilidade. Como todo princípio, ostenta fraca densidade semântica, que se determina pela mediação concretizadora do intérprete, ante cada situação real. Pode ser assim traduzido: onde houver uma relação ou comunidade unidas por laços de afetividade, sendo estes suas causas originária e final, haverá família.

Conclui-se que onde existir laços de afeto irá existir família. Onde houver solidariedade mútua, respeito, afeto, responsabilidade, interesses convergentes existirá uma família, pois é a partir desses princípios que se constrói um lar.

3 ROMPIMENTO DOS LAÇOS FAMILIARES

A quebra dos laços familiares pode ocorrer por diferentes fatores. Questão que aliás ao direito nem sempre irá competir, uma vez que a vida é imprevisível.

Dessa forma, nos laços de uma entidade familiar pode existir uma ruptura, o que na sociedade atual não é tão difícil de visualizar e o máximo que o direito pode fazer é a regulamentação.

Lisboa, citado por Nassralla (2010, p. 5) fala de afeto e como ele são importantes para os vínculos familiares, mas, também, aponta que, por diferentes motivos, estes podem deixar de existir:

> Afeição é um sentimento que se tem em relação a determinada pessoa ou algum bem. Afeiçoar-se significa identificar-se, ter afeto, amizade ou amor. Os membros de uma família, em sua maioria, possuem laços de afeição uns pelos outros. Entretanto, isso não é realidade absoluta. Há entidades familiares desgraçadas por inimizades capitais e por relacionamentos praticamente nulos. Ora, nenhuma pessoa pode ser compelida a afeiçoar-se a outra, pouco importando se há entre elas algum parentesco ou não. Bom seria se todos tivessem afeto uns pelos outros, cumprindo o mandamento bíblico e de outras religiões não cristãs. Todavia, a complexidade das relações interpessoais muitas vezes leva a situações que impedem ou mesmo enfraquecem esse nível de relacionamento. E não há qualquer poder temporal capaz de modificar esse quadro, compelindo uma pessoa a se afeiçoar a outra.

Uma das formas de ruptura dos laços familiares é ocasionada pelo falecimento de um familiar.

Outra maneira de rompimento da estrutura familiar é a separação ou o divórcio entre o marido e a mulher. Quando não há mais afeto e carinho entre ambos o casamento ou a união estável acaba. As consequências desse rompimento são previstas pelo direito e podem afetar os filhos, conforme será demonstrado em seguida.

3.1 GUARDA UNILATERAL

O Código Civil Brasileiro traz duas possibilidades de guarda para os filhos menores do casamento que se dissolve, a guarda unilateral e a guarda compartilhada.

A guarda unilateral é aquela em que o menor ficará com apenas um dos genitores, aquele que revele melhor condições para exercer a guarda. Ao outro genitor incube o direito de visitas, bem como o dever de acompanhar e supervisionar os interesses do menor.

Reis (2010, p.7) afirma que a guarda unilateral "nada mais é que a situação na qual um dos pais é detentor da guarda dos filhos, o que pode

ser entendido como o domicílio em que a prole irá residir".

A Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014, trouxe diversas alterações no Código Civil quanto à guarda do menor. A partir de então a guarda unilateral deixou de ser a regra, sendo aplicada apenas quando um dos genitores declara ao magistrado não possuir interesse na guarda da criança ou para o seu melhor interesse. A falta de consenso entre os pais e a resistência na aplicação da guarda compartilhada não mais obstará ao juiz aplica-lá, ou seja, caberá ao magistrado a escolha do modelo de guarda a ser imposto, e em regra a oposição dos pais não será levada em consideração.

Contudo, independente do motivo, escolhendo o juiz sobre qual genitor será o responsável pela guarda unilateral da criança, esta deverá ocorrer sempre norteada pelo princípio do melhor interesse do menor, que visa o total desenvolvimento da personalidade do menor, além de ser orientador para solução de conflitos ocasionados pela separação ou divórcio dos pais, pela guarda, dentre outros (PINTO, 2014 *apud* DINIZ, 2011).

Sendo a guarda unilateral indicada pelo magistrado, os direitos do genitor que não detenha a guarda permanecerá os mesmos. O parágrafo quinto do artigo 1.583 do Código Civil traz o dever de supervisionar os interesses do menor, sendo ele parte legítima para solicitar qualquer informação e/ou prestação de contas sobre assuntos relacionados a saúde (física ou psicológica) e educação do menor.

Gonçalves (2010, p. 284) leciona:

> Estabelece-se, assim, um dever genérico de cuidado material, atenção e afeto por parte do genitor a quem não se atribuiu a guarda, estando implícita a intenção de evitar o denominado 'abandono moral'. O dispositivo não o responsabiliza civilmente, todavia, pelos danos causados a terceiros pelo filho menor.

Nos casos em que a escolha da guarda unilateral prevaleça, esta deverá buscar sempre o melhor interesse do menor, ressaltando que o genitor que não possuir a guarda não perde o poder familiar e terá o direito/dever de acompanhar e supervisionar os interesses da criança.

3.2 GUARDA COMPARTILHADA

O segundo instituto de guarda, introduzido no Código Civil através da Lei 11.698/2008 e alterado pela Lei 13.058/2014, é a guarda compartilhada, que pode ser definida como a divisão de responsabilidade dos filhos entre os pais separados, tendo ambos, igual poder de decisão e acompanhamento dos seus filhos, exercendo juntos e efetivamente o poder familiar mesmo com a separação.

Do parágrafo segundo do artigo 1.583 do Código Civil depreende-se que o tempo de convívio dos filhos com os pais, na guarda compartilhada, deve ser dividido de forma equilibrada entre ambos, levando em consideração as condições fáticas e o interesse dos menores.

Reis (2010, p. 9) citando Groeninga, define a guarda compartilhada como uma modalidade em que os genitores em conjunto detêm a responsabilidade e autoridade sobre seus filhos, compartilhando igualmente o poder familiar, as normas e decisões que ele implica embora se encontrem vivendo em lugares diferentes, onde, em um destes será fixado à residência dos filhos.

O parágrafo terceiro do dispositivo acima citado atenta-se ainda para os critérios de escolha da residência dos filhos menores, que deverá ser estabelecido na cidade que atender ao melhor interesse do menor.

O principal objetivo da guarda compartilhada é que os filhos não percam o contato com seus genitores após a separação, diminuindo o impacto que essa nova realidade possa causar nas suas vidas, garantindo assim o efetivo cumprimento do dever de cuidado e convivência inerentes aos pais.

Salienta Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 285) ao citar Nick que:

> Na guarda compartilhada, a criança tem o referencial de uma casa principal, na qual vive com um dos genitores, ficando a critério dos pais planejar a convivência em suas rotinas quotidianas e, obviamente, facultando-se as vistas a qualquer tempo. Defere-se o dever de guarda de fato a ambos os genitores, importando numa relação ativa e permanente entre eles e seus filhos.

O Código Civil ainda dispõe que a guarda compartilhada pode ser requerida por um dos genitores ou por ambos e ainda determinada pelo juiz de ofício, desde que observado o melhor interesse da criança. Devendo o juiz, quando não houver consenso entre os genitores, decidir pela guarda compartilhada.

Apesar da expressa previsão na lei, parte da doutrina e da jurisprudência ressaltam que a guarda compartilhada não poderá e/ou deverá ser imposta pelo juiz, arrazoando que suas consequências possam ser piores do que a guarda unilateral poderia provocar. Assim, entende-se que a guarda compartilhada deva ser escolhida, na maioria dos casos, quando existir a anuência dos genitores, pois, diante do conflito destes, o compartilhamento da guarda se tornará inviável.

É o que ressalva o mestre Gonçalves (2010, p. 285):

> Trata-se, naturalmente, de modelo de guarda que não deve ser imposto como solução para todos os casos, sendo contraindicado para alguns. Sempre, no entanto, que houver interesses dos pais e for conveniente para os filhos, a guarda compartilhada deve ser incentivada.

Antes, quando havia a preferência pela guarda compartilhada alguns doutrinadores já se posicionavam contra a obrigatoriedade desta guarda. Reis (2010, p. 9) citando Rolf Madaleno afirma que, "considera-se praticamente inviável sua imposição por determinação judicial, 'quando não existe diálogo e cooperação entre os pais detentores do poder familiar.'"

3.3 ALIENAÇÃO PARENTAL

A alienação parental é a conduta ativa do genitor ou terceiro que detém a guarda do menor em provocar, voluntária ou involuntariamente, a rejeição da criança em face do outro genitor, desencadeando um distanciamento do menor com o genitor que não possui a guarda, podendo ainda provocar naquele a síndrome de alienação parental.

É pertinente fazer uma breve diferenciação entre a alienação parental e a síndrome da alienação parental. Aquela "é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, mais comumente o titular

da custódia." Em contrapartida, a síndrome da alienação parental "diz respeito às sequelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento" (FONSECA, 2010 *apud,* ARAÚJO, 2012, p. 2).

Fonseca (2006, p. 3) compartilha desse entendimento ao afirmar que:

> [...] a síndrome refere-se à conduta do filho que se recusa terminante e obstinadamente a ter contato com um dos progenitores, que já sofre as mazelas oriundas daquele rompimento, a alienação parental relaciona-se com o processo desencadeado pelo progenitor que intenta arredar o outro genitor da vida do filho.

A alienação, de acordo com Araújo (2013, p. 3) citando Garden e Louzada, tem três níveis, o I (leve), II (moderado) e III (agudo). O leve ocorre quando há dificuldades nas visitas, no momento de buscar e entregar o menor ao outro genitor; o moderado acontece quando o genitor possuidor da guarda cria diversas situações para excluir o outro do acompanhamento da criança; e na aguda a manipulação dos filhos encontra-se completa e a possibilidade de encontro da criança com o outro genitor causa pânico e desespero na mesma.

A definição da guarda e de que forma ela é acordada na separação tem influência direta no processo de alienação dos filhos. Por isso, como abordado no tópico anterior, a discussão para definir a guarda dos filhos é de fundamental importância, haja vista que poderá prevenir diversos problemas que as crianças possam desenvolver, tais como a síndrome da alienação parental.

Uma vez consumada a separação do casal e outorgada a guarda unilateral dos filhos a um dos ex-consortes, assiste ao outro, o direito-dever de com eles estar. É o direito de visitas, o qual não compreende apenas o contato físico e a comunicação entre ambos, mas o direito de participar do crescimento e da educação do menor. Trata-se de uma forma de assegurar a continuidade da convivência entre o filho e o genitor não-guardião, minimizando a desassociação imposta pela dissolução do casamento (FONSECA, 2006, p. 163).

Acontece que o alienador provoca o afastamento intencional de um dos pais da vida do menor por meio de comportamentos específicos e

até mesmo silenciosos. Passando assim, a usar a criança com um mero instrumento de vingança, coagindo aquela a amar apenas um dos pais, apresentando, dentre outras possibilidades, obstáculos ao convívio entre ambos, distorcendo fatos relativos às partes e manipulando a realidade de forma que achar mais conveniente (ARAÚJO, p. 2).

O sentimento de ódio alimentado pelo alienador, acarreta o desejo de vingança que o leva a induzir seu filho a reproduzir falsas memórias com o único intuito de afastá-lo do genitor. (ARAÚJO, p. 2). Essas falsas memórias podem ter graves consequências que vão além da esfera emocional, como a ideia de que existiu abuso sexual por parte do outro genitor, fazendo a criança acreditar na falsa memória gerando uma denúncia policial.

A alienação parental é, conforme a ilustre Maria Berenice Dias (2011, p. 453), "uma forma de abuso que põe em risco a saúde emocional e compromete o sadio desenvolvimento de uma criança que enfrenta uma crise de lealdade, e gera sentimento de culpa quando, na fase adulta, constata que foi cúmplice de uma grande injustiça".

Em razão disso, o controle da alienação parental já é lei (12.318/2010), que a defini e exemplifica diversas formas de alienação, além de trazer penalidades para aquele genitor ou terceiro que tenta induzir o menor contra um ou ambos os seus genitores.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA

Para a melhor compreensão do conceito de responsabilidade civil e o que a compõe, pertinente é entender o que objetiva a responsabilização civil. Nessa linha, Cavalieri (2010, p. 13) ensina que a função da responsabilidade civil, o desejo de obrigar o agente a reparar o dano, "inspira-se no mais elementar sentimento de justiça".

A responsabilização civil motiva-se a partir de um ato ilícito, o que irá ocasionar o dever de indenizar, ou seja, quando o agente realiza um ato vedado pelo direito ou se omite em agir quando é seu dever fazê-lo, encontra-se diante do ato ilícito. Assim, subsiste ao ato ilícito a obrigação de indenizar.

Cavaliere (2010, p. 10) ao lecionar sobre ato ilícito, afirma que:

> Em *sentido estrito*, o ato ilícito é o conjunto

> de pressupostos da responsabilidade – ou, se preferirmos, da obrigação de indenizar. Na verdade, a responsabilidade civil é um fenômeno complexo, oriundo de requisitos diversos intimamente unidos; surge e se caracteriza uma vez que seus elementos se integram. Na responsabilidade subjetiva, como veremos, serão necessários, além da conduta ilícita, a culpa, o dano e o nexo causal. Esse é o sentido do art. 186 do Código Civil. A culpa está ali inserida como um dos pressupostos da responsabilidade subjetiva. A culpa é, efetivamente, o fundamento básico da responsabilidade subjetiva, elemento nuclear do ato ilícito que lhe dá causa. Já na responsabilidade objetiva a culpa não integra os pressupostos necessários para a sua configuração.

Assim, o autor supracitado já relaciona que a responsabilidade civil pode ser subjetiva e objetiva, e nos remete aos pressupostos da responsabilização civil: o ato ilícito, a conduta, o dano e o nexo causal.

Nessa linha, pondera-se o voto do Desembargador na Apelação Civil nº 0003535-74.2007.8.26.0168 (990.10.030836-0), julgada em 17/020/2011, na 6ª Câmara de Direito Privado do TJSP:

> [...] possa haver, na espécie, dano (o sentimento de rejeição proveniente da figura paterna é muito forte e certamente produz inegável sofrimento) e nexo de causalidade entre ele e a conduta do réu (que deu mesmo odioso tratamento diferenciado aos autores em comparação com outros filhos), ainda falta, para caracterizar a obrigação de indenizar, o terceiro pressuposto para seu reconhecimento, que é o **ato ilícito do agente.** *Ninguém é obrigado a amar ninguém, nem mesmo os filhos!* O forte sentimento materno, paterno ou filial, embora tenha um componente natural, não deixa de ser, social e psicologicamente, construído e mutuamente conquistado.
>
> Se não houve tal construção e conquista, infelizmente resta apenas o desamor, desprezo e ódio mútuos. Mas todos esses sentimentos

> têm, como corretamente indicado na sentença, expressão apenas no campo da Moral, sendo irrelevantes no campo do Direito. Não há lei que obrigue um pai a amar igualmente todos os seus filhos. A lei não pode (porque não conseguiria se impor na prática) forçar as pessoas a serem boas! (Processo: APL 0003535-74.2007.8.26.0168 (990.10.030836-0); Relator: Percival Nogueira; Julgamento: 17/02/2011; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado do TJSP; Publicação: 28/02/2011).

O relator do voto acima transcrito corroborou que até pode ser configurado o dano, e até mesmo o nexo causal, contudo não há ato ilícito no desamor.

4.1 CONDUTA CULPOSA

A conduta culposa é o primeiro elemento que deve ser analisado na responsabilidade civil. Conduta culposa é a ação humana voluntária que cause dano a outrem, ou seja, é a conduta humana "positiva ou negativa (omissão), guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo" (STOLZE e PAMPLONA, 2012, p. 73). O elemento essencial da conduta culposa é a "voluntariedade".

A conduta culposa pode se dar de quatro formas, imprudência, negligência ou imperícia e ocorre quando o agente não tinha a intenção de causar dano à vítima, mas em razão do seu descuido, acabou causando. Já o dolo ocorre quando o agente possuía a intenção de causar um dano e por meio de seu comportamento alcança seu objetivo. Ressalta-se o fato de que na responsabilização civil a diferenciação de dolo ou culpa não se faz estritamente necessário, posto que, o agente responde pelas duas condutas indistintamente.

Parte da doutrina entende que cabe a responsabilização civil pelo abandono afetivo, Reis (2010, p. 24) explica a culpa do agente:

> [...] de uma conduta omissiva por parte deste genitor, que estará por infringir os deveres de assistência imaterial impostos pelo poder familiar.

> Assim, age negligentemente ou imprudentemente o pai que se negar a conviver e criar seu filho, olvidando-se de acompanhar o desenvolvimento da sua personalidade e obstaculizando o seu crescimento saudável.

Salientou-se, portanto, que é inerente à função dos pais auxiliarem imaterialmente seus filhos, com amor, carinho e cuidado, decorrente do convívio e da criação.

Em sentido contrário outra parcela da doutrina entende pelo descabimento da reparação civil, conforme afirma Nassralla (2010, p. 9):

> Ora, se a conduta omissiva configuradora do dano afetivo deve ser culposa, na modalidade de negligência, torna-se ademais subjetiva a sua configuração, já que a falta de afeto pode em tese ser justificada por inúmeros fatores íntimos e até pela provocação da outra parte que detém a guarda do menor.

Diz mais ainda o citado autor (2010, p. 10):

> Portanto, pode-se inferir que o direito não pode através da fixação de uma indenização punir uma conduta que nem mesmo se exteriorizou, no caso da simples omissão de afeto, considerando-a ilícita, já que ostenta grau de incerteza e subjetividade, já que não há conceituação jurídica da obrigação ou dever de afeto, passível de gerar indenização pelo descumprimento.

O citado autor, ao abordar o tema, ressalva o subjetivismo existente apenas na tentativa de imputar ao genitor ausente a culpa pela falta de amor, que pode ocorrer por diversos fatores internos e externos, salientando ainda que no direito não há margem para tamanho subjetivismo.

4.2 DANO

O dano consiste no prejuízo sofrido pela vítima que pode ser

individual, coletivo, moral ou material. Assim, a noção de dano está sempre ligada à noção de prejuízo e nem sempre a transgressão de uma norma ocasionará o dano, e consequentemente, o dever de indenizar. "Somente haverá possibilidade de indenização, como regra, se o ato ilícito ocasionar dano" (VENOSA, 2008, p. 34).

Evidencia-se que a exigência de ressarcimento só ocorrerá se necessariamente existir um dano à vítima, o qual pode ser material, quando há a perda, total ou parcial, de um patrimônio, ainda que a vítima deixou de ganhar em ocasião do evento danoso; e pode ser moral, que ocorrerá quando, em grosso modo, o evento ferir o íntimo da vítima.

Sem dano não há que se falar em indenização, mesmo que exista um ato ilícito, posto que, se houvesse indenização, estaria o direito abrindo margem para o enriquecimento ilícito.

Novamente fazendo correlação com a doutrina favorável, Reis (2010, p. 23) expõe:

> [...] o dano causado pelo abandono afetivo é um dano à personalidade do indivíduo, atributo pessoal da dignidade humana. Segundo Giselda Hironaka, todo ser humano enquanto pessoa, é dotado de personalidade, que se manifesta através da família, sendo esta a grande responsável por introduzir na criança "o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada."

Depreende-se da leitura que o abandono afetivo causa danos à construção da personalidade do indivíduo, em razão disso o afeto deve ser abarcado pelo direito.

Em contrapartida, com posicionamento desfavorável Nassralla (2010, p. 10) aduz:

> Percebe-se que a reparação pelo dano moral decorre de condutas ilícitas que ofendem bens jurídicos tutelados pelo Estado, em que pode ser exigido respeito a esses bens.
> O amor e o afeto, ao contrário, são sentimentos

> humanos, que não podem ser exigidos, de forma a que seu inadimplemento gere direito à indenização. Na verdade, ontologicamente, não são obrigações, mas deveres morais e éticos a que a lei comina pelo descumprimento também a mesma reprimenda, qual seja, o afastamento do vínculo jurídico parental. Na verdade, o abandono afetivo não pode ser indenizado por não ter cunho obrigacional, por constituir o afeto um sentimento humano.

Suscita-se que não cabe ao direito abranger o amor, pois este é sentimento humano sem previsão legal para ser passível de indenização, tão pouco pode ser contado, em razão do mesmo ser abstrato. Os sentimentos e suas manifestações ficam apenas na seara da ética.

4.3 NEXO CAUSAL

O nexo de causalidade é a ligação entre a conduta do agente e o dano sofrido pelo lesado. Para que exista a responsabilidade civil deve existir uma ligação entre a conduta humana e o dano sofrido pela vítima, tem que haver uma relação de causa e efeito entre o fato e o dano.

Não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita, tampouco que a vítima tenha sofrido um dano, é preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito (CAVALIERE, 2010, p. 47).

Aguiar Dias, citado por Cavaliere (2010, p. 47), ressalta ainda que o simples fato das possibilidades do dano terem sido acrescidas pelo fato alegado, não estabelece a causalidade suficientemente. Para a reparação civil será necessário demonstrar que sem o fato alegado, o dano não teria ocorrido.

Entendendo pela simplicidade do assunto, Reis (2010, p. 24) defende a indenização por falta de afeto:

> [...] a perícia deverá indicar não só a conduta omissiva do genitor que abandonou afetivamente a prole e os danos sofridos pelo filho abandonado, como também (e principalmente) apontar a causa deste prejuízo, ficando claro o momento em que se

> iniciou a aparição dos sintomas do dano sofrido.

Opostamente, Nassralla (2010, p. 12), observando a dificuldade na conexão, pondera:

> Infere-se assim, que prova do nexo de causalidade entre a conduta do suposto ofensor no caso do abandono afetivo parental e o alegado dano, na maioria das vezes, será controvertida, pela oposição de outros fatores, o que levaria ao magistrado a apenas um juízo de probabilidade da real causa do abalo psíquico, o que poderia gerar insegurança jurídica.

Percebe-se que nesse ponto, as posições divergentes tendem a se encontrar, posto que, a doutrina que defende a indenização por abandono afetivo mostra a preocupação do nexo causal entre o dano apresentado pela vítima com a conduta ilícita do agente, ressaltando que só haverá responsabilização se o dano sofrido for ocasionado pela conduta ilícita.

A doutrina oposicionista vem ainda salientar que na maioria dos casos o nexo causal não ficará demonstrado diante dos fatores que interferem nessa relação, sendo assim, o juízo não será verossímil, consequentemente não haverá segurança jurídica.

5 DA DIVERGÊNCIA DE POSICIONAMENTOS

Há posições que julgam serem os pais obrigados a se manter junto aos filhos, mesmo que esta não seja a sua vontade e que não exista o afeto, mas que é sua obrigação, que o façam por medo, por imposição da lei afirmando que a sua ausência causará mais estragos, é no mínimo, um contrassenso.

Nesse sentido Dill (2012, p. 4), mencionando Maria Berenice Dias, que como brilhante doutrinadora merece respeito, mas que se torna oportuno manifestar total discordância do seu ponto de vista:

> [...] a indenização por abandono afetivo poderá converter-se em instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de

> um direito das famílias mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar papel pedagógico no seio das relações familiares. Claro que o relacionamento mantido sob pena de recompensa financeira não é a forma mais correta de se estabelecer um vínculo afetivo. Ainda assim, mesmo que o pai só visite o filho por medo de ser condenado a pagar uma indenização, isso é melhor do que gerar no filho o sentimento de abandono.

Magdaleno e Hironaka, citados por Nassralla (2010, p. 7), também são favoráveis a indenização, assim como Gomes Pereira, citada por Reis (2010, p. 25), por entender que os transtornos psicológicos "provenientes da falta de solidez no seio familiar são capazes de implicar sequelas intransponíveis".

Cita-se ainda Maria Berenice Dias (2008, p. 407):

> A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz **danos emocionais** merecedores de reparação. Se lhe faltar essa referência, o filho estará sendo prejudicado, talvez de forma permanente, para o resto de sua vida.

Nessa mesma linha, parte do voto do Des. Nilo Lacerda:

> A falta da relação paterno-filial dá ensejo à busca de compensação indenizatória em face dos danos que pais possam causar aos seus filhos, especialmente quando a eles é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas. Tal fato, sem dúvidas, acarreta a violação de direitos próprios da personalidade humana, maculando o princípio da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República, conforme se extrai do art. 1º, inciso III, da Constituição (Processo: APL 61386520088260272 102510802614140011 MG 1.0251.08.026141-4/001(1); Relator: Nilo

Lacerda; Julgamento: 29/10/2009; Órgão Julgador: 8ª Tribunal de Justiça de Minas Gerais; Publicação: 09/12/2009).

É clara a discrepância das teses defendidas tendo em vista a evolução da sociedade e a globalização, pois cada vez mais cedo as crianças estão evoluindo, criança de 3 a 4 anos de idade já sabem utilizar a tecnologia, são mais dinâmicos e vão transformando-se cada vez mais rápido e tendo acesso a tudo. Uma criança ou adolescente não irá perceber que seu pai ou a sua mãe não sente prazer em sua companhia, que eles estão ao seu lado por medo, ou por obrigação? É constatável até para uma criança tais práticas. E aí, pergunta-se vai fazê-los sentir-se melhor conviver nesse ambiente? Não.

Nota-se que os autores supracitados, bem como outros adeptos da possibilidade de indenização por abandono afetivo entendem que um filho/criança só poderá ser feliz se houver presente a figura de um pai ou uma mãe em sua vida. O que falar então de diversas crianças que não tiverem seus pais presentes e viveram felizes, desempenharam seus papéis no meio social e pessoal e foram bem-sucedidos, será que eles não sentiram falta da figura paterna ou materna?

O que falar então dos muitos filhos que apanharam em casa, que fugiram de suas residências por não suportar os maus-tratos que aconteciam em seu ambiente familiar e imploraram as suas mães ou até mesmo pais que se separassem e levassem eles para longe daquela realidade.

O que não se pode fazer é levar tudo a ferro e fogo. Sempre existiu na sociedade famílias boas e más, pais bons e maus, entretanto, não será a imposição de se dar afeto que fará com que tais famílias desapareçam da sociedade. Os seres humanos são falíveis, faz parte de sua natureza, as falhas irão sempre existir, a punição exacerbada poderá ter efeito contrário do que pensa os nobres autores que defendem essa posição.

Há ainda os posicionamentos que vão além, associam que a ausência dos genitores leva o menor a virar um futuro infrator, por isso, é dever do Estado conduzir os pais a estarem com seus filhos coercitivamente. Para Dill (2010, p. 2), "O Estado tem o dever e interesse em punir a omissão ou abuso dos pais no exercício do poder familiar, uma vez que é no seio da família desajustada que nasce o menor infrator, o qual será entregue à sociedade".

Sem propósito essa associação, afinal quantos filhos de famílias estruturadas e que possuem condições de vida elevadas entram pelos caminhos das drogas e da criminalização? Não há qualquer fator que ligue o abandono afetivo e a criminalização.

Ferraz (2010, p. 3) observa que "muitas vezes, o ambiente familiar ao invés de ajudar na formação da criança, atrapalha, corroendo toda uma estrutura emocional que ainda se encontra em formação".

No âmbito de discordância da responsabilização civil do abandono afetivo encontram-se Lopes, Nassralla, os quais entendem ser apenas da seara familiar a possibilidade de análise da falta de afeto.

Apesar de grande parte da doutrina entender pelo provimento da indenização por abandono afetivo, percebe-se que ainda há divergência na jurisprudência encontrando-se muitos julgados desfavoráveis a responsabilização.

Observa-se:

> INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO RECONHECIMENTO DE PATERNINDADE APENAS COM AJUIZAMENTO DE SEGUNDA AÇÃO - DANOS MORAIS INEXISTENTES - NÃO DEMONSTRAÇÃO DE QUE A AUSÊNCIA DA FIGURA DO PAI ACARRETOU DANOS EMOCIONAIS PASSÍVEIS DE INDENIZAÇÃO DIANTE DA FIGURA DO PADASTRO, COM QUEM A GENITORA DO AUTOR-APELANTE CONTRAIU NÚPCIAS QUE EDUCOU O SEU ENTEADO COMO SE FILHO FOSSE - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO (Processo: APL 61386520088260272 SP 0006138-65.2008.8.26.0272; Relator: Theodureto Camargo; Julgamento: 13/07/2011; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado do TJSP; Publicação: 19/07/2011).

Percebe-se na decisão acima a aplicação acertada do princípio da afetividade para a existência de paternidade socioafetiva, não necessariamente o nome do "pai" afetivo deverá estar na Certidão de Nascimento, devendo ser considerado o fato do cuidado, da educação e

da convivência, fatores estes que ocasionam a paternidade socioafetiva.

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO - ATO ILÍCITO - INEXISTÊNCIA - DEVER DE INDENIZAR - AUSÊNCIA.
> - A omissão do pai quanto à assistência afetiva pretendida pelo filho não se reveste de ato ilícito por absoluta falta de previsão legal, porquanto ninguém é obrigado a amar ou a dedicar amor.
> - Inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 186 do Código Civil, eis que ausente o ato ilícito, não há como reconhecer o abandono afetivo como passível de indenização. (Processo: APL 61386520088260272 102510802614140011 MG 1.0251.08.026141-4/001(1); Relator: Nilo Lacerda; Julgamento: 29/10/2009; Órgão Julgador: 8ª Tribunal de Justiça de Minas Gerais; Publicação: 09/12/2009)

Novamente a demonstração de que o desamor não configura ato ilícito passível de apreciação pelo direito. Apenas deverá ser observada no campo da ética.

Por fim, a decisão do Ministro Fernando Gonçalves:

> [...] Penso que o Direito de Família tem princípios próprios que não podem receber influências de outros princípios que são atinentes exclusivamente ou – no mínimo – mais fortemente - a outras ramificações do Direito. Esses princípios do Direito de Família não permitem que as relações familiares, sobretudo aquelas atinentes a pai e filho, mesmo aquelas referentes a patrimônio, a bens e responsabilidades materiais, a ressarcimento, a tudo quanto disser respeito a pecúnia, sejam disciplinadas pelos princípios próprios do Direito das Obrigações. Destarte, tudo quanto disser respeito às relações patrimoniais e aos efeitos patrimoniais das relações existentes entre parentes e entre os cônjuges só podem ser analisadas e

> apreciadas à luz do que está posto no próprio Direito de Família. Essa compreensão decorre da importância que tem a família, que é alçada à elevada proteção constitucional como nenhuma outra entidade vem a receber, dada a importância que tem a família na formação do próprio Estado. Os seus valores são e devem receber proteção muito além da que o Direito oferece a qualquer bem material. Por isso é que, por mais sofrida que tenha sido a dor suportada pelo filho, por mais reprovável que possa ser o abandono praticado pelo pai – o que, diga-se de passagem, o caso não configura - a repercussão que o pai possa vir a sofrer, na área do Direito Civil, no campo material, há de ser unicamente referente a alimentos; e, no campo extrapatrimonial, a destituição do pátrio poder, no máximo isso. Com a devida vênia, não posso, até repudio essa tentativa, querer quantificar o preço do amor. Ao ser permitido isso, com o devido respeito, iremos estabelecer gradações para cada gesto que pudesse importar em desamor: se abandono por uma semana, o valor da indenização seria "x"; se abandono por um mês, o valor da indenização seria "y", e assim por diante (757411 MG 2005/0085464-3, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 28/11/2005, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 27.03.2006 p. 299RB vol. 510 p. 20REVJMG vol. 175 p. 438RT vol. 849 p. 228).

Perfeita é a explanação do ministro, o direito de família é especial, é diferente dos outros ramos do direito civil, e possui princípios norteadores próprios, não pode falar-se em misturar os institutos.

Uma questão interessante e que merece destaque é voto do Desembargador, na Apelação Civil nº 990.10.579845-4, da 8ª Câmara de Direito Privado do TJSP, ao citar o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves:

> A questão é delicada, devendo os juízes ser cautelosos na análise de cada caso, para evitar que

> o Poder Judiciário seja usado, por mágoa ou outro sentimento menos nobre, como instrumento de vingança contra os pais ausentes ou negligentes no trato com os filhos. Somente em casos especiais, em que fique cabalmente demonstrada a influência negativa do descaso dos pais na formação e desenvolvimento dos filhos, com rejeição pública e humilhante, justificam o pedido de indenização por danos morais. Simples desamor e falta de afeto não bastam.

Nassralla chama a atenção também para o fato de que (2010, p. 7), "[...] a doutrina favorável à tese de reparabilidade do dano afetivo prega cautela e análise minuciosa dos casos levados à Justiça, a fim de evitar uma espécie de patrimonialização da falta do sentimento no seio das famílias". Cuidado necessário para que não se banalize o tema. Depreende-se assim que até mesmo os que defendem a responsabilização civil pela falta de amor salientam que aquela somente deverá ser concebida a partir de uma análise consistente pelo Judiciário.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É pertinente afirmar que o amor, a amizade, o ódio, a fé, entre outros, são sentimentos e como tais não são passíveis de serem visto, ou tocados, apenas sentidos. E como abstratos que são, causam inquietude, pois a curiosidade de sempre se querer saber o que as outras pessoas sentem em relação a alguém ou a algo, é do ser humano.

O afeto é dado de graça, sem sentido ou motivo, e é involuntário, ou seja, não se tem poder sobre ele, não se escolhe de quem se quer gostar. O afeto é sentimento, é algo intrínseco ao ser humano, que não há qualquer possibilidade de mensurar ou avaliar o seu valor, tão pouco controlar.

O que se pode afirmar acerca da temática aqui abordada é que o direito de família já possui de meios para tratar do problema, como mencionado na decisão anteriormente citada, o poder familiar e os princípios intrínsecos ao direito de família. Não há, pois, que levar os problemas referentes ao direito de família para outro ramo direito civil.

Entende-se assim que o abando afetivo, ou melhor, o afeto, não pode/deve ser transformado em pecúnia, e que as questões de família devem

ser resolvidas no direito de família.

Extrai-se que o direito moderno aceita sim a afetividade, nunca se questionou isso, o que se questiona é a inversão do sentido da afetividade que se tenta fazer. O princípio da afetividade é utilizado no direito de família com o intuito de aproximação, por isso, considerando a paternidade socioafetiva, pai é quem cria, não mais se dá tanta importância ao pai biológico. Ora, o artigo 227 da CF e o ECA dispõe que é dever de toda a sociedade e o Estado cuidar do menor, é essa proteção que o Estado visou dar à criança e ao adolescente, que quando um genitor faltar, terá sempre alguém para suprir sua falta. Essa é a função da afetividade no direito de família. O que pai, mãe, filho exerce na família são papéis, e estes podem ser exercidos por outras pessoas.

Indenizar não irá resolver o problema, pois no mundo real não existe perfeição. O ideal seria que a relação de amor entre filho e pai sempre ocorresse. Mas, isto é apenas um ideal, por vezes, intangível, haja vista que cada um guarda dentro de si pecados próprios, não existindo outra razão para a repreensão cristã: 'aquele que não tiver pecado que atire a primeira pedra'. O ser humano é imperfeito e a imperfeição é parte dele, parte da sua essência. Não há pais perfeitos, nem mães perfeitas, nem filhos, homens, mulheres ou crianças; não há deuses na Terra. Portanto, perquirir culpa de um pai por não amar o filho, ou o filho por não amar o pai, é ilógico; é querer que o Direito determine o amor, o que é, no mínimo, um despropósito (LEÃO, 2011).

ABANDONMENT AFFECTIVE AND THE ASPECTS WHICH INVOLVES

ABSTRACT: Modern Family was incorporated by law and is enshrined by the Constitution of 1988. Today, the principle of affection is the foundation of the family, because the coexistence and mutual respect, to the right, is the true way of building links. This article addresses the issue of emotional distance from the guiding principles of family law and its consequences in the legal field in spite of civil liability. This research back to comment on the types of custody, as well as parental alienation, legal phenomena caused by the breaking of family ties and that can motivate the estrangement of family members, as well as lack of love. Concerns

regarding the scope of the law of love, the sensitivity of the topic and the doctrinal differences drive the importance of the topic.

KEYWORDS: Family. Affection. Abandonment. Affection. Accountability.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ana Rita Silva. *O que é afetividade? Reflexões para um conceito.* Disponível em:<http://www.cefetes.br/gwadocpub/PosGraduacao/Especializa%C3%A7%C3%A3o%20em%20educa%C3%A7%C3%A3o%20EJA/Publica%C3%A7%C3%B5es/anped2001/textos/t2004446634094.PDF>. Acesso em: 29 out. 2012

ANGELUCI, Cleber Affonso. Abandono Afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. *Revista CEJ.* Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/713>. Acesso em: 30 set. 2012.

ARAÚJO, Ynderlle Marta de. A Alienação Parental no Ordenamento Jurídico Brasileiro. *IBDFAM*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/876.>. Acesso em: 13 abr. 2013.

CARVALHO, Adriana Pereira Dantas. Responsabilidade civil por abandono afetivo: decisão do STJ. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3361, 13 set. 2012. Disponível em:< http://jus.com.br/revista/texto/22613>. Acesso em: 3 out. 2012.

CASSETTARI, Christiano. *Responsabilização Civil dos pais por abandono afetivo de seus filhos – dos deveres constitucionais*. Disponível em: <http://www.professorallan.com.br/UserFiles/Arquivo/Artigo/artigo_responsabilidade_civil_dos_pais_por_abandono_afetivo_cassetari.pdf>. Acesso em: 30 set. 2012.

CAVALIERE FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: atlas, 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *As famílias e seus direitos*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/14_-as_fam%EDlias_e_seus_direitos.pdf>. Acesso em: 13 de abr. 2013.

_____, Maria Berenice. *Famílias modernas*: (inter)secções do afeto e da lei. Disponível em:<http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3__

fam%EDlias_modernas__inter_sec%E7%F5es_do_afeto_e_da_lei.pdf>. Acesso em: 13 de abr. 2013.
DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. Os deveres intrínsecos ao poder familiar e a responsabilidade dos pais pelo descumprimento. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 80, set 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8315>. Acesso em nov 2012.
FERRAZ, Ludmila Freitas. Aplicabilidade da responsabilidade civil no abandono afetivo parental. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 83, dez 2010. Disponível em: ≤http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8516&revista_caderno=14≥. Acesso em nov 2012.
FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. *Síndrome da alienação parental*. Disponível em: < http://pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>. Acesso em: 01 de ago. 2012.
GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, volume 3: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2012.
GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 6: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2010.
HAMADA, Thatiane Miyuki Santos. O abandono afetivo paterno-filial, o dever de indenizar e considerações acerca da decisão inédita do STJ. *IBDFAM*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/872>. Acesso em: 29 mar 2013.
HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>. Acesso em: 30 set. 2012.
LEÃO, Celina Gontijo. Falta de amor: Um ato ilícito?. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9002&revista_caderno=14>. Acesso em nov 2012.
LEVY, Laura Affonso da Costa. Abandono afetivo e responsabilidade civil: utilizar com moderação. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 67, ago 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6523>. Acesso em nov

2012.
LOBO, Paulo Luiz Netto. *Família e adolescência*: Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>. Acesso em: 29 out. 2012.
MACHADO, Gabriela Soares Linhares. Dos princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao Direito de Família: Repercussão na relação paterno-filial. *IBDFAM*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/865>. Acesso em: 29 mar. 2013.
NASSRALLA, Samir Nicolau. Reflexões acerca da responsabilidade civil parental por abandono afetivo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2577, 22 jul.2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/17029>. Acesso em: 30 ago. 2012.
NÚÑEZ, Carla Alonso Barreiro. Guarda Compartilhada: Um Caminho para Inibir a Alienação Parental. *IBDFAM*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/877>. Acesso em: 13 abr. 2013
OLIVEIRA JÚNIOR, Antônio Dantas de. A incidência do art. 186 do código Brasileiro no abandono afetivo dos pais: é possível? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16 (\revista/edições/2001), n. 3018 (\revista/edições/2011/10/6), 6 (\revista/edições/2011/10/6) out. (\revista/edições/2011/10) 2011 (\revista/edições/2011). Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/20148>. Acesso em: 30 ago. 2012.
PINTO, Anna Beatriz Rossi Nogueira. *O problema da eficácia da aplicação da guarda compartilhada aos casos de alienação parental.* Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/6118/1/21046894.pdf>. Acesso em: 20 abr 2015.
PRATTA, Elisângela Maria Machado; SANTOS, Manoel Antônio. *Família e adolescência*: A influência do contexto familiar do contexto familiar no desenvolvimento psicológico de seus membros. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pe/v12n2/v12n2a05.pdf>. Acesso em: 29 out. 2012.
REIS, Júnia Fraga. *Responsabilidade civil por abandono afetivo*: o verdadeiro valor do afeto na relação entre pais e filhos. Disponível em: < http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_1/junia_reis.pdf>. Acesso em: nov de 2012.
TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do Direito de Família Brasileiro*. Disponível em: <http://professorallan.com.br/UserFiles/Arquivo/Artigo/

artigo_novos_principios_do_direito_de_familia_tartuce.pdf>. Acesso em: 30 set. 2012.
VENANCIO, Alliny Pamella. Indenização por abandono afetivo. As consequências causadas pelo abandono afetivo e a possibilidade de indenização como forma de assegurar os direitos da criança e do adolescente. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 17, n. 3248, 23maio 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21837>. Acesso em: 4 out. 2012.
VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2008.

A SIMULTANEIDADE DAS UNIÕES ESTÁVEIS

Bruna Taynara da Silva Nascimento*

RESUMO: Desde os tempos remotos, o homem e a mulher já se uniam com o objetivo de constituir família. Inobstante, a única entidade familiar a ser protegida pelo Estado, antes da Constituição Federal de 1988, era a decorrente do casamento. Contudo, com as transformações ocorridas na sociedade, foram surgindo novos tipos de famílias, reclamando a tutela jurisdicional do Estado. Com efeito, ao elaborar a Constituição de 1988, o legislador constituinte estabeleceu novas formas de entidades familiares. Com isso, a presente pesquisa objetiva ratificar a impossibilidade de serem reconhecidas juridicamente a simultaneidade de uniões estáveis, tendo em vista as decisões de nossos tribunais entenderem ser impossível o reconhecimento das uniões concomitantes. Embora tenha nossos tribunais entendido dessa forma, há divergências na doutrina e até jurisprudências que entendiam o contrário.

PALAVRAS-CHAVE: Família. União. Monogamia.

INTRODUÇÃO

O Direito de Família é um ramo que sofre inúmeras transformações. Desta feita, novas formas de entidades familiares foram surgindo com o decorrer dos anos. Anteriormente à Constituição Federal de 1988, a única entidade familiar que merecia o respaldo jurídico, era a advinda do casamento. As uniões livres ou concubinato como se chamava, não merecia a tutela do Direito de Família. Entretanto, após a promulgação da Carta Maior, o concubinato passou-se a chamar de união estável e foi equiparado ao casamento. Assim, a união entre um homem e uma mulher objetivando constituir família sem o manto do casamento, foi chamada de união estável.

Assim sendo, a presente pesquisa tem por finalidade apresentar um estudo acerca da união estável, entidade familiar protegida pela Constituição Federal e equiparada ao casamento, notadamente sobre

a concomitância de uniões estáveis, tendo em vista que tais hipóteses existem no mundo dos fatos, ou seja, é uma realidade latente e que necessita de uma solução, para que os envolvidos não fiquem alheios à proteção jurídica. Mesmo diante do entendimento do STJ não reconhecendo a união estável paralela, coexistem três posicionamentos na doutrina acerca do reconhecimento do paralelismo afetivo.

1 FAMÍLIA

A família como instituição, remonta à antiguidade, transformando-se conforme a evolução da sociedade. Seu conceito é variável, levando-se em conta o ramo a ser estudado, tendo em vista os fatores históricos, sociais, econômicos e religiosos, determinantes em cada época.

Afirma-se que a família é a célula *mater* da sociedade, "[...] que a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado." (GONÇALVES, 2009, p.1)

2 UNIÃO ESTÁVEL

2.1 ORIGEM E DEFINIÇÃO

A união entre um homem e uma mulher existe desde o início da humanidade, com o objetivo de constituir família. Vimos também que a única forma de legitimar aquela união seria através do casamento. Porém, a união livre entre homem e mulher sempre existiu, ou seja, a união desprovida das formalidades legais exigidas pelo Estado.

Inobstante, o casamento civil era considerado indissolúvel. Todavia, existiam pessoas que optavam em não casar ou que não podiam se casar. Essas relações passaram a ser denominadas de concubinato, ou seja, união livre entre homem e mulher sem casamento, relações estas, consideradas estranhas e imorais que afrontavam o matrimônio.

Entretanto, foi-se aumentando o número de pessoas que viviam em concubinato, necessitando de proteção jurídica, visto que tais relações fáticas produziam efeitos. Insta salientar que tal cenário ainda se dava

antes da Constituição Federal de 1988, momento que o STF à época detinha competência para tanto, editou duas súmulas reconhecendo uma mínima proteção aos concubinos, quais sejam, as Súmulas nº 380 e 382. Neste momento, apesar da legislação nada prevê quanto à relação concubinária, a jurisprudência encarregou-se de reconhecer efeitos a ela.

Entretanto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, elevou o concubinato, agora chamado de união estável à entidade familiar com a devida proteção estatal, rompendo assim, os velhos estigmas e preconceitos quanto àquele instituto. Segundo o art. 1723 da Lei Civil, ratificando o § 3º do art. 226 da CF, dispõe que "é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família".

A união estável pode ser visualizada como uma situação de fato existente entre duas pessoas, que não estão ligadas pelo vínculo do matrimônio, mas vivem como se marido e mulher fossem (*more uxorio*), formando uma entidade familiar.

Ademais, com a promulgação da Constituição Federal, a união estável, entre pessoas de sexo diferente, foi elevada à entidade familiar, ao lado do casamento, recebendo a proteção jurídica dispensada às demais entidades familiares ali previstas.

2.2 REQUISITOS PARA A CONFIGURAÇÃO

Característica marcante da união estável, dentre outras, é a ausência de formalidades, ou seja, para sua formação não se exige o formalismo como se exige para o matrimônio. Consoante dicção do art. 1.723 do Código Civil, para que se configure a união estável é necessário o preenchimento dos requisitos ali elencados, sejam eles de ordem subjetiva ou objetiva.

Podemos extrair do artigo 1.723 do CC/02, requisitos objetivos e subjetivos. Os primeiros compreendem a diversidade de sexos, a notoriedade, estabilidade, continuidade, inexistência de impedimentos matrimoniais e relação monogâmica. Por sua vez os pressupostos subjetivos referem-se à convivência *more uxorio* e o objetivo de constituir família, "enfim, tudo aquilo que faça o relacionamento parecer um casamento, ou melhor, que esteja aí caracterizado um núcleo familiar" (PEREIRA, Rodrigo, 2012, p. 49).

3 UNIÕES ESTÁVEIS PARALELAS

3.1 CONSIDERAÇÕES RELEVANTES

Com efeito, não se pode olvidar da existência de uniões paralelas a um casamento, ou duas ou mais uniões estáveis simultâneas. Essas uniões plúrimas são entendidas como concubinato, o qual o próprio Código Civil em seu artigo 1727, tratou de diferenciar a união estável do concubinato, conceituando este último como uma relação eventual entre um homem uma mulher impedidos de casar. Assim, relegou o concubinato à proteção do Direito Obrigacional, excluindo-o da Proteção do Direito de Família, uma vez que não é uma entidade familiar, visto o caráter monogâmico das relações afetivas.

Portanto uniões estáveis paralelas, também conhecidas como simultâneas, plúrimas, multissubjetivas, múltiplas, poliafetivas são relações amorosas, em que uma pessoa ama várias outras ao mesmo tempo, ou seja, é uma relação afetiva em que um parceiro está presente em duas ou mais uniões. A existência, no plano dos fatos, de várias relações afetivas, originou-se da própria evolução e transformações ocorridas na sociedade no que se refere à família. Carlos Eduardo Pianovisk Ruzyk explica esse fenômeno social:

> O transcurso histórico da família no Brasil revela aspectos que permitem, entre continuidade e ruptura, estrutura e conjuntura, permanência e mudança, vislumbrar a emergência do fenômeno da simultaneidade familiar como dado socialmente relevante, cuja repercussão no sistema jurídico se faz sentir por meio de demandas que, na porosidade do sistema aberto, se impõem perante o direito, desafiando seus estudiosos e operadores a assumirem uma postura apta a – a partir da problematização formulado em concreto – encetar possibilidades de respostas a essas demandas (RUZYK, 2005, p. 167).

Entende o autor que as transformações e evolução da sociedade, bem como as mudanças legislativas, tornaram o ambiente propício a receber

a concomitância das relações afetivas. Tal entendimento pauta-se no pluralismo familiar, tendo em vista que a família é realidade, é fato, preexistente às normas legislativas. Coadunando do mesmo argumento, Letícia Ferrarini (2010, p. 93) pontua que a sociedade atual recepciona a simultaneidade familiar devido a mudanças sociais e familiares, porém, tal surgimento é devido à família nuclear.

Diante desse cenário, pode uma pessoa amar mais de uma simultaneamente? Tal questionamento nos apresenta a figura do poliamor, que é a permissão de se manter uma relação amorosa simultânea, pautada na amizade e no companheirismo, ou seja, defende a possibilidade de se amar várias pessoas ao mesmo tempo. Para os adeptos desse movimento, o poliamor é diferente da poligamia, aduzindo que somente uma pessoa não é capaz de complementar a outra, e que todos os envolvidos tem conhecimento dessa particularidade, ao passo que argumentam não ser um desejo desenfreado por mais relações, e sim, ter a liberdade da escolha. Regina Lins explica este movimento:

> No poliamor uma pessoa pode amar seu parceiro fixo e amar também as pessoas com quem tem relacionamentos extraconjugais, ou até mesmo ter relacionamentos amorosos múltiplos em que há sentimento de amor recíproco entre todos os envolvidos. Os poliamoristas argumentam que não se trata de procurar obsessivamente novas relações pelo fato de ter essa possibilidade sempre em aberto, mas, sim, de viver naturalmente tendo essa liberdade em mente. O poliamor pressupõe uma total honestidade no seio da relação. Não se trata de enganar nem de magoar ninguém. Tem como princípio que todas as pessoas envolvidas estão a par da situação e se sentem à vontade com ela. A ideia principal é admitir essa variedade de sentimentos que se desenvolvem em relação a várias pessoas, e que vão além da mera relação sexual (LINS, 2007, p. 401).

3.2 ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL

Como já observado, o tema das uniões estáveis paralelas é um tanto

polêmico, ao passo que surge várias divergências. Refletindo esse cenário, na doutrina encontramos três correntes que tentam explicar a possibilidade jurídica ou não, do reconhecimento das uniões estáveis simultâneas como entidade familiar.

Flávio Tartuce apresenta o assunto como uma problemática e questiona qual a solução:

> Outro problema envolve as uniões estáveis plúrimas ou paralelas, presente quando alguém vive vários relacionamentos que podem ser tidos como uniões estáveis ao mesmo tempo. Ilustrando, imagine-se a hipótese de um homem solteiro que tem quatro companheiras, em quatro cidades distintas do interior do Brasil, sem que uma saiba da existência da outra. Como resolver a questão? Três correntes doutrinárias podem ser encontradas a respeito da situação descrita: [...] (TARTUCE, 2012, p. 1145).

Continua o autor:

> 1ª Corrente – Afirma que nenhum relacionamento constitui união estável, eis que a união deve ser exclusiva, aplicando-se o princípio da monogamia. Essa corrente é encabeçada por Maria Helena Diniz. Para essa corrente, todos os relacionamentos descritos devem ser tratados como concubinatos (TARTUCE, 2012, p. 1145).

Como visto a primeira corrente, dentre outros doutrinadores, tem como principal expoente Maria Helena Diniz, Carlos Roberto Gonçalves, que não admitem o reconhecimento como entidade familiar de uniões estáveis concomitantes, inclusive quando um dos integrantes está de boa-fé, argumentando que a monogamia é base estruturante das relações familiares e que nestas deve ser respeitado o dever de fidelidade necessário à configuração da união estável. Assim, entende que elevando a união paralela à condição de entidade familiar, estaria adotando a poligamia ou a bigamia.

O segundo posicionamento admite a união estável putativa, ou

seja, aquela em que há boa-fé, em que um dos partícipes desconhece o impedimento do outro. Corrente adotada pela maioria dos doutrinadores entre eles Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno, Flávio Tartuce, Cristiano Chaves de Farias, Zeno Veloso, Álvaro Villaça Azevedo, Euclides de Oliveira, José Fernando Simão. Flávio Tartuce explica:

> 2ª Corrente – O primeiro relacionamento existente deve ser tratado como união estável, enquanto que os demais devem ser reconhecidos como uniões estáveis putativas, havendo boa-fé do cônjuge. Em suma, aplica-se, por analogia, o art. 1561 do CC, que trata do casamento putativo. Essa corrente é liderada pro Euclides de Oliveira e Rolf Madaleno (TARTUCE, 2012, p. 1145-1146).

A última corrente segundo Flávio Tartuce: "3.ª Corrente – Todos os relacionamentos constituem uniões estáveis, pela valorização do afeto que deve guiar o Direito de Família, corrente encabeçada por Maria Berenice Dias." (2012, p. 1146). Além de Maria Berenice Dias, comungam dessa corrente Paulo Netto Lôbo e Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho. Admitem de forma inovadora as uniões concomitantes, esclarecendo que a Constituição Federal estabelece um rol exemplificativo e não taxativo de formas de entidades familiares, devendo respeitar a pluralidade familiar e a dignidade da pessoa humana.

Os adeptos dessa corrente asseveram ainda que as uniões estáveis concomitantes devem ser reconhecidas e tratadas na seara do Direito de Família, visto o vínculo afetivo entre os integrantes, desprezando-se o requisito da fidelidade/lealdade para configuração da união estável, bem como devendo aquele acompanhar a modernidade albergada pela sociedade.

Argumentam também que não reconhecendo a duplicidade das relações afetivas, suprime delas a devida proteção jurídica, gerando uma grande injustiça, pois acoberta e privilegia o parceiro infiel e condenam a concubina, a pessoa que com aquele se relacionou, ao passo que incentivam o adultério. São as lições de Maria Berenice Dias:

> Pelo jeito, infringir o dogma da monogamia assegura privilégios. A mantença de duplo

> relacionamento gera total irresponsabilidade. Uniões que persistem por toda uma existência, muitas vezes com extensa prole e reconhecimento social, são simplesmente expulsas da tutela jurídica. A essa amante somente se reconhecem direitos se ela alegar que não sabia da infidelidade do parceiro. Para ser amparada pelo direito precisa valer-se de uma inverdade, pois, se confessa desconfiar ou saber da traição, recebe um solene: bem feito! É condenada por cumplicidade, punida pelo adultério que não é dela, enquanto o responsável é absolvido. Quem mantém relacionamento concomitante com duas pessoas sai premiado. O infiel, aquele que foi desleal, permanece com a titularidade patrimonial, além de ser desonerado da obrigação de sustento para com quem lhe dedicou a vida, mesmo sabendo da desonestidade do parceiro. Paradoxalmente, se o varão foi fiel e leal a uma única pessoa, é reconhecida a união estável, e imposta tanto a divisão de bens como a obrigação alimentar. A conclusão é uma só: a justiça está favorecendo e incentivando a infidelidade e o adultério! (DIAS, 2011, p. 51)

Entretanto, seguindo seus precedentes, o STJ pacificou entendimento, negando a possibilidade de reconhecimento das uniões estáveis paralelas, sob o argumento da exclusividade das relações afetivas, nos seguintes termos:

> DIREITO DE FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE UNIÕES ESTÁVEIS SIMULTÂNEAS. IMPOSSIBILIDADE. EXCLUSIVIDADE DE RELACIONAMENTO SÓLIDO. CONDIÇÃO DE EXISTÊNCIA JURÍDICA DA UNIÃO ESTÁVEL. EXEGESE DO § 1º DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.
>
> 1. Para a existência jurídica da união estável, extrai-se, da exegese do § 1º do art. 1.723 do Código Civil de 2002, *fine,* o requisito da exclusividade de relacionamento sólido. Isso porque, nem mesmo a

> existência de casamento válido se apresenta como impedimento suficiente ao reconhecimento da união estável, desde que haja separação de fato, circunstância que erige a existência de outra relação afetiva factual ao degrau de óbice proeminente à nova união estável.
> 2. Com efeito, a pedra de toque para o aperfeiçoamento da união estável não está na inexistência de vínculo matrimonial, mas, a toda evidência, na inexistência de relacionamento de fato duradouro, concorrentemente àquele que se pretende proteção jurídica, daí por que se mostra inviável o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas.
> 3. Havendo sentença transitada em julgado a reconhecer a união estável entre o falecido e sua companheira em determinado período, descabe o reconhecimento de outra união estável, simultânea àquela, com pessoa diversa.
> 4. Recurso especial provido (Resp 912.926/RS, Quarta Turma do STJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, DJ 07/06/2011).

Nesse contexto, aquele tribunal em várias decisões, entendia reconhecer apenas a simultaneidade das relações afetivas como uma mera sociedade de fato, argumentando que tais uniões ferem o princípio da monogamia, entendendo que a Lei da União Estável (Lei nº 9278/96) não disciplina esse tipo de união. Vejamos:

> PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. RELACIONAMENTOS CONCOMITANTES. IMPOSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO (AgRg no Ag 1358319/DF, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, DJ 11/02/2011).

4 CONCLUSÃO

Com a promulgação da Constituição de 1988, o conceito de família

ampliou-se, abarcando valores até então desconhecidos. O núcleo familiar passa então a se unir pelos vínculos de afeto e sentimento, abandonando por completo a ligação financeira advinda da família, igualando-se homens e mulheres.

Com efeito, para configurar a união estável, deve ser uma relação entre homem e mulher, pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituir família, ausentes de grandes solenidades. Assim, com o dinamismo da sociedade e a busca de novos valores, foram surgindo, no mundo dos fatos, as uniões estáveis paralelas, ou seja, uniões concorrentes ao casamento ou a outra união estável. Evidentemente, tais relações existem e necessitam da proteção estatal.

Assim sendo, o entendimento albergado pelo Superior Tribunal de Justiça é de não reconhecer a simultaneidade das relações como entidades familiares. Primeiramente, entende que a união estável é equiparada ao casamento, e como não se admite o reconhecimento de uniões paralelas a ele, os impedimentos aplicados a este, serão aplicados à união estável. Diante disso, em respeito ao caráter monogâmico das relações, adotado por nossa sociedade, impossível aceitar uniões estáveis paralelas como entidades familiares, visto que os conviventes devem fidelidade/lealdade entre si.

Contudo, a legislação tratou de defini-las como relação concubinária, e para tanto, abrigá-las no Direito Obrigacional, se em comunhão de esforços adquiriram patrimônio, realizar a divisão igualitária deles. Assim, observamos que elas não ficaram desprotegidas, sem efeitos na ordem jurídica.

___

SIMULTANEITY OF STABLE MARRIAGES

ABSTRACT: Since ancient times man and woman have joined in order to found a family. Inobstante, the only familiar entity to be protected by the State before the Federal Constitution of 1988, was due to the wedding. However, with the changes occurring in society, new types of families were emerging, claiming judicial protection of the State. Indeed, in drafting the 1988 Constitution, the constitutional legislator has established new forms of family entities. With this, the present research aims to ratify the impossibility of legally recognized simultaneity of stable marriages, in view of the decisions of our courts deem it impossible

for recognition of concurrent connections. Although our courts have construed this way, there are differences in doctrine and jurisprudence until they understood otherwise.

KEYWORDS: Family. Union. Mmonogamy.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Vade Mecum* Acadêmico de Direito Rideel. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2012.
_____. Decretro - Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Vade Mecum* Acadêmico de Direito Rideel. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2012.
_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. *Vade Mecum* Acadêmico de Direito Rideel. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2012.
_____. Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994. *Vade Mecum* Acadêmico de Direito Rideel. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2012.
_____. Lei 9.278, de 10 de maio de 1996. *Vade Mecum* Acadêmico de Direito Rideel. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2012.
_____. Superior Tribunal de Justiça. Disponível a partir de: <http://www.stj.jus.br/>. Acesso em: 04 set. 2014.
_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível a partir de: <http://www.stf.jus.br/> Acesso em: 04 set. 2014.
CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. O conceito de união estável e concubinato nos tribunais nacionais. *Âmbito jurídico*, Rio Grande, ano 12, nº 63, abr. 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5910>. Acesso em 09 ago. 2014.
DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
_____. *Manual de Direito das Famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*: direito de família. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.5.
FACCENDA, Guilherme Augusto. *Uniões estáveis paralelas*. 2011. Porto Alegre. Disponível em: < http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/31367/000780233.pdf?sequence=1 > Acesso em 23 ago.

2014.
FARIAS. Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*: famílias. 4 ed. Salvador: JusPODIVM, 2012. v.6.
FERRARINI, Letícia. *Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
GOECKS, Renata Miranda. OLTRAMARI. Vitor Hugo. *O reconhecimento da união estável putativa e paralela como entidade familiar*. 2008. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080630180802459&mode=print>. Acesso em: 23 ago. 2014.
GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*: direito de família. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.6.
LINS, Regina Navarro. *A cama na varanda***:** arejando nossas ideias a respeito de amor e sexo: novas tendências. 2. ed. Rio de Janeiro: Bestseller, 2007.
LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil*: famílias. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
_____. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família.* Curitiba: UFPR, 2004.
_____. *Concubinato e união estável*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
PONZONI, Laura de Toledo. *Famílias simultâneas*: união estável e concubinato, 2008. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=461>. Acesso em: 04 set. 2014.
RAVACHE, Alex. Diferença entre namoro e união estável. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, nº 2768, 29 jan. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/18383>. Acesso em: 04 set. 2014.
RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*: direito de família**.** 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.v.6.
RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas*: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: renovar, 2005.
SANTOS, Isaac Fernando Calaça dos. *A possibilidade de uniões civis multissubjetivas no direito brasileiro.* 2008. Maceió. Disponível em <http://www.cairu.br/biblioteca/arquivos/Direito/A_possibilidade_unioes_civis_multissubjetivas_direito_brasileiro.pdf >.Acesso em 04

set. 2014.
SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Poliamor é negado pelo Supremo e pelo STJ*. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-abr-26/regina-beatrizpoliamor-negado-supremo-stj>. Acesso em 04 set. 2014.
TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do direito de família brasileiro.* 2006. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8468/novos-principios-do-direito-de-familia-brasileiro>. Acesso em 04 set. 2014.
_____. *Manual de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2012.
VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: direito de família. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2012. v.6.

ENSAIO SOBRE OS JUROS E SUA APLICAÇÃO NOS CONTRATOS BANCÁRIOS

Clauber Hilton Valeriano da Silva[*]

RESUMO: Os juros nos contratos bancários têm sofrido grande variação durante a história da humanidade, desde a Antiguidade até os dias atuais. Eles são considerados como frutos mercantis, isto é, são ganhos e vantagens que o detentor do capital recebe ao conceder a alguém certa quantia em dinheiro. Podem ainda ser classificados quanto à origem (convencionais ou legais), quanto ao fundamento (compensatórios ou remuneratórios e moratórios) e quanto à capitalização (simples e compostos). A cobrança desse encargo faz surgir uma atividade repudiada pelo Poder Judiciário, qual seja o anatocismo, que nada mais é que uma forma de somar juros ao capital para apuração de novos juros. Em relação ao limite cobrado pelos bancos, é importante demonstrar que depois da Emenda Constitucional 40/2003, o artigo 192, § 3.° da Constituição Federal, deixou de vigorar provocando um desequilíbrio no cenário econômico. Entretanto, alguns doutrinadores continuaram empregando os ensinamentos do Decreto n.° 22.626/33, alegando que devem ser calculados juros de 12% ao ano, pois caso contrário se estaria cometendo o crime de usura. Não só esta lei, mas também o Código Civil de 1916, através de seus artigos 1.062 e 1.063, rezam que o termo correto é 1% ao mês. Igualmente o Código Civil de 2002, em seus artigos 406 e 591, fixam a mesma taxa, o que levou muitos a cumular tais preceitos com o artigo 161, § 1.° do Código Tributário Nacional, contudo, confundiam juros moratórios com compensatórios. O Superior Tribunal de Justiça costuma empregar a taxa média, mas apenas em relação ao período de inadimplência contratual, visto que na adimplência deve ser cobrada a taxa que estiver prevista no contrato, isto é, o que fora pactuado. No que tange a capitalização de juros, o Superior Tribunal de Justiça determina que naqueles contratos em que estipulam de forma clara a cobrança de tal encargo, bem como quando forem firmados após 31 de março de 2000, data da primitiva publicação da Medida Provisória 1.963-17/2000,

[*] Advogado, especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Magistratura de Sergipe - Esmese/Fanese (Coordenada pelo Prof. Fredie Didier).

atualmente reeditada sob o n.º 2.170-36/2001, o correto é que se aplique a capitalização mensal de juros.

PALAVRAS-CHAVE: Juros. Capitalização. Contratos.

1 INTRODUÇÃO

É muito antiga a utilização dos juros no cenário econômico mundial. Na Antiguidade, mais precisamente na Babilônia, no ano de 2.000 a.C., os agricultores e os comerciantes já praticavam tal modalidade, inclusive os sacerdotes a ajudaram a crescer, utilizando os templos como centros de trocas (GONÇALVES, internet, acesso em 04/07/2014).

Já no século VI a.C. as operações bancárias acentuaram-se e passaram a ser dirigidas pelos particulares, dando margem ao aparecimento das instituições comerciais (COVELLO, 1999, p. 17).

Assim como a Babilônia, a Grécia também teve a influência dos sacerdotes na atividade bancária, utilizando os templos para realizar as operações financeiras.

A princípio, Roma tinha sua economia voltada à produção agrícola. Com a introdução da moeda, houve o desenvolvimento da atividade financeira e em III a.C. surgia o comércio bancário, que era desempenhado pelos banqueiros particulares (COVELLO, 1999, p. 20).

A Igreja, durante a Idade Média e a influência do Direito Canônico, não apoiava a cobrança de juros, mas isso não ajudou para que países como a França, durante os séculos XII e XIII cobrassem juros de até 16% ao ano (SCAVONE JÚNIOR, 2003, p. 31).

Atualmente, a questão das taxas de juros nos contatos bancários ainda continua sendo muito discutida, principalmente diante do cenário econômico em que vive o país e muitos são os posicionamentos acerca da limitação correta a ser fixada.

Então, diante das várias maneiras de se refletir sobre qual taxa de juros deve ser empregada pelas instituições financeiras, é possível focalizar o motivo da escolha do presente tema, já que o mercado financeiro sempre se mantém instável no que pertine a esse processo de acumulação de capital.

Diante desse cenário, seria possível às instituições financeiras

estabelecerem taxa de juros em 1% ao mês, ou o correto seria o que estivesse previsto no corpo do contrato?

Detectando essa questão, torna-se importante fazer um estudo para que a sociedade se beneficie e verifique se realmente aquilo que os bancos estão cobrando em seus contratos são taxas onerosas, ou se eles estão obedecendo ao que vem decidindo o Poder Judiciário.

Em relação ao método desenvolvido, é imperioso demonstrar que o presente artigo utiliza as formas elucidativa e explicativa, tendo como principal escopo aprofundar o assunto taxa de juros, bem como esclarecer a aplicação de determinados encargos e analisar a perspectiva do Poder Judiciário ante as leis que regem o tema, exaltando, por fim, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.

Para esta busca serão utilizados livros de Direito Civil, Direito Bancário, bem como artigos publicados, decisões de juízes de 1.ª instância do Estado de Sergipe, o próprio Tribunal de Justiça deste Estado e o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

2 DEFINIÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DOS JUROS

Considerados como conquista mercantil, os juros são obrigações acessórias que nascem de uma obrigação principal e apresentam duas finalidades que estão diretamente ligadas ao capital, quais sejam: a de influenciar na compensação pela utilização da coisa e o risco que passa o credor ao emprestar o capital, principalmente de não receber aquilo o que foi cedido.

Os juros são classificados em três formas, ou seja, quanto à origem, quanto ao fundamento e quanto à capitalização.

Quanto à origem eles podem ser convencionais, isto é, estabelecidos pela vontade livre dos agentes que compõem o negócio jurídico, ou podem ser legais, que são aqueles exigidos em função de uma autorização legal, quer dizer, imposta pela lei e independente de convenção entre as partes.

Alguns exemplos de juros legais estão previstos nos artigos 1.311, 1.062 e 1.063, todos do Código Civil de 1916, bem como os artigos 406 e 591 ambos do Código Civil de 2002 e do artigo 161, do Código Tributário Nacional.

Os juros acima mencionados quando estão presentes em um contrato

não podem ser sujeitos à revisão, bem como questionados, por serem resultantes do ordenamento jurídico. Exemplo disso são os juros de mora, que não podem ser aumentados ou diminuídos pelas partes contratantes.

No que pertine ao fundamento, os juros recebem a nomenclatura de compensatórios ou remuneratórios e moratórios.

São considerados compensatórios os juros utilizados para remunerar o capital, são aqueles acordados pelas partes e que, por terem o caráter de retribuir à atividade desenvolvida pelas instituições financeiras, devem ser fixados em percentual diverso dos juros moratórios.

Já os juros moratórios têm por fim aplicar uma penalidade pelo eventual atraso no cumprimento da obrigação por parte do devedor, sendo a sua incidência prevista no artigo 1062 do Código Civil de 1916, e seu limite de 12% ao ano, ou em conformidade com a taxa SELIC, obedecendo ao que aduz o artigo 406, do Código Civil de 2002.

Então, dúvidas não há em relação ao fundamento, já que os juros compensatórios são resultantes do capital emprestado, enquanto os juros moratórios funcionam como um modo de indenização devido à inércia culposa no cumprimento da obrigação.

3 A CAPITALIZAÇÃO DE JUROS E O ANATOCISMO

No que diz respeito à capitalização, os juros se dividem em simples ou lineares e compostos ou juros sobre juros, estes últimos também chamados de juros exponenciais.

Os juros simples são aqueles calculados unicamente sobre o capital, não incidindo sobre valores cumulados, já os compostos são calculados sobre o capital inicial e acrescidos dos juros acumulados até o período anterior, proporcionando alteração no seu valor como se fosse uma progressão geométrica.

O proveito das instituições financeiras surge mediante a taxa de juros ou preço, bem como pelo emprego de recursos. A capitalização de juros serve como um modo de proteção para o contrato financeiro, visto que tenta passar o risco ao agente econômico tomador.

Em relação à classificação, o regime de capitalização de juros se divide em simples ou linear e composto ou exponencial.

No que tange à forma simples, de tal encargo mercantil, é necessário comentar que não há acúmulo de valores, pois os juros versificam em

razão do prazo, de forma linear, sem a junção de quaisquer taxas sobre o capital financeiro.

Já a capitalização composta deve operar envolvendo a base econômica do capital, reunindo juros do período anterior e variando de forma exponencial.

Depois de estabelecida a diferença entre capitalização de juros simples e capitalização de juros compostos, torna-se imprescindível esclarecer o que vem a ser anatocismo, termo tão utilizado nas operações bancárias, senão veja-se:

> Anatocismo consiste na prática de somar os juros ao capital para contagem de novos juros ou, ainda, nos sistemas de amortização, a contagem de juros sobre o capital total, cujo resultado espelha parcelas cuja soma supera o valor total das parcelas do capital em razão do prazo com a aplicação de juros simples para obtenção do valor futuro pelo método hamburguês (SCAVONE JÚNIOR, 2003, p. 150).

O artigo 253, do Código Comercial, revogado pelo Novo Código Civil (Lei 10.406/2002), apontava que não era permitido computar juros sobre juros, isto é, deveria ser vedada a prática do anatocismo, mas também o artigo 4.° do Decreto 22.626/33, conhecido como Lei de Usura, ainda em vigor naquela época, também repudiava sua prática, ao argumentar que "é proibido contar juros dos juros: esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano".

Isso não é tudo, pois a Súmula 121, do Supremo Tribunal Federal alega que "é vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada", dando margem à proibição da prática de capitalização composta.

Não se quer aqui dizer que a capitalização de juros não é permitida. Está demonstrado acima que a periodicidade dela deve ser anual e não mensal, de acordo com o que reza o artigo 591, do Código Civil, juntamente com a Lei de Usura. Segue abaixo o entendimento doutrinário acerca do tema:

> As partes interessadas combinam os juros pelo

> prazo da convenção, e, se porventura não os fixarem, a taxa será a constante da lei, desde que haja estipulação a respeito. Todavia, é preciso lembrar que o Decreto 22.626/33, parcialmente alterado pelo Decreto-lei 182/3, ao reprimir os excessos da usura, proibiu a estipulação, em quaisquer contratos, de taxas superiores ao dobro da legal (art. 1.°), cominando pena de nulidade para os negócios celebrados com infração da lei, assegurando ao devedor a repetição do que houvesse pago a mais (art. 11). Assim sendo, a taxa de juros não poderá ultrapassar 12% ao ano, sendo vedado receber, a pretexto de comissão, taxas maiores que as permitidas pela lei (art. 2.°) e, proibindo-se (art. 4.°), ainda, contar juros dos juros (DINIZ, 2000, p. 369)

Logo, a cobrança de juros está subordinada a determinadas restrições, com o escopo de proibir a prática de abusos que cause lesão à parte mais fraca do contrato.

O que até agora fora exposto, nada mais é do que um esclarecimento acerca do anatocismo, que havia sido banido das contratações, ficando vedada a sua prática, conforme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que segue abaixo:

> CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO. AÇÃO REVISIONAL. CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. COMPENSAÇÃO.
>
> 1. Somente nas hipóteses em que expressamente autorizada por leis especiais a capitalização mensal dos juros se mostra admissível. Nos demais casos é vedada, mesmo quando pactuada, não tendo sido revogado pela Lei n° 4.545/64 o art. 4° do Decreto n° 22.626/33. Dessa proibição não se acham excluídas as instituições financeiras. Precedentes do STJ.
>
> 2. O Juiz pode compensar a dívida pelos honorários, em caso de sucumbência recíproca. Condenada uma das partes a verba honorária, o advogado

> do vencedor tem direito autônomo de executar a sentença, nessa parte (REsp 149.147, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar). Recurso especial não conhecido.
> (STJ/REsp 328.355/RS, Rel. Ministro Barros Monteiro, DJU de 19.11.2001)

A explanação acima diz respeito à capitalização de juros, repudiando a prática da periodicidade mensal de tal encargo financeiro, porém, depois da Medida Provisória 1.963-1/17/2000, o Superior Tribunal de Justiça passou a interpretar os contratos bancários de maneira diferente.

De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, àqueles contratos bancários celebrados a partir de 31 de março de 2000, data da publicação do artigo 5.º da Medida Provisória n.º 1.963-17/2000, reeditada sob o n.º 2.170-36/2001, incide a capitalização mensal, desde que pactuada. Eis a sua ementa, "in verbis":

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. REVISÃO. CAPITALIZAÇÃO MENSAL. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. COMPENSAÇÃO.
> 1 - Para os contratos celebrados anteriormente à edição da MP 1.963-17/200, persiste a vedação da capitalização dos juros em periodicidade mensal, contida no artigo 4º do Decreto 22.626/33, pois, no caso, inexistente legislação específica que autorize o anatocismo, como ocorre com as cédulas de crédito rural, comercial e industrial.
> 2 - A cobrança da comissão de permanência somente é permitida quando não cumulada com correção monetária, juros remuneratórios, moratórios e multa contratual (Súmulas 30, 294 e 296/STJ).
> 3 - Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte. (Súmula 306/STJ).

> 4 - AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (AgRg no REsp 645990 / RS - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 2004/0028175-1 - Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO - DJe 09/06/2011)

Portanto, pode ser cobrada pelas instituições financeiras a capitalização mensal de juros nas operações celebradas a partir de 31 de março de 2000, data da primitiva publicação do artigo 5.º da Medida Provisória 1.963-17/2000, atualmente reeditada sob o n.º 2.170-36/2001. Neste sentido, também se posiciona a recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO BANCÁRIO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. SÚMULA STF/284. APLICAÇÃO DO CDC DESINFLUENTE NO CASO CONCRETO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. DECISÃO MANTIDA.
> 1.- Em relação à alegada negativa de prestação jurisdicional, verifica-se que as razões recursais não indicam, como de rigor, qual o ponto omisso, obscuro ou contraditório do Acórdão recorrido, fazendo alusão genérica de que teria sido violado o art. 535 do Estatuto Processual Civil. Essa deficiência na fundamentação impede a perfeita compreensão da controvérsia, o que atrai à espécie o óbice da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal, aplicável por analogia nesta Corte.
> 2.- O reconhecimento de aplicação das regras de proteção ao consumidor mostra-se desinfluente no caso concreto, porque o exame da legalidade ou da ilegalidade das cláusulas do contrato não é feita à luz do Código de Defesa do Consumidor.
> 3.- A Segunda Seção desta Corte firmou o entendimento de que o fato de as taxas de juros excederem o limite de 12% ao ano, por si, não implica abusividade; impondo-se sua redução, tão-somente, quando comprovado que discrepantes em

> relação à taxa de mercado após vencida a obrigação. Incidência da Súmula 382/STJ.
> 4.- A capitalização dos juros é admissível quando pactuada e desde que haja legislação específica que a autorize. Assim, permite-se sua cobrança na periodicidade mensal nas cédulas de crédito rural, comercial e industrial (Decreto-lei n. 167/67 e Decreto-lei n. 413/69), bem como nas demais operações realizadas pelas instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional, desde que celebradas a partir da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17 (31.3.00). Nesse sentido, o REsp 602.068/RS, Rel. MIN. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, DJ 21.3.05, da colenda Segunda Seção.
> 5.- O Agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.
> 6.- Agravo Regimental improvido.
> (AgRg no AREsp 508979 / RS - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 2014/0099594-9 - Ministro SIDNEI BENETI - DJe 17/06/2014)

Em síntese, a capitalização mensal de juros é permitida, desde que pactuada de maneira expressa no contrato ou caso a legislação que exerce regência sobre o negócio jurídico a autorize; tudo em conformidade com a Medida Provisória acima citada, cumulada ainda o artigo 2.º, da Emenda Constitucional n.º 32, de 12 de setembro de 2001.

4 A COMISSÃO DE PERMANÊNCIA E SUA CUMULAÇÃO COM OS DEMAIS ENCARGOS DE INADIMPLÊNCIA

Partindo agora a análise da comissão de permanência, importante lembrar que sua origem se deu em decorrência dos índices de inflação, possibilitando às instituições financeiras instituírem outras taxas sobre os débitos decorrentes de seus negócios jurídicos.

Tal instituto é respaldado pela Lei n.° 4.595/64 e pela Resolução n.º 1.129/86, do Conselho Monetário Nacional, e tem natureza jurídica de

juros, além de possibilitar aos bancos cobrar de seus devedores sempre que houver atraso (mora) no pagamento de alguma dívida.

Hoje em dia é constante cumular tal instituto com correção monetária, mas a Súmula 30, do Superior Tribunal de Justiça, veio para proibir tal equiparação alegando que "a comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis". Assim é a jurisprudência:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO - DECISÃO MONOCRÁTICA DO E. MINISTRO PRESIDENTE DO STJ QUE DEU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. IRRESIGNAÇÃO DA CASA BANCÁRIA.
> 1. A tese de negativa de prestação jurisdicional (art. 535 do CPC) foi ventilada tão somente nas razões do agravo regimental, configurando-se, portanto, inovação recursal, cuja análise é incabível no presente recurso em razão da preclusão consumativa.
> 2. Capitalização mensal dos juros. Falta de previsão contratual autorizando a prática firmada nas instâncias ordinárias. Impossibilidade de reexame da matéria por importar novo enfrentamento do quadro fático delineado na lide e interpretação de cláusulas contratuais. Incidência das Súmulas ns. 5 e 7 do STJ.
> 3. Comissão de permanência. Pretensão da instituição financeira de cumulação com multa contratual e juros moratórios. Impossibilidade. Entendimento pacificado em recurso repetitivo (REsp n.1.058.114/RS, Rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, Segunda Seção, DJe de 16/11/2010)
> 4. Agravo regimental desprovido, com aplicação de multa.
> (AgRg no REsp 1441816 / RS - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 2014/0056111-6 - Ministro MARCO BUZZI - DJe 22/05/2014)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. INCIDÊNCIA DO CDC. POSSIBILIDADE. MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO *PACTA SUNT SERVANDA*. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. INVIABILIDADE DE CUMULAÇÃO COM OS DEMAIS ENCARGOS MORATÓRIOS. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. No pertinente à revisão das cláusulas contratuais, a legislação consumerista, aplicável à espécie, permite a manifestação acerca da existência de eventuais cláusulas abusivas, o que acaba por relativizar o princípio do *pacta sunt servanda*. Precedentes.

2. "A importância cobrada a título de comissão de permanência não poderá ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato, ou seja: a) juros remuneratórios à taxa média de mercado, não podendo ultrapassar o percentual contratado para o período de normalidade da operação; b) juros moratórios até o limite de 12% ao ano; e c) multa contratual limitada a 2% do valor da prestação, nos termos do art. 52, § 1º, do CDC". (REsp nº 1.058.114/RS e REsp nº 1.063.343/RS, Segunda Seção, Rel. p/ acórdão o Min. João Otávio de Noronha, DJe de 16/11/2010).

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1422547 / RS AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 2013/0397031-5 - Ministro LUÍS FELIPE SALOMÃO - DJe 14/03/2014)

Nesse intento, é de muita valia esclarecer que a Súmula 294, do Superior Tribunal de Justiça, surgiu para demonstrar que os bancos podem cobrar comissão de permanência limitada à taxa de juros pactuada no contrato original ou à taxa média de mercado, contudo, tal cobrança tem que ser de forma simples, isto é, não pode haver cumulação com outros encargos financeiros.

Em relação aos juros compensatórios, a comissão de permanência pode substituí-los e ser cobrado simultaneamente com os juros

moratórios, consoante demonstra Luiz Antônio Scavone Júnior:

> Entrementes, desde que a comissão de permanência não suplante os limites legais para os juros reais, nada obsta sua utilização como a taxa de juros prevista nos contratos, substituindo os juros compensatórios, mesmo que cumulados com juros moratórios, vez que admitimos tal cumulação em razão de gênese distinta.
> Portanto, sendo taxa de juros, nada impede, segundo nosso entendimento, que seja utilizada como tal, desde que, igualmente, nos contratos de consumo, não afronte o dispositivo no art. 51, X, da Lei 8.078/90, que inquina de nulidade a cláusula contratual que implique na possibilidade de variação unilateral de preço (2003, p. 319).

Então, é possível se chegar à conclusão de que a comissão de permanência é um tipo de encargo estabelecido nos contratos de mútuo financeiro, na qual sua aplicação serve como uma forma de cláusula de indenização por perdas e danos, uma vez que estaria relacionado aos lucros cessantes da instituição financeira, ou seja, serviria como uma forma de indenização por aquilo que ela deixou de ganhar pelo inadimplemento do devedor.

Todavia, não é possível cumular o instituto em análise com outros encargos, tais como multa contratual, juros moratórios e juros remuneratórios, a não ser que a comissão de permanência esteja substituindo os juros compensatórios, conforme acima mencionado, em que os bancos podem cumular os juros de mora com os juros compensatórios, em caso de atraso no pagamento da dívida.

5 O ARTIGO 192 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, SUA APLICABILIDADE E REVOGAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 aparecia de forma precisa e contribuía para a sociedade com o seu artigo 192, § 3.°, estabelecendo limite para combater a prática de abuso e onerosidade excessiva, senão veja-se:

> Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado

> de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre:
> [...]
> § 3º - As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.

Dessa forma, a previsão aplicável a todas as formas de obrigações era a de que não poderiam ser cobrados juros com percentuais superiores a 12% ao ano e qualquer remuneração que fosse feita acima de tal limite constitucional seria considerada como delito de usura (artigo 4.°, da Lei 1.521/51).

Ainda em relação ao dispositivo acima mencionado, a doutrina se tornou bastante precisa no que tange a sua autoaplicabilidade e eficácia, conforme seguimento abaixo:

> Este dispositivo causou muita celeuma e muita controvérsia quanto a sua aplicabilidade. Pronunciamo-nos, pela imprensa, a favor de sua aplicabilidade imediata, porque se trata de uma norma autônoma, não subordinada à lei prevista no caput do artigo. Todo parágrafo tecnicamente bem situado (e este não está, porque contém autonomia de artigo) liga-se ao conteúdo do artigo, mas tem autonomia normativa [...].
> Se o texto em causa fosse inciso de artigo, embora com normatividade formal autônoma, ficaria na dependência do que viesse a estabelecer a lei complementar. Mas tendo sido organizado num parágrafo, com normatividade autônoma, sem ferir a qualquer previsão legal ulterior, detém eficácia plena e aplicabilidade imediata (SILVA *apud* FIGUEIREDO, 2006, p. 46).

À vista disso ficou claro que com a presença desta norma houve uma restrição no mercado financeiro acerca da cobrança de juros e seus encargos, bem como ficou retratado que não haveria necessidade de lei ordinária ou complementar para a sua execução, estabelecendo assim a sua autoaplicabilidade.

Porém, após o julgamento da ADIN n.º 4-7- DF, o Supremo Tribunal Federal considerou o artigo 192, § 3.º, da Constituição Federal, como não sendo autoaplicável, necessitando de lei complementar para regulamentar o Sistema Financeiro Nacional, além de possuir eficácia limitada.

Não obstante toda preocupação no que tange à limitação das taxas de juros no mercado financeiro, em 30 de maio de 2003, foi publicada a Emenda Constitucional n.º 40, fazendo modificações significativas no inciso V, do artigo 163 e o artigo 192, ambos da Constituição Federal, e o caput, do artigo 52, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

As taxas de juros são fixadas com base nos riscos do mercado de capital, evitando-se maiores prejuízos às instituições financeiras. Sendo assim, o crescente aumento das demandas que têm o escopo de obstacularizar a atividade financeira no país, apenas contribui para que haja um aumento relevante da taxa de risco e, consequente manutenção da taxa de juros no patamar que hoje se encontra no mercado.

Então, diante desse cenário ficou instituído que não pode mais haver a opinião de que os juros devem ser fixados em 12% ao ano, pois já fora demonstrado que o artigo supracitado passou a ter eficácia limitada e depender de lei complementar (que nunca foi criada).

O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 648 na qual dizia que "a norma do § 3.º do art. 192 da Constituição, revogada pela EC 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar", sepultando de uma vez por todas qualquer juízo contrário à inaplicabilidade do referido artigo.

Nesse intento, segue abaixo o posicionamento jurisprudencial depois de toda essa modificação:

> CONSTITUCIONAL. JUROS: art. 192, § 3º, da C.F. (redação anterior à E.C. 40/2003): 12% ao ano: NÃO AUTOAPLICABILIDADE. I - O Supremo Tribunal Federal decidiu, no julgamento da ADI 4/DF, que a norma inscrita no § 3º do art. 192 da

> C.F., redação anterior à E.C. 40/2003, não é de eficácia plena, porque dependente da edição da lei complementar referida no caput do citado art. 192. II - Agravo não provido.
> (RE-AgRg 452036 – GO/GOIÁS - Relator: Min. Carlos Velloso - Julgamento: 21/06/2005 - Órgão Julgador: Segunda Turma)

Portanto, não mais se discute acerca do artigo 192, § 3.º, da Carta Magna, haja vista a sua revogação pela Emenda Constitucional n.º 40, de 29 de maio de 2003 e publicada em 30 de maio do mesmo ano. E mais, mesmo antes da referida Emenda Constitucional, sua eficácia era limitada (ADIN n.º 4-7 DF, c/c Súmula 648, do Supremo Tribunal Federal).

6 A LEI DE USURA E AS TAXAS DE JUROS

O Decreto n.° 22.626/33, também conhecido como Lei de Usura, foi criado na década de 30, durante o governo de Getúlio Vargas, com o escopo de proteger a sociedade contra a prática de abuso econômico, isto é, a cobrança de juros excessivos (MERENIUK, 2006, p. 34).

No "caput", do artigo 1.°, tal lei estabelece que "é vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal (Código Civil, art. 1062)". Porém, a fixação dos juros de mora está prevista no artigo 5.°, ao mencionar que "admite-se que pela mora dos juros contratados estes sejam elevados de 1% e não mais".

Dessa forma, percebe-se que a Lei de Usura tem consonância com o Código Civil de 1916, pois proíbe que os juros moratórios sejam superiores ao dobro do que era legalmente previsto pelo artigo 1.062, isto é, 12% ao ano, devendo também ser obedecido o artigo 1.063.

Já em relação ao Código Civil de 2002, os juros moratórios foram questionados no artigo 406 c/c artigo 591, deixando bem claro que o seu limite deve ser de 12% ao ano, ou de acordo com a Taxa Selic; quando não houver nada convencionado desta maneira ou ainda quando a legislação estabelecer sua incidência.

Como fora acima demonstrado, o Código Civil auxiliou de forma gratificante a Lei de Usura no que pertine a limitação dos juros moratórios, porém, aquele não foi o único, visto que o Código Tributário

Nacional, mais precisamente em seu artigo 161 § 1.°, aduz que "se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês".

Então, mesmo antes de ser revogado o § 3.°, do artigo 192, da Constituição Federal, os juros eram fixados em 12% ao ano, já que a Lei de Usura também fixou tal percentual, mesmo que as partes não tenham convencionado.

Todavia, ficou até aqui comprovado que no caso de cobrança de juros de mora, o mercado financeiro não pode ultrapassar 1% ao mês ou 12% ao ano, em decorrência do que estabelece o Código Civil, juntamente com o Código Tributário Nacional e com a Lei n.° 22.626/33.

Contudo, alguns doutrinadores jurídicos, como é o caso de Luiz Antônio Scavone Júnior, ante a revogabilidade do § 3.° do artigo 192, da Lei Maior, também preferem aplicar os dispositivos legais acima mencionados para os juros compensatórios, consoante trecho abaixo destacado:

> Portanto, no âmbito do Código Civil de 2002, em razão da revogação do art. 192, § 3.°, da Constituição Federal pela Emenda Constitucional 40/2003, os juros legais compensatórios para os demais contratos – que não sejam de mútuo, cujo limite é fixado pelo art. 591, do Código Civil de 2002 em 1% ao mês (art. 406 cumulado com o art. 161, § 1.°, do Código Tributário Nacional) – não poderão suplantar 2% ao mês, que passa, então, a ser o limite legal para esses casos. É que, em razão da insubsistência do § 3.°, do art. 192, da Constituição Federal, o dobro dos juros legais (art. 1.° do Decreto 22.626/33), corresponde ao dobro de 1%, juros legais, de acordo com o art. 406, combinado com o art. 161, § 1.°, do Código Tributário Nacional (2003, p. 199).

Ocorre que todos os dispositivos legais supracitados são bem claros ao determinar que deve ser aplicada a taxa de juros de 1% ao mês apenas no caso de mora, pois estão relacionados ao atraso no pagamento da dívida, já no que tange aos juros compensatórios ou remuneratórios, os mesmos são convencionados pelas partes e têm o escopo de recompensar as

instituições financeiras, mas obedecendo sempre ao princípio da boa-fé, da função social dos contratos, além de ficarem sujeitas às ordens social e econômica, previstas nos artigos 170 e 193, ambos da Constituição Federal.

7 A ÓTICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A LIMITAÇÃO DAS TAXAS DE JUROS NOS CONTRATOS BANCÁRIOS

Ao mencionar o tema taxa de juros, cada pessoa tem um posicionamento diferente e o ordenamento jurídico brasileiro tem diversas leis que poderiam auxiliar as partes contratantes de um negócio jurídico, mas esse fim não é atingido. Então, o Poder Judiciário tenta ser unânime em suas decisões, bem como passa a adequar as leis existentes à realidade bancária.

No julgamento do AgRg no AREsp n.º 347867, foi decidido que as instituições financeiras podem fixar juros remuneratórios acima de 12% ao ano, sendo que no período de inadimplência as referidas taxas devem ser estabelecidas em conformidade com a taxa média de mercado:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO BANCÁRIO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. REVISÃO NO STJ. IMPOSSIBILIDADE. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO. DEMONSTRAÇÃO CABAL DO ABUSO. NECESSIDADE. SÚMULA 382 DO STJ. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. JUROS COMPOSTOS. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. SÚMULAS 30, 294 E 472 DO STJ.
>
> 1. O recurso especial não é a sede própria para a discussão de matéria de índole constitucional, sob pena de usurpação da competência exclusiva do STF. 2. Nos contratos bancários não se aplica a limitação da taxa de juros remuneratórios em 12% ao ano, não se podendo aferir a exorbitância da taxa de juros apenas com base na estabilidade econômica do país, sendo necessária a demonstração, no caso

> concreto, de que a referida taxa diverge da média de mercado.
> 3. "A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada" (2ª Seção, REsp 973.827/RS, Rel. p/ acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe de 24.9.2012).
> 4. É legal a cobrança da comissão de permanência na fase de inadimplência, desde que não cumulada com correção monetária, juros remuneratórios, multa contratual e juros moratórios (Súmulas 30, 294 e 472 do STJ).
> 5. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgRg no AREsp 347867 / MS - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 2013/0159474-5 - Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI - DJe 09/05/2014)

Já em recente julgado da Ministra Maria Isabel Gallotti, ficou estabelecido que não se aplica o Decreto nº 22.626/33 (Lei de Usura) aos contratos nos quais uma instituição bancária figure como parte, bem como deve ser fixado juros de acordo com o que fora pactuado entre as partes:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SOCIEDADE. ARRENDAMENTO MERCANTIL. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. CONTRATO. VRG. ADIANTAMENTO. SÚMULA N. 293-STJ. JUROS REMUNERATÓRIOS. NÃO LIMITAÇÃO. PRECEDENTES. MULTA. ARTIGO 557, § 2º, DO CPC. AFASTADA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. INACUMULABILIDADE. PARCIAL PROVIMENTO.
> 1. "As empresas de arrendamento mercantil, de acordo com o art. 9º da Lei 6.099/74, encontram-se subordinadas ao controle e fiscalização do Banco

> Central do Brasil o que lhes confere o status de instituição financeira." (AgRg no REsp 594045/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, DJ 17/05/2004 p. 238)
> 2. "A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil". Súmula n. 293, do STJ.
> 3. As instituições financeiras não sofrem a limitação dos juros remuneratórios prevista na Lei de Usura. Precedentes.
> 4. No caso dos autos, afasta-se a pena do artigo 557, § 2º, do CPC, pela simples interposição de agravo contra a decisão do relator em recurso de apelação.
> 5. A comissão de permanência é inacumulável com quaisquer outros encargos previstos para o período de inadimplência. Precedentes. Na hipótese dos autos, havia previsão de juros, ao que foi corretamente afastada a referida comissão.
> 6. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, parcialmente provido.
> (EDcl no REsp 586444 / RS - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL - 2003/0155190-3 - Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI - DJe 31/08/2011)

Dessa maneira, clara está a possibilidade de ser mensal a periodicidade da capitalização de juros naqueles contratos firmados após 31 de março de 2000. Contudo, tal pactuação deve estar prevista expressamente no negócio jurídico.

Para melhor entendimento, segue abaixo parte de uma decisão monocrática do Ministro Hélio Quaglia Barbosa, que assim relata:

> Quanto à capitalização mensal de juros o entendimento prevalecente no STJ era no sentido de que somente seria admitida em casos específicos, previstos em lei, conforme Enunciado da Súmula 93/STJ. Todavia, com a edição da MP nº 1.963-17/2000, atualmente reeditada sob o nº 2.170-36/2001, a eg. Segunda Seção deste Tribunal passou a admitir a capitalização mensal nos contratos

> firmados posteriormente à sua entrada em vigor, desde que houvesse previsão contratual.
> Para fins de incidência do que dispõe a MP nº 2.170/01, conforme reiterado entendimento desta Corte Superior, não é suficiente que a capitalização mensal de juros tenha sido pactuada, visto que, é imprescindível, que tenha sido de forma expressa, clara, de modo a garantir que o contratante tenha a plena ciência dos encargos acordados. Na instância ordinária, restou consignado a inexistência de pactuação expressa da capitalização mensal de juros, de sorte que deve ser repudiada (REsp 911.985/SE. RECURSO ESPECIAL 2006/0279176-0. Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Órgão Julgador: T4 – QUARTA TURMA. Pub. DJ em 30.03.2007).

Então, o Superior Tribunal de Justiça demonstra que pode ser aplicada a taxa média de mercado fornecida pelo Banco Central do Brasil, mas apenas durante o período de inadimplência, uma vez que durante a adimplência do contrato deve ser aplicada a taxa de juros pactuada entre as partes. Já em relação à capitalização de juros, a periodicidade pode ser mensal, desde que expressamente prevista nos negócios jurídicos firmados após 31 de março de 2000, consoante Medida Provisória n.° 2.170-36.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todo esse questionamento acerca de qual o limite correto a ser aplicado pelas instituições financeiras em seus contratos começou com um simples processo de acumulação de capital, sem uma fixação correta a ser estabelecida, mas com o aparecimento do Decreto n.° 22.626/33 (Lei de Usura), os contratos bancários passaram a restringir a cobrança de juros com um percentual de 1% ao mês ou 12% ao ano e caso fosse aplicado um termo superior, a instituição financeira estaria cometendo o chamado crime de usura.

Juntamente com a lei acima, o Código Civil de 1916 já vinha cuidando da matéria, através de seus artigos 1.062 e 1.063, os quais também determinavam que o limite legal fosse de 12% ao ano.

Mais tarde, com o Código Civil de 2002, principalmente com os artigos 406 e 591, os juros continuaram a ser os mesmos, o que levou muitos juristas a cumulá-los com o artigo 161, § 1.°, do Código Tributário Nacional. Mas quem pensava dessa forma estava cometendo um equívoco, visto que confundia o significado de juros moratórios com juros compensatórios, isto é, os artigos supramencionados dizem respeito aos juros de mora, os quais devem ser justapostos em caso de atraso no cumprimento do que ficou estabelecido no contrato.

Doravante, com a revogação do artigo 192, § 3.°, da Constituição Federal, através da Emenda Constitucional n.° 40/2003, o ordenamento jurídico brasileiro não conseguiu adaptar um limite de juros. Então, o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe tentando unificar a questão vem determinando que ante a não autoaplicabilidade do artigo 192, § 3°, da Lei Maior, o correto é aplicar a taxa média de mercado fornecida pelo Banco Central do Brasil (BACEN) durante toda relação contratual, isto é, durante o período de adimplência e inadimplência, de acordo com o que rezam as Súmulas 283 do Superior Tribunal de Justiça e 596 do Supremo Tribunal Federal, que também vedam a aplicação da Lei de Usura.

Porém, o Superior Tribunal de Justiça ultimamente vem se posicionando de forma que o correto é realmente aplicar a taxa média de mercado, só que durante o período de inadimplência contratual. Já na adimplência o melhor limite a ser ajustado é o que consta no contrato, isto é, o que foi estipulado entre as partes no momento em que foi firmado o negócio jurídico.

Dessa forma, chega-se a conclusão que deve ser atribuído aos contratos bancários aquilo o que prevê o Superior Tribunal de Justiça, isto é, a taxa de juros deve obedecer a média de mercado oferecida de pelo BACEN durante o período de inadimplência, contudo, durante a adimplência do negócio jurídico o justo é o que discorre no contrato. O mesmo serve para a periodicidade da capitalização de juros, haja vista que naqueles contratos celebrados após a publicação da Medida Provisória supracitada, a capitalização mensal de juros é permitida, desde que expressamente pactuada.

ESSAY ON THE INTEREST AND ITS APPLICATION IN THE BANK CONTRACT

ABSTRACT: The interests in banking contracts have suffered great

variation during mankind history, since the Antiquity until the current days. They are considered as mercantile fruits, it means, profits and advantages that the person whom it possess capital receives when granting money to somebody. They can still be classified in relation to the origin (conventional or legal), to the bedding (compensatory or profitable and delaying) and to the capitalization (simple and composites). The collection of this incumbency makes to appear an activity repudiated for Judiciary Power, which is the anatocism, it means, a form to add interests to the capital for verification a new interests. In relation to the limit charged for the banks, it is important to demonstrate that after Constitutional Emendation 40/2003, the article 192, § 3.°, of Federal Constitution, it doesn't invigorate provoking a disequilibrium at the economic scene. However some authors have continued using the Decree 22.626/33, alleging that must be calculated that interests about 12% to the year, therefore in contrary case it has the application the usury crime. Not only this law, but also the Civilian Code of 1916, through its articles 1.062 and 1.063, prays that the correct tax is 1% to the month. In equal form, the Civilian Code of 2002, articles 406 and 591, fixes the same tax, what it took many jurists to accumulate these rules with article 161, § 1.°, of the National Revenue Code, however they confused delaying interests with compensatory. The Superior Justice Court often employs the average rate, but only to the default period, whereas to the non-default rate that is stipulated in the contract should be charged, what was agreed between the parts. About the interest capitalization, the Superior Court determines those contracts that stipulate clearly the levying of such a charge and when they are entered after March 31, 2000, the original publication date of the Provisional Measure 1.963-17/2000, now reissued under the number 2.170-36/2001, is correct to apply the monthly interest capitalization.

KEYWORDS: Interests. Capitalization. Contracts.

REFERÊNCIAS

COVELLO, Sérgio Carlos. *Contratos Bancários*. 3. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1999.
DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. III. 15. ed.

São Paulo: Saraiva, 2000.
FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. *Juros Bancários:* Limites e Possibilidades. 1. ed. (ano 2001), 4. tir. Curitiba: Juruá, 2006.
GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil. Obrigações.* Vol. II. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.
GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil. Contratos.* Vol. IV. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.
GONÇALVES, Jean Piton Gonçalves. *História da Matemática Comercial e Financeira.* Disponível <http://www.somatematica.com.br/historia/matfinanceira.php> Acesso em 31 de agosto de 2006.
JOHNSTON, Aldem. **E***m Defesa da Constitucionalidade da Taxa SELIC para fins Tributários.* Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/52/11/521/> Acesso em: 23 de abril de 2007.
MERENIUK, Ruy Orlando. *Contratos Bancários e o Impacto das Taxas de Juros.* 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.
NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos Contratos:* Novos Paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
PICININ, Cláudia Goldner. *Juros bancários:* a legalidade das taxas de juros praticadas pelos bancos perante norma constitucional limitadora. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n.° 61, janeiro 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3562> Acesso em: 31 agosto de 2006.
SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. *Juros no Direito Brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico.* Rio de Janeiro: Forense, 1978.
VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil:* contratos em espécie. Vol. III. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL CAUSADO POR ABANDONO AFETIVO

Lillian Santos Costa*

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo a análise da admissibilidade da indenização por dano moral advindo de pais que escusaram a seus filhos o amor, afeto, carinho; o que afeta diretamente a personalidade dos filhos, bem como todos os princípios morais que regem a vida destes. Neste sentido, a doutrina e jurisprudência apresentam diversos posicionamentos acerca do dever ou não de assistência moral, bem como o quanto indenizatório a ser atribuído em caso de existência do dano. Nesse viés, o trabalho buscará abordar através das divergências sobre o tema, a viabilidade da indenização face ao abandono afetivo familiar, através do método dedutivo, com a utilização de pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais.

PALAVRAS-CHAVE: Abandono. Afetivo. Indenização. Moral.

1 INTRODUÇÃO

O direito de família passa por constante transformação, tendo em vista a complexidade das relações pessoais, que se tornam, cada vez mais amplas e interdependentes. Nesse sentido, a constituição da família com todos os deveres inerentes aos entes, como o cuidado, carinho, afeto, zelo e cuidado, são bases para a formação da personalidade de uma criança, futuro adulto, que buscará em sua base familiar os ditames para toda a sua vida e formação da personalidade. Assim, a obrigação de proteção moral torna-se fundamental no vínculo paterno, tendo os pais o dever de zelar pelo desenvolvimento pessoal dos filhos.

A Constituição Federal Brasileira em seu artigo 226 deixa claro como o direito, em sua base mais sólida, busca a proteção familiar. No entanto, para

* Lillian Santos Costa, Advogada, graduada em Direito pela Universidade Tiradentes - Unit, graduanda em Jornalismo pela Universidade Federal de Sergipe - UFS, Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade Social da Bahia - FSBA (Coordenada pelo Prof. Cristiano Chaves).

que haja uma família, em qualquer de suas formações tradicionais ou mais modernas, é fundamental os laços de afeto. Assim, embora pareça óbvio os pais cuidarem e amarem seus filhos, é algo comum o abandono afetivo, principalmente pelo pai, que dispensa ao filho não só o afeto, como também o auxílio material para uma vida digna.

O dever de indenizar nasce justamente por essa conexão entre a ação de cuidar, o nexo causal da relação parental e o dano causado pelo abandono.

Galgado no princípio da dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar, da afetividade, diversos são os entendimentos de jurisprudências favoráveis à indenização por abandono afetivo, embora parcela da doutrina e jurisprudência sejam contra.

Muito se tem divergido não somente acerca da possibilidade ou não do dano, mas também do *quantum indenizatório*, tendo em vista a dificuldade de se dar valor a um dano tamanho e catastrófico não vida de uma pessoa.

Assim, o trabalho abordará o tema, com suas divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

2 A FAMÍLIA E A CONVIVÊNCIA ENTRE SEUS ENTES

A família, na conjuntura contemporânea, sofreu diversas modificações, não sendo mais tão importante e necessário o vínculo sanguíneo ou matrimonial; neste sentido, basta como alicerce, o amor, não sendo mais tão importante o modelo de família que se adote, se são dois pais, duas mães, pai e mãe, bastando que esteja presente a afetividade, o carinho, o respeito entre os entes familiares.

Conforme nos ensina Maria Berenice Dias (2007 p. 138), "a missão constitucional dos pais, pautado nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a vertentes patrimoniais".

Desta forma, o poder familiar dos pais, está fundado não somente em pessoas que residem juntas e possuem deveres e obrigações, mas acima disto, em valores e princípios, relações morais de respeito, afinidade e amor, que são basilares para a formação dos filhos.

Leciona Martha Machado Toledo, no livro *A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*:

> Não basta por um ser biológico no mundo, é fundamental complementar a sua criação com

> a ambiência, o aconchego, o carinho e o afeto indispensáveis ao ser humano, sem o que qualquer alimentação, medicamento ou cuidado se torna ineficaz. (2003, p. 155).

Noutro dizer, é extremamente importante o ambiente familiar trazer segurança, aconchego, conforto para o filho, que crescerá alimentado pelos ensinos das figuras paternas.

Ainda na citada obra de Toledo:

> A família é o lugar normal e natural de se efetuar a educação, de se aprender o uso adequado da liberdade, e onde o ser humano em desenvolvimento se sente protegido e de onde ele se lança para a sociedade e o universo. (2003, p. 155)

Nesse sentido, a família é à base do direito de família, e por isso, a Carta Magna em seu já dito artigo 226 esclarece que esta tem especial proteção do Estado.

Destarte, está claro que o grupo familiar é o arcabouço moral imperioso para manutenção de uma sociedade, com sua importância na educação e formação moral de seus entes.

Neste quadro, estabelece o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

> Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (...).

Nesse mesmo viés, os entes familiares não necessariamente precisam residir em um mesmo lar, algo bastante comum na atualidade, onde diversas famílias são dissolvidas pelo divórcio, mas, no entanto a figura materna ou paterna jamais pode ser cessada por tal fato.

Ora, o conceito de família é muito mais abrangente que um simples grupo de entes pertencentes à mesma casa ou de grupo sanguíneo. Família

são pessoas ligadas por vínculos afetivos, que podem ou não residir em um mesmo local, mas que não deixam de apresentar laços afetivos. E são esses laços que, tendo em vista a indelebilidade e a irrenunciabilidade, devem prover o desenvolvimento moral de um filho.

Neste toar, o convívio entre os entes da família deve não só limitar-se ao convívio no lar, mas também ao convívio social, abrangendo as relações interdisciplinares dos filhos.

3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO TEMA

3.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana não é nenhuma novidade jurídica, mas é considerado um *superprincípio*, dada a sua importância no direto pátrio, sendo o princípio fundamento da Federação Brasileira, estando presente no artigo 1º, III, da Constituição Federal.

Conforme leciona Flávio Tartuce em seu *Manual de Direito Civil*, (2011), a dignidade da pessoa humana é uma pessoa concreta, com uma vida autêntica e diária, não é um princípio ideal, que o ser humano não alcance. É vida. E por isso, tal princípio é irredutível, expressão máxima de uma sociedade de direito.

Neste sentido, esclarece Roberto Senise Lisboa (2002, p. 40):

> O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é o fundamento precípuo da nossa Constituição Federal de 1988, o qual deve obrigatoriamente ser respeitado em todas as relações jurídicas, sejam elas públicas ou privadas, estando aqui incluídas as relações familiares.

Desta forma, a família, como toda a sociedade deve ser regida pela dignidade da pessoa humana, os pais para com os filhos e vice-versa, tem o dever do exercício deste princípio, somente assim uma família terá bases sólidas para formar moralmente indivíduos.

> A milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar

> à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos. (GONÇALVES, 2008, p. 6).

Deixar um pai de doar afeto ao filho atinge diretamente à dignidade deste, abalando-o moralmente de tal forma, que poderá causar danos catastróficos em sua vida.

3.2 SOLIDARIEDADE FAMILIAR

A solidariedade familiar são laços fraternos que ligam os indivíduos por sentimentos próximos, análogos. É por tal princípio que os indivíduos criam suas interdependências sociais, estreitando laços de cooperação mútua em suas relações.

Neste diapasão, o princípio da solidariedade familiar surge de forma espontânea entre os entes de uma família e acaba por impor nesta relação, sentimentos de deveres e obrigações recíprocos, que acabaram sendo amparados pelo direito pátrio, conforme exemplifica Paulo Lobo, ao citar o Estatuto do Idoso, que acabou por transformar o dever moral de cuidado com os mais velhos, em dever jurídico.

Explica ainda Paulo Lobo, em seu artigo sobre a solidariedade familiar:

> A solidariedade, concebida como diretriz geral de conduta, no direito brasileiro, somente com a Constituição de 1988 inscreveu-se como princípio jurídico. Para Paulo BONAVIDES, o princípio da solidariedade serve como oxigênio da Constituição, conferindo unidade de sentido e auferindo a valoração da ordem normativa constitucional; – não apenas da Constituição, dizemos nós, pois, a partir dela o princípio se espraia por todo ordenamento jurídico.

Ainda citando o mencionado artigo:

> A mudança revolucionária que houve no direito das famílias (a pluralidade é uma de suas características

> atuais), nas últimas décadas, acompanhando as transformações culturais de nossa sociedade, é exigente da assunção da ética da solidariedade e do respectivo princípio jurídico, para ocupar o vazio deixado pela superação do modelo patriarcal de família, que era fundado nos princípios da legitimidade, da autoridade, da exclusividade do matrimônio e da desigualdade de gêneros, de filhos e de entidades. Quando se dissolve o centro unificador, na pessoa do patriarca familiar, apenas o dever de solidariedade e afetividade pode manter os vínculos de pessoas livres e iguais.

Logo, pela solidariedade, observa-se o quanto é não somente dever sentimental afetivo, mas dever moral, um indivíduo doar afeto a seu filho, já que torna imprescindível para manutenção de vínculos familiares, criando ambientes igualitários, sem discriminação, fundamental, como dito anteriormente, para formação moral de uma pessoa, ainda mais se citar uma criança.

A Constituição Federal também demonstra em seu artigo 229, o quanto é importante à solidariedade familiar: "Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade", além disto, o princípio também está presente no artigo 3º da Carta Magna, o qual explana que um dos objetivos da República Federativa do Brasil é construir dentre outras, uma sociedade solidária.

3.3 A AFETIVIDADE

É inquestionável que o amor, o carinho, o afeto como um tudo é a base de sustento da família, como também é inquestionável que a família é o pilar da sociedade brasileira, deste modo, uma desestrutura familiar causa danos sociais não somente na família, mas de forma concatenada, no Estado, não podendo o direito ficar inerte a tais fatos.

Nesse viés, a ausência de afeto nas relações familiares pode causar transtornos imensuráveis, principalmente nos filhos, que esperando não apenas a figura física paterna, mas o feto e todos os sentimentos que o acompanham.

É o afeto que, inclusive, motiva a paternidade socioafetiva, não havendo qualquer necessidade de parentesco sanguíneo para existir o vínculo pai e filho.

Assim, por este princípio, um homem, independente da ligação biológica, traz para si a responsabilidade de ser pai, de doar-se para um filho, fazendo com que até, possa-se colocar o nome do padrasto ou madrasta, no nome do enteado que o considera pai (Lei 11.249/2009).

Cumpre tecer explanação de que o princípio da afetividade não possui previsão legal, podendo ser extraído de outros princípios presentes na Lei Maior, como o da dignidade da pessoa humana.

Tartuce, mais uma vez, explica que (2011, p. 3) "mesmo não constando a palavra *afeto* no Texto Maior como um direito fundamental, pode dizer que o *afeto* decorre da valorização constante da dignidade humana". Sendo deste modo, princípio implícito. Assim, também pode ser observado no artigo 3º da Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente:

> Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

De tal modo, acaba-se qualquer questionamento de que o princípio da afetividade não seja também um pilar da família e consequentemente, da sociedade brasileira como um todo.

Ainda sobre a afetividade, pode-se dizer que por esta, se desaponta divergências de raça, e até de irmãos adotivos e de sangue, já que mais forte é o amor entre si.

Logo, pode-se dizer que o sentimento afetivo, mesmo não expresso na legislação pátria, encontra-se respaldado no ordenamento, estando intimamente relacionado ao direito de família, de forma que a ausência do afeto é suficiente para abalar a estrutura familiar e da coletividade.

Neste toar, um pai abandonar afetivamente um filho é causar danos irreparáveis na vida deste, que criam expectativas que ultrapassam a necessidade material e alcança o íntimo da pessoa de modo a provocar

danos a moral calamitosa.

> Compreender, pois que o termo "*abandono*" vai além do aspecto material, para alcançar o aspecto moral entre os pais e sua prole, pode até configurar uma exegese revolucionária ou audaciosa, mas é acima de tudo é uma reverência a lei que a exprime. Portanto, os pais são obrigados a absterem-se de abandonar afetivamente os filhos. O abandono afetivo, expressão de sentido bastante elástico, significa mais que privar os filhos de amor, carinho e ternura. Ela representa acima de tudo, privação de convivência, a omissão em sua forma mais erma e sombria. O mesmo que inclinar a mente infanto-juvenil a entender seus genitores como meros personagens da reprodução, figuras estanques e frias que a deixam por muito tempo ou mesmo por toda a vida à míngua de uma amizade pura, exilando-a a um desenvolvimento indigno, vulnerável e solitário (SOUZA, 2008).

Pode-se observar que o pai ao deixar o filho a ermo, ofende a honra, a dignidade e a moral deste, transformando-se num ato ilícito por consequente ofensa ao ordenamento pátrio, que buscam, solidariedade, dignidade, justiça social.

4 O DEVER DE CUIDAR E CRIAR

O dever de cuidar nas relações familiares está previsto na Lei Maior, tamanha sua importância para a conjuntura da sociedade. Neste toar, o abandono afetivo é uma conduta em desacordo com o próprio texto constitucional.

Aos pais, incube o sustento, a assistência moral, o dever de educar, a guarda, além do carinho, afeto, e todos os zelos necessários para a convivência familiar e o bom cuidado com seus filhos.

Todos estes deveres e cuidados são fracassados quando um pai nega ao filho o afeto, impedindo este de crescer com uma adequada formação moral.

> Sendo assim, é oportuno destacar que criar e cuidar são ações que se completam. O termo criar define a forma como se dá o processo de formação dos filhos, que envolverá sustento, educação, diálogo, bem como todo o necessário para a formação social, cultural, física e moral daquela criança. E quando se fala em cuidar, é exatamente a garantia de que esse processo ocorra da melhor maneira possível atingindo os melhores resultados. É dever dos pais garantir essa criação e esse cuidado, caso contrário, o Estado é quem se tornará o responsável tomando as medidas já asseguradas em Lei (ALVES, 2013).

O dever de cuidado encontra-se expresso nos artigos 1.566 do Código Civil:

> Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:
> I - fidelidade recíproca;
> II - vida em comum, no domicílio conjugal;
> III - mútua assistência;
> IV - **sustento, guarda e educação dos filhos;**
> V - respeito e consideração mútuos.

Logo, pode-se dizer que o direito determina o dever de cuidado, o qual deve ser cumprido, sob pena de sofrer uma condenação cível de indenização por abandono afetivo.

5 A TEORIA DO DESAMOR: POSSIBILIDADE DE DANO E QUANTIFICAÇÃO

Diversas são as discussões acerca do dever de um pai indenizar ou não o filho pelo abandono afetivo. Tal questionamento encontra respaldo em diversos julgados pelo país, sendo favoráveis ao dano e outros desfavoráveis.

Deste questionamento, advém outro: em sendo possível configurar o dano moral, qual o valor a ser arbitrado? Existe um *quantum* indenizatório capaz de "pagar" tamanho abalo?

Alguns juristas defendem a inocorrência da indenização por dano moral por abandono afetivo, alegando que o amor não tem preço e/

ou valor, não podendo ser valorada as relações de afeto ou porque não dizer, desafeto.

Nesse sentido, posiciona-se o professor Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2012, p. 631):

> Afeto, carinho, amor, atenção... são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica. Reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica. Seria subverter a evolução natural da ciência jurídica, retrocedendo a um período em que o *ter* valia mais que o *ser*.

Ainda neste posicionamento, Ana Jéssica pereira Alves, em seu artigo: *O preço do amor: A indenização por Abandono Afetivo*:

> Se ficar decidido que haja indenização nesses casos, podemos criar um problema mais grave. Muitos pais, não por amor, mas por temer a Justiça, passarão a exigir o direito de participar ativamente da vida do filho. Ainda que seja um mau pai, fará questão da convivência, e a mãe, zelosa, será obrigada a partilhar a guarda com alguém que claramente não possui qualquer afeto pela criança. A condição de amor compulsório poderá ser ainda pior que a ausência. Teremos, então, a figura do abandono do pai presente, visto que não é preciso estar distante fisicamente para demonstrar a falta de interesse afetivo (ALVES, 2013).

De outro lado, há os defensores da indenização por dano moral causada pelo abandono afetivo, deve esta ser reparada por um valor que, embora não satisfaça totalmente o dano, o amenize.

Nesta corrente, cita-se a jurista Giselda Hironaka, que criou a "Teoria do desamor", expressão bastante utilizada no direito sobre a temática abordada. A autora também é uma das primeiras a defender este posicionamento de caracterizar o desamor de um pai com o filho e

atribuir-lhe um dano a seu quantificado.

Acerca deste dano, a autora em seu artigo "Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos - além da obrigação legal de caráter material":

> Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade que, certamente, existe e manifesta-se por meio do grupo familiar, responsável que é por incutir na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada. Trata-se de um direito da personalidade (...).

Saliente Hironaka (2006):

> O que produzirá o liame necessário – nexo de causalidade essencial para a ocorrência da responsabilidade civil por abandono afetivo deverá ser a consequência nefasta e prejudicial que se produzirá na esfera subjetiva, íntima e moral do filho, pelo fato desse abandono perpetrado culposamente por seu pai, o que resultou em dano para a ordem psíquica daquele.

As divergências acerca do tema são tamanhas, que além de debater sobre a existência do dano, surgem outras críticas sobre a indenização, chamando de "precificação do afeto".

No entanto, para os que defendem a valoração do dano, alegam que o objetivo não é condenar o pai por não dar afeto ao filho, mas penalizá-lo por ter violado o dever moral necessário para o desenvolvimento moral da prole.

Nesse sentido, também é o entendimento do doutrinador Flávio Tartuce, senão vejamos:

> É perfeitamente possível a indenização, eis que o pai tem o dever de gerir a educação do filho, conforme art. 229 da CF/1988 e o art. 1.634 do C.C.

> A violação desse dever pode gerar um ato ilícito, nos termos do art. 186 do CC, se provado o dano à integridade psíquica.

De tal modo, resta evidente que o abandono moral dos pais deve gerar indenização por dano moral, desde que comprovado o dano à personalidade do filho abandonado.

Para configuração do dano é necessário observar a existência de quatro pilares: o dano, a omissão, o nexo causal e a culpa. Tais pilares estão fundamentados no artigo 186 da Constituição Federal.

> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Ora, a conduta dos pais de abandonar afetivamente o filho, omitindo-se dos deveres de cuidado, de zelo, acaba por afetar diretamente a personalidade dos filhos, violando princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da afetividade.

É inerente a qualquer filho, criar expectativas nas condutas paternas e maternas, esperando que lhe deem além do afeto, assistência material. Ter essa expectativa frustrada, principalmente na assistência afetiva, a qual norteia a personalidade do indivíduo, lhe causará traumas, danos a sua moral.

> O abandono moral, por sua vez, demonstra, no mínimo, um desrespeito aos direitos de personalidade, o que impõe aos lesados, em obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana, o direito de busca da reparação pelos danos sofridos. As relações de afeto, que, em tese, devem se estabelecer entre pais e filhos, possuem força moral (SCHUH, 2006).

Embora o ordenamento jurídico do país tenha como um dos princípios o da imunidade da responsabilidade civil nas famílias, toda a conjuntura do direito, sofre as transformações da vida cotidiana, acabando por romper com este princípio, já que se observam várias decisões pelo arbitramento do dano moral pelo abandono afetivo.

A responsabilidade civil atribuída aos pais busca assim, penalizar o indivíduo que de forma concatenada, causou ilícito à formação da família, base do Estado.

Impede destacar que com a valoração do dano, não se irá resgatar o amor do pai para com o filho, como também não irá quantificar o desgosto e abalo psíquico sofrido pelo rejeitado, mas irá punir categoricamente, aquele que por vontade, não deu, de forma injustificável, a assistência moral necessária para a pessoa que se tinha o dever de cuidado.

No que compreenda ao valor do dano, cabe ao Magistrado, analisando o caso concreto, fixar um valor fruto de suas conclusões acerca da condição social, moral, material, tanto do pai, quanto do filho, para que, a indenização cumpra sua função social, reduzindo angústias e demonstrando que o dever de cuidado não é uma opção, mas uma determinação legal.

6 DIVERGÊNCIAS NA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Sobre o tema, conforme mencionado, surgem diversos entendimentos, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Os que se posicionam favoráveis à indenização, entendem que existe violação à Lei Maior, mais precisamente ao artigo 227, já citado, o qual apresenta os deveres de cuidado dos pais.

Neste sentido, ao invocar o mencionado artigo, os defensores deste posicionamento, destacam ainda que ao abandonar afetivamente um filho, os pais estão empreendendo ato ilícito, causando danos irreparáveis na vida de jovens, sendo necessária uma conduta pedagógica do Estado, punindo com uma indenização.

Outros doutrinadores posicionam-se de que amor não possui valor, e que afeto não é algo a ser taxado, e assim, não há valor a ser mensurado, podendo inclusive, com tais ações, os pais se afastarem ainda mais dos filhos.

No ano de 2005, a Quarta Turma do Supremo Tribunal de Justiça, havia decidido desfavoravelmente a indenização por abandono afetivo:

> INEXISTÊNCIA, DIREITO, FILHO, RECEBIMENTO, PAI, INDENIZAÇÃO, POR, DANO MORAL / HIPÓTESE, PAI, ABANDONO MORAL, FILHO; MÃE, RESPONSÁVEL, PELA,

GUARDA DE MENOR; E, PAI, FORMAÇÃO, OUTRA, FAMÍLIA, EM, NOVO CASAMENTO / DECORRÊNCIA, ORDENAMENTO JURÍDICO, PREVISÃO, APENAS, SANÇÃO CIVIL, REFERÊNCIA, PERDA, PODER FAMILIAR, OBJETIVO, PUNIÇÃO, E, PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS, OBJETIVO, REPARAÇÃO DE DANOS; NECESSIDADE, OBSERVÂNCIA, POSSIBILIDADE, PODER JUDICIÁRIO, CRIAÇÃO, DIFICULDADE, RETORNO, CONVÍVIO SOCIAL, ENTRE, PAI, E, FILHO, COM, JULGAMENTO, PROCEDÊNCIA, PEDIDO, INDENIZAÇÃO. (VOTO VISTA) (MIN. ALDIR PASSARINHO JUNIOR) INEXISTÊNCIA, DIREITO, FILHO, RECEBIMENTO, INDENIZAÇÃO, POR, DANO MORAL/HIPÓTESE, PAI, ABANDONO MORAL, FILHO, E, CONTINUIDADE, PAGAMENTO, ALIMENTOS / DECORRÊNCIA, INEXISTÊNCIA, ATO ILÍCITO; NECESSIDADE, OBSERVÂNCIA, PREVISÃO, LEGISLAÇÃO, SOBRE, DIREITO DE FAMÍLIA, REFERÊNCIA, POSSIBILIDADE, OCORRÊNCIA, PERDA, PODER FAMILIAR. (VOTO VISTA) (MIN. CESAR ASFOR ROCHA) INEXISTÊNCIA, DIREITO, FILHO, RECEBIMENTO, INDENIZAÇÃO, POR, DANO MORAL/ HIPÓTESE, ABANDONO MORAL, PELO, PAI/ NECESSIDADE, OBSERVÂNCIA, PRINCÍPIO, DIREITO DE FAMÍLIA; POSSIBILIDADE, CONDENAÇÃO, PAI, APENAS, PAGAMENTO, ALIMENTOS, OU, DESTITUIÇÃO, PODER FAMILIAR. (VOTO VENCIDO) (MIN. BARROS MONTEIRO) EXISTÊNCIA, DIREITO, FILHO, RECEBIMENTO, INDENIZAÇÃO, POR, DANO MORAL/HIPÓTESE, ABANDONO MORAL, PELO, PAI, SEM, OCORRÊNCIA, FORÇA MAIOR/DECORRÊNCIA, VIOLAÇÃO, DEVER, PAI, ASSISTÊNCIA, MORAL, FILHO; EXISTÊNCIA, ATO ILÍCITO, DANO, E, NEXO DE CAUSALIDADE; APLICAÇÃO,

> ARTIGO, CÓDIGO CIVIL, 1916; IRRELEVÂNCIA, DIREITO DE FAMÍLIA, PREVISÃO, OUTRA, MODALIDADE, SANÇÃO CIVIL. (RESP. 7557411/mg. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, Julgado em 28/11/2005, DJe 27/03/2006).

Neste entendimento, o afeto não pode ser valorado financeiramente, e as pessoas não devem ter a obrigação de doar um afeto que não possuem.

Além do mais, muitos juristas que defendem este posicionamento, entendem que os pais, ao abandonarem afetivamente os filhos, já podem ser penalizados pela perda do poder familiar, nos termos do artigo 24, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do artigo 1636, II, do Código Civil.

> APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PODER FAMILIAR. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. GENITORES QUE NÃO APRESENTAM CONDIÇÕES MÍNIMAS DE PROVER O SAUDÁVEL DESENVOLVIMENTO DA PROLE. NEGLIGÊNCIA E ABANDONO MATERIAL E AFETIVO. INAPTIDÃO DOS GENITORES PARA PROVER A SUBSISTÊNCIA DAS CRIANÇAS EM TENRA IDADE. DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.638 DO CÓDIGO CIVIL E DOS ARTS. 22 E SEGUINTES DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE MÁXIMA PROTEÇÃO À CRIANÇA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PODER FAMILIAR. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. GENITORES QUE NÃO APRESENTAM CONDIÇÕES MÍNIMAS DE PROVER O SAUDÁVEL DESENVOLVIMENTO DA PROLE. NEGLIGÊNCIA E ABANDONO MATERIAL E AFETIVO. INAPTIDÃO DOS GENITORES PARA PROVER A SUBSISTÊNCIA DAS CRIANÇAS

EM TENRA IDADE. DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.638 DO CÓDIGO CIVIL E DOS ARTS. 22 E SEGUINTES DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE MÁXIMA PROTEÇÃO À CRIANÇA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PODER FAMILIAR. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. GENITORES QUE NÃO APRESENTAM CONDIÇÕES MÍNIMAS DE PROVER O SAUDÁVEL DESENVOLVIMENTO DA PROLE. NEGLIGÊNCIA E ABANDONO MATERIAL E AFETIVO. INAPTIDÃO DOS GENITORES PARA PROVER A SUBSISTÊNCIA DAS CRIANÇAS EM TENRA IDADE. DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.638 DO CÓDIGO CIVIL E DOS ARTS. 22 E SEGUINTES DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE MÁXIMA PROTEÇÃO À CRIANÇA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PODER FAMILIAR. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. GENITORES QUE NÃO APRESENTAM CONDIÇÕES MÍNIMAS DE PROVER O SAUDÁVEL DESENVOLVIMENTO DA PROLE.. NEGLIGÊNCIA E ABANDONO MATERIAL E AFETIVO. INAPTIDÃO DOS GENITORES PARA PROVER A SUBSISTÊNCIA DAS CRIANÇAS EM TENRA IDADE. DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.638 DO CÓDIGO CIVIL E DOS ARTS. 22 E SEGUINTES DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE MÁXIMA PROTEÇÃO À CRIANÇA E DA DIGNIDADE DA

> PESSOA HUMANA. (TJ-RS - AC: 70041418302 RS , Relator: Roberto Carvalho Fraga, Data de Julgamento: 08/06/2011, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 15/06/2011).

Nesse viés, os doutrinadores entendem que a perda do poder familiar é a maior "pena" atribuída a um pai, sendo suficiente para punir o indivíduo.

> Assim, o ordenamento jurídico, com a determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena cível a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando suficientemente aos indivíduos que o direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono afetivo. (VENANCIO, 2012).

Ainda conforme a jurisprudência do Distrito Federal e do Rio Grande do Sul:

> DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO AFETIVO POR PARTE DO GENITOR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. "A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL PRESSUPÕE A PRÁTICA DE ATO ILÍCITO, NÃO RENDENDO ENSEJO À APLICABILIDADE DA NORMA DO ART. 159 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 O ABANDONO AFETIVO, INCAPAZ DE REPARAÇÃO PECUNIÁRIA... (RESP 757411 / MG, 4ª TURMA, RELATOR MINISTRO FERNANDO GONÇALVES, DJ 27.03.2006 P. 299)". 2. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.(TJ-DF - APC: 20050610110755 DF , Relator: ANA CANTARINO, Data de Julgamento: 02/04/2008, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 07/04/2008 Pág. : 51).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO MATERIAL, MORAL E AFETIVO. ABALO EMOCIONAL PELA AUSÊNCIA DO PAI. O pedido de reparação por dano moral no Direito de Família exige a apuração criteriosa dos fatos e o mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao (já vulgarizado) princípio da dignidade da pessoa humana, sendo mero fato da vida. Embora se viva num mundo materialista, nem tudo pode ser resolvido pela solução simplista da indenização, pois afeto não tem preço, e valor econômico nenhum poderá restituir o valor de um abraço, de um beijo, enfim de um vínculo amoroso saudável entre pai e filho, sendo essa perda experimentada tanto por um quanto pelo outro. RECURSO DESPROVIDO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70045481207, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 28/03/2012).

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO MORAL E MATERIAL - REVELIA - EFEITOS - PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE - COMPENSAÇÃO REQUERIDA PELO FILHO AO PAI - MANIFESTAÇÃO DE AMOR E RESPEITO ENTRE PAI E FILHO - SENTIMENTOS IMENSURÁVEIS - AUSÊNCIA DE ILICITUDE -NÃO CABIMENTO. - Revela-se inconteste a dor tolerada por um filho que cresce sem o afeto do pai, bem como o abalo que o abandono causa ao infante; entendo, no entanto, que a reparação pecuniária além de não acalentar o sofrimento, ou suprir a falta de amor paterno poderá provocar um abismo entre pai e filho, na medida em que o genitor, após a determinação judicial de reparar o filho por não lhe ter prestado auxílio afetivo, talvez não mais encontre ambiente para reconstruir o relacionamento. (Acórdão n° 1014508475498-8, Relator: Osmando Almeida, 30.01.2012).

No entanto, no ano de 2012, a Terceira Turma mudou o entendimento e julgou favorável o dano a uma filha que sentiu a moral abalada em virtude do abandono afetivo de seu pai, senão vejamos:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.
> 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
> 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
> 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
> 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.
> 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.
> 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia

> estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.
> 7. Recurso especial parcialmente provido.

De tal forma, descumprir uma imposição legal, deve gerar sanções, devendo o magistrado, cautelosamente, analisar cada processo para arbitrar o *quantum* indenizatório.

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO. SENTENÇA QUE JULGA IMPROCEDENTE O PEDIDO INICIAL SOB O FUNDAMENTO DE AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO. II CERTIDÃO NO DISTRIBUIDOR ONDE CONSTA DIVERSAS AÇÕES DE ALIMENTOS AJUIZADAS PELA AUTORA. III ATO ILÍCITO CARACTERIZADO. DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE À CONVIVÊNCIA FAMILIAR. ART. 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. IV DANO MORAL. DEVER DE INDENIZAR. PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL. V VALOR DA INDENIZAÇÃO FIXADO EM R$5.000,00. VI - RECURSO PROVIDO. (TJPR - 8ª C.Cível - AC 768524-9 - Foz do Iguaçu - Rel.: Jorge de Oliveira Vargas - Unânime - J. 26.01.2012).

Nesse sentido, a lei deve obrigar os pais a possuírem responsabilidade e terem cuidados com seus filhos. Deixando um pai de cuidar e amar um filho, provocará neste, danos psicológicos, além de atingir os princípios da solidariedade familiar, da dignidade da pessoa humana, da afetividade, devendo sim configurar dano moral.

Para a formação moral de um indivíduo, é fundamental que este cresça num lar em harmonia, com pais presentes, e que lhe deem o suporte psicológico adequado para sua formação moral. No entanto, para esse adequado desenvolvimento moral de uma criança, não é preciso que os pais residam num mesmo ambiente familiar, bastando apenas que, mesmo morando separado, continue a prover a prole, financeiramente

e afetivamente, criando um ambiente propício para o desenvolvimento moral do menor.

Neste toar, a indenização por abandono afetivo, desempenha função pedagógica nas relações familiares, devendo ser entendida como algo tutelável, o qual deve gerar penalização.

Neste entendimento a mestre Hironaka (2206):

> Assim, pode ser imputado ao não guardião, por exemplo, a responsabilidade pelos danos oriundos de afastamento decorrente da despreocupação com a educação da prole, tendo em vista a sua própria posição falha na conformação do casal parental.

Cumpre acrescentar que, embora muitos juristas entendam que a indenização não seja a melhor forma de se criar uma relação familiar, principalmente entre pais e filhos, ao fazer com que pais somente deem assistência ao filho para não serem penalizados, ainda é melhor para a prole, do que ser abandonado afetivamente.

Neste vértice, observam-se os filhos que não sabem quem são seus pais, e que buscam uma vida inteira a identidade biológica destes, mesmo que apenas para constar no registro civil, tamanha a importância da presença de um pai, mesmo que apenas no papel, quiçá na vida afetiva.

O que se quer, não é dar um preço ao amor, mas mostrar aos genitores a adequada conduta perante os filhos, que precisam do afeto dos pais.

Porém, não se pode esquecer que para a configuração da indenização, o filho terá que provar em juízo a existência do dano, a culpa e o nexo causal, demonstrando que se o genitor se ocultou de lhe prover o feto, a convivência familiar, e que causou abalos psíquicos a sua personalidade. Então é necessário se provar que o genitor através de sua conduta omissiva ou comissiva, causou o ilícito.

Segundo Madaleno (2006):

> Há negligência do genitor que se omite injustificadamente em prover as necessidades físicas e emocionais de um filho menor, seja por espírito emulativo; aja por dar mais atenção a filhos de um novo relacionamento ou motivando a propiciar pesar e transtornos à antiga esposa ou

companheira. (2006, p. 163).

Conforme a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal deve existir os elementos atentatórios ao direito da personalidade, ou não estará configurado o dano:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. FAMÍLIA. APELAÇÃO EM AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO. POSSIBILIDADE EXCEPCIONALMENTE. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE ELEMENTOS ATENTATÓRIOS AO DIREITO DA PERSONALIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO DE CONDUTA DO GENITOR CONTRÁRIA AO ORDENAMENTO JURÍDICO. IMPROCEDÊNCIA.
> 1.A COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS EM RAZÃO DE ABANDONO AFETIVO É POSSÍVEL, EM QUE PESE EXISTA CONSIDERÁVEL RESISTÊNCIA DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA, MAS É HIPÓTESE EXCEPCIONAL.
> 2.NA ESPÉCIE, O RÉU DESCOBRIU A EXISTÊNCIA DE SEU FILHO APENAS 20 ANOS APÓS O NASCIMENTO DESTE, SENDO QUE AQUELE MORAVA NA RÚSSIA EM RAZÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.
> 3.A CONDUTA DO GENITOR APTA A DAR AZO À "REPARAÇÃO" DE DIREITO DA PERSONALIDADE DEVE CONTER NEGATIVA INSISTENTE E DELIBERADA DE ACEITAR O FILHO, ALÉM DO DESPREZO COM RELAÇÃO A SUA PESSOA.
> 4.NÃO SE VISLUMBRAM TAIS REQUISITOS SE O PAI, TANTO POR DESCONHECIMENTO DESTA CONDIÇÃO, QUANTO POR CONTINGÊNCIAS PROFISSIONAIS, ACEITOU A PATERNIDADE SEM CONTESTAR, MAS NÃO PÔDE TER CONTATO MAIS PRÓXIMO COM SEU FILHO, MORMENTE TENDO EM VISTA

> JAMAIS TER A GENITORA O PROCURADO PARA EXIGIR PARTICIPAÇÃO NA CRIAÇÃO DA CRIANÇA OU AO MENOS DIZER QUE ESTAVA GRÁVIDA.
> 5.RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.
> (APL 780843120098070001 DF 0078084-31.2009.807.0001, Relator. J.J. COSTA CARVALHO, Julgamento em 13/04/2011, 2ª Turma Cível, 27/04/2011, DJ-e Pág. 75).

Logo, a conduta dos pais deve constituir ilícito ao ferir a personalidade do filho, causando-lhe transtornos psicológicos, humilhações, angústias, ferindo a sua dignidade, além da perda do poder familiar, a qual não deve interferir na indenização, desta forma, os pais que abandonam afetivamente os filhos, devem ser punidos pela perda do poder familiar e pecuniariamente com a indenização.

7 PRESCRIÇÃO

Conforme entendimento do STJ, o prazo da prescrição nas demandas de indenização por abandono afetivo inicia-se a partir de quando o indivíduo atinge a maioridade, ocasião em que se extingue o poder familiar.

Neste sentido, o STJ reconheceu a prescrição na ação de um filho que pleiteou a demanda aos 51 anos de idade.

De forma geral, o STJ entendeu que o poder familiar se extinguia com a maioridade do filho, aos 21 anos, a época dos fatos, devendo ser aplicado o antigo Código Civil, o qual estabelecia a prescrição para ações pessoais em 20 anos.

Como o autor havia nascido em 1957, o início da contagem de seu prazo prescricional começou a fluir a partir de sua maioridade, em 1978, e portanto, aos 51 anos, já encontrava-se prescrito.

> RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. APRECIAÇÃO, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL, DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE. COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS, POR ABANDONO AFETIVO E ALEGADAS OFENSAS.

DECISÃO QUE JULGA ANTECIPADAMENTE O FEITO PARA, SEM EMISSÃO DE JUÍZO ACERCA DO SEU CABIMENTO, RECONHECER A PRESCRIÇÃO. PATERNIDADE CONHECIDA PELO AUTOR, QUE AJUIZOU A AÇÃO COM 51 ANOS DE IDADE, DESDE A SUA INFÂNCIA. FLUÊNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL A CONTAR DA MAIORIDADE, QUANDO CESSOU O PODER FAMILIAR DO RÉU. 1. Embora seja dever de todo magistrado velar a Constituição, para que se evite supressão de competência do egrégio STF, não se admite apreciação, em sede de recurso especial, de matéria constitucional. 2. Os direitos subjetivos estão sujeitos a violações, e quando verificadas, nasce para o titular do direito subjetivo a faculdade (poder) de exigir de outrem uma ação ou omissão (prestação positiva ou negativa), poder este tradicionalmente nomeado de pretensão. 3. A ação de investigação de paternidade é imprescritível, tratando-se de direito personalíssimo, e a sentença que reconhece o vínculo tem caráter declaratório, visando acertar a relação jurídica da paternidade do filho, sem constituir para o autor nenhum direito novo, não podendo o seu efeito retro operante alcançar os efeitos passados das situações de direito. 4. O autor nasceu no ano de 1957 e, como afirma que desde a infância tinha conhecimento de que o réu era seu pai, à luz do disposto nos artigos 9º, 168, 177 e 392, III, do Código Civil de 1916, o prazo prescricional vintenário, previsto no Código anterior para as ações pessoais, fluiu a partir de quando o autor atingiu a maioridade e extinguiu-se assim o "pátrio poder". Todavia, tendo a ação sido ajuizada somente em outubro de 2008, impõe-se reconhecer operada a prescrição, o que inviabiliza a apreciação da pretensão quanto a compensação por danos morais. 5. Recurso especial não provido. (STJ , Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 21/08/2012, T4 - QUARTA TURMA).

Conforme este entendimento, outros julgados:

> INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. ABANDONO AFETIVO. MAIORIDADE. PRESCRIÇÃO. 1. Não obstante o direito pela busca da verdade ser imprescritível, o mesmo não se pode dizer em relação aos direitos que dela decorrem. Ademais, muito embora o artigo 2028, do novo Código Civil tenha recepcionado regra de transição prescricional, ainda assim, tem-se por prescrito o direito de pleitear verba indenizatória por abandono afetivo. 2. O pedido de reparação civil por dano moral, em razão do abandono afetivo, nada tem a ver com direito de personalidade, com direitos fundamentais ou com qualquer garantia. (TJ-RS - AC: 70040615510 RS, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Data de Julgamento: 29/06/2011, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/07/2011).
>
> APELAÇÃO CÍVEL. DANO MORAL. ABANDONO AFETIVO. PRESCRIÇÃO. MAIORIDADE. 1. O PODER FAMILIAR, COM SEUS CONSECTÁRIOS DE DEVER DE CUIDADO E VIGILÂNCIA, CESSA QUANDO DA OCORRÊNCIA DA MAIORIDADE DO FILHO, DE MODO QUE AS INDENIZAÇÕES DE ORDEM MORAL DEVEM CIRCUNSCREVER A ESTE PERÍODO, RAZÃO ESTA QUE A PRESCRIÇÃO PARA PRETENDER INDENIZAÇÕES POR ABANDONO AFETIVO, COMEÇA A CONTAR DA MAIORIDADE, AINDA QUE O RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SEJA EM DATA POSTERIOR. 2. APELAÇÃO IMPROVIDA. (TJ-DF - APC: 20120510075984 DF 0007395-42.2012.8.07.0005, Relator: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, Data de Julgamento: 12/06/2013, 3ª Turma Cível).

Isto posto, observa-se ser impreterível que o filho que sentir-se lesado durante sua infância e juventude, ao completar a maioridade, deve buscar

o Judiciário o mais rápido possível na busca de alcançar êxito no pleito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A boa convivência familiar, com pais presentes são fundamentais para o desenvolvimento moral dos jovens, sendo bases para formação do caráter. Os pais possuem dever junto a seus filhos, deveres de cuidado, de ordem afetiva e material expressos no ordenamento legal.

Embora a afirmação acima seja óbvia para muitos indivíduos, existem milhares de pessoas que não possuem pais com tais deveres de cuidado, o que gerou nesses milhões de indivíduos, danos de ordem moral.

Em outro sentido, muitos estudiosos do direito entendem que impor uma indenização por abandono afetivo estaria obrigando uma pessoa a amar outra, algo que não se pede apenas se sente. Alegam ainda que o afeto surge da relação entre as pessoas e não de imposição legal.

Neste toar, a indenização por abandono afetivo gerou diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, tendo o próprio STJ já sido contra e, recentemente no ano de 2012, ao indenizar um pai por abandonar afetivamente a filha, tendo a Terceira Turma do STJ apenas minorado o valor.

Esta parece ser a decisão mais adequada em casos de abandono afetivo, muito embora não consiga reconstruir ou reparar emocionalmente o dano e a relação entre pais e filhos, acaba por punir o indivíduo que de forma omissiva ou comissiva, causou abalo psíquico em sua prole.

Nesse sentido, a indenização mostra a sociedade que os filhos, sempre devem ter a assistência necessária para sua boa formação moral, não sendo opção dos pais o dever de cuidado ao não.

Além disto, os pais abandonarem os filhos viola diretamente a Constituição Federal, precisamente o artigo 227, e mais o Estatuto da Criança e do Adolescente, nos artigo 3º, 4º, 5º, 7º e 22.

Aduzem também que, ao penalizar um pai por não cumprir com seu dever de cuidado, o Estado acaba por impor uma função pedagógica nos genitores e na sociedade, alertando para adequada conduta e inibindo casos análogos.

Como dito, o que se busca não é "pagar" a um filho por toda a dor sofrida pelo abandono, mas penalizar o indivíduo que não cumpriu seu dever paternal ou maternal.

Outros acrescentam não ser necessária a indenização, face ao abandono dos pais já gerar a perda do poder familiar, "punição" suficiente para quem cometeu o ilícito.

No entanto, em meio a tantas divergências, o magistrado deve analisar o caso concreto para minuciosamente observar quais demandas devem ser arbitrados valores para compensar o dano, destacando a conduta, o nexo causal e o dano.

___

INDEMNIFICATION FOR MORAL DAMAGES CAUSED BY LEAVING AFFECTIVE

ABSTRACT: This article aims to analyze the admissibility of compensation for moral damage arising parents excused their children love, affection, which directly affects the personality of the children, as well as all moral principles that govern the life of these. In this sense, the doctrine and jurisprudence have different positions on the duty or not moral assistance, as well as the indemnity to be given in case of any damage. This bias, the work seek to address through disagreements on the subject, the viability of indemnity against the affective family abandonment, through the deductive method with the use of bibliographic research and jurisprudence.

KEYWORDS: Abandonment. Affective. Indemnity. Moral.

REFERÊNCIAS

ALVES, Ana Jéssica Pereira. *O preço do amor*: a indenização por abandono afetivo parental. Revista Direito & Dialogicidade,, vol.4, n.1 Jul. 2013 .Universidade Regional do Cariri – URCA. Disponível em periodicos.urca.br/ojs/index.php/DirDialog/article/download/588/466. Acesso em 09 jan 2014.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direitos das Famílias.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 4º ed. p.382.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil.* 8. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos*: além da

obrigação legal de caráter material. Repertório de Jurisprudência IOB. [S.I.], v. 3. n, 18, p. 568, set. 2006.
LISBOA, Roberto Senise. Manual Elementar de Direito Civil: direito de família e das sucessões. 2 ed. rev. Atual. *Revistas dos Tribunais.* São Paulo, 2002.
LÔBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. *Jus Navigandi*, Teresina, ano18, n.3759, 16 out. 2013.Disponível: <http://jus.com.br/artigos/25364>. Acesso em: 8 jan. 2014.
MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos.* São Paulo. Editora Manole, 2003.
MADALENO, Rolf. *O Preço do Afeto.* in PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Ética da Convivência Familiar.* Rio de Janeiro: Forense, 2006.
SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, ano 8, n.35, p.71-78, maio. 2006.
SOUSA, Andreaze Bonifacio de. O princípio da afetividade no direito brasileiro: quando o abandono afetivo produz dano moral. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 52, abr 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2656>. Acesso em 09 jan 2014.
TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. São Paulo: Editora Método, 2011.
VENANCIO, Alliny Pamella. Indenização por abandono afetivo. As consequências causadas pelo abandono afetivo e a possibilidade de indenização como forma de assegurar os direitos da criança e do adolescente. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3248, 23 maio 2012 . Disponível em:<http://jus.com.br/artigos/21837>. Acesso em: 13 jan. 2014.

REABILITAÇÃO CRIMINAL SOB A PERSPECTIVA DE RESSOCIALIZAÇÃO DOS EGRESSOS DO SISTEMA PRISIONAL

Jéssica de Jesus Almeida[*]

Nelson Teodomiro Souza Alves[**]

RESUMO: O atual cenário político-social reivindica, veementemente, a efetividade das normas jurídicas e a concretização, sobretudo, dos Direitos Humanos. Isso porque, é notório que a população contemporânea possui mais acesso à educação, à informação e, consequentemente, adquiriu consciência das suas garantias e obrigações enquanto sujeitos de direito. A dignidade da pessoa humana, enquanto "superprincípio" insculpido na Constituição Federal, objetiva resguardar os direitos indispensáveis à condição de indivíduo. Partindo dessa perspectiva, vislumbra-se à necessidade de preservar os direitos de uma parcela da sociedade totalmente marginalizada, qual seja, os egressos do sistema prisional. No entanto, como garantir que após o cumprimento da pena que foi imposta ao indivíduo em razão de uma prática delitiva, esse possa ser reinserido na sociedade e no mercado de trabalho sem carregar consigo as marcas do preconceito? Como resguardar a dignidade dos ex-detentos? Frente a essa problemática, o presente estudo objetivou analisar o instituto da reabilitação criminal sob a óptica da ressocialização dos egressos do sistema prisional.

PALAVRAS-CHAVE: Egressos do sistema prisional. Reabilitação criminal. Ressocialização.

1 INTRODUÇÃO

A Ressocialização consiste na reintegração de alguma pessoa ao convívio social, por meio de políticas humanísticas, tornando sociável

[*] Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT – 2015). E-mail: jessicalmeida@hotmail.com.br

[**] Advogado (OAB/SE). Mestre em Direitos Humanos (UNIT - 2015) e Especialista em Direito Penal e Processual Penal (DAMÁSIO - 2015). E-mail: nelson.teodomiro.adv@hotmail.com.

aquele que praticou condutas reprováveis pelas normas e pela sociedade (DIAS, 2009).

O Brasil é um dos países que, atualmente, apresenta um dos maiores índices de criminalidade do mundo - 12º (décimo segundo) país mais violento (GOMES, 2015).

Possui, ainda, a 3ª (terceira) maior população prisional, com 715.655 (setecentos e quinze mil, seiscentos e cinquenta e cinco) detentos, segundo os dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça em meados do mês de junho do ano de 2014 (CNJ, 2014).

Diante dos referidos índices é notório que existirá, consequentemente, um número cada vez mais crescente de egressos do sistema prisional.

Ante tal cenário, o ordenamento jurídico necessita se preocupar em não apenas punir os indivíduos, mas em, principalmente, garantir a ressocialização deles quando houver o retorno ao convívio social.

Nesse sentido, uma das ferramentas que a legislação brasileira dispõe é a reabilitação criminal.

A reabilitação criminal, por sua vez, consiste em uma medida de política criminal facilitadora da reintegração do condenado à sociedade, objetivando a restauração da dignidade e o exercício da cidadania, visto que, por intermédio desse instituto, o condenado terá assegurado o sigilo dos registros sobre o seu processo, bem como sobre a eventual condenação penal (BITENCOURT, 2014).

Como muito bem pontuou FERRO (apud Constituição Federal, 2012, p.1), "[...] reconhecer a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental do Estado de Direito, que é a base do Estado brasileiro, conforme consta do inciso III do art. 1º da Carta Magna, é proporcionar a plenitude da vida [...]".

A fim de corroborar com esse entendimento, insta destacar as palavras de PIOVESAN (2000, p. 54): "É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido [...]. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro superprincípio a orientar o Direito Internacional e o Interno".

Partindo dessa premissa, o objetivo do presente estudo consistiu em analisar o instituto da reabilitação criminal sob a perspectiva de promover a ressocialização dos egressos do sistema prisional, por ser essa medida um importante desdobramento da dignidade da pessoa humana.

De mais a mais, a temática é de suma importância ao atual cenário

jurídico, pois a sociedade moderna encontra-se assolada por crimes e, em contrapartida, por ex-apenados desejosos de novas oportunidades (LIMA, 2011).

A presente discussão decorreu, ainda, da atual preocupação social acerca da efetivação dos direitos humanos, bem como da crescente busca pela aplicabilidade dos direitos e garantias individuais positivadas.

A escolha da temática surgiu do desejo em contribuir com o referido movimento social. Buscou-se, aqui, esclarecer de forma simples e didática institutos essenciais, posto que, a partir deles, é possível propiciar que os direitos dos egressos do sistema prisional, quando das suas reinserções ao seio social, não sejam (ou continuem sendo) violados pelo Estado e pela própria sociedade.

Realizaram-se pesquisas bibliográficas e documentais, com caráter qualitativo e natureza exploratória. Utilizou-se, ainda, a técnica da análise de conteúdo para verificação dos dados coletados.

A estrutura textual contempla Introdução e Desenvolvimento, esse último dividido em cinco pontos, quais sejam: "A estrutura carcerária brasileira", "Reabilitação Criminal", "Aspectos gerais da Ressocialização", "Reabilitação Criminal e Ressocialização à Luz da Dignidade da Pessoa Humana", "Reabilitação criminal sob a perspectiva de Ressocialização do egresso do sistema prisional". Ainda na estrutura textual foram apresentadas Considerações Finais.

Diante disso, é possível aduzir que os institutos da Ressocialização e da Reabilitação Criminal constituem verdadeiros desdobramentos da dignidade da pessoa humana, os quais serão estudados no presente ensaio à luz deste "superprincípio".

2 A ESTRUTURA CARCERÁRIA BRASILEIRA

A promulgação da Carta Constitucional de 1988 constituiu em um marco histórico-jurídico de suma importância para a sociedade brasileira. Isso porque, houve a compilação de normas essenciais à estruturação do Estado e à regulação do relacionamento sociocomunitário.

Além disso, a Lei Maior colacionou dispositivos de grande relevância para as relações individuais e coletivas. Dentre esses dispositivos, destaca-se o artigo 5º da CF/88, o qual, inclusive, foi intitulado pelo legislador constituinte como "Dos Direitos e Garantias Fundamentais".

As supracitadas disposições normativas objetivam conferir proteção jurídica à pessoa humana, resguardando-a dos abusos estatais. Frente a isso, serão abordadas, nesse momento, as disposições penais e processuais penais de natureza constitucional.

Na forma do artigo 5º, incisos III, XLVI, XLVII e XLIX, da Constituição Federal, está expressamente positivado no ordenamento jurídico o "Princípio da Humanidade das Penas" ou, simplesmente, "Princípio da Humanidade".

Esse princípio reza que o Direito Penal deve tratar com complacência o agente delituoso, pois é inaceitável desumanizar um indivíduo em razão de transgressões as leis criminais (GONÇALVES, 2011).

Prega, outrossim, que o Estado está impedido de aplicar penalidades que lesionem a dignidade da pessoa humana ou que atinjam a condição físico-psíquica dos condenados (BITENCOURT, 1999).

De acordo com os dispositivos constitucionais acima referidos, não são admitidas no Estado brasileiro: penas cruéis, de caráter perpétuo, de morte (exceto por motivo de guerra declarada), de trabalhos forçados ou de banimento (artigo 5º, XLVII, CF/88).

Nas palavras de GONÇALVES (apud Zaffaroni, 1999, p. 01), o Princípio da Humanização determina "[...] a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie uma deficiência física (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica etc.), como também qualquer consequência jurídica inapagável do delito".

De mais a mais, insta destacar que a Constituição Federal de 1988 recepcionou a Lei nº 7.210/1984; denominada de Lei de Execuções Penais, tal norma tem como objetivo principal "efetivar as disposições da sentença criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado" (artigo 1º da Lei nº 7.210/1984).

Portanto, a execução penal não está somente relacionada ao período em que o indivíduo está sob o cárcere, visto que o legislador, reconhecendo a necessidade da integração social do apenado, dispôs que a execução da pena deve viabilizar a reabilitação do condenado.

Partindo desse ponto de vista, a Lei de Execuções Penais, conhecida vulgarmente como "LEP", instituiu como "dever" do Estado a prestação de assistência ao preso, na qual está compreendida a assistência material, jurídica, educacional, social, religiosa e à saúde (artigo 11 da Lei nº 7.210/1984).

Cumpre destacar, ademais, que a "LEP" disciplinou o instituto denominado de "Laborterapia", nos seguintes termos: "O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva" (artigo 28 da Lei nº 7.210/1984).

Como muito bem pontuou PINHEIRO (apud Rosa, 2004, p.1):

> [...] inatividade é deprimente, sendo a realização do trabalho pelo apenado um derivativo necessário para que mantenha seu equilíbrio físico e psíquico. [...] o trabalho penitenciário tem um aspecto readaptador, submetendo o recluso à disciplina e desenvolvendo nele qualidades de atenção e exatidão.

Pois bem. No momento em que o homem evoluiu do estágio nômade e, então, passou a se organizar e a viver em sociedade, ele passou a utilizar-se da sua força física e habilidades pessoais a fim de garantir a própria subsistência. Surgiu, assim, o "trabalho" em sua essência material.

Desde então, e principalmente com a expansão do pensamento capitalista, a capacidade laborativa consiste no meio digno de garantir a mantença do homem e da sua família. Além disso, o desenvolvimento de atividades laborais culmina na integração social e no reconhecimento da interdependência entre os indivíduos.

Frente a isso, vislumbra-se a importância da Laborterapia para a reintegração do apenado ao seio social, precipuamente em razão do caráter educativo e produtivo desse instituto (artigo 28 da Lei nº 7.210/1984).

Ocorre que, além do caráter ressocializador, o trabalho e as atividades educacionais desenvolvidas durante o período de segregação prisional possuem o condão de reduzir o tempo de cumprimento da sanção penal aplicada. Trata-se do instituto jurídico denominado de "Remição da Pena".

Eis o disposto no artigo 126 da Lei de Execuções Penais, in verbis:

> Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

> § 1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de:
> I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias;
> II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.
> § 2º As atividades de estudo a que se refere o § 1o deste artigo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados.
> § 3º Para fins de cumulação dos casos de remição, as horas diárias de trabalho e de estudo serão definidas de forma a se compatibilizarem.
> § 4º O preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição.
> § 5º O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação.
> § 6º O condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, observado o disposto no inciso I do § 1o deste artigo.
> § 7º O disposto neste artigo aplica-se às hipóteses de prisão cautelar.
> § 8º A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa (Grifou-se).

Destarte, podemos asseverar que o trabalho e a educação são elementos primordiais para o alcance das finalidades essenciais da pena, as quais trespassam o caráter punitivo da sanção criminal, como adiante

será exposto.

Não obstante, o Estado, enquanto ente jurídico responsável pela administração dos estabelecimentos prisionais brasileiros, possui o dever legal de ofertar condições materiais para que sejam integralmente cumpridas as disposições da Lei de Execuções Penais, de modo que ocorra, consequentemente, a efetiva reintegração social dos egressos do sistema prisional.

3 REABILITAÇÃO CRIMINAL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) destacou-se dentre as demais normas constitucionais que regeram o ordenamento jurídico brasileiro em razão de elencar, em seu texto legal, uma série de Direitos e Garantias Fundamentais à pessoa humana.

Dentre as diversas normas encartadas a parte dogmática da Carta Magna, ressaltam-se aquelas constantes em seu artigo 5º. Vejamos:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...] (destacou-se).

Diante da norma constitucional acima transcrita, verifica-se que o legislador constituinte originário supervalorizou a intimidade e a vida privada do indivíduo, ante a consagração desses como Direitos Fundamentais da pessoa humana.

Outrossim, em relação à imagem das pessoas, pode-se aduzir que esse direito também está constitucionalmente positivado em razão da sua importância para o indivíduo.

Ocorre que, em que pese a proteção jurídico-constitucional aos supracitados direitos, são notórias as lesões causadas a eles através segregação prisional, visto que os apenados terão que enfrentar, além

das barreiras de preconceito e de falta de oportunidades, a violação, por parte da mídia, de sua imagem e de sua vida privada, principalmente quando se tratam de crimes com repercussão social (SANTOS, 2010).

Segundo FALCÃO (2013, p. 230), "[...] a Constituição reconhece os direitos fundamentais com o objetivo de proteger a dignidade essencial da pessoa humana [...]".

Assim, a fim de preservar a intimidade, a vida privada e a imagem dos ex-detentos, surgiu o instituto da Reabilitação Criminal, tendo em vista que, através desse, é possível que a pessoa oculte a sua condição de egresso do sistema prisional, recuperando, em contrapartida, a estima social.

A Exposição de Motivos do Código Penal, em seu item 83, definiu, detalhadamente, o mencionado instituto, in verbis:

> A reabilitação não tem, apenas, o efeito de assegurar o sigilo dos registros sobre o processo e a condenação do reabilitado, mas consiste, também, em declaração judicial de que o condenado cumpriu a pena imposta ou esta foi extinta, e de que, durante dois anos após o cumprimento ou extinção da pena, teve bom comportamento e ressarciu o dano causado, ou não o fez porque não podia fazê-lo. Tal declaração judicial reabilita o condenado, significando que ele está em plenas condições de voltar ao convívio da sociedade, sem nenhuma restrição ao exercício de seus direitos (Brasil, 1940). (Grifou-se).

Além dos efeitos penais (cumprimento da sanção penal e reincidência), a condenação gera efeitos extrapenais genéricos e específicos. Os genéricos estão previstos no artigo 91, já os específicos no artigo 92, ambos do Código Penal (1940).

Entretanto, conforme disposto na disposição normativa acima transcrita, a reabilitação criminal, além de garantir o sigilo dos antecedentes criminais, possui o condão de suspender os efeitos secundários da condenação, os quais consistem em restrições a alguns direitos.

Dessa forma, podemos perceber que a reabilitação não interfere nos efeitos penais e extrapenais genéricos de uma condenação, mas somente

nos efeitos extrapenais específicos previstos no artigo 92, por orientação prevista no parágrafo único do artigo 93, do Diploma Penal (1940).

Não obstante, o Código Penal brasileiro capitulou, expressamente, o instituto da Reabilitação Criminal, ipsis litteris:

> Art. 93 - A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação.
> Parágrafo único - A reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no Art. 92 deste Código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo.
> Art. 94 - A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado:
> I - tenha tido domicílio no País no prazo acima referido;
> II - tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado;
> III - tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.
> Parágrafo único - Negada a reabilitação, poderá ser requerida, a qualquer tempo, desde que o pedido seja instruído com novos elementos comprobatórios dos requisitos necessários.
> Art. 95 - A reabilitação será revogada, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se o reabilitado for condenado, como reincidente, por decisão definitiva, a pena que não seja de multa (Brasil, 1940).

Destacam-se, assim, como requisitos essenciais para a concessão do

benefício: o trânsito em julgado da sentença condenatória e o transcurso do prazo de, no mínimo, dois anos do término ou extinção da execução da pena (FABRINI; MIRABETI, 2014).

Ademais, o requerimento da Reabilitação Criminal deverá ser endereçado ao Juízo que proferiu a decisão condenatória, conforme preconiza o artigo 743 do Código de Processo Penal brasileiro (Decreto-Lei 3.689, 1941).

São também exigidos pela legislação pátria os seguintes requisitos: residência no Brasil pelo período mínimo de dois anos após a extinção da pena; demonstração manifesta de bom comportamento seja público ou privado; ressarcimento dos danos causados pela ação delitiva ou a demonstração da absoluta impossibilidade de fazê-lo, sendo esse ressarcimento, todavia, substituído por documento comprobatório de renúncia da vítima (artigo 94 do Código Penal, 1940).

Cumpre destacar, entrementes, que haverá a revogação da Reabilitação Criminal, nos termos do artigo 95 do Código Penal brasileiro (1940) "[...] se o reabilitado é condenado, como reincidente, por decisão definitiva, a pena que não seja de multa [...]", ocasião em que os efeitos anteriormente suspensos voltarão a ter eficácia, ou seja, serão reestabelecidos os efeitos secundários da condenação, bem como desaparecerão o sigilo dos antecedentes criminais outrora concedidos (FABRINI; MIRABETI, 2014).

Saliente-se, ainda, que os efeitos secundários retro mencionados são aqueles elencados no artigo 92 do Código Penal (1940), em suma: perda de cargo, função pública ou mandato eletivo; incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

Contudo, os efeitos secundários da condenação não são automáticos, visto que é necessário que ocorra motivação idônea na sentença penal condenatória para a incidência deles (parágrafo único do artigo 92 do Código Penal, 1940).

Ante o exposto, pode-se afirmar que a Reabilitação Criminal consiste em um direito do condenado, posto que, através desse instituto, haverá facilitação ao seu processo de readaptação, já que a expedição de certidões sem menção da sentença condenatória permitirá o desempenho

de atividades de natureza administrativa, política e civil das quais o indivíduo foi privado em decorrência da sua condenação criminal (FABRINI; MIRABETI, 2014).

Serão possibilitadas, outrossim, condições para que os egressos do sistema prisional voltem à convivência social sem que haja restrições aos seus direitos pois, após cumprimento da pena fixada judicialmente e da verificação do preenchimento dos requisitos elencados pelo legislador, os ex-detentos serão reinseridos no seio social sem sofrer qualquer tipo de segregação social.

4 ASPECTOS GERAIS DA RESSOCIALIZAÇÃO

Inicialmente, é importante trazer à baila que, com o advento da Constituição Federal de 1988, a pena privativa de liberdade passou a ter novos objetivos no ordenamento jurídico, deixando de ser meramente punitiva (retributiva), a fim de abranger o caráter ressocializador (restaurativo) existente, em tese, na penalidade imposta ao agente delitivo (NEVES, 2010).

Em relação à função da pena, a norma penal vigente adotou a chamada "teoria mista ou unificadora da pena", a qual prega que a sansão penal tem caráter retributivo e preventido, conforme preceitua o artigo 59 do Código Penal brasileiro. Vejamos:

> Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:
> I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
> II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
> III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
> IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (BRASIL, 1940) (Grifou-se).

Diante disso, pode-se afirmar que o juiz, ao aplicar a pena, buscará atender as suas duas funções, quais sejam: reprovar o mal injusto praticado pelo infrator, bem como prevenir novas condutas delitivas, objetivando, dessa maneira, ressocializar o agente criminoso, a fim de que não volte a delinquir (SANTOS, 2010).

Insta ainda salientar que, de acordo com a Lei de Execuções Penais (Lei n° 7.210/1984), em seu artigo 1º, "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado".

Assim, ao retirar o infrator do convívio social, a pena privativa de liberdade tem por objetivo, dentro do lapso temporal estabelecido pelo legislador pátrio, ressocializá-lo, posto que o referido marco temporal possui como propósito atender a principal finalidade da condenação criminal, isto é, promover a integração social do apenado (BORGES, 2008).

A contrário sensu, e com bastante propriedade sobre o tema, BITENCOURT (2001, p. 154) em seu estudo intitulado de "Falência da pena de prisão: causas e alternativas", destacou que:

> Quando a prisão converteu-se na principal resposta penológica, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma do delinquente. Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinquente. Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina certa atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possam conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exageros, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que faz a prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado.

Assim, é possível verificar que, durante vários anos, acreditava-se que a privação da liberdade, por si só, recuperaria o delinquente.

No entanto, ante o atual cenário jurídico-social, podemos afirmar que é impossível ressocializar o criminoso através de, tão somente, o cerceamento da sua liberdade (SANTOS, 2010).

Na visão de COELHO (2003, p. 01):

> A nossa realidade é arcaica, os estabelecimentos prisionais, na sua grande maioria, representam para os reclusos um verdadeiro inferno em vida, onde o preso se amontoa a outros em celas (seria melhor dizer em jaulas) sujas, úmidas, anti-higiênicas e superlotadas, de tal forma que, em não raros exemplos, o preso deve dormir sentado, enquanto outros revezam em pé.

Nesse mesmo sentido, FOUCAULT (2007, p. 221) ressalta que, além de não ressocializar, a pena privativa de liberdade contribui para o crescimento da reincidência, já que "[...] depois de sair da prisão, se têm mais chances, que antes, de voltar para ela [...]".

De mais a mais, cumpre ainda destacar que, majoritariamente, o cárcere é visto como um "fator criminológico", sem nenhuma condição contributiva para a recuperação do delinquente, bastando, para se chegar a esse entendimento, verificar as elevadas taxas de reincidência brasileira (FRANCO, 2008).

Diante disso, é imprescindível que ocorra a criação de mecanismos, através de políticas públicas, para efetivar a ressocialização em seu modelo idealizador, o qual propunha a neutralização dos efeitos nocivos da pena, para que, sobretudo, habilite-se o condenado a participar e a reintegrar-se no seio social de forma digna, participativa, sem "traumas" ou limitações especiais (MOLINA, 1998).

5 REABILITAÇÃO CRIMINAL E RESSOCIALIZAÇÃO À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana constituiu um dos Fundamentos da República Federativa do Brasil, na forma do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. De mais a mais, está consubstanciada como

princípio fundamental, positivado no ordenamento jurídico interno e na órbita internacional.

PIOVESAN (2000, p. 54) traz em sua obra importantes considerações acerca da Dignidade da Pessoa Humana. In verbis:

> [...] está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora 'as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro' [...].

A "dignidade", em sua essência, consiste em uma condição inerente à condição de pessoa humana, sendo, assim, um atributo irrenunciável e inalienável.

Nas palavras de PENA JÚNIOR (2008, p. 10), "a dignidade da pessoa humana é tão importante que, mesmo aquele que a desconhece, merece tê-la preservada".

Ademais, a Constituição Federal de 1988 vedou, expressamente, a discriminação gratuita através da consagração do Princípio da Igualdade, na forma do artigo 5º, caput, o qual dispõe que: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]".

Posto isso, é possível aduzir que quaisquer formas de discriminação ferem gravemente a Dignidade da Pessoa Humana.

Sendo assim, a distinção entre pessoas ou grupos de pessoas em razão dos seus antecedentes criminais deve ser considerada uma grande afronta ao princípio supracitado.

"A sociedade, ao recriminar aquele que saiu da prisão, vendo-o como uma má pessoa e não lhe oportunizando direitos, pratica conduta mais cruel do que os castigos impostos pela condenação" (LIMA, 2011, p. 01).

Destarte, denota-se que a Dignidade da Pessoa Humana pode ser considerada a principal norma jurídica embasadora da Reabilitação Criminal e da Ressocialização do ex-detento, já que buscar-se-á, através desses institutos, resguardar os direitos positivados na órbita jurídica, os quais objetivam proteger e viabilizar as condições essenciais para uma vida em sociedade.

6 REABILITAÇÃO CRIMINAL SOB A PERSPECTIVA DE RESSOCIALIZAÇÃO DO EGRESSO DO SISTEMA PRISIONAL

Conforme outrora exposto, a Reabilitação Criminal possui o condão de ocultar da folha de antecedentes criminais a ação penal, bem como a eventual condenação criminal que foi imposta ao agente delituoso.

Extrai-se do texto normativo, contudo, que essa ocultação apenas ocorrerá mediante requerimento expresso, endereçado ao Juízo que proferiu a decisão condenatória, sendo necessário, ainda, o preenchimento de requisitos específicos elencados na norma penal (artigo 743 do Código de Processo Penal e artigo 94 do Código Penal brasileiro, respectivamente).

De mais a mais, as medidas jurídicas alcançadas mediante a Reabilitação Criminal refletem diretamente na Ressocialização dos egressos do sistema prisional, uma vez que o primeiro instituto possui o condão de propiciar condições sociais igualitárias, evitando, desse modo, o preconceito histórico-social decorrente da condição de "ex-presidiário".

É cediço que os agentes delituosos enfrentam, após o cumprimento da pena imposta pelo Estado, uma "punição" mais severa do que aquela prevista em lei e aplicada pelo Poder Judiciário, qual seja, a marginalização social.

A segregação oriunda do preconceito sócio-comunitário, por vezes, é mais difícil de ser enfrentada do que o período de permanência dos apenados no sistema prisional brasileiro, mesmo diante das condições sub-humanas ali existentes.

Isso porque a pena privativa de liberdade, conforme posicionamento majoritário da doutrina brasileira, além de não ressocializar o apenado, nos termos do seu objetivo embrionário, contribui para a reincidência delitiva, já que ao não ser aceito pela sociedade, o ex-detento irá valer-se do "mundo do crime" para garantir condições mínimas para a sua subsistência.

Infelizmente, no Brasil existem pouquíssimos estabelecimentos prisionais que oferecem programas voltados ao aperfeiçoamento profissional e/ou educacional dos detentos, quando, projetos dessa natureza, são indispensáveis para o alcance da ressocialização tão almejada pelo legislador pátrio.

De outro giro, observa-se que o Estado "falhou" no exercício do *jus*

puniendi.

Ao passo que a sociedade se encontra assolada pela criminalidade, cada vez mais crescente, depara-se, por outro lado, com muitos ex-detentos desejosos por novas oportunidades e por condições capazes de garantir a sua reinserção social.

Ocorre que, enquanto o Poder Estatal não solucionar a problemática que está envolta à ressocialização, não poderá, em contrapartida, resolver a criminalidade. A reincidência, por vezes causadas pela falta de oportunidades, contribui, significativamente, para o aumento das taxas delitivas.

Levando em consideração, todavia, que não é possível resolver imediatamente a ineficiência estatal, se faz imprescindível valer-se dos institutos jurídicos vigentes, dentre os quais destacamos a Reabilitação Criminal.

Nas palavras de LIMA (2011, p. 01) "A reabilitação criminal é um direito que deve ser respeitado e garantido. A ressocialização, por sua vez, acontece gradativamente, na medida em que a sociedade oportuniza direitos àqueles que desejam recomeçar suas vidas".

Dessa forma, a Reabilitação Criminal mostra-se como importante meio de propiciar a Ressocialização do egresso do sistema prisional.

A ocultação das informações negativas da folha de antecedentes criminais do apenado constitui um meio facilitador para a obtenção de êxito em entrevistas de emprego, matrículas em estabelecimentos de ensino, além de, precipuamente, assegurar o retorno integral do indivíduo ao seio social, sem que necessite carregar consigo o preconceito gerado pela "tarja" de "ex-presidiário".

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho, intitulado de "Reabilitação criminal sob a perspectiva de ressocialização dos egressos do sistema prisional", objetivou analisar o instituto jurídico da Reabilitação Criminal com enfoque na Ressocialização do detento.

Concluídas as pesquisas, e após o estudo minucioso dos supracitados institutos, verificou-se que a Reabilitação Criminal constitui um meio capaz de propiciar a Ressocialização do agente delituoso.

Importante salientar, ainda, que a ocultação dos antecedentes

criminais realizada por intermédio da Reabilitação Criminal não tem por finalidade privar a sociedade (e/ou empregador) de informações acerca da vida pregressa do indivíduo.

Isso porque, os efeitos produzidos pela Reabilitação Criminal, enquanto mecanismo de Reabilitação, se destinam a viabilizar a concessão de novas oportunidades aos ex-detentos, livrando-os dos preconceitos sociais.

Considerando, outrossim, os ditames da Dignidade da Pessoa Humana, princípio norteador e basilar do ordenamento jurídico interno e externo, podemos aduzir que a criação de meios impeditivos ao preconceito e a marginalização social consistem em desdobramentos axiológicos desse "superprincípio".

De mais a mais, seria antagônico consagrar a Dignidade da Pessoa Humana como princípio ordenador do ordenamento pátrio e, ao mesmo tempo, não criar mecanismos para promover a reintegração de um ex-detento ao seio social.

Cumpre ressaltar, ademais, que o Poder Estatal "falhou" na promoção da ressocialização dos egressos do sistema prisional, contrariando, assim, um dever legal instituído pela legislação pátria.

Entretanto, não é possível que ocorra um conformismo quanto à ausência de políticas públicas para a reintegração do apenado à sociedade enquanto, todos os dias, várias pessoas são marginalizadas e se veem obrigadas a voltar a delinquir.

Destarte, podemos concluir que a Reabilitação Criminal constitui um relevante mecanismo de Ressocialização, sendo, por conseguinte, merecedora de maior atenção pelos Poderes Públicos Estatais.

Por conseguinte, o supracitado instituto possui o condão de evitar toda e qualquer forma de discriminação, especialmente no mercado de trabalho, garantindo-se aos egressos do sistema prisional integral respeito aos direitos inerentes à condição de pessoa humana.

___

CRIMINAL REHABILITATION IN THE PERSPECTIVE OF THE SYSTEM REHABILITATION GRADUATES PRISON

ABSTRACT: The current socio-political scenario claims, vehemently, the effectiveness of legal rules and the realization, above all, human rights. This is because, it is clear that contemporary population has more access

to education, information and hence acquired awareness of its guarantees and obligations as subjects of law. The dignity of the human person as "superprincípio" insculpido the Federal Constitution, aims to protect the rights indispensable for individual condition. From this perspective, we conjecture about the need to preserve the rights of a portion of totally marginalized society, namely, the former convicts. However, how to ensure that after serving the sentence which was imposed on the individual by reason of unlawful activities, it can be reinserted into society and the labor market without carrying with them the marks of prejudice? How to safeguard the dignity of former detainees? Faced with this problem, this study aimed to analyze the institution of criminal rehabilitation from the perspective of rehabilitation of former convicts.

KEYWORDS: Criminal Rehabilitation. Former convicts. Resocialization.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tribunal Penal Internacional: Pena de Prisão Perpétua. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Brasília/DF, 1999. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero11/PainellV-2.htm>. Acesso em 04 nov. 2015.

BORGES, Carlos Augusto. O sistema progressivo na execução da pena e a realidade carcerária. 2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/institucional/vep/sistema_prog_penas.pdf>. Acesso em 30 set. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Vade Mecum: Edição Especial. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Vade Mecum: Edição Especial. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Vade Mecum: Edição Especial. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, Infopen, 2014. Disponível em <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/06/cardozo-defende-ressocialização-e-melhoria-na-gestao-de-presidios/18474183923_19c0745ee2_k. jpg/view>. Acesso em 20 set. 2015.
BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil, 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>. Acesso em 20 out. 2015.
BRASIL. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Exposição dos Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal. Vade Mecum: Edição Especial. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Vade Mecum: Edição Especial. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
COELHO, Daniel Vasconcelos. A crise no sistema penitenciário brasileiro. Disponível em <neófito.com.br/artigos/penal134.htm>. Acesso em 20 out. 2015.
DIAS, Lindomar Xavier. Dicionário Informal. 2009. Disponível em <http://www.dicionarioinformal.com.br/ressocializa%C3%A7%C3%A3o/> . Acesso em 24 set. 2015.
FABRINI, R. N.; MIRABETI, J. F. Manual de Direito Penal, vol. 1: Parte Geral. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.
FALCÃO, Valdirene Ribeiro de Souza. Os Direitos Fundamentais e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro – SJRJ, v. 20, n. 38, p. 227-239, dez. 2013. Disponível em <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/465/377> . Acesso em 24 set. 2015.
FERRO, Sandra Regina Oliveira Passos de Bragança. Direitos dos usuários no ambiente do transporte coletivo. 2012. Disponível em <http://psa.unit.br/wp-content/uploads/2013/07/DISSERTA%C3%87%C3%83O-SANDRA-REGINA-FERRO.pdf>. Acesso em 23 out. 2015.
FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. 33. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

FRANCO, José Henrique Kaster. Execução da pena privativa de liberdade e ressocialização. Utopia?. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2009, 31 dez. 2008. Disponível em < http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12153> . Acesso em 20 set. 2015.
GOMES, Luiz Flávio. Brasil: 12º mais violento do mundo. JusBrasil. 2015. Disponível em <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/191287223/brasil-12-mais-violento-do-planeta? ref=topic_feed> . Acesso em 27 set. 2015.
GONÇALVES, Marcelo Santin. Princípios Constitucionais de Direito Penal. Revista Conteúdo Jurídico, 2011. Disponível em < http://www.conteudojuridico.com.br/ artigo,principios-constitucionais-de-direito-penal,31615.html>. Acesso em 04 nov. 2015
LIMA, Jhéssica Laura Alves de. Reabilitação Criminal, Ressocialização e Direitos Humanos. Revista Âmbito Jurídico, nº 92, set. 2011. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10246>. Acesso em 25 set. 2015.
MOLINA, Antônio Pablos Garcia de. Criminologia: Uma Introdução aos seus Fundamentos Teóricos. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1998.
NEVES, Carlos Eduardo. Justiça Retributiva e Justiça Restaurativa. DireitoNET, 2010. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6818/Justica-retributiva-e-justica-restaurativa>. Acesso em 20 out. 2015.
PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacioal. 4. ed. São Paulo: Editora MaxLimonad, 2000.
PINHEIRO, Raphael Fernando. A função reeducadora do trabalho penitenciário frente à ociosidade na perspectiva dos presos da Unidade Prisional Avançada de Brusque/Santa Catarina. Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 102, jul 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12033>. Acesso em 04 nov. 2015.
SANTOS, Raphael Alves. O direito ao esquecimento dos condenados. DireitoNET, 2010. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5781/O-direito-ao-esquecimento-dos-condenados>. Acesso em 10 out. 2015.
SANTOS, Maria Alice de Miranda dos. A Ressocialização do preso

no Brasil e suas consequências para a sociedade. E-civitas Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH Belo Horizonte, vol. III, n. 1, jul-2010. ISSN: 1984-2716. Disponível em <http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/view/64/>. Acesso em 25 set. 2015.
artigos/exibir/5781/O-direito-ao-esquecimento-dos-condenados>. Acesso em 10 fev. 2015.
SANTOS, Maria Alice de Miranda dos. *A Ressocialização do preso no Brasil e suas consequências para a sociedade.* E-civitas Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH Belo Horizonte, vol. III, n. 1, jul-2010. ISSN: 1984-2716. Disponível em <http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/view/64/>. Acesso em 25 maio 2015.

FAMÍLIA PLURIPARENTAL: O CONFRONTO ENTRE O DIREITO DE FAMÍLIA E O DIREITO DE SUCESSÕES

Admilson Vieira da Cruz Junior[*]

Acácia Gardênia Santos Lelis[**]

RESUMO: O artigo científico aborda o conflito existente entre o Direito de Família e o Direito de Sucessões no que tange a partilha de bens e herança em família pluriparental. Objetiva esclarecer a transmissão de bens e patrimônio daqueles que se uniram através do casamento civil, tornando o cônjuge sobrevivente um herdeiro necessário e privilegiado na sucessão de patrimônio em comparação ao companheiro fruto de outra relação socioafetiva. A meação entre os bens adquiridos dentro da relação civil conjugal e a união estável. O campo deste estudo justifica-se pela necessidade de se conhecer a superioridade dos cônjuges sobreviventes em detrimento dos companheiros. O estudo tem sua fundamentação em Zeger, Zarias, Berenice, Mesquita, Minguati, entre outros, os quais demonstram a reflexão sobre o tema a ser discutido.

PALAVRAS-CHAVE: Família Pluriparental. Família. Sucessões. Herança. Bens.

1 INTRODUÇÃO

Na jurisdição brasileira, a família representa a base de toda sociedade. É a partir desta noção de conceito que surgiram vários questionamentos quanto aos modelos existentes de família legitimados pelo poder estatal. O conceito familiar deixou de ser interpretado tão somente como aquele oriundo do casamento civil para ser composto de outras formas

* Acadêmico do Curso de Bacharelado em Direito. Associação de Ensino e Cultura Pio Décimo - FPD. Licenciado em Letras/Português – Universidade Tiradentes – UNIT/SE. Estagiário de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. E-mail: admilsonvieira@yahoo.com.br.

** Orientadora, Advogada, Professora do Curso de Serviço Social da Universidade Tiradentes/SE. Professora do curso de Direito das disciplinas Direito de Família e Direito da Criança e do Adolescente da Associação de Ensino e Cultura Pio Décimo; Especialista em Direito Processual pela Universidade Federal de Sergipe. E-mail: aglelis@infonet.com.br.

e denominações. É nessa perspectiva que estudiosos e críticos discutem sobre a formação da família pós-constituição.

Consoante, (FACO, 2007, p. 1) "a família representa o espaço de socialização, de busca coletiva de estratégias de sobrevivência, local para o exercício da cidadania, possibilidade para o desenvolvimento individual e grupal de seus membros (...)".

A Carta Magna brasileira de 1988 trouxe inovação a respeito do tema discutido, ao estabelecer a união estável entre o homem e a mulher como forma de constituição familiar. Entretanto, doutrinadores e atuais jurisprudências discutem o tema em uma amplitude de conceitos e denominações em prol de uma plurissignificatividade do termo entidade familiar. O reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, família homoafetiva, a institucionalização da família anaparental, poliafetiva, monoparental, extensa ou ampliada, substituta, eudemonista e pluriparental, este último sendo o objeto do presente estudo.

> A partir da Constituição de 1988, e consolidada no Código Civil de 2012, a família assumiu um novo sentido na legislação, pois foram reconhecidas outras formas de constituição familiar, tais como a união estável e os grupos monoparentais. Além disso, homens e mulheres passaram a exercer os mesmos direitos e dever no grupo familiar, assim como foram equiparados os direitos dos filhos biológicos, tido dentro ou fora do casamento, com o dos adotivos (ZARIAS, 2010, p. 4).

A discussão proposta nesse trabalho tem por objetivo esclarecer a transmissão de bens e patrimônio daqueles que se uniram através do casamento civil, tornando o cônjuge sobrevivente um herdeiro necessário e privilegiado na sucessão de patrimônio em comparação ao companheiro fruto de outra relação afetiva.

Segundo BRAVO e SOUZA[1]. (2002 *apud* NETTO LÔBO, 2005, p. 74), "O interesse a ser tutelado não é mais o do grupo organizado como esteio do Estado, e das relações de produção existentes, mas das condições que permitam à pessoa humana realizar-se íntima e afetivamente, nesse pequeno grupo social".

O presente artigo faz uma abordagem histórica, contextual e

constitucional como forma de avaliar a sucessão de bens e herança em família pluriparental. Em seguida, através de dados compilados parte dos referidos questionamentos: A sucessão de bens e patrimônio da união estável implica desvantagem ao cônjuge após o de cujus?

O companheiro ou companheira são considerados herdeiros necessários? Como se dá o cálculo das quotas de herança entre filhos, companheiros e cônjuges? As compilações destes questionamentos levaram à justificativa: O Direito de sucessão se mostra igualitário a cônjuges e companheiros?

Consoante, (ZEGER, 2013. p.) "Na técnica dos inventários, a meação é a parte que cabe ao cônjuge sobrevivente, na sociedade conjugal. É constituída por metade dos bens do cônjuge falecido e é um direito que se assemelha ao de um sócio. A meação é decorrência de uma relação patrimonial existente em vida, entre pessoas, estabelecido por lei ou pela vontade das partes, uma vez que a meação está condicionada ao regime de bens, que pode ampliar ou restringir o patrimônio que deve ser divido igualmente entre os cônjuges".

A execução do artigo segue o procedimento metodológico de pesquisa com referências bibliográficas e eletrônicas, uso de questionamentos, projetos científicos, teses e dissertações que serviram como coleta de dados para sistematização eficaz de argumentos e conteúdos, os quais de forma minuciosa, rigorosa e exata contribuíram para a execução do trabalho.

O artigo científico está fundamentado em diversos autores que se preocuparam em refletir sobre a necessidade de se avaliar a sucessão patrimonial entre famílias pluriparentais, dentre eles: Zeger, Zarias, Berenice, Mesquita e Minguati. Os artigos "Conceito de Família: Adolescentes de zona rural e urbana; A família do Direito e a família no Direito; O reconhecimento da pluriparentalidade e as consequências jurídicas no âmbito patrimonial e afetivo" são fontes de embasamento jurídico de todo trabalho, bem como, a contribuição dessa fundamentação teórica foi e é satisfatória, mas há ainda o que se refletir.

2 A FAMÍLIA PLURIPARENTAL

A doutrina e a jurisprudência adotou no ordenamento jurídico brasileiro o modelo pluriparental ao conceito amplo de entidade familiar.

Estabeleceu dentre outros modelos existentes, a constituição de famílias entrelaçadas através do matrimônio ou da união estável, em que os integrantes dessas sociedades possuam filhos provenientes de relações prévias.

> "A convivência familiar dos parentes colaterais recebe o nome de família pluriparental. Não importa a igualdade ou diferença do grau de parentesco entre eles. Assim, tios e sobrinhos que vivem em família constituem uma família pluriparental. Igualmente, os irmãos e até os primos que mantêm convivência familiar, são outros exemplos (DIAS, Maria Berenice, 2008, p. 01).

Recebem ainda como sinônimo do termo pluriparentalidade as seguintes denominações; composta, mosaico, esamblada, recomposta e reconstruída. Sob essa perspectiva do real conceito de família pluriparental, surge também a figura do cônjuge que estabelece a convivência familiar através do casamento civil ou união estável com a presença de filhos advindos do matrimonio ou fora deste. Consoante estabelece os ensinamentos de Maria Berenice Dias (2008) "Também se encaixam no conceito de pluriparentalidade os vínculos que se estabelecem com mais de duas pessoas desempenhando as funções parentais".

É nesse momento, que se observa a presença de dois vínculos familiares unidos em detrimento da entidade familiar. De um lado a presença do casamento civil, noutro a existência de uma união estável. É preciso dispor que o texto constitucional brasileiro em seu artigo 226 § 3º reconhece a união estável entre o homem e a mulher, como sendo uma entidade familiar.

No que se refere ao Direito de sucessões, a herança daquele que falece torna-se algo complexo e de bastante discussão em meio às lacunas existentes no ordenamento jurídico brasileiro. É evidente o conflito de famílias em detrimento da sucessão patrimonial na abertura do testamento, o qual estabelece as quotas para cada herdeiro, incluindo cônjuges, companheiros e filhos. É forçoso mencionar que a Advogada Ivone Zeger[2] (2013) afirma que "o companheiro ou companheira não tem o mesmo posto de herdeiro necessário, como o tem o cônjuge".

2.2 A SUCESSÃO E A FAMÍLIA PLURIPARENTAL

A herança do cônjuge falecido é sempre objeto de confusão quando atrelada ao cônjuge sobrevivente, sobretudo quando se fala também em união estável em famílias pluriparentais.

É necessário entender que herdeiros necessários são aqueles oriundos de uma sucessão patrimonial hierarquicamente composta dos descendentes, ascendentes e na ausência desses, se dá o cônjuge ou companheiro. Isso é o que dispõe o art. 1845 do Código Civil.

> A parte que cabe ao cônjuge sobrevivente, em muito confundida com herança, não caracteriza direito sucessório. O que lhe toca tem fundamento na extinção do vínculo matrimonial em decorrência da morte de um dos componentes da sociedade conjugal, isto é, no regime da comunhão universal, e no regime de comunhão parcial, ocorrerá a divisão do patrimônio adquirido durante o casamento. Possui o cônjuge sobrevivente, apenas a meação dos bens do casal, isto é, a metade daqueles bens conquistados na constância do casamento. A condição de herdeiro, por outro lado, será somada a de meeiro sempre que inexistam os primeiros herdeiros que o antecedem na ordem da vocação hereditária (artigo 1.603 – Lei nº 3.071/16 - Código Civil em vigor). Ao contrário dos herdeiros descendentes e ascendentes, o cônjuge não é herdeiro necessário e sim facultativo. Assim, em não possuindo herdeiros necessários, mesmo que casado, não importando o regime de bens adotado, poderá o titular da herança dispor de sua totalidade por testamento, pois o cônjuge é mero herdeiro facultativo. (RABELLO, 2002, p. 57)

Observa-se que a linha sucessória é a ordem dada naturalmente pelas pessoas para aquisição dos bens. A regra geral é que ela começa com os descendentes, se não houver descendentes, quais sejam, filhos e netos, a regra põe em sucessão os ascendentes, pais e avós, e, por conseguinte,

o cônjuge é quem herdará todos os bens.

Nesse contexto, a Lei 10.406 de 2002 estabelece ao cônjuge sobrevivente um lugar de destaque atribuindo-lhe a qualidade de herdeiro necessário. A nova legislação defere a herança em primeiro lugar, como reafirma RABELLO (2002) *"aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime de comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (artigo 1640, parágrafo único); ou se no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares"*.

Diante das situações impostas, entende-se que o cônjuge só herdará o patrimônio daqueles bens oriundos da aquisição anterior ao casamento. E caso não haja bens particulares, este cônjuge não herdará, somente a meação nos casos em que o regime seja de comunhão parcial ou da separação convencional, uma vez que a lei não o excluiu.

O que importa no direito de sucessão é a proteção conferida ao cônjuge de uma família pluriparental.

Consoante, RABELO, 2002:

> Quando em concorrência com os descendentes, conforme o disposto no artigo 1.832, caberá ao cônjuge sobrevivo quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança se for ascendente dos herdeiros com quem concorre.

Surge como um desafio para os doutrinadores à questão da existência de bens particulares. Existem doutrinadores que divergem quanto à possibilidade do cônjuge ser herdeira de todos os bens particulares e comuns.

> Com o devido respeito que merece essa posição, não se pode concordar com ela. A finalidade precípua do direito de concorrência é de trazer justiça àquelas situações injustas em que, no passado, o cônjuge ficava desamparado com a morte de seu consorte. Evidentemente, isso só ocorrerá quanto aos bens particulares, já que em relação aos bens comuns sempre existirá a meação. Ademais, conceder direitos sucessórios sobre os

> bens comuns não é minimamente razoável, pois estar-se-ia amparando o cônjuge onde ele não necessita e, pior, através de desfalque dos quinhões dos descendentes que, não se pode esquecer, são os herdeiros da primeira classe. (MIGUEL, 2007).

Dispõe o artigo o artigo 1.832, do Código Civil:

> "Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer".

3 A UNIÃO ESTÁVEL E A FAMÍLIA PLURIPARENTAL

A União Estável é um instituto do Direito de Família cercado de mistérios e de grande dúvida pela sociedade. O Direito Civil regula em seu Livro VI acerca do assunto possibilitando aqueles que detêm uma relação, pública, continua e duradoura a possibilidade de ambos unirem-se através desse instituto.

Sylvia Maria Mendonça do Amaral[3] afirma que:

> Seus requisitos caracterizadores são bastante subjetivos, principalmente em relação ao tempo de relacionamento, se levarmos em conta que o único dado contido na lei acerca disso diz que a relação tem que ser "duradoura". Dispositivo legal anterior ao Código Civil de 2002, hoje em vigor, fazia menção ao prazo de cinco anos, mas o fato de a lei ser omissa em relação a isso causa temor naqueles que mantêm entre si uma relação de namoro ou noivado.

O conceito vai além do simples namoro, passando a possibilitar que cônjuges casados civilmente possam ainda obter a união estável independentemente de prazo legal. É o entendimento de que se trata o Novo Código Civil, em seu artigo 1723, deixando de definir o tempo necessário para que haja o seu reconhecimento.

É nesse sentido que se pode estabelecer, através de contrato escrito, o regime jurídico de bens em que os companheiros pretendem vincular a união sobre a tutela estatal.

Décio Policastro[4] afirma:

> Na união estável, se não existir contrato escrito entre os companheiros, aplicam-se as regras do regime de comunhão parcial de bens. A lei diz, também, que a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro quanto aos bens adquiridos, onerosamente, na vigência da união estável, nas seguintes condições: se concorrer com filhos comuns receberá uma cota equivalente a de cada filho; se concorrer com descendentes só do falecido, receberá metade do que couber a cada um; se concorrer com outros parentes sucessíveis terá direito a um terço da herança e se não houver parentes sucessíveis, receberá a totalidade da herança.

Se o tempo não mais é requisito para obtenção da união estável, não estabelecer o vínculo jurídico a que pertence essa união também não implicará em empecilho para que se reconheçam os direitos advindos da relação.

> Se o casal vive em união estável sem a elaboração de uma escritura pública ou se nela nada estiver estabelecido em relação ao regime de bens, em caso de separação aplicar-se-ão as regras da comunhão parcial de bens. Caso a opção do casal seja por um outro regime, é preciso que isso conste expressamente da escritura, que deverá contemplar, também, todos os demais aspectos que o casal julgue importantes, inclusive pensão alimentícia, guarda e visitação de filhos, partilha do patrimônio etc., da forma que lhes for mais conveniente, desde que não haja contrariedade à lei. (AMARAL, 2010)

Este foi um dos benefícios trazidos pelo Novo Código Civil. Algo preocupante no processo da união estável é quanto à sucessão de bens

e herança do companheiro sobrevivente da relação. Pela legislação anterior era possível que o companheiro equipara-se ao cônjuge com todos os direitos advindos da relação e a sua meação também aos bens patrimoniais durante o período da união ou não.

Esse entendimento levou a vários questionamentos sobre os diferentes aspectos entre a sucessão da relação de união estável e o casamento civil. Note-se que a companheira usufruía das mesmas prerrogativas do cônjuge sobre os bens do de cujus.

A Lei 10.406/02 alterou significativamente o processo de sucessão desde 2003 no que tange a cônjuge sobrevivente. É importante ressaltar que o cônjuge sobrevivente é aquele fruto da relação conjugal civil e companheiro àquele fruto de uma união estável. A lei dispôs a proteger a cônjuge e colocá-la em um patamar superior a companheira.

Importante ressaltar a transcrição de Frederico Ávila Miguel[5] ao afirmar que:

> Todavia, não há como deixar de criticar o legislador pelos critérios estabelecidos no artigo 1.790 [02], do Código Civil. Se merece aplauso o avanço trazido para o cônjuge, o mesmo não se pode dizer em relação à situação do companheiro, especialmente pela falta de lógica no critério utilizado, que não o ampara na porção de bens em que está desamparado e lhe concede direitos sucessórios sobre os bens que já lhe garantem a meação. Realmente incompreensível a opção da lei. Além disso, ao tratar da sucessão do convivente em local impróprio, fica evidente o propósito de não conceder a qualidade de herdeiro necessário àquele que vivia em entidade familiar formada pela união estável.

É neste momento que famílias pluriparentais estão de ante do impasse legislativo. Ora de um lado a ex-cônjuge, ora de outro a companheira querendo as mesmas prerrogativas da sucessão patrimonial. O conflito entre bens que foram advindos da relação, e bens que antecederam a convivência, mas que de alguma forma significou uma valoração àqueles que dispuseram a conviver ao lado da pessoa entregando-lhe toda uma confiança.

Quando os cônjuges, em concorrência com os descendentes (filhos), segundo o disposto no artigo 1.832, caberá ao cônjuge sobrevivo quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança se for ascendente dos herdeiros com quem concorre.

Assim, conforme ensina Fernanda de Souza Rabello[6] *apud* Maria Helena Diniz:

> "se tais filhos também forem do cônjuge sobrevivo à participação deles ficará reduzida diante do limite da quota mínima estabelecida legalmente, pois, se a parte do cônjuge não pode ser inferior a ¼, eles concorrerão a ¾ da herança". Logo, afirma a autora, se a herança for de cem mil reais, o cônjuge receberá 25 mil e entre os quatro filhos serão divididos os setenta e cinco mil reais restantes.

Com relação à companheira, a primeira grande alteração é que esta caberá, apenas, e tão somente a herança dos bens adquiridos na constância da União a título oneroso, ou seja, na lei revogada, esse instituto do Direito de Família tinha direito sobre toda a totalidade dos bens.

Edson Edenei Soares Junior[7], membro e Assessor da Comissão de Direito e prerrogativas da OAB/SP, nos ensina que: levando-se em consideração apenas o patrimônio adquirido na vigência da união, o companheiro-herdeiro, terá direito às seguintes cotas:

> a) se concorrer com filhos comuns (dele e do *de cujus*;), terá direito à cota idêntica a cada um deles. Cito como exemplo, o caso dos companheiros possuírem 02 filhos; terá direito a 1/3. Se quatro filhos, terá direito a 1/5.
> b) se concorrer com filhos apenas do de cujus terá direito a 50% dos bens.
> c) se concorrer com outros parentes do *de cujos*; (ascendentes ou colaterais), terá direito a 1/3 dos bens.
> d) no havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

O problema emerge como empecilho no direito brasileiro quando surgirem filhos comuns e filhos só do *de cujus,* pois até então, a forma para o cálculo desta sucessão encontra-se omissa no ordenamento jurídico brasileiro.

É o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> INVENTÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL. DIREITOS DO EX-COMPANHEIRO À MEAÇÃO E À SUCESSÃO. 1. Comprovada a união estável, imperioso o reconhecimento do direito à meação do companheiro aos bens adquiridos de forma onerosa, sem que se perquira a contribuição de cada um. Inteligência do art. 1.725 do CCB. 2. O companheiro é herdeiro relativamente aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, quando o óbito é causa extintiva da união estável. 3. Os bens adquiridos a título de herança não se comunicam, devendo o convivente ser excluído da partilha. Inteligência dos arts. 1.725 e 1.659 do Código Civil. Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 70056516800, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 16/09/2013) (TJ-RS - AI: 70056516800 RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data de Julgamento: 16/09/2013, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: *Diário da Justiça* do dia 19/09/2013).

Outro prejuízo trazido pela nova Lei, é que o companheiro-viúvo perdeu o direito real de habitação, mesmo quando se tratar de imóvel único do casal.

Deste modo, embora não haja posição majoritária, não havendo parentes sucessíveis, os bens adquiridos antes da União estável, ou ainda de forma gratuita seja por doação, herança ou legado, na vigência desta união, será considerada herança jacente, e retornarão aos entes da União, pois, o companheiro, pelo Novo Código Civil, herda apenas os bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união, seja em concorrência com demais herdeiros, seja sozinho.

Segue o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ESPECIAL - UNIÃO ESTÁVEL - APLICAÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS, EM RAZÃO DA SENILIDADE DE UM DOS CONSORTES, CONSTANTE DO ARTIGO 1641, II, DO CÓDIGO CIVIL, À UNIÃO ESTÁVEL - NECESSIDADE - COMPANHEIRO SUPÉRSTITE - PARTICIPAÇÃO NA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO FALECIDO QUANTO AOS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL - OBSERVÂNCIA - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1790, CC - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - O artigo 1725 do Código Civil preconiza que, na união estável, o regime de bens vigente é o da comunhão parcial. Contudo, referido preceito legal não encerra um comando absoluto, já que, além de conter inequívoca cláusula restritiva ("no que couber"), permite aos companheiros contratarem, por escrito, de forma diversa; II - A não extensão do regime da separação obrigatória de bens, em razão da senilidade do de cujus, constante do artigo 1641, II, do Código Civil, à união estável equivaleria, em tais situações, ao desestímulo ao casamento, o que, certamente, discrepa da finalidade arraigada no ordenamento jurídico nacional, o qual se propõe a facilitar a convolação da união estável em casamento, e não o contrário; IV - Ressalte-se, contudo, que a aplicação de tal regime deve inequivocamente sofrer a contemporização do Enunciado n. 377/STF, pois os bens adquiridos na constância, no caso, da união estável, devem comunicar-se, independente da prova de que tais bens são provenientes do esforço comum, já que a solidariedade, inerente à vida comum do casal, por si só, é fator contributivo para a aquisição dos frutos na constância de tal convivência; V - Excluída a meação, nos termos postos na presente decisão, a companheira supérstite participará da

> sucessão do companheiro falecido em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da convivência (período que não se inicia com a declaração judicial que reconhece a união estável, mas, sim, com a efetiva convivência), em concorrência com os outros parentes sucessíveis (inciso III, do artigo 1790, CC). VI - Recurso parcialmente provido.
> (STJ - REsp: 1090722 SP 2008/0207350-2, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 02/03/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/08/2010).

Segue o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

> FAMÍLIA. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO. BENS ANTERIORES À UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRA E HERDEIRO COLATERAL. - Não é constitucional o tratamento diferenciado dado pelo Código Civil à companheira e à cônjuge no que concerne à vocação hereditária dos bens particulares do falecido, especialmente quando o regime de bens é o da comunhão parcial. V.V. APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ANULATÓRIA DE PARTILHA - INVENTÁRIO - COMPANHEIRA - HERDEIRA COLATERIAL PRETERIDA - ART. 1790 DO CC/2002 - ANULAÇÃO DA ADJUDICAÇÃO MANTIDA. Em que pese a CF/88 ter garantido tratamento igualitário ao casamento e à união estável (art. 226, § 3º), quanto à sucessão e partilha de bens, deverão ser observadas as disposições do Código Civil. O fato de a Carta Magna de 1988 considerar a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, não impede que a legislação infraconstitucional discipline a sucessão para os companheiros e os cônjuges de forma diversa. Assim, tendo o falecido deixado herdeiros colaterais, deve ser mantida a sentença que anulou a adjudicação realizada no processo de inventário, uma vez que a irmã do *de cujus* foi preterida na

> ação. (TJ-MG AC: 1053409014315500,Relator:A rmando Freire, Julgamento: 01/10/2013, Câmaras Cíveis / 1ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 09/10/2013).

Segue os entendimentos do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe:

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇAO DECLARATÓRIA E EXTINÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO - CONFIGURAÇAO DA UNIÃO ESTÁVEL COM TRÂNSITO EM JULGADO - REGIME DE BENS - COMUNHÃO PARCIAL - PARTILHA DE BENS ADQUIRIDOS DURANTE A VIDA EM COMUM - EXCLUSÃO DE BENS ADQUIRIDOS POR HERANÇA - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.659 DO CC - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA - IMPROVIMENTO DO APELO. - Na União Estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplicam-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens, inteligência do artigo 1725 do Código Civil. - Os bens adquiridos na constância da vida em comum devem ser alvo de partilha igualitária, não importando qual tenha sido a colaboração individual prestada pelos conviventes, bastando que tenham sido adquiridos a título oneroso na constância do relacionamento e que não tenham sido alvo de sucessão ou doação e os sub-rogados em seu lugar. - Sentença mantida e Recurso Improvido.(TJ-SE - AC: 2009217997 SE , Relator: DES. OSÓRIO DE ARAUJO RAMOS FILHO, Data de Julgamento: 06/05/2010, 2ª.CÂMARA CÍVEL)

> Constitucional e Civil - Ação Declaratória - União Estável - Direito Sucessório do Companheiro - Art. 1.790 do Código Civil de 2002 - Incidente de Inconstitucionalidade - Ofensa ao Princípio da Isonomia e ao Art. 226, 3º da CF/1988 - Equiparação entre Companheiro e Cônjuge - Remessa ao Tribunal Pleno. I - A questão relativa à sucessão na união estável e a consequente

distribuição dos bens deixados pelo companheiro falecido, conforme previsão do art. 1.790 do Código Civil de 2002, reclama a análise da prejudicial de inconstitucionalidade do referido dispositivo, pois ao dispor sobre o direito sucessório da companheira sobrevivente, ignorou a equiparação da união estável ao casamento prevista no art. 226, 2º da CF, configurando ofensa aos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade humana; II - Recurso conhecido, remetendo-o ao Tribunal Pleno para apreciar o incidente de inconstitucionalidade.
(TJ-SE - AC: 2010202129 SE, Relator: DESA. MARILZA MAYNARD SALGADO DE CARVALHO. Data de Julgamento: 17/08/2010, 2ª. CÂMARA CÍVEL).

Apelação Cível. Ação de Reconhecimento de União Estável c/c Dissolução. União Reconhecida Judicialmente. Aplicação do Regime da Comunhão Parcial De Bens. Inteligência Do Artigo 1725 Do Código Civil. Inconformismo Em relação à Partilha. Pleito de Divisão do Terreno. Doação Feita Pela Genitora Da Recorrida. Incontroversa. Necessidade de Prova que a Doação tenha sido realizada em benefício de Ambos os companheiros. Exigência do Inciso III do artigo 1660 da Legislação Civilista. Ausência de Conteúdo Probatório. Bem Doado Exclusivamente Em Favor Da Companheira. Impossibilidade De Meação Do Terreno que não integra ao Acervo Patrimonial Do Casal. Precedentes Desta Corte. Sentença Conservada. Apelo Conhecido E Improvido. (TJ-SE, Relator: Des. Ricardo Múcio Santana De Abreu Lima, Data De Julgamento: 26/06/2012, 2ª. Câmara Cível).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabe-se que o direito é para ser cumprido. Além de podermos interpretar a norma, devemos principalmente cumpri-la na sociedade. O artigo, portanto, possibilitou a compreensão de como se comporta

a união estável e o casamento civil diante das famílias pluriparentais.

É de suma importância a compreensão de que o direito brasileiro projetou o casamento civil em uma posição hierarquicamente superior em detrimento dos companheiros no que tange a sucessão de herança e bens patrimoniais dos conviventes.

Destarte, cumprir a nova lei e levantar os questionamentos que o legislador permitiu através das lacunas da lei, impede registrarmos as grandes injustiças cometidas no seio familiar.

PLURIPARENTAL FAMILY: THE CONFRONTATION BETWEEN FAMILY LAW AND THE LAW SUCCESSION

ABSTRACT: The scientific article discusses the conflict between the Family Law and Probate Law regarding the division of property and inheritance in pluriparental family. Aims to clarify the transfer of property and assets of those who joined through a civil marriage, the surviving spouse becoming a necessary and privileged heir to the succession of equity compared to the companion product of other socio-affective relationship. The sharecropping among the assets acquired within the marital relationship and the civil law marriage. The field study is justified by the need to understand the superiority of the surviving spouse at the expense of fellow. The study has its foundation in Zeger, Zarias, Berenice Mosque Minguati, among others, which demonstrate reflection on the topic being discussed.

KEYWORDS: Pluriparental Family. Family. Probate. Inheritance. Property.

Notas

1 BRAVO, Maria Celina; SOUZA, Mário Jorge Uchoa. As entidades familiares na Constituição. *Jus Navigandi*, Teresina, ano HYPERLINK "http://jus.com.br/revista/edicoes/2002"7, n. 54, 1 fev. 2002.

2 ZEGER. Ivone. *Comentários* - Partilha de Herança em famílias pluriparentais. Direito de Família e Sucessão. 2013. Disponível em http://www.familiaesucessoes.com.br. Acesso em 15 de maio de 2014.

3 AMARAL. Silvia Maria Mendonça do. *Normas da União Estável*. Como no casamento, ela traz obrigações e direitos. 2010. Edição 51. Revista Jurídica. Ed. Escala.

4 POLICASTRO, Décio. *Cônjuge sobrevivente passa a ter direito à herança*, 11 novembro de 2003. Disponível em: <http://migalhas.com.br>. Acesso em: 17 maio 2014.

5 MIGUEL, Frederico de Ávila. A sucessão do cônjuge sobrevivente no novo Código Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1404, 6 maio 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/9848>. Acesso em: 19 maio 2014.
6 RABELLO, Fernanda de Souza. A herança do cônjuge sobrevivo e o novo Código Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/2999>. Acesso em: 19 maio 2014.
7 SOARES JÚNIOR. Edson Ednei. *Comentários* - União Estável. Direito dos Companheiros no Novo Código Civil. OAB/SE. 2004.

REFERÊNCIAS

AMARAL. Silvia Maria Mendonça do. *Normas da União Estável.* Como no casamento, ela traz obrigações e direitos. 2010. Edição 51. Revista Jurídica. Ed. Escala.
BRASIL. Código Civil. In: Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2014.
BRAVO, Maria Celina; SOUZA, Mário Jorge Uchoa. As entidades familiares na Constituição. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/2665>. Acessoem: 19maio 2014.
DIAS, Maria Berenice. *Comentários* - Família pluriparental, uma nova realidade. Disponível em http://www.lfg.com.br. 29 de abril de 2014.
_____ *Manual de Direito das Famílias.* 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 49.
DINIZ, M. H. *Curso de direito civil brasileiro.* 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Vol. 6. Ed. Saraiva, 2002, 16. ed.
JURISPRUDÊNCIAS. Brasil. 13 de maio. Disponível em: http://www.jusbrasil.com.br
MIGUEL, Frederico de Ávila. A sucessão do cônjuge sobrevivente no novo Código Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1404, 6 maio 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/9848>. Acesso em: 19 maio 2014.
POLICASTRO, Décio. *Cônjuge sobrevivente passa a ter direito à herança*, 11 novembro de 2003. Disponível em: <http://migalhas.com.br>. Acesso em: 17 maio 2014.
RABELLO, Fernanda de Souza. *A herança do cônjuge sobrevivo e o novo Código Civil. Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/2999>. Acesso em: 19 maio

2014.
SOARES JÚNIOR. Edson Ednei. *Comentários* - União Estável. Direito dos Companheiros no Novo Código Civil. OAB/SE. 2004.
ZEGER. Ivone. *Comentários* - Partilha de Herança em famílias pluriparentais. Direito de Família e Sucessão. 2013. Disponível em http://www.familiaesucessoes.com.br. Acesso em 15 de maio de 2014.

DIREITOS HUMANOS COMO SUBSTRATO NORMATIVO DO DESENVOLVIMENTO DA JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE

Mariana de Pontes Jordão Barreto*

RESUMO: o presente artigo trata acerca dos direitos humanos, enquanto direitos essenciais ao ser humano individualmente considerado e também a toda a comunidade internacional. Todavia, a crise de efetividade destes direitos sempre fez-se presente, razão pela qual buscou-se mecanismos para garantir a máxima eficácia destes direitos, posto serem os direitos que são mais caros a todo ser humano. Assim, surgiu o direito penal internacional com vistas a complementar a proteção destes direitos, o que foi possível pela instituição de uma jurisdição penal internacional permanente, a qual figura de forma complementar a jurisdição penal dos Estados. Desta forma, avança-se na proteção destes direitos tão imprescindíveis a existência humana.

PALAVRAS-CHAVES: Direitos humanos. Proteção. Jurisdição internacional.

INTRODUÇÃO

Os direitos humanos consistem no conjunto de direitos imprescindíveis à existência humana, referindo-se às garantias que concretizam o mínimo existencial para a existência digna de qualquer pessoa humana. Diante de imensurável importância, a concretização destes direitos sempre fez-se essencial, o que tem sido buscado no âmbito de cada Estado e também no âmbito mundial.

Neste cenário, surgiu o direito penal internacional como mecanismo

* Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, aprovada no mestrado de direito penal da Universidade Federal de Pernambuco em 2011, PIBIC pela Universidade Católica de Pernambuco em 2008/2009 intitulado Direito Social e Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito sob a orientação do Prof. Dr. José Elias Dubard de Moura Rocha, Advogada. Autora do artigo publicado na 27ª revista do MPGO intitulado O princípio da estrita legalidade e o Tribunal Penal Internacional como proteção dos direitos fundamentais.

de garantia dos direitos humanos, haja vista que suas normas tem o escopo de tutelar, como objeto jurídico comum, os direitos da pessoa humana, responsabilizando aqueles que com sua conduta causem dano a estes direitos protegidos pela comunidade internacional.

O desenvolvimento do direito penal internacional e da jurisdição penal internacional, agora permanente, exterioriza-se por meio da criação do Tribunal Penal Internacional, o qual é competente para o processo e julgamento dos crimes cometidos contra os direitos humanos. A instituição da referida corte penal internacional buscou resguardar, em sua essência, a dignidade da pessoa humana, a qual figura como fundamento basilar de todo o desenvolvimento dos direitos humanos.

1 SURGIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS

> Sempre se mostrou intensa a polêmica sobre o fundamento e a natureza dos direitos humanos – se são direitos naturais e inatos, direitos positivos, direitos históricos ou, ainda, direitos que derivam de determinado sistema moral. Esse questionamento ainda permanece intenso no pensamento contemporâneo[1].

O jurista holandês Grócio iniciou o processo de laicização dos direitos humanos, afirmando que estes direitos decorriam da natureza humana. Todavia, os direitos humanos hoje existentes não consistem nos mesmos a que se aludia na Antiguidade, isto porque não se tinha o mesmo conceito de pessoa humana que, atualmente, se utiliza como base para a criação ou, talvez melhor dizer, reconhecimento desses direitos[2].

> Estes, portanto, não são criados, muito menos outorgados pelo legislador. Tais direitos são identificáveis pela "reta razão" que a eles chega, avaliando a conveniência dos mesmos, em face da natureza razoável e sociável do ser humano[3].

Noberto Bobbio propagou a ideia segundo a qual os direitos da pessoa humana nascem na forma de direitos naturais universais, evoluem para a positivação particular (processo pelo qual cada Constituição incorpora

uma Declaração própria de direitos) e, por fim, concretizam-se em direitos universalmente positivados[4].

Pode-se afirmar, portanto, que o processo de internacionalização dos direitos do homem ocorreu desta forma, todavia, faz *mister* ater-se, primeiramente, ao processo de surgimento desta classe de direitos, para, depois, analisá-los em sua eficácia planetária.

Segundo Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins[5], o surgimento dos direitos fundamentais pressupõe uma conjuntura formada por três elementos, sem os quais não se pode afirmar sua existência. O primeiro consiste no Estado, haja vista que sem este, a proclamação de direitos fundamentais carece de relevância prática, pois não seriam garantidos e cumpridos, não alcançando a função precípua de limitação do poder estatal em face do indivíduo.

O segundo elemento refere-se ao indivíduo, considerado individualmente, não mais como membro de um coletivo, o qual não detinha qualquer direito próprio no contexto histórico do começo da humanidade. Na modernidade, a partir das Revoluções Liberais, passou-se a considerar o indivíduo não mais como um ser social, mas sim como um todo em si mesmo, perspectiva que possibilitou às sociedades capitalistas reconhecerem os direitos individuais à liberdade, à igualdade e à propriedade.

Por derradeiro, faz-se vital a existência de um terceiro elemento a reger a relação Estado-indivíduo, que desponta por meio de uma declaração assecuratória destes direitos tão caros à humanidade. Assim, o último elemento corresponde ao texto normativo regulador desta relação, representado pela Constituição peculiar de cada Estado.

A Constituição, texto normativo estatal supremo, garante a autonomia do indivíduo, agora considerado enquanto sujeito de direito, tolhendo o Estado de praticar certos atos que acabariam por cercear, injustificadamente, as esferas das liberdades públicas. Portanto, a Constituição consiste no instrumento que assegura a ponderação entre a esfera de atuação livre do cidadão e a esfera na qual o Estado interfere enquanto pessoa jurídica de direito público, na busca do bem comum.

> Ao se analisar o histórico das Cartas Constitucionais do Brasil, pode-se perceber que a atual representa a culminação de um processo evolutivo para se chegar a um Estado Democrático de Direito, no qual

> os direitos humanos fundamentais e as garantias a eles inerentes são expressamente assegurados. Desse modo, a Constituição de 1988 acolhe ampla e categoricamente os Direitos Humanos, responsáveis por eleger valores universais e essenciais ao homem, reconhecidos ao longo dos anos, sobretudo no século XX, após as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial[6].

Insta frisar que, essa interferência estatal faz-se necessária, por vezes, em razão dos direitos fundamentais não englobarem somente os direitos individuais, denominados de direitos fundamentais de primeira dimensão, os quais implicam ao Estado um não fazer (prestação negativa), correspondendo aos direitos civis e políticos. Renata Mantovani e Marina Martins citam como exemplos dessa geração de direitos: a proteção à coisa julgada, a punição de atos atentatórios a direitos fundamentais, a individualização da pena e a proibição da extradição e de penas de caráter perpétuo[7].

Faz-se necessário mencionar que a anteriormente se utilizava a nomenclatura "gerações de direitos fundamentais", para se referir os direitos fundamentais que surgem ao longo da história da humanidade. No entanto, tem-se preferido utilizar a nomenclatura "dimensões de direitos fundamentais", vez que esta remonta a ideia de que as diferentes dimensões de direitos fundamentais somam-se e não, são substituídas pelas novas dimensões. Assim, a palavra dimensão transparece a ideia de que cada nova dimensão de direito fundamental complemente as dimensões anteriores.

Há uma segunda dimensão de direitos fundamentais, que consistem nos direitos sociais, englobando também os direitos econômicos e culturais, nos quais o Estado exerce um papel mais incisivo na sua concretização, visto que cabe ao mesmo não apenas declará-los e garantir que não sejam desrespeitados. Assim, o Estado tem o poder-dever de estipular e estimular meios para assegurá-los, inclusive através do desenvolvimento de políticas sociais (prestação positiva), as denominadas liberdades positivas[8], haja vista ser o ente público que tem por escopo básico a promoção da justiça social.

Acrescente-se existir ainda os direitos fundamentais de terceira dimensão, os quais consistem nos direitos integrantes do conjunto de direitos denominados essencialmente coletivos, quais sejam, os direitos difusos e coletivos. Entre estes direitos de terceira geração pode-se citar[9]: o direito ao progresso, à paz, à qualidade saudável de vida, a um meio ambiente equilibrado, à autodeterminação dos povos, entre outros.

Fala-se, ainda, em outra(s) dimensão(ões) de direitos fundamentais, a depender da bibliografia utilizada. Nesse sentido, há autores que afirmam a existência de direitos fundamentais tanto de quarta quanto de quinta dimensão.

Todavia, parcela da doutrina defende apenas três dimensões de direitos fundamentais, as quais correspondem ao lema da Revolução Francesa, que ansiava por: "liberdade, igualdade e fraternidade". Assim, os direitos de primeira dimensão são aqueles atinentes à liberdade do cidadão, os de segunda dimensão fazem menção à tentativa de garantir igualdade entre os homens e os de terceira dimensão buscam manter ou aflorar a solidariedade/fraternidade entre os seres humanos.

No entanto, não há razão para se debater acerca de qual divisão acerca dos direitos fundamentais seria mais ou menos correta, sendo apenas formas diferentes de abordar a mesma classe de direitos, os direitos fundamentais da pessoa humana. O substrato básico que serviu de fundamento para o surgimento destas dimensões de direitos fundamentais, ao longo da história da humanidade, ainda não restou clarificado em um único denominador comum, sendo apontado pela doutrina como fruto de uma conjectura formada por diversos fatores, entre eles, a tentativa de garantir subsídios para o pleno desenvolvimento do capitalismo, o qual dependia da ideologia liberal para se solidificar.

Em que pese a importância da discussão acerca do fundamento dos direitos humanos, Noberto Bobbio já afirmava que o maior problema destes direitos não é como fundamentar o seu surgimento, mas sim o de protegê-los[10]. Assim, observa-se que esta problemática levantada por Bobbio continua bastante atual em nossos dias, haja vista a incessante busca por meios que não mais apenas declarem os direitos mais caros ao ser humano, mas que possam assegurá-los, garantindo a sua concretização.

2 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA

Os direitos fundamentais da pessoa humana são conceituados por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, através do seguinte trecho:

> Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual[11].

Este conceito define, segundo os supracitados autores, a posição dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, demonstrando sua supremacia constitucional ou fundamentalidade formal. Isso denota o alcance da supremacia destes direitos, sendo considerados fundamentais, mesmo quando seu alcance e relevância social forem bastante limitados, desde que a Constituição os garanta enquanto sendo um direito fundamental[12].

> Mesmo que apenas intuitivamente e de forma superficial, é possível perceber que as liberdades públicas têm como função primordial proteger algo contra intervenções indevidas. Essa simples percepção exige, de pronto, a definição do que é esse *algo*, qual a sua *extensão* e quais são os tipos possíveis de *intervenção*. O que mais interessa aqui é, sem dúvida, a definição daquilo que é protegido e sua relação com as possíveis intervenções[13].

Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva afirma que o preenchimento do suporte fático acarreta a consequência jurídica devida. Assim, toda vez que o âmbito dos direitos fundamentais não for respeitado ou for negligenciada a sua efetivação por parte do Poder Público, a pessoa ou ente responsável por este ato será devidamente processado, de acordo com os ditames do devido processo legal, prezando-se pelas garantias constitucionais penais e processuais penais consagradas, entre elas ressaltando-se o contraditório e a ampla defesa.

A dimensão negativa das liberdades públicas, enquanto garantia do ser humano acarreta, no âmbito do direito fundamental protegido, a consequência jurídica da abstenção do Estado. Assim, em prol da relação Estado-indivídio, aquele tem que se abster da prática de certos atos, na medida em que se faça necessário para a concretização dos direitos da pessoa humana consagrados na Carta Magna de cada Estado.

> Ou seja, no processo de controle de constitucionalidade, se se verifica o preenchimento do suporte fático (intervenção não fundamentada no âmbito de proteção de um direito), a consequência jurídica (exigência de abstenção estatal) consiste, em geral, na declaração da inconstitucionalidade da intervenção em questão (lei, medida provisória etc.) e na volta ao *status quo ante*[14].

Portanto, a invasão injustificada do Estado no âmbito privado do cidadão terá por fim, acaso seja juridicamente impugnada, a nulidade do ato com efeitos *ex tunc*, isto é, seus efeitos retroagem à época anterior a ocorrência da nulidade. Essa intervenção do Judiciário visa a proteger não somente a liberdade do cidadão, mas também a segurança jurídica, a qual prevê que a administração pública somente pode proceder à prática de atos previstos como permissivos pela lei, enquanto que ao particular, tudo é permitido fazer, desde que tal prática não seja expressamente proibida.

No que se refere ao direito a prestações, em sentido amplo, por parte do Estado com o fim de assegurar a consecução dos direitos humanos, a infração a estes direitos decorre da falta de concretização, o que se dar por uma ação insuficiente ou omissão estatal.

Ocorre que, a falta de ação estatal com o escopo de fomentar a realização de um direito social tem como consequência jurídica, acaso conjugada com a falta de fundamentação jurídico-constitucional para essa inadimplência, um direito definitivo à realização dessa ação. Este direito se traduz na intervenção do Poder Judiciário, o qual impõe o dever público de realizar determinada ação em prol do bem-estar social.

> Se "proteger direitos sociais" implica uma exigência de ações estatais, a resposta à pergunta "o que faz parte do âmbito de proteção desses direitos?" tem que, necessariamente, incluir ações. "Proteger

> direitos", nesse âmbito, significa "realizar direitos". Por isso, pode-se dizer que o *âmbito de proteção* de um direito social é composto pelas *ações estatais que fomentem a realização desse direito*[15].

Nesse sentido, urge ter-se o cuidado para não se proceder a uma redução do âmbito de incidência das liberdades públicas, de forma a encará-las apenas enquanto direitos de defesa contra intervenções. Faz-se *mister* afirmar, principalmente, a função positiva destas liberdades, tão almejadas pela sociedade com o passar dos tempos, haja vista que o ser humano está, cada vez mais, buscando meios e garantias de bem-estar, o que pressupõe a ação estatal com o escopo de garantir estes direitos.

Como concretização da constante ampliação do âmbito de incidência dos direitos fundamentais, a Constituição Federal brasileira utiliza-se no Título II da denominação "Direitos Fundamentais", abrangendo os direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade, políticos e relacionados aos partidos políticos, todos constantes nos capítulos deste Título.

> Há uma série de outros termos, incluindo "liberdades individuais", "liberdades públicas", "liberdades fundamentais", "direitos humanos", "direitos constitucionais", "direitos públicos subjetivos", direitos da pessoa humana", "direitos naturais", direitos subjetivos"[16].

Urge ressaltar que a nossa Carta Magna consagra não apenas os direitos fundamentais relacionados no seu Título II, mas também todos os direitos fundamentais expressamente previstos ao longo de todo o seu texto, como também direitos fundamentais que se encontram nela implícitos. Mas este âmbito de garantia ainda conta com a participação dos direitos fundamentais que decorrem do regime e dos princípios adotados pela nossa Constituição, além daqueles decorrentes dos tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil seja parte, conforme previsão do art. 5º, §2º, CF.

Essa perspectiva de garantia e efetivação dos direitos do homem tem sido a tendência que norteia a essência dos sistemas criminais internos, constituindo, também, no substrato dos bens jurídicos protegidos pelo direito internacional penal. Isso ocorreu em decorrência das atrocidades

cometidas pelo ser humano ao longo da história mundial, em que pese todos os esforços diplomáticos despendidos na busca da pacificação da comunidade internacional.

Nesse sentido, os horrores ocorridos na Segunda Guerra Mundial foram responsáveis por essa mudança paradigmática, na qual os direitos fundamentais do ser humano deixaram de ser da competência interna dos Estados e, juntamente com a relativização do conceito de soberania nacional, passaram a ser garantidos universalmente. Assim, os direitos humanos deixaram de constituir cláusulas pétreas para assumir relevância transnacional.

Nesse diapasão, em havendo previsão de garantia dos direitos da pessoa humana tanto no ordenamento jurídico interno quanto na legislação internacional penal, André de Carvalho Ramos apresenta a seguinte solução:

> Cabe ao intérprete, então, buscar a solução interpretativa que concilie o texto constitucional com a proteção inserida pela norma internacional. De fato, o objetivo tanto da Constituição quanto desta normatividade internacional é o mesmo: a proteção do ser humano[17].

A Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece que: "o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo"[18]. Vale ater-se ao uso que este documento faz da expressão "família humana", considerando a humanidade como um todo, no qual cada ser humano estaria ligado aos demais por laços de afetividade. Assim, o escopo da prolação deste documento não é apenas reger uma coletividade, mas, principalmente, torná-la uma verdadeira unidade.

> Os Direitos Humanos são o conjunto de normas defendidas e aplicadas por órgãos públicos e instituições voltadas ao resguardo da dignidade, liberdade, igualdade, honra e outros direitos fundamentais dos seres humanos e que constituem a base do Estado Democrático de Direito. São os direitos elementares à dignidade humana e de

> múltiplas naturezas: civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. A propósito, o saudoso mestre CELSO BASTOS, interpretando o art. 4º, II, da Constituição Federal, observa: a melhor definição deles encontrável é a constante na Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948[19].

Insta frisar que o rol de direitos fundamentais, ontologicamente e deontologicamente falando, é, ou deveria ser, o mesmo previsto e garantido pela Constituição de qualquer Estado, vez que as necessidades e os direitos intrínsecos ao ser humano são os mesmos em qualquer lugar do mundo. Nesse sentido, estes direitos defendidos pelas Constituições estatais têm sido elevados a um nível de exigência e efetividade mundial, influenciando políticas públicas de organizações internacionais e tribunais comprometidos com sua concretização.

Nesse contexto, surgiram, ao longo da história mundial, inúmeros documentos internacionais prevendo a existência desses direitos e meios de fazê-los valer. Entre estes, pode-se citar o Estatuto de Roma, o qual não somente institui uma corte penal internacional permanente, mas também figura como um verdadeiro tratado inovador acerca dos direitos da pessoa humana.

> As regras constantes do Estatuto de Roma demonstram a preocupação da comunidade internacional em evitar que a impunidade dos agentes responsáveis pelas condutas tipificadas possam servir de estímulo a novas violações. Além disso, tais regras demonstram também a preocupação da comunidade internacional pelo estabelecimento de um *due process of law*, que possibilitaria a adequada investigação, processamento e condenação dos responsáveis pelos atos odiosos descritos como crimes no próprio Estatuto[20].

Virgílio Afonso da Silva[21] acrescenta que "logo, o intérprete não pode deixar de reconhecer que este Estatuto insere-se no conjunto de tratados

internacionais protetivos de direitos humanos".

Faz-se mister observar que a nomenclatura direitos fundamentais, conforme denota-se pelo explanado, refere-se aos direitos da pessoa humana consagrados no âmbito de um determinado Estado, enquanto que a nomenclatura direitos humanos refere-se à ideia dos direitos da pessoa humana que detém uma proteção internacional, seja por estarem previstos em tratados internacionais, seja por consistirem em verdadeiros costumes internacionais concretizadores destes direitos.

Os direitos fundamentais da pessoa humana representam a proteção jurídica dada às necessidades humanas mais imprescindíveis para o seu desenvolvimento enquanto ser humano e enquanto ser social. Ocorre que, com a globalização, fez-se imprescindível a internacionalização destes direitos, ampliando a sua previsão para a escala mundial.

Deste modo, a efetividade dos direitos fundamentais da pessoa humana em âmbito mundial dá-se por meio do mecanismo de internacionalização destes direitos.

3 INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Afirma-se que a internacionalização dos direitos fundamentais somente se consolidou após a Segunda Guerra Mundial, conjuntura que refletiu o necessário desenvolvimento de ações internacionais mais eficazes para coibir as violações a estes direitos. Desse modo, a observância às regras internacionais de direitos da pessoa humana deixou de ser mera prerrogativa dos Estados e transformou-se em obrigação inafastável, rompendo-se com a tradicional noção de soberania[22].

Flávia Piovesan assevera que a dignidade da pessoa humana constitui o substrato propulsor de garantia e efetivação de todos os direitos humanos, consistindo na gênese de todo o sistema internacional de proteção dos direitos humanos. A internacionalização somente se efetivou a partir da redefinição do âmbito e alcance do tradicional conceito de soberania estatal, a qual permitiu que os direitos humanos passassem a ser tratados como uma questão de legítimo interesse internacional[23].

Assim, a soberania continuou a consistir num elemento básico para a constituição de qualquer Estado, todavia, passou a ser relativizada pelo direito internacional dos direitos humanos. Portanto, o ordenamento jurídico interno passou a subjugar-se ao acordado nos tratados

internacionais de direitos humanos que foram assinados e ratificados pelos países signatários, os quais, como todo ato jurídico de natureza bilateral, obriga as partes à persecução das cláusulas estipuladas.

> O Direito Internacional Penal liga-se aos meios da penalização das graves violações do direito das gentes inseridos nos relacionamentos interestatais e uma meta de proteção da ordem jurídica internacional. A evolução desse espaço de incidência insere-se na própria evolução do Direito Internacional Penal, de modo que emergem as seguintes regras: incriminação do recurso à guerra, incriminação dos comportamentos dentro da guerra e incriminação dos comportamentos contrários ao direito das gentes. Todas refletem a existência de um domínio de solidariedade entre os Estados diante de certas infrações que afetam não somente os interesses de um Estado particular, mas também os interesses da comunidade dos Estados ou mesmo da humanidade como um todo[24].

Essas regras formam o conjunto das premissas basilares sobre as quais se desenvolveu a incriminação das condutas lesivas ao ser humano em escala planetária. Desse modo, abandonou-se a antiga visão segundo a qual apenas os Estados detinham competência para processar e julgar seus nacionais de acordo com o previsto em seus ordenamentos nacionais.

Assim, os suspeitos pelo cometimento de crimes contra os direitos humanos, internacionalmente considerados, podem, desde a instalação do Tribunal Penal Internacional, com jurisdição permanente, ser processados por este tribunal, quando lesarem interesses caros à comunidade internacional considerada como um todo.

Todavia, há de frisar que esta Corte detém competência complementar, haja vista que somente será competente para julgar os crimes previstos no seu Estatuto, quando o Estado se abster de fazê-lo, por não desejar executar o processo ou não tiver condições para tanto. Nesse sentido, Fernanda Jankov ratifica a diferenciação que é feita entre o direito internacional penal e o direito penal internacional, conceituando este como:

> Conjunto de regras que governam a incriminação e a repressão das infrações que apresentam um elemento alienígena ou que seja de origem internacional. O elemento alienígena significa que o *problema penal nacional está em contato com uma ordem jurídica estrangeira* que resulta geralmente da nacionalidade estrangeira do autor ou do caráter extraterritorial da infração. Muitas vezes faz-se a oposição entre o direito penal internacional (as regras mencionadas anteriormente de origem interna) e o direito internacional penal (as regras mencionadas anteriormente de origem internacional). (grifos do autor)[25].

O desenvolvimento do regramento internacional penal regulador da convivência na comunidade internacional, fomentou o desenvolvimento de um novo ramo do Direito Internacional Público, em constante desenvolvimento, o Direito Internacional Penal. Esta disciplina jurídica tem como características básicas: a constituição dos Estados, pois depende da constituição destes para garantir a efetividade da normatividade internacional penal, e a criminalidade internacional, a qual se acentua com a globalização e a internacionalização das relações.

Este ramo do direito internacional público prevê expressamente os delitos e as penas, em alusão ao Princípio da Legalidade, protegendo, assim, os direitos individuais.

> O direito internacional penal é um corpo de regras internacionais destinadas tanto a proibir os crimes internacionais quanto a impor aos Estados a obrigação de processar e punir ao menos alguns destes crimes. Ele também regula os procedimentos internacionais para processar e julgar pessoas acusadas destes crimes[26].

Antes, o Direito Internacional Penal significava a relação entre duas unidades políticas (Estados), afetando o indivíduo apenas indiretamente. Entretanto, a instituição do ser humano enquanto sujeito de direito internacional, possibilitou que os Tribunais Internacionais tivessem também a competência de julgar este novo ente da sociedade internacional, inovação alcançada pelo Estatuto de Roma, o qual consagrou o princípio

da responsabilidade internacional criminal pessoal.

> Engloba o direito substantivo, composto de preceitos que determinam as condutas consideradas crimes internacionais, elementos subjetivos considerados proibidos, circunstâncias excludentes de ilicitude e punibilidade. Paralelamente, tem-se os requisitos segundo os quais os Estados devem ou podem, com base nas normas internacionais, processar ou julgar pessoas acusadas desses crimes, ou seja, o direito processual penal, que governa a atuação das autoridades encarregadas dos vários estágios dos julgamentos internacionais[27].

Há de ressaltar a necessidade de modificação das normas constitucionais internas dos Estados signatários do Estatuto de Roma para que estas se compatibilizem com este, vez que as normas de direito internacional que versam acerca dos direitos humanos têm prevalência de aplicabilidade se confrontadas com as normas de direito interno, de mesma natureza.

Isso se deve, dentre outros motivos em razão da necessidade de cooperação dos Estados que assinaram e ratificaram este Estatuto, mas também ao fato de esta assinatura e ratificação pressupor o compromisso deste Estado para com as normas previstas neste instrumento jurídico, e, consequentemente, obrigá-lo a sua consecução.

> Apesar de não se deixar de apontar eventuais falhas no ordenamento jurídico aprovado na capital italiana, insiste-se na importância da consagração da jurisdição penal internacional, como instrumento necessário à proteção dos direitos mais caros ao homem, em escala planetária. Mais que isso, significa que o direito penal está se internacionalizando como nunca antes, apresentando modificações em relação a alguns conceitos caros ao direito interno[28].

4 ANTECEDENTES DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

A Segunda Guerra Mundial (1939-1945) é tida pelo direito internacional como uma espécie de marco divisor do direito internacional penal, a qual consistiu no substrato para a criação dos primeiros tribunais penais internacionais, sendo o Tribunal de Nuremberg competente para processar e julgar as atrocidades ocorridas na Europa enquanto o Tribunal de Tóquio deteve a competência para julgar o ocorrido no Extremo Oriente.

Alguns críticos afirmam que os Tribunais de Nuremberg e de Tóquio consistiram apenas em um instrumento de dominação, utilizado pelas nações vencedoras da 2ª Grande Guerra Mundial para subjugar os povos vencidos, como uma espécie de punição pela falta de eficácia na defesa do seu país.

> Colega romano, M. Vespasien PELLA (1926) propõe que os Estados se submetam a obrigações recíprocas que definam uma lei penal comum, a qual estabelecerá um tribunal superior, diante de uma justiça penal internacional. A esse corpo de regras denomina "direito penal internacional" (*droit penal* internacional)[29].

Nesse diapasão, buscou-se a instituição de um tribunal penal com jurisdição internacional permanente que prezasse pela imparcialidade e solução justa dos conflitos, haja vista que:

> Na mesma proporção em que tem aumentado o poderio bélico, tem-se intensificado também a destruição em massa, aflorando o repúdio a esses atos em todo o mundo. As infindáveis discussões sobre guerra justa e injusta permitiu chegar ao denominador comum de criminalização dos conflitos[30].

O aprimoramento do sistema internacional de proteção dos direitos humanos pressupunha a criação de um órgão jurisdicional que tutelasse esses direitos. Inexistia este órgão, até que na década de 90, o sistema global passou a contemplar um órgão jurisdicional penal internacional competente para o julgamento dos mais graves crimes que atentassem contra a ordem internacional[31].

Nesta conjuntura, foi instituído o Estatuto de Roma que estabeleceu o Tribunal Penal Internacional, primeiro tribunal penal internacional permanente, o qual foi aprovado em 17 de Julho de 1998, em Roma. Todavia, o Brasil somente o assinou em 07 de Fevereiro de 2000, tendo depositado o instrumento de ratificação em 20 de Junho de 2002. Em seguida, no dia 25 de Setembro de 2002, o Estatuto de Roma foi promulgado pelo Presidente da República, por força do Decreto nº 4.388.

> Coroando o sonho de meio século de pessoas de todos os países e classes sociais, engajadas na busca de uma Justiça universal, capaz de coibir os delitos mais nocivos que atingem o ser humano, o Tribunal Penal Internacional vem preencher uma lacuna e oferecer alento contra a criminalidade[32].

Desse modo, passou a existir um tratado normativo internacional, o qual passou a prever as condutas humanas lesivas à humanidade como um todo. Isto porque, "como já afirmou Everardo Luna, a norma é unidade dialética entre preceito e conteúdo. Toda norma tem uma fórmula que a expressa. [...] O conteúdo da norma penal é o objeto por ela tutelado"[33].

A aprovação deste Estatuto significou a institucionalização de uma ordem internacional diversa daquela que existiu até a segunda metade do Século XX, consagrando uma jurisdição penal internacional permanente. "O processo de universalização dos direitos humanos traz em si a necessidade de implementação desses direitos, mediante a criação de uma sistemática internacional de monitoramento e controle – a chamada *international accountability*".[34]

5 FUNDAMENTOS DA JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE

Norberto Bobbio afirma que há três categorias de atividades internacionais acerca dos direitos humanos, quais sejam, a promoção, o controle e a garantia destes direitos. A promoção seria o conjunto de atividades estatais no sentido de prever normas de tutela dos direitos humanos. A atividade de controle consiste na exigência da observância por parte dos Estados das obrigações contraídas internacionalmente. No

que se refere à atividade de garantia destes direitos, trata-se da previsão de um ordenamento internacional dos direitos humanos, complementar aos ordenamentos internos[35].

No contexto dos mecanismos de garantia dos direitos da pessoa humana insere-se o Tribunal Penal Internacional, com jurisdição permanente para punir os graves crimes atentatórios aos direitos humanos que afetam a comunidade internacional em sua totalidade, conforme previsão do Estatuto de Roma, em seu art. 5(1)[36]. Assim, afirma-se que "toda norma penal incriminadora tutela um valor. Na lição de Nélson Saldanha, "os valores, que são políticos e éticos, justificam as regras e, portanto, as sanções nela prescritas"[37].

O surgimento da jurisdição internacional penal teve como base uma conjectura constituída pelos seguintes elementos:

a) Paz perpétua: A busca da paz perpétua sempre teve como premissa básica a cessação de parte da soberania estatal em prol da comunidade internacional, vez que na ponderação de valores, a paz mundial importa mais que o mero *status* de país soberano. Assim, em busca da tão sonhada paz, os Estados-membros do Tribunal Penal Internacional renunciaram à parte de suas soberanias, a fim de conferir o caráter de complementaridade à jurisdição do TPI.

> (...) entre 1795 e 1796, quando Kant apresentou o seu opúsculo denominado *Paz Perpétua/Um Projeto Filosófico*, afirmava sua perspectiva de criar uma forma de colaboração entre os povos para o afastamento dos conflitos havidos entre eles. Pode-se afirmar que pretendeu "o estabelecimento de um programa que permitisse a paz permanente entre as nações"[38].

b) Soberania: Esta sempre foi tida como uma característica essencial para a formação dos Estados nacionais. Todavia, a complexidade das relações demonstra que esta concepção antiga de soberania encontra-se em decadência, vez que se denota ser cada vez mais difícil, para não dizer impossível, conciliá-la com a ordem internacional e vice-versa.

Isso se deve ao fato de que, a efetivação de uma tutela internacional de proteção dos direitos da pessoa humana importa numa modificação dos limites da soberania. Portanto, a soberania encontra-se em processo de relativização, o qual visa proteger à comunidade internacional, impedindo que os direitos fundamentais virem, conforme expressão utilizada por Lassalle, letra morta.

c) Cidadania: Tratada em seu aspecto universal, o qual vem ganhando notoriedade em razão do mundo globalizado e da internacionalização das relações humanas.

> Sendo assim, a cidadania, que tem sido caracterizadora da identidade nacional, deverá ser modificada e alargada. Hoje não mais se pode falar em uma única cidadania, mas em diversas. Deve-se tratar da cidadania local, da nacional, da comunitária, da virtual e da mundial[39].

d) Reserva legal: O princípio da legalidade pode ser encontrado em todos os sistemas jurídicos mundiais, encontrando-se previsto na Declaração Universal dos Direitos do Homem e em vários outros tratados internacionais de direitos humanos. Carlos Eduardo Japiassú assevera que "este princípio, que serve para evitar uma punição arbitrária, não decorrente de lei ou baseada em uma norma imprecisa ou retroativa, é objeto de posições divergentes no direito penal internacional"[40].

Isso se deve à parcela da doutrina que afirma que a reserva legal não pode ser aplicada ao Direito Internacional Penal, vez que este pressupõe um direito, em grande parte, consuetudinário, ao passo que, o princípio da legalidade requer um direito escrito. Desse modo, a aplicação da reserva legal ainda não consolidou seus contornos na jurisprudência internacional.

e) Complementaridade: Este princípio rege as relações entre a jurisdição interna e internacional, pelo fato de a jurisdição do Tribunal Penal Internacional visar complementar a jurisdição interna de cada Estado, quando estes não julgarem seus cidadãos por não terem condições ou não acreditarem que

necessitem fazê-lo, ocasião em que o TPI o fará, através de um poder-dever que lhe é imposto pelo aludido princípio. Referido princípio será melhor abordado no próximo capítulo.

> Existe uma presunção relativa em favor dos Estados nacionais, que serão aqueles que, em um primeiro momento, estarão legitimados para agir, em caso de prática de algum crime previsto no Estatuto. Esta presunção poderá ser superada sempre que constatado, mediante o exercício da fiscalização das autoridades judiciárias internas – função inerente à Corte -, não se terá, nacionalmente, interesse ou possibilidade de fazê-lo[41].

Desse modo, pode-se afirmar que:

> O Tratado de Roma, com todas as dificuldades decorrentes do grande número de participantes da Conferência, dos diferentes sistemas jurídicos e das forças políticas atuantes, conseguiu um positivo saldo no sentido de erigir um sistema da justiça criminal internacional. Não está pronto e muito há por fazer. A jurisprudência do Tribunal, além de dar a sua interpretação aos artigos cuja redação não foi das mais precisas, também poderá integrar lacunas já identificadas"[42].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se a perceptível evolução dos direitos humanos enquanto garantias da vida humana com dignidade, os quais constantemente são complementados por novos direitos que surgem, complementando este vasto rol de direitos protegidos pela comunidade internacional.

Neste constante desenvolvimento e busca de sua efetividade, o surgimento do direito penal internacional exerce papel imprescindível na defesa destes direitos, por meio da responsabilização dos sujeitos que desrespeitem estes direitos, visando, assim, concretizar, em última instância, a finalidade preventiva da pena, com o objetivo de coibir qualquer atentado aos direitos humanos, com a consequente

concretização plena destes direitos.

Observou-se que neste cenário, fez-se necessária a instituição de uma corte penal internacional permanente, qual seja, o Tribunal Penal Internacional. Assim, os direitos humanos além de representarem normas de *jus cogens*, passaram a deter um mecanismo complementar internacional que tem a finalidade de garantir a máxima efetividade aos direitos da pessoa humana.

HUMAN RIGHTS AS SUBSTRATE REGULATORY DEVELOPMENT OF PERMANENT INTERNATIONAL CRIMINAL JURISDICTION

ABSTRACT: This article is about human rights as essential to the human being considered individually and also the entire international community rights. However, the crisis of effectiveness of these rights has always presented itself, which is why we sought mechanisms to ensure maximum effectiveness of these rights, since they are the rights that are most dear to every human being. Thus, international criminal law in order to complement the protection of these rights, which was made possible by the establishment of a permanent international criminal court, which figure as a complement to the criminal jurisdiction of states emerged. Thus, progress in the protection of these rights as essential to human existence.

KEYWORDS: Human Rights. Protection. International jurisdiction.

Notas

1 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 107.
2 FERNANDES, David Augusto. *Tribunal Penal Internacional*: a concretização de um sonho. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 6.
3 Ibid. p. 6.
4 BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Turim, 1990. p. 30.
5 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 21-23.
6 LIMA, Renata Mantovani de; BRINA, Marina Martins da Costa. *Para entender o Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 153 e 154.
7 Ibid. p. 154.
8 Ibid. p. 154-155.
9 LIMA, Renata Mantovani de; BRINA, Marina Martins da Costa. *Para entender o Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 156.
10 BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Turim, 1990. p. 25.
11 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 46-47.

12 Ibid. p. 47.
13 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 70.
14 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 76.
15 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 77.
16 Ibid. p. 45.
17 CHOUKR, Fauzi Hassan; Ambos, Kai. *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 265.
18 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948*. Preâmbulo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/DH8.HTM>. Acesso em: 13 out. 2011.
19 JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Direito internacional penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. XVI.
20 CHOUKR, Fauzi Hassan e Ambos, Kai. *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 254.
21 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 76.
22 JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional*: a internacionalização do direito penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 2004. p. 5.
23 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 108-109.
24 LIMA, Renata Mantovani de; BRINA, Marina Martins da Costa. *Para entender o Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 17-18.
25 JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Direito internacional penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 2-3.
26 JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Direito internacional penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 5.
27 Ibid. p. 6.
28 JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional*: a internacionalização do direito penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 2004. p. XXII.
29 JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Direito internacional penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 4.
30 JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional*: a internacionalização do direito penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 2004. p. XVII.
31 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 203.
32 DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *A extradição no alvorecer do século XXI*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 254.
33 BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 5-6.
34 DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *A extradição no alvorecer do século XXI*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 151.
35 JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional*: a internacionalização do direito penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 2004. p. 5-6.
36 Art. 5(1) do Estatuto de Roma: "A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:
a) O crime de genocídio;
b) Crimes contra a humanidade;
c) Crimes de guerra;
d) O crime de agressão".
37 BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 6.
38 JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional*: a internacionalização do Direito Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 2004. p. XXII.
39 Ibid. p.140.

40 Ibid. p.144.
41 JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional*: a internacionalização do Direito Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 2004. p. 171.
42 CANTARELLI, Margarida. *O princípio da legalidade e o Tribunal Penal Internacional*. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI Francisco; ADEODATO, João Maurício (coordenadores). *Princípio da Legalidade*: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 360.

REFERÊNCIAS

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.
FERNANDES, David Augusto. *Tribunal Penal Internacional*: a concretização de um sonho. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Turim, 1990.
DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
LIMA, Renata Mantovani de; BRINA, Marina Martins da Costa. *Para entender o Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
CHOUKR, Fauzi Hassan; Ambos, Kai. *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948*. Preâmbulo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/DH8.HTM>. Acesso em: 13 out. 2011.
JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Direito internacional penal*. São Paulo: Saraiva, 2009.
JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional*: a internacionalização do direito penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 2004.
DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *A extradição no alvorecer do século XXI*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
Estatuto de Roma.
CANTARELLI, Margarida. O princípio da legalidade e o Tribunal Penal Internacional. In: Cláudio Brandão; Francisco Cavalcanti; João Maurício Adeodato (coordenadores). *Princípio da Legalidade*: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

O CONTROLE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO PODER JUDICIÁRIO

Danyele Serafim de Oliva*

RESUMO: O presente artigo se propõe a analisar a possibilidade de controle dos atos da Administração Pública pelo Poder Judiciário, sejam eles atos vinculados ou atos discricionários, fazendo uma breve abordagem sobre o controle da Administração Pública e sobre ato administrativo, que é o objeto do controle. Visa, sobretudo, demonstrar que o Controle Judicial exercido sobre os atos discricionários se restringe à apreciação da legalidade/legitimidade, para que o ato esteja em conformidade com o ordenamento jurídico, e que, ao Poder Judiciário, não caberá apreciação do mérito do ato administrativo, sob pena de violação do Princípio da Separação dos Poderes. Ademais, será apresentado o posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre o assunto, destacando-se, inclusive, decisões do STJ, STF e do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

PALAVRAS-CHAVE: Controle. Atos Administrativos. Poder Judiciário.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é analisar o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, sejam eles vinculados ou discricionários, observando a doutrina e a jurisprudência atual, especialmente quanto aos atos discricionários, cujo controle judicial se restringe ao exame da legalidade/legitimidade.

O controle judicial dos atos administrativos (discricionários ou vinculados), objeto do presente estudo, realiza-se de maneira provocada, sendo defendido tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. É importante destacar que, mesmo os atos administrativos discricionários estão submetidos aos preceitos constitucionais e legais, visto que, em

* Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT). Pós-graduada em Direito Processual pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL) e Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Anhanguera (Uniderp). Co-autora de artigos vinculados ao direito. E-mail: danyoliva@gmail.com.

um Estado Democrático de Direito, qualquer conduta deve obediência ao Direito, e como tal, deve se submeter ao crivo do Poder Judiciário.

Nessa perspectiva, inicialmente, será apresentada a delimitação teórica do controle da Administração Pública, partindo do seu conceito, sua base, que é o gênero, inclusive trazendo a conceituação de controle administrativo o qual é espécie. Visa, sobretudo, demonstrar a classificação do controle no cenário brasileiro, delimitando o controle judicial.

Em seguida, será feita a delimitação apurada do objeto submetido a controle, qual seja, o ato administrativo, estabelecendo seu conceito, requisitos e suas espécies, abordando, sobretudo, o significado de mérito do ato administrativo, bem como a possibilidade de seu exame pelo Poder Judiciário.

E, por fim, buscar-se-á demonstrar a possibilidade de controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, sejam eles vinculados ou discricionários, trazendo, inclusive, a posição doutrinária e jurisprudencial neste sentido, destacando-se, o posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e da Corte de Justiça sergipana sobre o assunto.

1 O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.1 CONCEITO E FORMAS DE CONTROLE/CLASSIFICAÇÃO

De acordo com Márcio Godim do Nascimento (2015) a palavra controle tem origem do latim *roulum*, em francês *role*, designando o rol dos contribuintes pelo qual se verificava a operação do arrecadador. No direito brasileiro o vocábulo foi introduzido por Seabra Fagundes em sua obra *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*.

No que toca ao conceito de Controle da Administração Pública, José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 893) o define como sendo: "o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas do poder".

Já Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2010, p. 771) dispõem que:

> Controle administrativo **é controle interno**,

> fundado no poder de autotutela, exercido pelo Poder Legislativo e Judiciário sobre suas próprias condutas, tendo em vista aspectos de legalidade e de mérito administrativo (conveniência e oportunidade administrativas). (grifos do autor)

É interessante ressaltar que o controle corresponde ao exame que a Administração Pública faz, seja sobre a sua conduta, seja quanto à legalidade ou ao mérito de seus atos, tanto por iniciativa própria como mediante provocação.

Destaque-se que o fundamento do controle administrativo é o dever-poder de autotutela que a Administração tem sobre suas atividades. Este controle, de natureza interna, atinge não só os órgãos da Administração Direta, como também as pessoas jurídicas que integram a Administração Indireta.

Conforme já delineado, o controle administrativo se realiza, notadamente, sob a forma de autotutela, tendo em vista a prevalência do Princípio da Legalidade. É importante pontuar que este poder está estampado nas Súmulas 473 e 346 do STF:

> **Súmula 473**: A Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivos de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.
> **Súmula 346**: A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos.

Da análise dos conceitos acima registrados, vislumbra-se que o controle da Administração Pública representa um instrumento de fiscalização e revisão da atuação Administrativa de todos os órgãos e entidades em todas as esferas de poder (Executivo, Legislativo e Judiciário) para que se garanta a legitimidade de seus atos e a adequada conduta funcional de seus agentes.

Quanto às formas de controle, várias são as classificações dos diversos doutrinadores acerca do assunto. Todavia, resumidamente, será indicada

uma classificação com uma noção geral das várias formas de controles existentes, focando, notadamente, no controle judicial, objeto do presente estudo.

Para Nascimento (2015), quanto ao momento em que é realizado, o controle pode ser preventivo, concomitante ou subsequente. No tocante ao fundamento utilizado, o controle pode ser hierárquico ou finalístico. Quanto ao aspecto controlado, o controle pode ser de legalidade/legitimidade, de mérito, ou de resultados. Quanto à instauração do controle, este pode ser de ofício ou por provocação. Quanto à posição do órgão controlador, o controle pode ser interno ou externo. E por fim, quanto à natureza dos organismos controladores o controle pode ser parlamentar, executivo/administrativo ou judiciário.

Quanto à ultima classificação acima indicada, necessário se faz tecer comentários sobre a conceituação de controle judicial e controle administrativo, temas interligados que serão analisados no decorrer do presente trabalho.

O controle executivo ou administrativo, conforme acima já delimitado, é aquele exercido por todos os órgãos sobre as suas respectivas administrações, podendo assim, analisar tanto a legalidade quanto o mérito do ato administrativo.

Já o Controle Judicial, conforme assevera Alexandre José Granzotto (2015) é:

> O poder de fiscalização que o Judiciário exerce especificamente sobre a atividade administrativa do Estado. Alcança, basicamente, os atos administrativos do Executivo, mas também examina os atos do Legislativo e do próprio Judiciário quando realiza atividade administrativa.

O controle judicial para Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2010, p. 821) verifica exclusivamente a legalidade ou legitimidade dos atos administrativos, nunca o mérito administrativo. Repise-se que o Judiciário só poderá se manifestar acerca da legalidade, não adentrando na seara da oportunidade e conveniência.

Nessa perspectiva, convém aduzir que a possibilidade de o Poder Judiciário exercer o controle dos atos administrativos, salvo quanto à apreciação do mérito, é defendida tanto pela doutrina, a exemplo de

autores como José dos Santos Carvalho Filho, Alexandre Mazza, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, Nascimento (2015), dentre outros, como também pela Jurisprudência pátria, destacando-se, inclusive, decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe (TJ/SE) neste sentido, conforme se verá adiante.

2 DELIMITAÇÃO DO OBJETO: ATO ADMINISTRATIVO

2.1 ATO ADMINISTRATIVO: DIFERENCIAÇÕES SIGNIFICANTES E CONCEITO

Inicialmente, cabe salientar que, no que toca à conceituação de ato administrativo pela doutrina brasileira, de suma importância trazer o que explica Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo ao afirmarem que ato administrativo é:

> Manifestação ou declaração da administração pública, nesta qualidade, ou de particulares no exercício de prerrogativas públicas, que tenha por fim imediato a produção de efeitos jurídicos determinados, em conformidade com o interesse público e sob o regime predominante de direito público. (2010, p. 411)

Já Alexandre Mazza (2012, p. 182) define ato administrativo como "Toda manifestação expedida no exercício da função administrativa, com caráter infralegal, consistente na emissão de comandos complementares à lei, com a finalidade de produzir efeitos jurídicos".

Pontue-se, por oportuno, que apesar dos atos administrativos serem atos típicos do Poder Executivo no exercício de suas funções próprias, os Poderes Judiciário e Legislativo também editam atos administrativos quando do exercício de suas respectivas atividades administrativas.

2.2 ELEMENTOS OU REQUISITOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Os elementos ou requisitos do ato administrativo são: Competência, Forma, Motivo, Finalidade e Objeto.

A Competência para Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2010, p. 436) pode ser definida como o "poder legal conferido ao agente público para o desempenho específico das atribuições de seu cargo." Já o agente público pode ser conceituado como todo aquele que exerce função pública ainda que temporariamente com ou sem remuneração. Quem define bem o conceito de agente público é o art. 2º, da Lei nº. 8429/92.

Insta aduzir que a competência exercida pelo sujeito produtor do ato deve estar prevista na lei, e, excepcionalmente, pode-se encontrá-la na Constituição Federal. Nesse liame, Alexandre Mazza (2012, p. 206), dentre outros doutrinadores, considera que a competência é requisito vinculado. E, para que o ato seja válido, inicialmente é preciso verificar se foi praticado pelo agente competente segundo a legislação para a prática da conduta.

Quanto à Forma do ato administrativo, pode-se afirmar que esta é o modo de exteriorização do ato administrativo. Para a maioria da doutrina, a Forma é requisito sempre vinculado. Todavia, cabe salientar que existe controvérsia sobre tal elemento ser, ou não, um elemento sempre vinculado.

O Motivo do ato administrativo para Fernanda Marinela (2007, p. 208) "representa as razões que justificam a edição do ato". Aduz Alexandre Mazza (2012, p. 207) que o motivo é um requisito discricionário.

A Finalidade do ato administrativo é o resultado prático e final a que deve atingir o objeto do ato. A Finalidade é a satisfação do interesse público. Para Fernanda Marinela (2007, p. 217) a finalidade do ato administrativo é o bem jurídico objetivado pelo ato, o que se visa proteger com uma determinada conduta. E para Alexandre Mazza (2012, p. 207) é sempre requisito vinculado.

E por fim, o Objeto do ato administrativo é o resultado prático do ato administrativo. É o ato administrativo em si mesmo, é a decisão. É o efeito jurídico imediato. Conforme Fernanda Marinela (2007, p. 215-216), o objeto do ato administrativo é o que o ato administrativo decide, certifica, opina, atesta.

É importante trazer à baila que, para que o objeto do ato administrativo seja válido, necessário se faz a presença de três requisitos, quais sejam: a licitude, a possibilidade e a determinação. Quanto à licitude, sabe-se que toda e qualquer atividade administrativa não pode contrariar a lei e é por isso que existe o controle de legalidade; quanto ao requisito da

possibilidade, tem-se que o objeto deve ser suscetível de ser realizado, tem que ser possível; e por fim, no que toca ao requisito da determinação, o objeto do ato administrativo deve ser definido, determinado ou, ao menos, determinável.

2.3 ESPÉCIES DE ATOS ADMINISTRATIVOS: ATOS ADMINISTRATIVOS VINCULADOS E ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

Após o exame do conceito e elementos do ato administrativo, necessário se faz trazer as diferenças entre algumas de suas espécies, a saber: o ato vinculado e ato discricionário que são conceituados de acordo com o maior ou menor grau de liberdade concedido pela lei. E, a partir destes conceitos, em seguida será abordada a possibilidade de controle sobre tais atos administrativos pelo Poder Judiciário.

Inicialmente, convém pontuar que a classificação dos atos administrativos pode variar de acordo com o foco sobre o qual se direciona o objeto. Pode derivar dos efeitos, do destinatário do ato, da estrutura, dentre outras possibilidades. Entretanto, o foco do qual se origina a classificação dos administrativos como discricionários ou vinculados é quanto ao maior ou menor grau de liberdade de atuação da Administração concedido pela lei. E é a partir daí que decorre a clássica diferenciação entre atos administrativos discricionários e vinculados.

Atos administrativos vinculados são aqueles que a Administração pratica sem nenhuma margem de liberdade de decisão, visto que a lei previamente estabeleceu um único comportamento possível a ser obrigatoriamente adotado quando se configure a situação objetiva prevista na lei. Podem ser anulados por vício de legalidade.

Segundo Fernanda Marinela (2007, p. 195), atos vinculados, também chamados de regrados, são aqueles em que a Administração age nos estritos limites da lei, visto que esta não deixou opções.

Nos atos vinculados a lei estabelece os requisitos para a prática do ato sem dar ao administrador liberdade de optar por outra forma de agir, e, preenchidos os requisitos legais, o administrador é obrigado a conceder o que foi requerido. Nesse tipo de ato, o controle jurisdicional é pleno, visto inexistir liberdade do administrador, pois a lei já traça suas diretrizes.

Para Fernanda Marinela (2007, p. 196), **Atos administrativos**

discricionários "são aqueles em que a lei prevê mais de um comportamento possível a ser adotado pelo administrador em um caso concreto".

Nesse liame, infere-se que os atos discricionários são caracterizados pela existência de um juízo de valor, de conveniência e oportunidade no motivo ou no objeto, conhecido como mérito. Por isso, podem tanto ser anulados na hipótese de vício de legalidade, quanto revogados por razões de interesse público. Todavia, essa margem de liberdade dada ao administrador para que ele possa atuar com base em um juízo de conveniência e oportunidade, deve ser sempre dentro dos limites da lei, ou seja, cabe à própria lei instituir e delimitar essa discricionariedade. Pode-se dizer que é uma liberdade vigiada. Essa margem de liberdade *a priori* está intimamente ligada à finalidade legal de interesse público.

Saliente-se que os atos discricionários estão sujeitos a amplo controle de legalidade perante o Judiciário. Ao Poder Judiciário somente é proibido revisar o mérito do ato discricionário.

Diante da conceituação do que seja ato discricionário e ato vinculado, pode-se inferir que tanto um como o outro devem ser praticados nos estritos limites legais e, preenchendo-se todos os seus requisitos. Não podem tais atos ser confundidos com atos arbitrários, pois estes consistem em uma conduta contrária à lei, e, por conseguinte, ilegais, ilegítimos e inválidos. É interessante ressaltar que, nesses casos, o administrador está obrigado a motivar e o ato poderá ser submetido ao crivo do Poder Judiciário.

2.4 MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO E POSSIBILIDADE DE SEU CONTROLE PELO JUDICIÁRIO

Diante da breve análise, acima indicada, sobre atos administrativos vinculados e atos administrativos discricionários, passa-se ao exame do mérito do ato administrativo, discorrendo sobre o seu significado, bem como sobre a possibilidade de sua revisão pelo Poder Judiciário.

Ao estudar ato administrativo devem ser mencionados os aspectos de legalidade e de mérito. A legalidade diz respeito à conformidade do ato administrativo com as normas do ordenamento jurídico. Já a discricionariedade corresponde ao aspecto de mérito do ato administrativo.

Levando-se em consideração que mérito só existe nos atos

discricionários, enquanto o ato administrativo vinculado é analisado sob o amplo aspecto da legalidade, o ato administrativo discricionário também deverá ser analisado por seu aspecto meritório.

O mérito do ato administrativo é discricionariedade, é o juízo de valor, é a conveniência e oportunidade**.** Só existe mérito administrativo em atos discricionários.

De acordo com Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2010, p.450) mérito do ato administrativo é "O poder conferido pela lei ao agente público para que ele decida sobre a oportunidade e conveniência de praticar determinado ato discricionário, e escolha o conteúdo desse ato, dentro dos limites estabelecidos na lei".

Denota-se que o mérito administrativo é o campo de liberdade dado ao administrador, para que o mesmo, no gerenciar a máquina administrativa, ao tomar suas decisões, o faça dentro dos permissivos legais. É uma liberdade, pode-se dizer vigiada, no sentido do dever de obediência aos preceitos legais e constitucionais, para que se atenda ao interesse público, respeitando sempre o ordenamento jurídico.

O Ordenamento Jurídico Brasileiro não permite que o Poder Judiciário, no exercício da sua função jurisdicional, controle o mérito administrativo para dizer se o ato foi ou não conveniente e oportuno substituindo a Administração nesta função, pois esta conduta ofenderia o Princípio da Separação dos Poderes.

A doutrina, a exemplo de autores como José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 967), Alexandre Mazza (2012, p. 216), Fernanda Marinela (2007, p. 223), Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2010, p. 452), Alexandre de Moraes (2006, p.118), dentre outros, comungam deste mesmo posicionamento, onde o controle judicial sobre atos da Administração é exclusivamente de legalidade, sendo-lhe vedado apreciar o mérito administrativo.

O mérito administrativo, que só existe nos atos discricionários, não está sujeito a controle pelo Poder Judiciário, pois controle de mérito é sempre controle de conveniência e oportunidade, podendo resultar na revogação ou não do ato, mas nunca em sua anulação. E o Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional, somente poderá anular atos administrativos em casos de ilegalidade ou ilegitimidade, mas nunca os revogar.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2010, p. 452) aduzem que

"O Judiciário deve se limitar a controlar a legalidade do exercício da discricionariedade pela administração, mas não substituí-la no juízo de conveniência e oportunidade, vale dizer, no juízo de mérito."

Nessa perspectiva, vislumbra-se que o ato administrativo discricionário somente pode ser revisto pelo Poder Judiciário no que diz respeito à legalidade, quando a Administração Pública estiver extrapolando os limites da lei. No ato administrativo discricionário o motivo e o objeto podem ser revistos pelo Judiciário, porque se o motivo e o objeto são falsos, isso toca à sua legalidade, e isso, o juiz pode rever.

Repise-se que a interferência do Poder Judiciário no tocante ao mérito do ato administrativo, limita-se ao exame da legalidade e à observância dos princípios que regem a Administração Pública como os da Moralidade, Razoabilidade, Finalidade, dentre outros.

Nessa mesma linha de pensamento, onde os atos administrativos discricionários somente estão sujeitos ao Controle Judiciário no que toca à legalidade, é a jurisprudência pátria, a exemplo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) abaixo transcrita:

> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DELEGADO DE POLÍCIA. REMOÇÃO EX OFFICIO. **ATO ADMINISTRATIVO SEM QUALQUER REFERÊNCIA AOS MOTIVOS QUE LHE DERAM ENSEJO. ILEGALIDADE**. INOBSERVÂNCIA DO ART. 50, I, DA LEI 9.784/99. MOTIVAÇÃO APRESENTADA SOMENTE NAS INFORMAÇÕES EM QUE NÃO HÁ CONGRUÊNCIA ENTRE O MOTIVO E A FINALIDADE DO ATO, ALÉM DE EVIDENCIAR ELEVADO GRAU DE SUBJETIVISMO À REVELIA DE CONCRETA DEMONSTRAÇÃO DE QUE A TRANSFERÊNCIA ATENDE A ALGUMA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 26, II, DA LEI ESTADUAL 4.122/99. **ATO ADMINISTRATIVO QUE, APESAR DE DISCRICIONÁRIO, SUJEITA-SE AO CONTROLE DE JURIDICIDADE**. PRECEDENTES.
> (...)
> 6. O ato administrativo discricionário sujeita-se à

> sindicabilidade jurisdicional de sua juridicidade. **Não invade o mérito administrativo - que diz com razões de conveniência e oportunidade - a verificação judicial dos aspectos de legalidade do ato praticado**.
> Precedentes.
> 7. Recurso Ordinário provido. (RMS 37.327/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 12/09/2013) (grifos nossos)

Assim, levando-se em consideração não só a jurisprudência acima indicada, mas também, os posicionamentos dos ilustres doutrinadores supracitados acerca do controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, notadamente, sobre os atos discricionários, vislumbra-se a impossibilidade desse tipo de controle no tocante ao mérito administrativo, sob o fundamento de que o Poder Judiciário não pode se imiscuir na atividade do administrador, no aspecto meritório, sob pena de ferir o Princípio da Separação dos Poderes, podendo somente apreciar a legalidade e conformidade de tais atos perante o ordenamento jurídico.

3 POSSIBILIDADE DE CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PELO PODER JUDICIÁRIO

Levando-se em consideração todas as explanações acerca do que seja controle, principalmente o controle feito pelo Poder Judiciário, e, também, as alusões sobre ato administrativo, necessário se faz tecer alguns comentários sobre o Controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos.

Cumpre salientar, inicialmente, que o controle jurisdicional da Administração no Brasil obedece ao Sistema da Unidade da Jurisdição, segundo o qual, o julgamento dos litígios em que a Administração é parte compete aos juízes e tribunais comuns. E o fundamento da adoção do supracitado Sistema está estampado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988: *"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*".

Em decorrência não só da adoção pelo Brasil do Sistema da Unidade da Jurisdição, bem como do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, a

proteção jurídica prevista no art. 5º, XXXV, da CF/88 representa um dos pilares do Estado de Direito, sobretudo, como consequência do Princípio da Legalidade que norteia a atuação do administrador para evitar o abuso, os critérios subjetivos e exigências que não atendam às necessidades da Administração Pública, cabendo, assim, ao Poder Judiciário esse controle.

Como se pode notar, todo e qualquer comportamento da Administração Pública está sujeito aos controles administrativo e judicial. O primeiro é realizado pela Administração Pública, no exercício do poder de autotutela, podendo agir de maneira espontânea ou mediante provocação, examinando o comportamento e atos da Administração Pública no tocante ao mérito e legalidade. Já o segundo é realizado pelo Poder Judiciário que só atua se for provocado, tendo em vista a legalidade de tais atos e comportamentos.

É importante ponderar que para haver esse controle de Legalidade pelo Poder Judiciário, tem que haver o ajuizamento de ação, pois o Judiciário não pode atingir a liberdade do administrador de ofício, tem que ser controle provocado e de legalidade. Ao fazer esse controle, o Judiciário vai anular o ato administrativo submetido a controle. Ademais, o controle judicial deve ser provocado porque vigora no ordenamento jurídico pátrio o Princípio da Inércia da Jurisdição, também chamado de Princípio Dispositivo, previsto no art. 2º do Código de Processo Civil, segundo o qual "nenhum juiz prestará a Tutela Jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais".

Conforme já delineado, o Poder Judiciário pode controlar tanto os atos administrativos vinculados quanto os atos administrativos discricionários. O controle judicial sobre os atos administrativos vinculados é irrestrito, pleno, tendo em vista que a lei já determinou todos os seus elementos, não existindo vontade subjetiva e liberdade da Administração em sua edição, pois a lei já predeterminou suas diretrizes.

Já os atos discricionários, em que se analisa o mérito administrativo, o Poder Judiciário não pode controlar o juízo de valor, a conveniência e oportunidade, mas tão somente, o aspecto da legalidade/legitimidade, sob pena de ferir o Princípio da Separação dos Poderes. O controle pelo Judiciário da discricionariedade do ato administrativo, apesar de excepcional, e, respeitando-se os atos eminentemente políticos, poderá ser realizado com a finalidade de evitar arbitrariedades e abuso do Poder Público, buscando a efetividade dos princípios e preceitos constitucionais

da Administração Pública.

Destaque-se que os autores são unânimes em admitir amplo controle judicial sobre o exercício do poder discricionário, exceto quanto ao mérito do ato administrativo. O Ordenamento Jurídico Brasileiro não admite o controle do mérito administrativo. O que é possível é o controle dos atos administrativos discricionários no tocante a sua legalidade, incluindo-se a análise de obediência à Lei, à Constituição Federal e a todos os seus princípios e regras.

Ao Poder Judiciário cabe a análise dos atos administrativos que não obedeçam à lei, bem como daqueles que ofendam Princípios Constitucionais como os da Moralidade, da Eficiência, da Razoabilidade, da Proporcionalidade, dentre outros.

É interessante pontuar que o Princípio da Separação dos Poderes influencia a limitação da interferência do Poder Judiciário no mérito administrativo.

Nesse liame, a doutrina que se posiciona pela impossibilidade de controle do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário, fundamenta seu posicionamento no Princípio da Separação dos Poderes, e, também, na intangibilidade do mérito do ato administrativo, alegando que por ser a discricionariedade competência unicamente administrativa, ao haver controle pelo Judiciário haveria uma grave violação do supracitado Princípio.

Todavia, esclareça-se que quando o Poder Judiciário analisa unicamente a legalidade do ato administrativo discricionário, não está ele analisando o mérito administrativo, não havendo que se falar, portanto, em violação ao Princípio da Separação Poderes.

Quanto à possibilidade de análise da legalidade dos atos administrativos pelo Judiciário, sem que isso implique violação ao Princípio da Separação dos Poderes, posicionou-se o Supremo Tribunal Federal (STF) no julgado abaixo transcrito:

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. **PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**. ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO DE DEMISSÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DOLO DA SERVIDORA**. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. POSSIBILIDADE**

> **DE CONTROLE JUDICIAL DE ATOS ADMINISTRATIVOS ABUSIVOS E ILEGAIS.** CONTROVÉRSIA DECIDIDA COM BASE NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO CONSTANTE DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279/STF. **É firme o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o exame de legalidade e abusividade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário não implica violação ao princípio da separação dos Poderes**. Precedentes. Para dissentir da conclusão do Tribunal de origem, seria necessário nova apreciação dos fatos e do material probatório constantes dos autos. Incidência da Súmula 279/STF. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - RE: 638125 SP, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 09/04/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-091 DIVULG 13-05-2014 PUBLIC 14-05-2014). (grifos nossos)

No mesmo sentido se manifestou o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PEDIDO LIMINAR – CRIAÇÃO E MANUTENÇÃO DE UNIDADE DE INTERNAÇÃO PARA TRATAMENTO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES DEPENDENTES QUÍMICOS E/OU COM TRANSTORNOS MENTAIS – ESTADO DE SERGIPE QUE NÃO DISPÕE DE NENHUMA UNIDADE - INVOCAÇÃO DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL - **PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – AFASTADOS – EFETIVAÇÃO DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS** – PROTEÇÃO À VIDA E À SAÚDE DOS MENORES – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 227, DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ - **POSSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO DETERMINAR A**

IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DIANTE DA OMISSÃO GOVERNAMENTAL – CASO EXCEPCIONAL – PRECEDENTES DO STF, STJ E TJSE – PRAZO CONCEDIDO PARA CUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO JUDICIAL AMPLIADO - **INTELIGÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. - "O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido". (RE 628159 AgR. Relatora: Ministra ROSA WEBER, julgado em 25.06.2013)".** (Apelação Nº 201300212142. Relator: DES. OSÓRIO DE ARAÚJO RAMOS FILHO, julgado em 17.02.2014). (grifos nossos)

Diante da análise não só da doutrina, mas também, da jurisprudência pátria, observa-se que sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, exige-se a vinculação das autoridades ao direito, e, portanto, o administrador ao editar um ato administrativo deve respeito ao Ordenamento Jurídico como um todo. O ato administrativo deve sempre estar subordinado à legalidade, bem como aos princípios constitucionais, estando, desta feita, sujeito sempre ao controle jurisdicional em um Estado Democrático de Direito.

Portanto, constata-se que o Poder Judiciário, desde que provocado, pode, sempre, exercer o controle dos atos administrativos, sejam eles vinculados ou discricionários, que apresentem vícios de ilegalidade ou ilegitimidade, anulando-os. O que não é admitido ao Poder Judiciário é revogar um ato administrativo editado pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo. Ademais, quanto aos atos administrativos discricionários, convém registrar que o Poder Judiciário só pode examinar a legalidade de tais atos, não lhe cabendo examinar o mérito administrativo, sob pena de ferir o Princípio da Separação dos Poderes.

Saliente-se, também, que o exame da legalidade dos atos administrativos discricionários não representa violação ao Princípio da Separação dos Poderes.

CONCLUSÃO

Diante de toda a análise sobre a discussão acerca da possibilidade de controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, constata-se que não só a doutrina, mas também a jurisprudência, são favoráveis ao referido controle, tendo em vista se estar diante de um Estado Democrático de Direito e de um país que obedece ao Sistema da Unidade da Jurisdição, com a finalidade de se evitar arbitrariedades.

O Poder Judiciário pode exercer o controle tanto sobre os atos administrativos vinculados quanto sobre os atos administrativos discricionários. Quanto ao controle judicial sobre o ato vinculado não há maiores problemas, visto ser este pleno, tendo em vista as diretrizes legais predeterminadas. Entretanto, diante das discussões sobre o limite da análise do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário, se essa análise se restringe unicamente à legalidade do ato administrativo, ou se também se verifica no tocante ao seu mérito, percebe-se, o posicionamento da vedação absoluta de análise do ato administrativo no que toca ao seu mérito. O Ordenamento Jurídico Brasileiro é contra a análise do mérito administrativo pelo Poder Judiciário.

Conforme se pôde detectar nos posicionamentos jurisprudenciais atuais transcritos no decorrer deste trabalho, infere-se que os mesmos indicam a possibilidade de Controle pelo Poder Judiciário dos atos discricionários no que toca à legalidade, mas não quanto ao mérito. Destaque-se, também, que o fato do Judiciário analisar o ato discricionário no tocante ao exame da legalidade não significa violação ao Princípio da Separação dos Poderes.

Esse controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário visa evitar arbitrariedades, abuso de poder e também o desvio de finalidade do ato administrativo, mesmo em se tratando de ato discricionário, pois até este, deve observar sempre os princípios básicos da Administração Pública. É que, no âmbito da discricionariedade as decisões administrativas devem ser vinculadas às regras e princípios que permeiam toda a atividade administrativa, uma vez que discricionariedade não significa liberdade absoluta, e sim, liberdade dentro da lei, liberdade vigiada.

Portanto, diante das considerações abordadas no presente estudo, constata-se que o Poder Judiciário, desde que provocado, pode, sempre, exercer o controle dos atos administrativos, sejam eles vinculados ou discricionários, que apresentem vícios de ilegalidade ou ilegitimidade, anulando-os. Quanto aos atos vinculados tal controle é pleno. Todavia, quanto aos atos discricionários, o controle judicial se restringe ao exame da legalidade de tais atos, não podendo examinar o mérito administrativo, sob pena de violação ao Princípio da Separação dos Poderes.

Ademais, diante da atual crise pela qual está passando o nosso país, principalmente devido às arbitrariedades, desvios de poder e de finalidade dos atos praticados pelos administradores públicos, que têm provocado prejuízos inestimáveis que repercutem diretamente na população, imprescindível se faz a intervenção do Poder Judiciário para evitar esse tipo de comportamento reprovável dos gestores públicos.

THE CONTROL OF THE ACTS OF THE PUBLIC ADMINISTRATION BY THE JUDICIARY

ABSTRACT: This article aims to demonstrate the possibility of control of the acts of the public administration by the judiciary, whether they are linked or discretionary acts acts, making a brief approach to the control of the public administration and on administrative act, that is the object of control. Aims, above all, demonstrate that the Judicial Control exercised over the discretionary acts restricted to assessing the legality/ legitimacy, so that the Act is in accordance with the legal system, and that the judiciary won't fit assessment of merit of the administrative act, breach of the principles of independence and separation of powers. In addition, the doctrinal position and case law on the subject, highlighting, including decisions of the SUPREME COURT, SUPREME COURT and the Court of Sergipe.

KEYWORDS: Control. Administrative Acts. Judiciary.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 18. Ed. São Paulo: Método, 2010.
ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. *O controle judicial dos atos*

administrativos discricionários à luz da jurisprudência do STF e do STJ. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1078, 14 jun. 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/8508>. Acesso em: 3 ago.2015.

BINENBOJM, Gustavo. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário nº 638.125, proferida pela Primeira Turma. Relator: Min. ROBERTO BARROSO. Brasília, 14 mai. 2014. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp. Acesso em: 10 ago.2015.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. RMS 37.327/SE, proferida pela Segunda Turma. Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN. Brasília, 12 set. 2013. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp. Acesso em 10 ago.2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

GRANZOTTO, Alexandre José. *Controle da Administração Pública*. Disponível em: www.professoramorim.com.br/amorim/dados/anexos/252_10.doc. Acesso em: 04 ago.2015.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. Salvador: Editora JusPODIUM, 2007.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo.* 3. ed. Salvador: Editora JusPODIUM, 2007.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 2. Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NASCIMENTO, Márcio Godim do. *O Controle da Administração Pública no Estado de Direito*. Disponível em: www.direitonet.com.br/artigos. Acesso em: 04 ago.2015.

SERGIPE. *Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe*. Apelação nº 201300212142, proferida pela 1ª Câmara Cível. Relator: DES. OSÓRIO DE ARAÚJO RAMOS FILHO. Aracaju, 17 fev. 2014. Disponível em: http://www.tjse.jus.br/portal/consultas/jurisprudencia/judicial. Acesso em: 10/08/2015.

WATANABE, Ricardo. *Breves considerações sobre o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.* Disponível em: www.direitonet.com.br › Artigo. Acesso em 04 ago.2015.

DO ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS (FENÔMENO DA SERENDIPIDADE) NAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS: VISÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Marcel Santos Tavares[*]

Sob a orientação de **André Adriano do Nascimento da Silva**

RESUMO: Este trabalho apresenta o conceito de encontro fortuito de provas, também conhecido como fenômeno da Serendipidade, adentrando, de forma bastante sucinta, na Teoria da Prova e na Lei de Interceptação Telefônica, posto que tais temas devem ser relembrados para o estudo do fenômeno da Serendipidade. Em verdade, necessário se fez percorrer, mesmo que de forma sucinta os principais aspectos da teoria da prova e do instituto da interceptação telefônica. No que tange aos principais enfoques do tema provas, foram abordados o conceito de prova sob o prisma da jurisdição e do processo, bem como breve comentário sobre os meios de prova e a vedação probatória. A outro giro, quando do estudo da interceptação telefônica, foram abordadas questões de procedimento e classificação, assim como o prazo da diligência e considerações acerca de sua característica de medida *inaudita altera partes*. O artigo apresenta ainda a visão do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, sempre fundamentando a linha seguida por esses Tribunais através de julgados colacionados a este trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Encontro fortuito de provas. Fenômeno da Serendipidade.

INTRODUÇÃO

Desde o advento da Lei 9296/96, a interceptação telefônica está em voga, sendo muitas vezes utilizada como único meio a lastrear a inicial acusatória. Ocorre que, corriqueiramente, no decorrer da captação do

* Advogado especialista em Direito Penal e Processual Penal.

áudio, a autoridade policial mantém contato com ilícito penal diverso daquele que ensejou o pedido de interceptação.

Surge a partir disso o questionamento acerca da valoração desse encontro fortuito de provas, no sentido de saber sobre a utilização dessas provas para embasar eventual denúncia ou até mesmo condenação judicial.

Ante o exposto, o presente trabalho visa abordar a questão da aplicação do fenômeno da Serendipidade nas interceptações telefônicas, de modo a mostrar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal quanto à admissibilidade ou não dessas provas encontradas de forma fortuita.

1 DAS PROVAS

1.1 INTRODUÇÃO ACERCA DO CONCEITO DE PROVA SOB A ANÁLISE DA JURISDIÇÃO E PROCESSO

É inerente a toda e qualquer sociedade o surgimento de conflitos entre pessoas, nos quais, o Estado por meio da jurisdição, deve aplicar ao caso concreto a norma abstrata que melhor se coaduna ao fato. Sobre a jurisdição, Tourinho (2003, p. 47) aduz que esta nada mais é que "a função do Estado consistente em fazer atuar, pelos órgãos jurisdicionais, que são os juízes e Tribunais, o direito objetivo a um caso concreto, obtendo-se a justa composição da lide".

Tourinho (2003, p. 47) afirma ainda que, de certo modo, "este poder de aplicar o direito objetivo aos casos concretos, por meio do processo e por um órgão desinteressado, imparcial e independente, surgiu, inegavelmente, como impostergável necessidade jurídica à própria sobrevivência do Estado".

Nesse sentido, após uma breve conceituação de jurisdição, percebe-se a tamanha importância do processo para a aplicação da tutela jurisdicional. De modo que, não menos importante à jurisdição, é também o processo, meio pelo qual aquela poderá se efetivar. Impossível a conceituação do instituto da "prova", sem antes, ao menos, tecermos alguns comentários acerca do que seria processo.

Sobre processo, Cintra, Grinover e Dinamarco (2008, p. 46) convergem no seguinte posicionamento, *in litteris*:

> Caracterizada a insatisfação de alguma pessoa em razão de uma pretensão que não pôde ser, ou de qualquer modo não foi, satisfeita, o Estado poderá ser chamado a desempenhar a sua função jurisdicional; e ele o fará em cooperação com ambas as partes envolvidas no conflito ou com uma só delas (o demandado pode ficar revel), segundo um método de trabalho estabelecido em normas adequadas. A essa soma de atividades em cooperação e à soma de poderes, faculdades, deveres, ônus e sujeições que impulsionam essa atividade dá-se o nome de *processo*.

Ainda em análise à obra de Cintra, Grinover e Dinamarco, nota-se que, no campo da etimologia, "processo" denota *marcha avante* ou *caminhada*, posto que, do latim, *proceder* significa seguir adiante. A outro giro, e não menos importante é a diferenciação entre procedimento e processo:

> O procedimento é, nesse quadro, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício de poder (no caso, jurisdicional). A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo (CINTRA; GRINOVER e DINAMARCO, 2008, p. 297).

É nesse sentido que se pode perceber que o processo é algo substancial à função jurisdicional, na medida em que esta é exercida com o escopo de se erradicar os conflitos, almejando a justiça por meio da atuação da vontade concreta da lei.

Assim como o processo é algo primordial à função jurisdicional, o instituto da prova também é diretamente proporcional ao valor do

processo para jurisdição. Em razão disso, é que foi necessário percorrer, mesmo que de forma bastante concisa, os conceitos de jurisdição de processo.

Ao analisar o instituto da prova Claus Roxin (2003, p. 185) afirma que "*probar* significa convencer *al juez sobre la certeza de la existencia de um hecho*". Deste modo, entende-se que, se no processo fatos são alegados por uma determinada parte, esta terá que, através de meios de prova, convencer ao juiz sobre a veracidade desses eventos.

De forma bastante sucinta, prova é o meio pelo qual se pode demonstrar a veracidade de uma proposição. Sobre o tema, Távora e Alencar (2012, p. 376), parafraseando Guilherme Nucci, apontam os três sentidos sobre a palavra "prova": ato de provar; meio de provar e resultado da ação de provar. Outrossim, sobre a matéria em análise, Didier, Braga e Oliveira (2011, p. 185) se manifestam da seguinte forma:

> No sentido jurídico, são basicamente três as acepções com que o vocábulo é utilizado: a) às vezes, é utilizado para designar *o ato de provar*, é dizer, a atividade probatória; é nesse sentido que se diz que àquele que alega um fato cabe fazer prova dele, isto é, cabe fornecer os meios que que demonstrem a sua alegação; b) noutras vezes, é utilizado para designar o *meio de prova* propriamente dito, ou seja, as técnicas desenvolvidas para se extrair a prova de onde ela jorra; nesse sentido, fala-se em prova testemunhal, prova pericial, prova documental etc.; c) por fim, pode ser utilizado para designar o *resultado* dos atos ou dos meios de prova que foram produzidos no intuito de buscar o convencimento judicial e é nesse sentido que se diz, por exemplo, que o autor fez prova dos fatos alegados na causa de pedir.

A outro giro e ainda em comento as lições de Didier, Braga e Oliveira, necessário trazer à baila ainda o sentido objetivo do vocábulo em comento, condizente quando o termo é utilizado para se referir ao ato de provar ou aos meios de prova. Noutra senda, quando o termo é empregado com o objetivo de se referir ao resultado das provas no íntimo do juiz, está sendo utilizado em seu sentido subjetivo.

1.2 OS MEIOS DE PROVA E A VEDAÇÃO PROBATÓRIA

Távora e Alencar (2012, p. 379) elencam os meios de prova como sendo "os recursos de percepção da verdade e formação do convencimento. É tudo aquilo que pode ser utilizado direta ou indiretamente, para demonstrar o que se alega no processo". Do mesmo modo, Paulo Rangel (2013, p. 420) assevera que "os meios de prova são todos aqueles que o juiz, direta ou indiretamente, utiliza para conhecer da verdade dos fatos, estejam eles previstos em lei ou não".

Insta salientar ainda que, na busca da verdade real, a produção de provas segundo o Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689 de 1941) adota uma vertente mais liberal, no sentido de que o código de ritos não acatou a enumeração específica de forma a criar um rol taxativo das provas admitidas ou passíveis de admissão. Nesse sentido, temos que, no processo, são autorizadas a utilização de provas tanto nominadas, isto é, aquelas dispostas no Título VII (Das Provas) do Livro I (Do Processo em Geral) do CPP, mais precisamente dos artigos 155 ao 250, quanto das inominadas, ou seja, as ainda não elencadas ou normatizadas no rito processual.

Observe que, não obstante a utilização do princípio da verdade real para assegurar a liberdade probatória, as provas não devem atentar contra o próprio ordenamento pátrio, nesse sentido as lições de Távora e Alencar (2012, p. 380):

> Esta não-taxatividade pode ser extraída do art. 155 do CPP, no seu parágrafo único, com a redação trazida pela Lei nº. 11.690/08, quando assevera que "somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil". [...]
> A liberdade probatória é a regra, e as limitações figuram no âmbito da exceção.

Por conseguinte, assim como os demais direitos e garantias fundamentais presentes na Constituição Federal de 1988, o princípio da liberdade probatória não é absoluto, ou seja, a própria Carta Magna, em seu art. 5º, inciso LVI, veda a admissão processual de provas obtidas por meios ilícitos.

Deste modo, toda vez que a prova for produzida de modo a implicar a violação não só a princípios, mas também a lei, ambos de direito substantivo (material) ou adjetivo (processual), esta será considerada proibida.

A doutrina majoritária, a exemplo de Távora e Rodrigues (2012, p. 381), costuma classificar as provas vedadas ou proibidas em duas espécies, a saber, as provas ilícitas e as provas ilegítimas.

> **As provas ilícitas**: são aquelas que violam disposições de direito material ou princípios constitucionais penais. Ex.: confissão obtida mediante tortura (Lei nº 9.455/1997); interceptação telefônica realizada sem autorização judicial (art. 10 da Lei nº 9.296/1996).
> **As provas ilegítimas**: violam normas processuais e os princípios constitucionais da mesma espécie. Ex.: laudo pericial subscrito por apenas um perito não oficial (art. 159, § 1º do CPP).

A outro giro, importante trazer à baila também a classificação de Paulo Rangel, o qual não apenas reconhece a existência das duas espécies de provas proibidas supracitadas, mas também elenca uma terceira nova espécie, qual seja as provas irregulares.

Segundo as lições de Paulo Rangel (2013, p. 431), são irregulares "as provas que, não obstante admitidas pela norma processual, foram colhidas com infringência das formalidades legais existentes". Ou seja, a prova, mesmo sendo admitida pela lei processual penal, pode ter sido realizada/colhida sem a observância das formalidades que esta requeria.

A exemplo das provas irregulares temos a busca e apreensão realizada com mandado que não obedece as formalidades constantes do artigo 243 do código de ritos. Deste modo, mesmo que a busca e apreensão seja uma espécie de prova admitida em direito nos termos do art. 5º, inciso XI da CF, uma vez realizada com mandado incompleto, esta estaria incidindo no conceito de prova irregular por Paulo Rangel.

2. DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

2.1 CLASSIFICAÇÃO E PROCEDIMENTO

A interceptação telefônica, nos termos da Lei nº 9.296/96, trata-se de uma medida cautelar preparatória, que poderá ser decretada pelo juiz de ofício ou a requerimento da autoridade policial no curso de procedimento investigativo ou ainda através de postulação do representante do Ministério Público, tanto na investigação criminal, como na instrução de ação penal já existente, conforme interpretação literal do art. 3º e seus incisos, *in verbis*:

> Art. 3° A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:
> I - da autoridade policial, na investigação criminal;
> II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

Faz-se necessário mencionar que, na lição de Norberto Avena (2014, p. 484), a interceptação telefônica é gênero, da qual se podem discriminar três espécies, a saber, a interceptação telefônica *stricto sensu*, escuta telefônica e gravação telefônica. Sobre essas, Avena as conceitua como:

> **Interceptação telefônica *stricto sensu*:** hipótese na qual um terceiro viola a conversa telefônica de duas ou mais pessoas, registrando ou não os diálogos mantidos, sem que nenhum dos interlocutores tenha conhecimento da presença do agente violador.
> **Escuta telefônica:** situação na qual um terceiro viola a conversa telefônica mantida entre duas ou mais pessoas, havendo a ciência de um ou alguns dos interlocutores de que os diálogos estão sendo captados.
> **Gravação telefônica:** aqui não há figura de terceiro. Um dos interlocutores, simplesmente, registra a conversa que mantém com o outro. Não há, propriamente, uma violação de conversa telefônica, já que o registro está sendo feito por um dos indivíduos que mantém o diálogo. (AVENA, 2014, p. 484)

A Constituição Federal de 1988 resguarda o sigilo das conversas telefônicas no seu art. 5º, inciso XII, ao trazê-la como inviolável. Entretanto, a própria Constituição faz uma ressalva ao final do supracitado inciso, de modo que através de uma interpretação a *contrario sensu* pode-se concluir pela violação dessas comunicações telefônicas mediante ordem judicial.

Foi com fundamento no disposto na Constituição Federal, ou seja, a permissão da interceptação telefônica mediante ordem judicial e na forma da lei, que fora promulgada a Lei nº 9.296/96 única e exclusivamente com o fito de regulamentar o inciso XII, parte final do art. 5º da CF/88 (interceptação telefônica).

Ressalte-se que, para que haja uma interceptação telefônica é necessária a presença de, no mínimo dois interlocutores. A outro modo, para que se configure uma violação a este diálogo, um terceiro precisaria invadi-lo.

Por conseguinte, o art. 5º, inciso XII da CF/88 alcança apenas as duas primeiras espécies de interceptações telefônicas supracitadas, a saber, a interceptação telefônica *stricto sensu* e a escuta telefônica, este é o entendimento do STJ e STF segundo as lições de Norberto Avena (2014, p. 485).

A outro giro, passando a análise do procedimento desse instituto, é relevante explicitar o caráter claro e sucinto da Lei nº 9.296/96, a qual é composta por apenas 12 (doze) artigos. Conforme dito anteriormente, a medida poderá ser requerida pela autoridade policial ou representante do Ministério Público, podendo ainda ser decretada de ofício pelo Juiz competente através de ordem fundamentada nos termos dos artigos 1º e 3º desta lei.

O pedido, conforme disposto no artigo 4º, deverá conter a demonstração cabal de que sua realização é ato necessário à apuração do delito (a infração deve ser punida com pena de reclusão), indicando ainda os meios a serem empregados.

Uma vez encaminhado o pedido para o juízo competente, este deverá se manifestar no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, através de decisão fundamenta, sob pena de nulidade, acerca do deferimento ou não da interceptação. Uma vez deferida, o juiz deve indicar a forma de execução da diligência, a qual possui prazo de duração máximo de 15 dias, podendo ser renovado por igual período quando indispensável

como meio de prova.

Finda a diligência da interceptação, ou seja, terminado o processo de captação do áudio, deverá ser realizado a transcrição do mesmo, sendo as respectivas transcrições encaminhadas ao juízo competente, o qual determinará o apensamento da prova obtida nos termos do art. 8º da supracitada lei.

Conforme se depreende do julgamento do Habeas Corpus nº 141.062 do STJ, no tocante a transcrição do áudio interceptado, não há que se falar em realização de perícia a fim de que sejam reconhecidas as pessoas envolvidas, segue transcrição da parte específica da ementa:

> SUSTENTADA FALTA DE IDENTIFICAÇÃO TÉCNICA QUE AUTORIZE AFIRMAR QUEM ERAM OS INTERLOCUTORES DAS CONVERSAS INTERCEPTADAS. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO NA LEI 9.296/1996 ACERCA DA REALIZAÇÃO DE PERÍCIA DAS VOZES CONSTANTES DOS DIÁLOGOS GRAVADOS. INOCORRÊNCIA DA EIVA INDICADA. 1. Não há na Lei 9.296/1996 qualquer exigência no sentido de que as gravações dos diálogos interceptados sejam periciadas a fim de que se reconheça quem são as pessoas envolvidas. Ao contrário, a mencionada legislação estabelece, no artigo 6º, que os procedimentos de interceptação serão conduzidos pela autoridade policial, que poderá, nos termos do artigo 7º, "requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público". Precedentes. 2. A par de inexistir previsão legal para que seja realizada perícia de voz, há que se destacar que, além de o próprio analista das interceptações ter identificado a paciente como sendo uma das interlocutoras dos diálogos monitorados, outras testemunhas também o fizeram, conforme assestado pela Corte de origem.

A outro giro, o STJ possui o entendimento de que não seria necessário também a transcrição integral dos diálogos, sendo suficiente apenas a redução a termo das partes indispensáveis ao embasamento da denúncia,

nesse sentido consta a ementa do julgamento do HC nº 139.966.

2.2 DO PRAZO PARA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

A lei que regulamenta o inciso XII, art. 5º da CF/88 de forma a dispor sobre a interceptação telefônica – menciona-se aqui a interceptação telefônica enquanto suas espécies *stricto sensu* e escuta telefônica, excetuando a gravação telefônica, posto que essa é realizada por um dos interlocutores – traz em seu artigo 5º que a decisão acerca do pedido da interceptação deve ser fundamentada, sob pena de nulidade.

Ademais, o mencionado dispositivo, em sua parte final, menciona o lapso temporal da diligência em questão, restringindo ao prazo de 15 dias, podendo ser renovável por igual período desde que comprovada a indispensabilidade como meio de prova.

A dúvida reside no questionamento acerca de quando deveria se iniciar esse prazo, ou seja, se o dia da expedição da ordem judicial deveria ser levado ou não em consideração para cômputo do prazo.

Pois bem, sobre o cômputo de prazos processuais, de forma bastante clara e sucinta, pode-se inferir que a regra do direito material é deveras diversa do direito processual. A respeito do tema temos o artigo 10 do CP[1] e o artigo 798, § 1º do CPP[2].

Através de uma interpretação literal dos dispositivos mencionados, é deveras notável que nos prazos penais o dia do começo é computado para efeitos da contagem, enquanto que nos prazos processuais penais isso não ocorre. Retomando o raciocínio acerca da contagem do prazo nas interceptações telefônicas, segundo a lição de Norberto Avena (2014, p. 493), a doutrina vem utilizando a regra esculpida no artigo 10 do CP com fundamento de que esta é mais vantajosa ao investigado e acusado.

A outro giro, surge mais um questionamento no que tange a renovação da diligência em comento, posto que o lapso temporal da interceptação telefônica é de 15 dias renovável por igual período. Entretanto, decisões tanto do STJ[3] quanto do STF[4] estão apontando o entendimento de que a medida poderá ser renovada por quantas vezes se fizer necessária, desde que seja apontada e demonstrada a sua indispensabilidade ao procedimento investigatório ou processo penal.

2.3 MEDIDA *INAUDITA ALTERA PARTE*

Com vistas a sua natureza de medida cautelar preparatória, resta evidente que o investigado ou réu, não poderia ter ciência da mesma, posto que se assim o tivesse, a medida perderia o seu efeito.

Em razão disso é que a interceptação telefônica deve ser determinada pelo juiz, sempre que obedecidos os requisitos legais, porém, *inaudita altera parte*, ou seja, sem conhecimento da parte contrária, de modo que esta – a parte – não pode exercitar o exercício do contraditório prévio.

Por este motivo resta evidenciado a incidência de uma exceção ao princípio do contraditório estampado no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988, a saber:

> 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. (original sem grifo)

Não apenas a CF de 1988, mas também o Pacto de São José da Costa Rica, tratado internacional aprovado pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 27, de 26 de Maio de 1992, conhecido tecnicamente como Convenção Americana de Direitos Humanos, traz em sua redação a garantia do contraditório no art. 8º, *in litteris*:

> Artigo 8º - Garantias judiciais
> 1. Toda pessoa terá o direito de 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 na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Pois bem, excepcionando o princípio do contraditório, na interceptação telefônica vigora o contraditório diferido ou postergado, segundo o qual em razão da urgência ou perigo de ineficácia da medida

– nesse caso a interceptação – a parte contrataria não deverá ser intimada a fim de se manifestar acerca do deferimento da diligência.

Nesse sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Agravo Regimental do Agravo em Recurso Especial 262655, em que o exercício do contraditório sobre as provas obtidas em razão de interceptação telefônica judicialmente autorizada é diferido para a ação penal porventura deflagrada, já que a sua natureza cautelar não é compatível com o prévio conhecimento do agente que é alvo da medida.

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. 1. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO FUNDADOS, EXCLUSIVAMENTE, EM DENÚNCIA ANÔNIMA. IMPROCEDÊNCIA DA ALEGAÇÃO. REALIZAÇÃO DE INVESTIGAÇÕES PRELIMINARES. 2. DECISÃO QUE DETERMINOU A MEDIDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. 3. IMPRESCINDIBILIDADE PARA O PROSSEGUIMENTO DAS INVESTIGAÇÕES. 4. VIOLAÇÃO AO ART. 155 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. **5. ELEMENTO PROBATÓRIO DECORRENTE DA MEDIDA CAUTELAR. CONTRADITÓRIO DIFERIDO**. 6. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE. 7. ANÁLISE DE CONTRARIEDADE A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. 8. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS A AMPARAR O DECRETO CONDENATÓRIO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. INVERSÃO DO JULGADO. NECESSIDADE DE REEXAME DAS PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 9. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
>
> **5. As provas obtidas por meio de interceptação telefônica possuem o contraditório postergado para a ação penal porventura deflagrada, diante da incompatibilidade da medida com o prévio conhecimento de sua realização pelo agente**

> **interceptado.**
> (STJ - AgRg no AREsp: 262655 SP 2012/0250691-4, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 06/06/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/06/2013) (Grifo nosso)

3 DO ENCONTRO FORTUITO DE PROVA E ATUAL POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE O ASSUNTO

Cediço que na captação do áudio de uma interceptação telefônica, poderá ocorrer, por uma mera eventualidade, a divisão, ou seja, o encontro de ilícitos penais estranhos àqueles que ensejaram a decretação da interceptação telefônica. Sobre o tema, Faccini Neto (2014, p. 2) aponta dois fatores primordiais sobre os quais decorre o encontro fortuito de provas na interceptação, são eles a abrangência de um terceiro interlocutor e a persistência do ato por um interregno de tempo, nesse sentido:

> Se a fortuidade, no sentido de um sucesso inesperado, não é algo exclusivo à interceptação telefônica, é de ser dito que, em tal meio de prova há algo de mais, tendente a alargar a possibilidade deste encontro com o acaso. As condições por que se realiza a interceptação de certo modo favorecem ocorrências fortuitas. Pois, em se tratando de mecanismo direcionado à comunicação entre pessoas, necessariamente fará envolver um terceiro, de regra não investigado, no campo de sua abrangência(6). E mais, a sua persistência por determinado interregno - a interceptação não se esgota num só ato -, torna deveras concreta a possibilidade de serem alcançados resultados diversos daqueles a que inicialmente se teria destinado, e nada contribui ao alvitre de que, na sua estatuição, tenha o legislador desconsiderado os corolários que se afiguram inerentes à medida.

Deste modo, uma vez preenchidos os requisitos trazidos na Lei nº

9.296/96 - crimes punidos com reclusão, indícios razoáveis de autoria e participação e, real necessidade da violação da comunicação telefônica, em razão da não existência de outro meio hábil a obtenção das provas necessárias – o juiz competente, por meio de decisão fundamentada autoriza a medida.

Entretanto, uma vez iniciada a interceptação telefônica, assim como Faccini Neto explica, é possível que no decorrer da realização da diligência seja encontrado indícios da realização de outro crime que não aquele para qual foi autorizada a interceptação telefônica. Trata-se da descoberta casual ou encontro fortuito de prova.

Com vistas ao Informativo nº 262 de Setembro de 2005, o STJ, no julgamento do HC nº 33.462, entendia que as provas obtidas por meio do encontro fortuito poderiam ser utilizadas para embasar eventual condenação do autor do crime descoberto. Entretanto, deveria ser demonstrada uma relação de conexão entre o crime para qual fora autorizada a interceptação telefônica e o crime eventualmente descoberto, a saber:

> ESCUTA TELEFÔNICA. TERCEIRO. MP. DILIGÊNCIAS.
> Desde que esteja relacionada com o fato criminoso investigado, é lícita a prova de crime diverso obtida mediante a interceptação de ligações telefônicas de terceiro não arrolado na autorização judicial da escuta. Outrossim, é permitido ao MP conduzir diligências investigatórias para a coleta de elementos de convicção, pois isso é um consectário lógico de sua própria função, a de titular da ação penal (LC n. 75/1993). Precedentes citados: HC 37.693-SC, DJ 22/11/2004; RHC 10.974-SP, DJ 18/3/2002; RHC 15.351-RS, DJ 18/10/2004, e HC 27.145-SP, DJ 25/8/2003. HC 33.462-DF**, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 27/9/2005.**

Ocorre que, hodiernamente, o entendimento do STJ está pacificado no sentido de que o encontro fortuito de prova na diligência de interceptação telefônica prescinde de qualquer relação de conexão com o crime para qual fora deferida a medida cautelar.

Tal fato pode ser comprovado pelo julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 233305, quando apontado os motivos e razões de que este encontro fortuito não deve ser precedido de relação de conexidade, a saber: a Lei nº 9.296/96 não exige essa relação; o Estado não pode ficar inerte diante da descoberta de um crime, mesmo que tal descoberta tenha sido de forma eventual; se o Estado, através de seus órgão investigativos, violou a privacidade de alguém, mas o fez com respeito aos dispositivos constitucionais e legais, as provas obtidas por tal meio devem ser consideradas lícitas.

Ainda sobre o tema no Superior Tribunal de Justiça, em sua mais recente decisão, no julgamento de Recurso Especial nº 1.355.432, publicado no Informativo nº 546 de Setembro de 2014, segundo o qual o STJ acolheu o encontro fortuito de prova, *in litteris*:

> DIREITO PROCESSUAL PENAL. LEGALIDADE DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DEFERIDA POR JUÍZO DIVERSO DAQUELE COMPETENTE PARA JULGAR A AÇÃO PRINCIPAL.
>
> **A sentença de pronúncia pode ser fundamentada em indícios de autoria surgidos, de forma fortuita, durante a investigação de outros crimes no decorrer de interceptação telefônica determinada por juiz diverso daquele competente para o julgamento da ação principal.** Nessa situação, não há que se falar em incompetência do Juízo que autorizou a interceptação telefônica, tendo em vista que se trata de hipótese de encontro fortuito de provas. Além disso, a regra prevista no art. 1º da Lei 9.296/1996, de acordo com a qual a interceptação telefônica dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, deve ser interpretada com ponderação, não havendo ilegalidade no deferimento da medida por Juízo diverso daquele que vier a julgar a ação principal, sobretudo quando autorizada ainda no curso da investigação criminal. Precedente citado: RHC 32.525-AP, Sexta Turma, DJe 4/9/2013. REsp 1.355.432-SP**, Rel. Min. Jorge Mussi, Rel. para**

acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 21/8/2014.

Deve-se levar em consideração ainda que, sobre o crime descoberto fortuitamente em interceptação telefônica deferida para apurar a prática de crime diverso, a prova deve ser apreciada pelo juízo ou tribunal, mesmo que o delito constatado eventualmente seja punido apenas com detenção ou ainda seja espécie de contravenção penal.

Sobre o tema, preleciona o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento, qual seja:

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LICITAMENTE CONDUZIDA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVA DA PRÁTICA DE CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. LEGITIMIDADE DO USO COMO JUSTA CAUSA PARA OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica licitamente conduzida, **ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção.** 2. Agravo Regimental desprovido.
>
> (AI 626214 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 21/09/2010, DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 08-10-2010 EMENT VOL-02418-09 PP-01825 RTJ VOL-00217- PP-00579 RT v. 100, n. 903, 2011, p. 492-494) (Grifo nosso)

Importante salientar que sobre o encontro fortuito de provas o Superior Tribunal de Justiça vem empregando o termo **fenômeno da Serendipidade** como sinônimo de encontro fortuito de provas. O Ministro Sebastião Reis Júnior, proferindo seu voto na decisão do HC

nº 282.096, refere-se de forma bastante clara e sucinta ao fenômeno da Serendipidade algo "que consiste na descoberta fortuita de delitos que não são objetos da investigação".

O ministro cita ainda o voto da Relatoria da Ministra Laurita Vaz, também do STJ, a qual também menciona sobre o fenômeno em questão, qual seja a Serendipidade:

> [...]
> **4. A descoberta de fatos novos advindos do monitoramento judicialmente autorizado pode resultar na identificação de pessoas inicialmente não relacionadas no pedido da medida probatória, mas que possuem estreita ligação com o objeto da investigação. Tal circunstância não invalida a utilização das provas colhidas contra esses terceiros (Fenômeno da Serendipidade). Precedentes.**
> [...]
> (RHC n. 28794/RJ, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 13/12/2012) Grifo nosso.

No entanto, o termo, por poucos conhecido na seara jurídica, é mais utilizado no STJ do que no STF, posto que em pesquisas jurisprudenciais realizadas no site do Supremo não foi possível qualquer tipo de contato com a palavra "Serendipidade", a não ser quando em citação aos julgamentos proferidos pelo STJ.

Por fim, ante toda a pesquisa realizada, bem como através das ementas colacionadas ao artigo em tela, pode-se perceber, de forma bastante clara a aceitação tanto pelo STJ quanto pelo STF do encontro fortuito de provas ou ainda fenômeno da Serendipidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve como objetivo elucidar o conceito do Fenômeno da Serendipidade, comumente chamado de encontro fortuito de provas na seara jurídica. Ademais, buscou-se demonstrar a aplicação do mencionado instituto quando da realização de interceptações telefônicas de forma a apontar ainda a visão dos tribunais superiores, a saber o STJ e STF.

Em verdade, necessário se fez percorrer, mesmo que de forma sucinta os principais aspectos da teoria da prova e do instituto da interceptação telefônica. No que tange aos principais enfoques do tema provas, foram abordados o conceito de prova sob o prisma da jurisdição e do processo, bem como breve comentário sobre os meios de prova e a vedação probatória.

A outro giro, quando do estudo da interceptação telefônica, foram abordadas questões de procedimento e classificação, assim como o prazo da diligência e considerações acerca de sua característica de medida *inaudita altera partes*.

Por fim, tendo como base a análise das pesquisas realizadas tanto no Superior Tribunal de Justiça quanto no Supremo Tribunal Federal, restou-se evidenciado o acolhimento do fenômeno aqui estudado. De forma que, no entendimento dessas cortes, as provas adquiridas mesmo que eventualmente em se tratando de interceptações telefônicas podem ser utilizadas no processo.

OF INCIDENTAL EVIDENCE ENCOUNTER (SERENDIPITY PHENOMENON) IN INTERCEPTIONS TELEPHONE: VISION OF HIGHER COURTS

ABSTRACT: This paper presents the concept of fortuitous encounter of evidence, also known as the phenomenon of Serendipity, entering, quite succinctly, the theory of proof and the law Intercept Phone because such issues should be reminded to study the phenomenon of Serendipity. In fact, it was necessary to go through, even briefly the main aspects of the proof theory and the Institute of telephone interception. In relation to the main theme of the approaches tests were discussed the concept of evidence through the prism of the jurisdiction and proceedings, as well as brief comment on the evidence and the evidentiary seal. In another turn, when the study of telephone interception, questions of procedure and classification, as well as the period of due diligence and considerations about its feature unprecedented measure amends parts were addressed. The article presents the vision of the Superior Court and the Supreme Court on the subject, always basing the line taken by these courts judged collated through this work.

KEYWORDS: Random meeting of evidence. Phenomenon of Serendipity.

Notas

1 Art. 10 - O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum.
2 Art. 798. Todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado. § 1o. Não se computará no prazo o dia do começo, incluindo-se, porém, o do vencimento.
3 Veja-se o HC 40.637 do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Hélio Quaglia Barbosa.
4 Veja-se o HC 83.515 do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Nelson Jobim.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. *Processo Penal esquematizado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.
BRASIL, Constituição (1988). **C***onstituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de Outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.
BRASIL, Decreto Legislativo nº 27 de 1992. Aprova o texto da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José)* celebrado em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, por ocasião da Conferência especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. Disponível em < http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=136444>.
BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848 (*Código Penal*), de 07 de Dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.
BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689 (*Código de Processo Penal*), de 03 de Outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>.
BRASIL, Lei nº 9.296 (*Lei de Interceptação Telefônica*), de 24 de Julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5° da Constituição Federal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm>.
BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 83.515/RS. Relator: Ministro NELSON JOBIM, Data de Julgamento: 16/09/2014, Tribunal Pleno. Disponível em < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2

E+E+83515%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+83515%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b233xny>.
BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento em Agravo Regimental nº 626214. Relator: Ministro JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 26/03/2010. Disponível em < http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9275456/agravo-de-instrumento-ai-626214-mg-stf>.
BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 233.305/RS (2012/0199718-3). Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 25/06/2013, T5 – Quinta Turma. Disponível em < http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23911540/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-233305-rs-2012-0199718-3-stj/relatorio-e-voto-23911542>.
BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental do Agravo em Recurso Especial nº 262655/SP (2012/0250691-4), Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 06/06/2013, T5 – Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 14/06/2013). Disponível em http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23403846/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-262655-sp-2012-0250691-4-stj>.
BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 282.096 – SP (2013/0376972-4). Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 24/04/2014, T6 – Sexta Turma. Disponível em < http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25070615/habeas-corpus-hc-282096-sp-2013-0376972-4-stj/inteiro-teor-25070616>.
BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 33.462/DF (2004/0013612-9). Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 27/09/2005, T5 – Quinta Turma. Disponível em < http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7187303/habeas-corpus-hc-33462-df-2004-0013612-9/inteiro-teor-12927951>.
BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 141.062/RS (2009/0130265-0). Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 20/09/2011, T5 – Quinta Turma. Disponível em < http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21051119/habeas-corpus-hc-141062-rs-2009-0130265-0-stj/inteiro-teor-21051120>.
BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 139.966/

SP (2009/0121188-0). Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 07/06/2011. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1067536&sReg=200901211880&sData=20120413&formato=PDF>.
BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 40.637/SP (2004/0183030-8). Relator: Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, Data de Julgamento: 06/09/2005, T6 – Sexta Turma. Disponível em < http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7195916/habeas-corpus-hc-40637-sp-2004-0183030-8/inteiro-teor-12941387>.
BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.355.432 – SP. Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 21 de Agosto de 2014. Quinta Turma. Disponível em < http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/137408502/recurso-especial-n-1355432-sp-do-stj>.
BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 282.096 – RJ (2010/0140512-1). Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 06/12/2012, T5 – Quinta Turma. Disponível em < http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23023968/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-28794-rj-2010-0140512-1-stj/relatorio-e-voto-23023970>.
CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo.* São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
DIDIER, Fredie Júnior; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.
GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Patrícia Donati. *Interceptação telefônica e serendipidade:* encontro fortuito de fatos ou agentes novos. Data da Publicação: 08/04/2009. Disponível em < http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090408093130200&mode=print>. Acesso em 28/08/2014.
NUCCI, Guilherme de Souza. *Direito Processual Penal e Execução Penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.
PACELLI, Eugênio de Oliveira. *Curso de Processo Penal.* 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2009.
RANGEL, PAULO. *Direito Processual Penal*. 7. ed. Rio de Janeiro:

Lumen Juris, 2013.
ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003. P. 185
TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol 1. São Paulo: Saraiva, 25. ed., 2003. p. 47.

CONTROLE PREVENTIVO JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE: UMA ANÁLISE DA RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO STF À LUZ DA NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Josias Santana de Sousa Santos[*]

RESUMO: O controle preventivo judicial de constitucionalidade se constitui em instrumento eficiente para a manutenção da rigidez constitucional, com bases sólidas na máxima efetividade exigida da norma constitucional, na medida em que obsta, ainda em seu nascedouro, o surgimento de leis inconstitucionais, esta modalidade de controle reduz de forma contundente a entrada em vigor de leis flagrantemente inconstitucionais. A apatia das Comissões de Constituição e Justiça no âmbito do Poder Legislativo, a descaracterização do veto jurídico aposto pelo Executivo, e a evolução discreta do controle em concreto exercido pelo Judiciário, resultam na continuidade da eclosão sucessiva de leis sem a observância dos paradigmas constitucionais. O atual panorama fixado pela nova ordem constitucional impõe postura positiva do Estado, no sentido de não permitir omissões por parte deste, seja na elaboração de leis ou na prática de atos administrativos. Nesse diapasão, cabe fincar a fiscalização preventiva do judiciário, não exorbitando dos limites que lhes são impostos, como grande mantenedor da correta interpretação a ser dada a uma determinada lei ou ato, quando a questão dita inconstitucional lhe seja levada. De forma paulatina, assim vem se manifestando o Supremo Tribunal Federal, que evolui no sentido de abranger situações antes não consideradas como passíveis de seu crivo, como se vislumbra na apreciação de questões que se sobrepõem aos atos *interna corporis* praticados pelas Casas Legislativas. Igualmente, quando se tratar de normas que garantem os direitos constitucionais fundamentais, já que refletem regras de eficácia e aplicabilidade imediata.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Interpretação Constitucional. Controle Preventivo de Constitucionalidade.

---

[*] Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes. Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. E-mail: josiassantanajr@gmail.com.br.

1 INTRODUÇÃO

1.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Cumpre, inicialmente, enfrentar o tema de forma genérica, destacando pontos importantes acerca do controle de constitucionalidade. Desse modo, não se pode analisar o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos sem tomar em consideração a rigidez e supremacia constitucionais.

Como bem observa Alexandre de Moraes[1]:

> A ideia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais.
> Em primeiro lugar, a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a Constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Além disso, nas constituições rígidas se verifica a superioridade da norma magna em relação àquelas produzidas pelo Poder Legislativo, no exercício da função legiferante ordinária. Dessa forma, nelas o fundamento do controle é o de que nenhum ato normativo, que lógica e necessariamente dela decorre, pode modificá-la ou suprimi-la.
> A ideia de intersecção entre controle de constitucionalidade e constituições rígidas é tamanha que o Estado onde inexistir o controle, a Constituição será flexível, por mais que a mesma se denomine rígida, pois o Poder Constituinte ilimitado estará em mãos do legislador ordinário.
> A supremacia constitucional adquiriu tamanha importância nos Estados Democráticos de Direito, que Cappelletti afirmou que o nascimento e expansão dos sistemas de justiça constitucional

> após a Segunda Guerra Mundial foi um dos fenômenos de maior relevância na evolução de inúmeros países europeus. [sem o grifo no original].

É sabido que todas as normas jurídicas vigentes são dotadas de imperatividade, impondo sua observância a todos, sem nenhuma distinção. Entretanto, quando se trata de normas e princípios constitucionais vislumbra-se uma maior importância, por ocuparem posição de destaque na escala hierárquica das leis. É na Constituição que se encontra toda estrutura normativa de um Estado, com a respectiva organização e funcionamento de seus órgãos, bem como, insculpidas as respectivas normas fundamentais.

Com efeito, essa primazia constitucional, na medida em que resguarda uma ordem jurídica fundamental de toda a sociedade, nos revela que,

> A superioridade das normas constitucionais também se expressa na imposição de que todos os atos do poder político estejam em conformidade com elas, de tal sorte que, se uma lei ou outro ato do poder público contrariá-las, será inconstitucional, atributo negativo que corresponde a uma recusa de validade jurídica. Porque as normas constitucionais são superiores às demais; elas somente podem ser alteradas pelo procedimento previsto no próprio texto constitucional.
>
> A superioridade das normas constitucionais se manifesta, afinal, no efeito de condicionar o conteúdo de normas inferiores. São, nesse sentido, normas de normas. As normas constitucionais, situadas no topo da pirâmide jurídica, constituem o fundamento de validade de todas as outras normas inferiores e, até certo ponto, determinam ou orientam o conteúdo material destas.[2]

Nesse diapasão, sendo norma proveniente do poder constituinte originário, todas as demais normas que advenham do exercício do poder constituinte derivado, dito de outro modo, do poder constituído, devem obediência à lei suprema. Ora, uma Constituição reveste-se

de rigidez, quando para alterá-la seja obrigatório e necessário um processo de modificação mais dificultoso do que o adotado para as leis infraconstitucionais.

Como consequência, avulta-se a supremacia constitucional, já que as normas fundamentais contidas na Carta Magna conferem validade a todas as demais normas que fazem parte do ordenamento jurídico de um país. Em outras palavras, todas as normas que se encontram abaixo das regras constitucionais devem se conformar às normas erigidas na Constituição, tanto formalmente, quanto materialmente. Nestes moldes, assevera José Afonso da Silva[3] que,

> A *rigidez constitucional* decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o *princípio da supremacia da Constituição* que, no dizer de Pinto Ferreira, 'é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político'. Significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. [destaque do autor].

A obediência formal se coaduna sob a perspectiva procedimental, ou seja, diz respeito ao processo de formação; abrangendo, inclusive, a competência para a elaboração da lei ou ato normativo.

Quanto a este parâmetro, elucida Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco[4] que,

> Outro modo de se conceituar a Constituição centra-se em um critério de forma, que também é devedor das postulações do constitucionalismo, no ponto em que enaltece os méritos da Constituição documentada, escrita como forma, não somente de melhor acesso aos seus comandos, como de estabilidade e racionalização do poder.
> A Constituição, em sentido formal, é o documento

> escrito e solene que positiva as normas jurídicas superiores da comunidade do Estado, elaboradas por um processo constituinte específico. São constitucionais, assim, as normas que aparecem no Texto Magno, que resultam das fontes do direito constitucional, independentemente do seu conteúdo. Em suma, participam do conceito da Constituição formal todas as normas que forem tidas pelo poder constituinte originário ou de reforma como normas constitucionais, situadas no ápice da hierarquia das normas jurídicas.

No que tange à conformação sob a ótica material, o que se observa é o respeito ao conteúdo, de modo que, qualquer tipo de afronta à determinação constitucional deve ser rechaçada com a declaração de sua inconstitucionalidade. Assim,

> Fala-se em Constituição no sentido substancial quando o critério definidor se atém ao conteúdo das normas examinadas. A Constituição será, assim, o conjunto de normas que instituem e fixam as competências dos principais órgãos do Estado, estabelecendo como serão dirigidos e por quem, além de disciplinar as interações e controles recíprocos entre tais órgãos. Compõem a Constituição também, sob esse ponto de vista, as normas que limitam a ação dos órgãos estatais, em benefício da preservação da esfera de autodeterminação dos indivíduos e grupos que se encontram sob a regência desse Estatuto Político. Essas normas garantem às pessoas uma posição fundamental ante o poder público (direitos fundamentais).[5]

Pressuposto de igual importância é a "instituição de, pelo menos, um órgão com competência para o exercício dessa atividade de controle"[6]. Órgão este com função jurisdicional ou política, na medida em que integre o Poder Judiciário, Legislativo ou Executivo.

Deste modo, analisados preliminarmente alguns pressupostos iniciais para incidência desta atividade de controle, mister transpor os conceitos

até então praticados pela doutrina em geral. Assim, quanto ao controle jurisdicional, há o controle concreto e abstrato de constitucionalidade. O primeiro ocorre no transcurso de uma demanda judicial qualquer, suscitada por meio de defesa, que visa resguardar o objeto principal da demanda. O segundo se realiza por via de ação, intentada perante tribunal competente, tendo como objeto principal a lei contestada propriamente dita.

Deveras, no controle concreto, difuso ou por via de exceção, constata-se que,

> Sem o caso concreto (a lide) e sem a provocação de uma das partes, não haverá intervenção judicial, cujo julgamento só se estende às partes em juízo. A sentença que liquida a controvérsia constitucional não conduz à anulação da lei, mas tão-somente à sua não-aplicação ao caso particular, objeto da demanda. É controle por via incidental.[7]

Em sentido diverso, no controle concentrado, abstrato ou por via de ação realiza-se uma investida direta na lei que, uma vez declarada inconstitucional, será retirada do ordenamento jurídico vigente. Neste sentido, assevera Michel Temer[8] que, "outra forma de controle é a via direta, na qual a norma, em tese, será questionada. Não há caso concreto, mas interpretação em abstrato."

Conclui Elival da Silva Ramos[9], a notória perspectiva do controle principal jurisdicional:

> O controle abstrato de normas, ainda que de natureza objetiva, configura exercício, mesmo atípico, da jurisdição [...]. Destarte, as principais características da atividade jurisdicional estão presentes na fiscalização abstrata, como é o caso da aplicação da lei, enquanto seu objetivo imediato, a inércia inicial e a definitividade das decisões.

Quanto ao controle político cumpre esclarecer que é exercido por órgão de controle distinto dos três poderes, responsável em garantir a supremacia da Constituição, comum em Portugal e Espanha, onde

são realizados, em regra, pelas Cortes ou Tribunais Constitucionais[10]. Muito embora possua semelhança no que tange a alguns fundamentos concernentes ao controle exercido pelo Poder Executivo e Legislativo, tal controle não é identificável no Brasil.

Sob uma das perspectivas referente às espécies de inconstitucionalidade vale destacar a que se verifica em virtude de ato comissivo ou por omissão. Verifica-se a inconstitucionalidade por ação ou por atuação quando as leis ou atos hierarquicamente inferiores se tornam incompatíveis com a Constituição. Em relação à inconstitucionalidade por omissão o que se observa é a falta de atividade legislativa na feitura das leis, ou, do administrador na complementação destas.

Insta salientar a mudança de paradigma referente ao controle por omissão, ante a inexistência, em geral, de previsão em muitas Cartas Fundamentais. De fato, não há argumento plausível que suprima sua importância, ainda que lastreada no possível desrespeito ao princípio da independência dos poderes. No entanto, a justificativa está no sistema de freios e contrapesos que exclui interpretação tendente a prejudicialidade à divisão dos poderes.

Neste sentido, elucidativas são as palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho[11], destacando que,

> [...] admite a doutrina haver também uma inconstitucionalidade por omissão, que se traduziria no descumprimento de norma constitucional não imediatamente exequível (ou seja, dependente de complementação), descumprimento este imputável ao Legislativo ou ao Executivo.
>
> .....
>
> Em vista do exposto, a inconstitucionalidade por omissão consistiria em o legislador ou o administrador não complementarem, por omissão ou inação, a norma não imediatamente exequível, descumprindo assim o mandamento constitucional.

Concluindo esta breve análise preliminar acerca do controle de constitucionalidade, importante para adentrar ao tema específico do

presente artigo, vale frisar a atividade de controle sob a ótica do momento de sua realização. Assim, de logo, destacam-se os controles prévio ou preventivo, e posterior ou repressivo, sendo este último ocorrente, segundo Canotilho[12], "na hipótese de o acto normativo ser um acto perfeito, pleno de eficácia jurídica, o controlo sobre ele exercido é um *controlo sucessivo ou a posteriori*." [grifo do autor].

Acerca do controle prévio ou preventivo, objeto do nosso artigo, observa-se que a lei ou ato normativo contestado que se sujeita à atividade de controle, ainda não detém eficácia no ordenamento jurídico, visto sujeitar-se ao controle antes da existência perfeita do ato, ocorrendo durante seu processo de elaboração.

Apesar de sua importância, o que se nota é uma escassa utilização, tanto política quanto juridicamente. Ora, em nosso país,

> [...] é praticado, em reduzidíssima escala, um controle preventivo da constitucionalidade, de natureza política, através dos pareceres das Comissões de Constituição e Justiça das Casas Legislativas, emitidos sobre os projetos de leis apresentados, bem assim pelos Chefes do Executivo das três esferas políticas da Federação (Presidentes, Governadores e Prefeitos), por meio do veto jurídico-constitucional aposto a projetos de leis, por motivo de inconstitucionalidade [...].
> [...] quanto à possibilidade de controle judicial preventivo de constitucionalidade, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem recusado o controle preventivo em sede abstrata e admitido, excepcionalmente, o controle preventivo *in concreto*, em face de mandado de segurança impetrado por parlamentar para a defesa de suas prerrogativas em decorrência de proposta inconstitucional de emenda à Constituição.[13] [grifo do autor].

Imperioso analisar o momento de controle acima referido, haja vista configurar-se em instrumento salutar de prevenção da inserção de normas inconstitucionais na ordem jurídica. De fato, muito embora, em princípio, o controle preventivo de constitucionalidade se caracterize

por ser eminentemente político, havendo a falsa impressão de redução de seu âmbito de aplicação, sua natureza jurisdicional é incontestável, nunca de forma abstrata, mas possível na defesa, em casos concretos, de prerrogativas dos parlamentares (devido processo legislativo constitucional).

Com efeito, diretrizes oriundas deste debate e sujeitas ao controle de constitucionalidade de normas, têm que ter como base de apoio que a

> Constituição estrutura a ação política organizando-a, guiando-a, limitando-a. Mas ela não regula a ponto de a política estar reduzida à mera execução de ordens constitucionais. Dentro da moldura constitucional, os órgãos políticos estão livres para fazer as escolhas que, de acordo com seu ponto de vista, o bem comum exige. A eleição decide qual dos pontos de vista em competição é o preferido pela sociedade e qual o grupo político deve, dessa forma, liderar as posições no Estado e executar seu programa político. A seu turno, as Cortes, especificamente as Cortes Constitucionais, são chamadas a controlar se os outros ramos de poder, ao definir, concretizar e implementar os objetivos políticos agiram de acordo com os princípios constitucionais e não ultrapassaram os limites constitucionais.[14]

2 O CONTROLE PREVENTIVO NO DIREITO COMPARADO

Ao adentrar numa análise do controle de constitucionalidade sob a ótica do direito comparado, cumpre estabelecer distinção marcante já assentada na doutrina concernente aos vários sistemas de controle. Duas vertentes, inicialmente estanques, são implantadas. Os sistemas filiados ao controle difuso de constitucionalidade e modelos fincados no controle concentrado.

O modelo associado ao controle difuso está interligado ao sistema norte-americano, também chamado de *judicial review*. No controle concentrado, encontram-se entrelaçados os ideais estabelecidos por Hans Kelsen, guardando raízes com o sistema alemão-austríaco.

Entretanto, importante destacar que essa diferenciação, outrora de

grande valia, assume hoje caracteres puramente didáticos. De fato, nos dias atuais, nota-se que grande parte dos países que exercem o controle de constitucionalidade adota sistema misto, compreendendo o controle efetivado de forma concreta e abstrata.

Ilustrando a conformação dos sistemas de controle no atual contexto, basta ressaltar o que ocorre no sistema americano. Neste, tradicionalmente, percebe-se a subjetividade de cada caso concreto, muito embora, cada vez mais, haja o recurso ao interesse público para conferir ao processo constitucional de controle natureza fortemente objetiva.

Destacando esta característica hodiernamente percebida, arrematam Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes[15]:

> A despeito das diferenças notórias entre os sistemas difuso e concentrado e da diversidade das inspirações filosóficas que lhes dão base, afigura-se cada vez mais inequívoco que os modelos americano e europeu apresentam hoje mais afinidades do que se poderia imaginar a partir de uma análise perfunctória.

Analisar-se-á, primeiramente, o sistema norte-americano. Observa-se que, dentre os que serão aqui destacados, é o que mais assume roupagem discrepante de um controle realizado preventivamente. Ora, os Estados Unidos da América elaboraram um sistema de controle de validade das leis confiado ao Poder Judiciário e com caráter eminentemente judicial.

Sistema que, historicamente, já fixava a tradição de subordinar todas as normas legislativas à Constituição, porém, tendo como marco histórico o ano de 1803, quando se firmou a ideia de um Poder Judiciário como a autoridade suprema para interpretar a Constituição e as leis.

Não sendo de restrita expansão, o sistema americano sempre deteve contundente espaço de abrangência, enfatizando Carlos Roberto de Alckmin Dutra[16]:

> O sistema de controle estadunidense teve grande repercussão e foi incorporado ao ordenamento jurídico de diversos outros países. CAPPELLETTI informa que esse modelo foi implantado, sobretudo,

> em muitas ex-colônias inglesas, como o Canadá, a Austrália e a Índia, mas também em outras partes, como no Japão, na Suíça, na Noruega, na Dinamarca, na Suécia, bem como na Alemanha, durante a Constituição de Weimar, e na Itália, de 1948 a 1956.
> Como se sabe, foi, igualmente, adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, em 1890, após a proclamação da República, e é, também, o sistema tradicional português, introduzido na Constituição de 1911 (art. 63º), por influência da Constituição brasileira de 1891 (arts. 207 e 280).

Momento histórico amparado em questões políticas que teve início quando da nomeação, confirmada pelo Senado, de William Marbury para o cargo de Juiz de Paz do Distrito de Colúmbia, pelo então Presidente John Adams.

Já com Thomas Jefferson como novo Presidente, tendo como Secretário de Estado James Madison, foi retida a nomeação de William Marbury, conquanto tivesse o ato de nomeação respeitado todas as formalidades legais. Foi quando Marbury, através de um *mandamus* contra Madison, requerido junto à Suprema Corte americana, sustentou o seu direito de assumir o cargo.

Em meio ao exame realizado pelo *Chief Justice* Jonh Marshall acerca do direito ou não de assumir o cargo; qual o remédio constitucional a que teria direito; se a Suprema Corte poderia se manifestar sobre o caso em questão, entre outros pontos de realce, o que importa frisar é que,

> A decisão de MARSHALL representou a consagração não só da supremacia da Constituição em face de todas as demais normas jurídicas, como também do poder e dever dos juízes de negar aplicação às leis contrárias à Constituição. Considerou-se que a interpretação das leis era uma atividade específica dos juízes, e que entre essas figurava a lei constitucional, como a lei suprema, de tal modo que, em caso de conflito entre duas leis a aplicar a um caso concreto, o juiz deve aplicar a lei constitucional e rejeitar, não a aplicando, a lei

inferior.[17]

E neste sentido, rememorando com minúcias todo o caminho percorrido no presente caso, Raul Machado Horta[18] arremata:

> O caso Marbury v. Madison, de 1803, favoreceu, finalmente, os desígnios de Marshall. Tratava-se de assunto de pequena importância, com origem na recusa dos republicanos de Jefferson de empossar modestos juízes de paz nomeados pelos Federalistas de Adams. É conhecido o episódio histórico. Adams, nos últimos instantes de seu mandato presidencial, nomeou algumas dezenas de juízes de paz. No açodamento das providências finais, que antecederam à transmissão do cargo a Jefferson, eleito por partido adverso, o Secretário competente, na época o próprio Marshall, esqueceu-se, ou não teve tempo de providenciar o expediente necessário, deixando na mesa de trabalho os atos de nomeação. Ali os foi encontrar o Secretário Madison, sucessor de Marshall. Inteirado dos fatos, Jefferson ordenou que se expedissem apenas 25 atos, inutilizando os demais. Entre os prejudicados, figuravam Marbury e os três companheiros que recorreram à Suprema Corte, em 1801 (William Marbury, Denis Ramsay, Robert Townsend Hooe e William Harper), pleiteando um *writ of mandamus* contra o Secretário Madison, para empossá-los nos cargos. Marshall admitiu a justiça da pretensão. Preocupava-o, entretanto, a resistência do Executivo à decisão favorável da Suprema Corte. O caso, que não envolvia interesse material de monta, colocou mais à vontade o 'Chief Justice' para firmar decisão de profundas consequências políticas. **Entrando no exame do caso, Marshall invoca a inconstitucionalidade do artigo 13, da lei de 1.790, no qual se basearam os recorrentes; artigo esse que deferia à Suprema Corte a faculdade de expedir, diretamente, *writ of mandamus*, em desacordo com o artigo**

> **III, seção II, do texto constitucional, que lhe conferiu, em princípio, jurisdição de apelação, contemplando expressa e excepcionalmente os casos de jurisdição ordinária. Inicialmente, os interessados deveriam postular seu direito perante uma das Cortes de Distrito, para, em grau de recurso, se cabível, submeter o caso à apreciação da Suprema Corte.** Lançado o princípio, Marshall realiza uma retirada estratégica, no bom sentido militar, invocando a incompetência da Corte Suprema para decidir o caso concreto. Obra de arte política, a sentença reconhecia o princípio do controle judiciário da constitucionalidade das leis, sem conferir efeitos práticos imediatos à declaração de inconstitucionalidade. O que interessava fundamentalmente a Marshall era aquele reconhecimento, que servia a dois objetivos de longo alcance: o de neutralizar possível reação desfavorável do Governo federal e firmar valioso precedente jurisprudencial para impedir, se necessário, as transformações esperadas em virtude dos resultados do pleito de 1801. A eleição de Jefferson e da maioria republicana do Congresso equivaliam, no entender dos federalistas, a uma ampla delegação popular aos eleitos, para substituir o postulado federalista da supremacia do governo federal pelo postulado republicano da soberania dos Estados, agitado na campanha presidencial com os acenos aos 'State rights'. [sem o grifo no original].

Por todo o exposto, nota-se que o caminho percorrido pelo controle de constitucionalidade nos Estados Unidos, com ênfase no *judicial review*, não permitiu o desenvolvimento de um controle realizado de forma prévia, por corolário, não denotando a existência de caracteres políticos inerentes a esta forma de controle.

Desta maneira, impende ressaltar o não ajuste de uma fiscalização preventiva com o que estabelece a própria Carta Fundamental americana, tendo em vista estabelecer que o Poder Judiciário tenha jurisdição sobre todas as causas de direito e equidade levantadas sob o domínio

da Constituição.

No modelo francês, onde há o Conselho Constitucional, órgão com atribuições de cunho jurisdicional, muito embora, pelo modo de designação e composição, se constitua como de caráter marcadamente político[19], nota-se o controle da constitucionalidade no decorrer do processo legislativo.

Sistema eminentemente político que deita suas raízes na história política francesa, evitando-se o controle judicial. De fato, a história francesa nos mostra que o Poder Judiciário, no período anterior à Revolução Francesa, se posicionava como mero implemento para o alcance dos interesses do poder soberano, sujeitando-se ao absolutismo.

De outro lado, observa-se neste sistema visão tradicional acerca da separação absoluta de poderes, no qual não se permite o controle judicial das leis. Assim, procura-se evitar uma possível interferência judicial na atividade legislativa.

Desta forma, sob a égide da vigente Constituição Francesa de 4 de outubro de 1958, foi estabelecido um órgão político (*Conseil Constitutionnel*), fincado como o único para fiscalizar a constitucionalidade das leis. É composto por nove membros com mandato de nove anos, não sendo permitida recondução.

Analisando preventivamente a constitucionalidade das leis, se estas não passassem pelo crivo do Conselho não haveria outra oportunidade para fazê-lo. Circunstância não mais presente, pois com a reforma de 2008, convivem o controle prévio e o repressivo.

Assim, destaca Dirley da Cunha Júnior[20]:

> A Constituição Francesa de 1958 atribuiu ao Conselho Constitucional, na sua versão primária, o controle exclusivamente *preventivo* de constitucionalidade das leis. Isto significava que, uma vez aprovada e promulgada a lei, não era mais possível fiscalizá-la em face da Constituição.
>
> .....
>
> [...] por força da reforma constitucional de 23 de julho de 2008 possibilitou-se um controle *repressivo* de constitucionalidade das leis [...].

Inobstante a reforma empreendida, o controle preventivo ainda guarda sua importância para o sistema francês, realizando-se em três momentos, como bem pondera João Paulo Castiglioni Helal[21]:

> [...] o Conselho Constitucional passou a poder realizar o controle da constitucionalidade das leis em três comenos: a) na discussão da lei no Parlamento, por meio de suscitação do Governo (art. 41); b) após a votação da lei, mas antes da sua promulgação, mediante pronunciamento do Conselho Constitucional (art. 61); e c) após a promulgação da lei, mediante manifestação do Conselho Constitucional (art. 37).

Constituindo-se como uma fase do processo de formação das leis, integra um controle obrigatório e um controle facultativo. Quando se tratar de leis orgânicas e de regulamentos das Casas do Parlamento estar-se-á diante do controle preventivo obrigatório. Já em relação às demais leis ou compromissos internacionais incidirá o controle preventivo facultativo.

No controle obrigatório o *Conseil Constitutionnel* deve exercer a fiscalização independentemente de qualquer provocação, exigindo-se esta no controle facultativo, por iniciativa do Presidente da República, do Primeiro-Ministro, do Presidente da Assembleia Nacional, do Presidente do Senado, ou por iniciativa de 60 deputados ou 60 senadores.

Em suma, é como sintetiza a Ministra Rosa Weber[22]:

> No modelo preventivo de controle de constitucionalidade praticado na França desde 1958, a guarda da Constituição é exercida por um órgão – o *Conseil Constitutionnel* – de feição marcadamente política, pois diretamente vinculado ao Poder Legislativo. No singular modelo francês, de fato, a guarda da Constituição foi confiada a instituição outra que não o Poder Judiciário: trata-se de mecanismo de controle de constitucionalidade que não ostenta natureza jurisdicional. Mesmo em tal modelo, impende

> destacar que somente após "exauridas todas as fases do Processo Legislativo, o projeto de lei pode ser encaminhado ou não ao Conselho Constitucional para receber manifestações sobre sua possível constitucionalidade". Vale ressaltar, ainda, que desde 2008, com a promulgação da Lei de Reforma Constitucional nº 724, o *Conseil Constitutionnel* incorporou às suas atribuições o exercício do controle abstrato de constitucionalidade repressivo (*a posteriori*), aproximando, assim, o modelo francês do praticado nas demais democracias europeias.

Com isso, se torna patente a importância do modelo francês para o estudo do controle preventivo de constitucionalidade, não se permitindo a promulgação nem a entrada em vigor de lei declarada inconstitucional pelo Conselho Constitucional. Assim, vale transcrever o que determina o art. 62 da Constituição francesa de 1958:

> Art. 62. Une disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être promulguée ni mise en application. Les decisions du Conseil Constitutionnel ne sont susceptible d' aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administrative et juridictionnelles.[23]

No sistema austríaco-alemão se nota o modelo da jurisdição concentrada, consagrada pela Constituição austríaca de 1920-1929. Não se pode olvidar que o controle de constitucionalidade na Áustria se baseou pela não prevalência do princípio da supremacia do Parlamento, cabendo a uma instância judiciária a resolução de conflitos deste jaez. No contexto alemão se faz presente a Lei Fundamental de 1949, instituída para a República Federal da Alemanha, também conhecida por Alemanha Ocidental, no pós-guerra.

No que concerne à fiscalização preventiva, o modelo austríaco, através da Corte Constitucional, pode analisar se determinado ato concreto de soberania é da competência da União ou dos Estados, em casos de projetos que não tenham sido convertidos em lei.

No modelo alemão, em regra, não se encontra instrumento que ateste

a incidência de um controle preventivo de constitucionalidade, salvo, em casos de leis que aprovam tratados internacionais. Hipótese em que passa a ser permitido o controle de constitucionalidade antes do encerramento do processo legislativo.

No que tange ao sistema germânico de jurisdição constitucional, registra brilhantemente Gilmar Ferreira Mendes[24] que,

> O Bundesverfassungsgericht considera que o controle de normas pressupõe a existência de ato legislativo formal, afigurando-se incompatível, por isso, com qualquer modalidade ou mecanismo de índole preventiva. Dessarte, antes da publicação da norma, não há que se cuidar de controle de constitucionalidade.

Vale destacar, a título meramente exemplificativo, algumas características gerais do sistema europeu, a saber:

> (i) as Cortes Constitucionais não pertencem à estrutura do Poder Judiciário; (ii) a legitimidade para propor a ação de verificação de constitucionalidade recai sobre entes ou autoridades públicas, Tribunais ou indivíduos; (iii) a fiscalização de constitucionalidade é realizada de forma concentrada (abstrata ou concreta), atribuindo-se a um único órgão a competência para o conhecimento da ação ou do incidente de inconstitucionalidade; (iv) a arguição da inconstitucionalidade pode ser realizada tanto por meio da ação direta como através de um recurso constitucional ou pela via incidental; (v) a ação direta, os recursos constitucionais e os incidentes têm por objeto a própria verificação da constitucionalidade do ato normativo; (vi) a ação direta possui procedimento especial, com regras próprias e, eventualmente, distintas dos demais procedimentos processuais; (vii) a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem caráter desconstitutivo (constitutivo negativo) e não declaratório [...].[25]

3 CONTROLE PREVENTIVO JUDICIAL NA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O controle de constitucionalidade preventivo, nesta esfera contemporânea, é admitido jurisprudencialmente, através de casos em que haja violações de regras constitucionais no trâmite do processo legislativo. Vale ressaltar, porém, que não se trata de controle preventivo em abstrato, inexistente no ordenamento jurídico pátrio, mas sim, controle em concreto, por via de exceção.

O presente controle guarda relações intrínsecas com o Poder Legislativo. De fato, o juízo de inconstitucionalidade é feito, em um primeiro momento, pelos parlamentares que, posteriormente, se dirigem ao Judiciário pugnando pela existência ou não de inconstitucionalidade.

Firmadas estas linhas introdutórias, cumpre asseverar que estamos a discutir a jurisdição constitucional dentro dos limites que lhe são impostos pelo constituinte originário. Isso significa dizer, em outras palavras, que é patente a importância da dualidade e/ou pluralidade de opiniões, debates, contra-argumentos, efetivando sistema de freios e contrapesos que, de antemão, beneficia a democracia. De fato,

> [...] deve-se reconhecer o importante papel do Judiciário na garantia da Constituição, especialmente dos direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia. Mas, de outro, cumpre também valorizar o constitucionalismo que se expressa fora das cortes judiciais, em fóruns como os parlamentos e nas reivindicações da sociedade civil que vêm à tona no espaço público informal.[26]

Através do Mandado de Segurança a ser impetrado pelo parlamentar (único legitimado ativo para a impetração do *writ*) da Casa onde tramita o projeto de lei a ser examinado, se busca a garantia do devido processo legislativo alçado ao patamar de direito público subjetivo pertencente aos membros do Legislativo.

Assim, na doutrina de Pedro Lenza[27]:

> [...] a única hipótese de controle preventivo a ser realizado pelo Judiciário sobre projeto de lei em trâmite na Casa Legislativa é para garantir ao parlamentar o **devido processo legislativo**, vedando a sua participação em procedimento **desconforme com as regras da Constituição**.
> .....
> Portanto, o **direito público subjetivo** de participar de um processo legislativo hígido (**devido processo legislativo**) pertence somente aos **membros do Poder Legislativo**. [grifo do autor].

Em outras palavras, significa dizer que há o claro direito líquido e certo do parlamentar em se ver participando de um processo legislativo constitucional congruente com as regras constitucionalmente estabelecidas. Nestes termos, arremata Barroso[28]:

> O Supremo Tribunal Federal tem conhecido de mandados de segurança, requeridos por parlamentares, contra o simples processamento de propostas de emenda à Constituição cujo conteúdo viole alguma das cláusulas pétreas do art. 60, § 4º. Em mais de um precedente, a Corte reconheceu a possibilidade de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade de propostas de emenda à Constituição que veicularem matéria vedada ao poder reformador do Congresso Nacional.

Nas palavras de Cunha Júnior[29], no caso do controle preventivo *in concreto*,

> [...] o STF tem admitido o cabimento do mandado de segurança quando a vedação constitucional se dirigir ao próprio processamento da lei (art. 57, § 7º e art. 67), ou da emenda (art. 60, §§ 4º e 5º), vedando a sua apresentação na primeira hipótese e a sua deliberação na segunda hipótese. A inconstitucionalidade, diz o Supremo, já existe antes de o projeto ou de a proposta se

> transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita a Constituição.

Nesse diapasão, demonstrando a visão restritiva na utilização do *writ*, vale ressaltar que o aludido remédio constitucional não é cabível para confrontar lei em tese, obstáculo já fixado pela Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal.

Com isso, surgem questões que levam a certo dissenso no que tange ao controle provocado pelo parlamentar. Uma delas, acerca da legitimidade ativa para impetração deste remédio.

Já afirmou o Ministro Luiz Fux[30]:

> É cediço que o parlamentar, fundado na sua condição de copartícipe do procedimento de formação das normas estatais, dispõe, por tal razão, da prerrogativa irrecusável de impugnar, em juízo, o eventual descumprimento, pela Casa legislativa, das cláusulas constitucionais que lhe condicionam, no domínio material ou no plano formal, a atividade de positivação dos atos normativos.

Prevalece o entendimento de ser o parlamentar o único legitimado, apesar de posicionamento em contrário que sustenta a não restrição, hipótese em que deveria ser estendida a todos os cidadãos.

O entendimento aqui esposado é no sentido de não aceitar como cabível essa extensão, em virtude do direito líquido e certo (considerado como manifesto na sua existência e rigorosamente delimitado na sua extensão) abranger somente o parlamentar em exercício.

O que temos aqui é uma noção vaga do que significa, em todos os seus termos, o aludido direito líquido e certo. Não é de hoje as controvérsias trazidas acerca desta temática, merecendo destaque o acertado arremate, a saber:

> Trata-se de noção bastante controvertida, havendo alguns autores que entendem que o *fato* sobre o qual se funda o direito é que pode ser líquido e certo, e não o direito em si, este sempre líquido e certo quando existente.

> Domina, porém, o entendimento de que direito líquido e certo é aquele que pode ser *comprovado de plano*, ou seja, aquela situação que permite ao autor da ação exibir desde logo os elementos de prova que conduzam à certeza e à liquidez dos fatos que amparam o direito. Se o impetrante não tem esses elementos logo no início do mandado de segurança, não pode valer-se do instrumento, mas sim das ações comuns. Não obstante, nada impede seja concedida a segurança quando há controvérsia sobre matéria de direito, como já consagrou a jurisprudência. É que nesse caso a matéria de direito suplanta a matéria de fato, propiciando ao juiz, desde logo, identificar e reconhecer o direito ofendido.[31] [grifos do autor].

Entretanto, não merece desprezo este argumento, na medida em que traz a lume a participação de todos os cidadãos no processo de interpretação constitucional, não merecendo assim, ausência de importante destaque trazido por Patrícia Cobianchi Figueiredo e Zélia Cardoso Montal[32] que,

> [...] não se trata de um vício qualquer, mas o da inconstitucionalidade, ou seja, ofensa aos comandos da Lei Maior vista como garantia a todos os cidadãos. Bem por isso a interpretação constitucional não cabe tão-somente aos seus intérpretes oficiais, mas, sobretudo, aos intérpretes cidadãos no reconhecimento de seus direitos.

Entretanto, a beleza teórico-valorativa destes argumentos ampliativos, oriundos da ideia de soberania popular que permite a alteração da Constituição, por decisão do povo e/ou cidadãos, esbarra na consequência inelutável do surgimento de instabilidade profunda da Carta Fundamental, em detrimento de todo o arcabouço de segurança formal estabelecido para eventuais mudanças empreendidas pelo constituinte reformador.

Vale ressaltar, ainda, a perda da legitimidade ativa *ad causam* do *mandamus*. Ocorre que, o parlamentar que vier a impetrar o mandado de segurança e, posteriormente, perder sua condição de parlamentar, ou

se houver a superveniência da aprovação parlamentar do projeto de lei ou da proposta de emenda à Constituição, obstaculiza-se o prosseguimento da ação mandamental quando ainda não resolvido o litígio.

Deveras, o que legitima a impetração do *writ* e o seu devido prosseguimento legal, seja no Colendo Supremo Tribunal Federal (em casos de parlamentares federais) ou em âmbitos estaduais e municipais (em consonância à autonomia, isonomia dos entes federativos e princípio da simetria), é a atualidade do exercício do mandato parlamentar e um processo de elaboração de lei ou emenda em curso.

3.2 PARÂMETROS DE CONTROLE

A discussão acerca dos limites delimitados para incidência deste controle prévio suscita, por vezes, em profundas controvérsias. Em uma leitura sistemática da nossa Carta Magna, podemos afirmar que tal fiscalização preventiva incide tão somente quando tratar-se de Proposta de Emenda à Constituição (PEC), em casos de manifesta ofensa à cláusula pétrea, e/ou Projeto de Lei ou de PEC que na própria tramitação se mostrar ofensiva a alguma das cláusulas constitucionais concernentes ao processo legislativo?

Esta pergunta merece cuidado e atenção na tentativa de chegar-se a uma resposta. Em verdade, toda e qualquer interpretação jurídica que seja levada por paixão e/ou emoção, ou até mesmo a que tenha como pretensão única estender o sentido de uma norma expressa, resulta em derradeiro trauma na diuturna estabilidade que se exige de nossa ordem jurídica.

Estabilidade exigida e amparada no respeito mútuo entre os três Poderes da República, pois, independência e harmonia se interligam no exercício reiterado das atribuições de cada um deles, resguardando plenamente todos os mecanismos existentes em nossa ordem jurídica de *check and counterchecks*, como também, de separação de poderes.

Neste sentido o Ministro Joaquim Barbosa, em Plenário da mais alta Corte, traz uma descontraída e interessante ponderação, a saber:

> James Madison deve estar se contorcendo no túmulo, porque é simplesmente bizantina essa discussão. Ele, que foi um dos grandes formuladores da teoria da separação dos Poderes, disse com

> clareza absoluta: separação de Poderes não cuida apenas de separação entre órgãos, mas também de separação intraórgãos, ou seja, cuida da existência de controles externos e internos, endógenos e exógenos.[33]

O que não se pode perder de vista é que, em um país democrático regido pela ditadura única e exclusiva da lei geral, imparcial e justa, corporifica-se todo um encadeamento de opiniões, expressões de modo geral, calcadas na saudável diversidade de interpretações e posições jurídicas. São essas ideias que devem circundar a presente abordagem.

De fato, seguindo as diretrizes da pirâmide jurídica, a Constituição da República irradia suas normas, valores e convicções supremas por toda a ordem jurídica em vigor. No processo de compreensão da norma suprema insculpida na Carta, não é consentâneo com a sistematicidade e lógica analisá-la por um viés hermético.

Com estas linhas básicas se descortina as questões de fundo. Com efeito, é sabido que o controle preventivo de constitucionalidade, manejado por intermédio de mandado de segurança por parlamentar é situação admitida na jurisprudência do STF. Porém, essa admissão diverge em alguns dos pontos primordiais para o resguardo da supremacia constitucional.

Assim, observam-se algumas posições bastante restritivas quanto à interpretação literal do art. 60, § 4º da CF/88, tais como a esposada pelo ilustre Ministro Teori Zavascki, quando afirma:

> Justifica-se essa cláusula limitadora, que não existe para projetos de leis, não apenas porque se trata de proposta de norma com suprema hierarquia no ordenamento jurídico, mas sobretudo porque, ao contrário das outras espécies normativas – cuja aprovação está subordinada a uma segunda instância de Poder, a do Executivo, que poderá vetá-las –, a proposta de emenda constitucional é aprovada por deliberação de instância única, apenas a do Poder Constituinte reformador, de que se investe, com exclusividade, o Congresso Nacional.[34]

Ora, vale ressaltar que se está a tratar de controle realizado pelo Judiciário, com base na gravidade da lesão que se pode notar em uma ordem jurídica. Desse modo, não se pode olvidar, que a lesão perpetrada às cláusulas pétreas pode ser colocada em prática não apenas por propostas de emendas constitucionais, mas também mediante a utilização de projetos de lei.

Ademais, não é despiciendo o destaque sob o ponto de vista que traz à lume incongruência existente em se admitir o *mandamus* prévio em face de proposta de emenda constitucional, e não o fazer igualmente em face de projetos de lei que violam cláusulas pétreas.

É de se questionar inclusive, com a devida vênia aos que entendem de modo diverso, se adotada tão somente a permissão de controle prévio material quanto às propostas de emendas à Constituição, em que medida não se estaria diante de fraude à constituição, na medida em que o Poder Legislativo, através de legislador ordinário, subverte os limites materiais impostos ao Poder Constituinte Derivado?

Deveras, a reforma em seu sentido jurídico mais amplo, no qual abarca tanto a reforma constitucional, quanto a legislativa propriamente dita, é meio extremamente salutar de trazer o Estado para a órbita da constante mutabilidade social a fim de adequar o seu papel a todos os desafios que surgem em um mundo globalizado.

Entretanto, tais reformas, não podem jamais perder de vista caracteres tão caros para uma Carta Fundamental ainda recente em sua vigência, como se afigura a Carta Republicana de 1988. De modo que, o que se está a afirmar é a incidência de renovação, muito embora não se permitindo desmascarar a identidade e estabilidade de institutos e princípios constitucionais criados e construídos como reflexo histórico da sociedade brasileira, que ultrapassou a duras penas ordem constitucional ditatorial anterior.

É nesse sentido que, firme na compreensão acima delineada, merece transcrição literal as coerentes e abalizadas palavras do Ministro Gilmar Mendes, a saber:

> (...) ante a clareza do texto constitucional e a firmeza da jurisprudência da Corte sobre o tema, não há como admitir a tese de que o mandado de segurança, nesses casos, só deve ser conhecido nas hipóteses de existência de vício formal no processo

> legislativo.
> É que o texto constitucional requer a análise do mérito da proposição legislativa para que se possa aferir eventual violação ao seu art. 60, § 4º. E essa é a orientação pacífica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Nesses casos, portanto, a inconstitucionalidade já existiria, como afirmado, antes mesmo de o projeto ou a proposta se transformar ou em lei ou em emenda constitucional, porque o processamento, por si só, já desrespeitaria, frontalmente, a própria Constituição.
> E dizer que essa jurisprudência da Corte apenas se aplica às PECs, e não aos PLs, não revela apenas desconhecimento, mas também uma interpretação incongruente e desarrazoada. Evidentemente, é mais fácil fraudar o núcleo essencial da Constituição, condensado nas cláusulas pétreas, mediante a aprovação de projetos de lei, do que por meio de emendas constitucionais, cujo processo de aprovação é mais dificultoso.
> Desse modo, reitere-se, não admitir mandado de segurança em face de projeto de lei violador de cláusulas pétreas significaria permitir uma completa inversão de valores e de hierarquia, concedendo ao legislador ordinário prerrogativa que a Constituição vedou ao seu próprio Poder de Reforma.[35]

Deveras, não se pode confundir conceitos e ideias sem analisar a fundo todas as intrincadas questões que se descortinam no sistema de controle de constitucionalidade de normas. Nesse toar, é preciso destacar o papel da jurisdição constitucional na ordem jurídica brasileira, de modo que, a crítica ao conhecido ativismo judicial se apequena diante das complexas considerações das democracias contemporâneas.

Isto se deve notadamente em razão da força normativa da Constituição, amparada pelo neoconstitucionalismo, um dos maiores instrumentos de resguardo do Estado Constitucional de Direito, pois,

> O *neoconstitucionalismo* representa o constitucionalismo atual, contemporâneo, que emergiu como uma reação às atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, e tem ensejado um conjunto de transformações responsável pela definição de um novo direito constitucional, fundado na dignidade da pessoa humana. O *neoconstitucionalismo* destaca-se, nesse contexto, como uma nova teoria jurídica a justificar a mudança de paradigma, de *Estado Legislativo de Direito*, para *Estado Constitucional de Direito*, consolidando a passagem da Lei e do princípio da Legalidade para a *periferia* do sistema jurídico e o trânsito da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o *centro* de todo o sistema, em face do reconhecimento da *força normativa da Constituição*, com eficácia jurídica vinculante e obrigatória, dotada de supremacia material e intensa carga valorativa.[36] [destaque no original].

Ora, não se podem separar por completo as questões políticas assentes na sociedade como um todo, com a possibilidade de fiscalização e/ou controle do Poder Judiciário. Acerca destes limites e considerações merece a conclusão de Luís Roberto Barroso, quando pondera:

> No Brasil, como assinalado, a judicialização decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz europeia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. Nesse segundo caso, a validade constitucional de leis e atos normativos é discutida em tese, perante o Supremo Tribunal Federal, fora de uma situação concreta de litígio. Essa fórmula foi maximizada no sistema brasileiro pela admissão de uma variedade de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo direito

> de propositura. Nesse contexto, a judicialização, constitui um *fato* inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial.[37] [grifo do autor].

4 JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Inúmeras são as decisões nas quais o Egrégio Supremo Tribunal Federal se manifestou acerca da matéria concernente ao controle preventivo de constitucionalidade. Deste modo, deve ser aqui perquirida a análise meramente exemplificativa, destacando alguns julgados importantes da Suprema Corte para fixar o entendimento exposto, consolidando a jurisprudência aplicada à matéria.

Como já dito, no ordenamento jurídico brasileiro não há previsão de controle preventivo em abstrato da constitucionalidade de normas. E neste sentido, já se pronunciou o STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 466[38], que impugnava, em tese, mera proposta de emenda à Constituição.

A aludida proposta de emenda visava instituir a pena de morte nos casos de roubo, sequestro e estupro, seguidos de morte, em clara afronta à limitação material explícita definida no art. 60, § 4º da Constituição da República. Assim, o art. 5º, inciso XLVII, alínea "a", da Carta Fundamental, passaria a ter a seguinte redação:

> Art. 5º. [...]
> XLVII – não haverá penas:
> de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX e nos de roubo, sequestro ou estupro, seguidos de morte, assegurando a lei ao condenado à pena capital a mais ampla defesa e atribuindo efeito suspensivo aos recursos interpostos para todas as instâncias judiciárias e ao pedido de clemência ao Presidente da República.

No brilhante voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, no qual destaca a impossibilidade da fiscalização abstrata preventiva de proposições normativas pela Suprema Corte, pondera que,

> Atos normativos 'in fieri', ainda em fase de formação, com tramitação procedimental não concluída, não ensejam e nem dão margem ao controle concentrado ou em tese de constitucionalidade, que supõe – ressalvadas as situações configuradoras de omissão juridicamente relevante – a existência de espécies normativas definitivas, perfeitas e acabadas. Ao contrário do ato normativo – que existe e que pode dispor de eficácia jurídica imediata, constituindo, por isso mesmo, uma realidade inovadora da ordem positiva -, a mera proposição legislativa nada mais encerra do que simples proposta de direito novo, a ser submetida à apreciação do órgão competente, para que, de sua eventual aprovação, possa derivar, então, a sua introdução formal no universo jurídico.

Assim, destaca-se a ementa concernente à referida ADIn:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL – INSTITUIÇÃO DA PENA DE MORTE MEDIANTE PRÉVIA CONSULTA PLEBISCITÁRIA – LIMITAÇÃO MATERIAL EXPLÍCITA DO PODER REFORMADOR DO CONGRESSO NACIONAL (ART. 60, § 4º, IV) – INEXISTÊNCIA DE CONTROLE PREVENTIVO ABSTRATO (EM TESE) NO DIREITO BRASILEIRO – AUSÊNCIA DE ATO NORMATIVO – NÃO-CONHECIMENTO DA AÇÃO DIRETA.

Por conseguinte, no ordenamento jurídico, para que se verifique julgamento em controle abstrato de constitucionalidade tornar-se-á necessária presença de lei ou ato normativo já em vigor, de competência originária do Supremo Tribunal Federal, já que,

> Esse controle é exercido nos moldes preconizados por Hans Kelsen para o Tribunal Constitucional austríaco e adotados, posteriormente, pelo Tribunal Constitucional alemão, espanhol, italiano e português, competindo ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.[39]

Além do requisito acima, importa destacar outro, de igual importância, referente ao caráter geral e abstrato da lei ou ato que dá ensejo à impugnação pela via do controle de constitucionalidade. Em verdade, a impessoalidade da medida objeto de fiscalização reflete sobremaneira os caracteres de processo objetivo que se instala.

Com efeito, como bem destaca Dirley da Cunha Júnior[40]:

> [...] embora a Constituição Federal se refira somente à *normatividade* dos atos do poder público, nada mencionando a respeito das leis (se de efeitos abstratos ou concretos), a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vinha considerando que os atos do poder público – para se submeterem à fiscalização pela via da ação direta de inconstitucionalidade por ação e da ação declaratória de constitucionalidade – devem ter, necessariamente, caráter genérico, abstrato e impessoal, *pouco importando se veiculados por lei ou por outro instrumento qualquer*. [grifo do autor].

No que tange à legitimidade para a impetração do *writ*, já se manifestou o STF, analisando, inclusive, a possibilidade da perda superveniente desta, capaz de fixar óbice para o prosseguimento do processo do remédio constitucional.

A jurisprudência desta Corte consolidou o entendimento, no sentido de não reconhecer ao particular a legitimidade para impetrar Mandado de Segurança visando questionar a validade de proposta de emenda à Constituição, quando ainda em tramitação no Congresso Nacional.

Nestes termos, contempla-se o Mandado de Segurança nº 23.565[41], no qual se notou a utilização indevida do *writ* mandamental por servidor

público. Asseverando o ilustre Ministro Relator que,

> Terceiros, ainda que invocando a sua potencial condição de destinatários da futura lei ou emenda à Constituição, não dispõem do direito público subjetivo de supervisionar a elaboração dos atos legislativos, sob pena de indevida transformação, em controle preventivo de constitucionalidade em abstrato – inexistente no sistema constitucional brasileiro.

O aresto antes destacado pode ser resumido por meio da seguinte ementa:

> PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO. CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE (CF, ART. 60, § 4º). MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MEMBRO DO CONGRESSO NACIONAL. WRIT MANDAMENTAL UTILIZADO POR SERVIDOR PÚBLICO. FALTA DE QUALIDADE PARA AGIR. MANDADO DE SEGURANÇA NÃO CONHECIDO.

De fato, o que delimita a questão da legitimidade para impetração do referido remédio constitucional é a pretensão afirmada no processo que vise assegurar o direito objeto do ato. De modo que, verificando-se que o parlamentar é quem detém a titularidade para participar de um processo legislativo constitucional hígido, não caberá estender aos cidadãos esta prerrogativa. Realmente, verifica-se que,

> [...] quando alguém vai à justiça, levanta uma pretensão, que é uma afirmação de ser titular do direito violado ou ameaçado, pedindo para ele a proteção jurisdicional do Estado.
> É em função dessa pretensão, contida na inicial, que o processo se instaura, desenvolve e, sobre ela, é que incide o provimento jurisdicional.[42]

Não se pode olvidar, de igual forma, da perda superveniente do objeto

ou da legitimidade, incidente nos casos em que a proposição normativa vem a transformar-se em lei ou converter-se em emenda à Constituição, como também, na perda da condição de parlamentar pelo impetrante. Pontos que serão adiante explicitados.

No que diz respeito à transformação em lei ou conversão em emenda constitucional de proposições normativas, vale trazer à baila o posicionamento do STF exposto no Mandado de Segurança nº 22.487[43].

Nesta oportunidade ficou consolidado posicionamento aqui abrigado em todos os seus termos. Assim, foi firmada a prejudicialidade do Mandado de Segurança em virtude de modificação da situação jurídica no curso do processo, com a posterior aprovação do projeto, já se encontrando em vigor. Eis o julgado:

> PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO. IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA POR PARLAMENTARES. POSSIBILIDADE. DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO À CORRETA FORMAÇÃO DAS ESPÉCIES NORMATIVAS. APROVAÇÃO DA PROPOSTA DE EMENDA PELO CONGRESSO NACIONAL. HIPÓTESE CARACTERIZADORA DE PERDA SUPERVENIENTE DA LEGITIMIDADE ATIVA PARA O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO MANDAMENTAL. PROCESSO EXTINTO, SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - embora reconheça, ao membro do Congresso Nacional, qualidade para fazer instaurar o controle jurisdicional pertinente ao processo de elaboração normativa - nega-lhe, no entanto, legitimidade ativa para prosseguir no processo mandamental, quando, em decorrência de fato superveniente, a proposição normativa, em tramitação na esfera parlamentar, vem a transformar-se em lei ou a converter-se em emenda à Constituição. A superveniência da aprovação parlamentar do projeto de lei ou da proposta de emenda à Constituição implica a perda da legitimidade ativa dos membros do Congresso Nacional para o prosseguimento da ação mandamental, que não pode ser utilizada como

> sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes. [...].

No que concerne à perda da condição de parlamentar do impetrante merece destaque o Mandado de Segurança nº 27.971[44]. Este *mandamus* tinha como objetivo a impugnação de desrespeito ao que preconiza o art. 62, § 9º, da Constituição Federal[45]. Hipótese na qual, em linhas gerais, Medidas Provisórias eram levadas diretamente ao Plenário sem o debate prévio junto à Comissão Mista de Deputados e Senadores. Possuindo o julgado o seguinte teor:

> **CONTROLE JURISDICIONAL** DO PROCESSO LEGISLATIVO. **UTILIZAÇÃO,** PARA TANTO, DO MANDADO DE SEGURANÇA. **POSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO,** PARA ESSE EFEITO, DE LEGITIMAÇÃO PARA AGIR **ATRIBUÍDA,** COM EXCLUSIVIDADE, **A MEMBRO** DO CONGRESSO NACIONAL. **PRECEDENTES** DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **PERDA SUPERVENIENTE,** PELO IMPETRANTE, DE SUA CONDIÇÃO POLÍTICO-PARTIDÁRIA DE PARLAMENTAR. **IMPOSSIBILIDADE DE PROSSEGUIMENTO** DA AÇÃO MANDAMENTAL. **LEGITIMAÇÃO ATIVA** 'AD CAUSAM' **QUE DEVE ESTAR PRESENTE,** JUNTAMENTE COM AS DEMAIS CONDIÇÕES DA AÇÃO, **NO MOMENTO** DA RESOLUÇÃO DO LITÍGIO (**CPC**, ART. 462). **RELAÇÃO DE CONTEMPORANEIDADE** NÃO MAIS EXISTENTE. **EXTINÇÃO ANÔMALA** DO PROCESSO MANDAMENTAL. **DOUTRINA. PRECEDENTE ESPECÍFICO** DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **IMPOSSIBILIDADE,** ADEMAIS, DE O MANDADO DE SEGURANÇA, **QUE NÃO PODE** IMPUGNAR NORMAS EM TESE **CONVERTER-SE** EM INADMISSÍVEL SUCEDÂNEO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **JURISPRUDÊNCIA. PROCESSO JULGADO EXTINTO.** [grifo no original].

De fato, a atualidade do mandato é um pressuposto necessário para a devida impetração e prosseguimento do mandado de segurança, sob pena de, com o não preenchimento deste requisito, resultar em extinção do processo.

Merece ressalva ponto ainda polêmico concernente ao tema do controle judicial preventivo de constitucionalidade, qual seja, a possibilidade ou não da fiscalização incidir em normas regimentais, também chamadas de questões ou matérias *interna corporis*. Neste sentido, os atos *interna corporis* assumem uma roupagem autônoma e independente, sendo considerados como:

> [...] questões ou assuntos que entendem direta e imediatamente com a economia interna da corporação legislativa, com seus privilégios e com a formação ideológica da lei, que, por sua própria natureza, são reservados exclusivamente ao Plenário da Câmara. Tais são os atos de escolha da Mesa (eleições internas), os de verificação de poderes e incompatibilidades de seus membros (cassação de mandatos, concessão de licenças etc.) e os de utilização de suas prerrogativas institucionais (modo de funcionamento da Câmara, elaboração de regimento, constituição de comissões de serviços auxiliares, etc.) e a valoração das votações.[46]

Neste conceito de questão *interna corporis*, cumpre salientar que se ostenta, em linha de princípio, a inviabilidade de controle judicial em toda ou qualquer questão regimental. É o que se nota nos Mandados de Segurança nsº 22.183-6[47] e 22.503-3[48].

Ambos os remédios constitucionais citados, em um sentido bastante didático, estabelecem que normas de regimento interno sejam imunes à fiscalização judiciária, tratando-se, deste modo, de matérias circunscritas ao âmbito da conveniência política, respaldadas pela discricionariedade. Valendo a transcrição literal dos acórdãos:

> MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, QUE INDEFERIU, PARA FINS DE REGISTRO, CANDIDATURA AO

CARGO DE 3º SECRETÁRIO DA MESA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 8º DO REGIMENTO DA CÂMARA E DO § 1º DO ART. 58 DA CONSTITUIÇÃO.

1. Ato do Presidente da Câmara que, tendo em vista a impossibilidade, pelo critério proporcional, do preenchimento de dois cargos da Mesa pelo mesmo partido, defere, para fins de registro, a candidatura para o cargo de Presidente e indefere para o de membro titular da Mesa.
2. Mandado de segurança impetrado para o fim de anular a eleição da Mesa da Câmara e validar o registro da candidatura ao cargo de 3º secretário.
3. Decisão fundada, exclusivamente, em norma regimental referente à composição da Mesa e indicação de candidaturas para seus cargos (art. 8º).

3.1. O fundamento regimental, por ser matéria interna corporis, só pode encontrar solução no âmbito do Poder Legislativo, não ficando sujeito à apreciação do Poder Judiciário.

3.2. Inexistência de fundamento constitucional (art. 58, § 1º), caso em que a questão poderia ser submetida ao Judiciário.

4. Mandado de segurança não conhecido, por maioria de sete votos contra quatro. Cassação da liminar concedida. (STF – MS 22183-6-DF – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJ 12/12/1997). [sem o grifo no original].

MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, RELATIVO À TRAMITAÇÃO DE EMENDA CONSTITUCIONAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE DIVERSAS NORMAS DO REGIMENTO INTERNO E DO ART. 60, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

PRELIMINAR: IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA QUANTO AOS FUNDAMENTOS REGIMENTAIS, POR SE TRATAR DE

> MATÉRIA INTERNA CORPORIS QUE SÓ PODE ENCONTRAR SOLUÇÃO NO ÂMBITO DO PODER LEGISLATIVO, NÃO SUJEITA À APRECIAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO; CONHECIMENTO QUANTO AO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.
> MÉRITO: REAPRESENTAÇÃO, NA MESMA SESSÃO LEGISLATIVA, DE PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL DO PODER EXECUTIVO, QUE MODIFICA O SISTEMA DE PREVIDÊNCIA SOCIAL, ESTABELECE NORMAS DE TRANSIÇÃO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS (PEC Nº 33-A, DE 1995). (STF – MS 22503-3-DF – Rel. Min. Marco Aurélio – DJ 06/06/1997). [sem o destaque no original].

Entretanto, nota-se que a jurisprudência da Suprema Corte vem, acertadamente, se inclinando no sentido de interpretar as normas regimentais em consonância com o regime das liberdades públicas e à integridade dos direitos e garantias individuais.

Em face da própria natureza da Constituição, acentua-se a ideia de que toda e qualquer estrutura interpretativa no âmbito das corporações legislativas, deverá respeitar, em suas minúcias, os postulados constitucionais.

Nesse sentido, destacando o prestígio da hermenêutica constitucional, destaca Celso Ribeiro Bastos[49]:

> [...] o surgimento das novas técnicas de interpretação constitucional com base no fato de que cada disposição legal deve ser considerada na composição da ordem constitucional vigente, e não ficar restrita ao âmbito do conjunto das disposições da mesma lei ou de cada lei no conjunto da ordem legislativa. Vale dizer que, no século XX, cresceu e expandiu-se vertiginosamente a ordem constitucional como verdadeiro centro irradiador de energias dinamizadoras das demais normas da ordem jurídica positiva. As modernas formas de interpretação constitucional encontram aí o seu nascedouro.

Deveras, há casos de normas regimentais que se constituem em objeto de referência expressa de normas constitucionais que, na suposição de violação daquelas normas (consideradas internas), ensejam de modo reflexo, em afronta à regra eminentemente constitucional, autorizando a fiscalização do Poder Judiciário. Em tais casos, a este tipo de regras, será dada a qualidade de normas constitucionais interpostas.

Acerca deste entendimento, vale frisar o que registrou o Supremo Tribunal Federal, em sede de liminar, no Mandado de Segurança nº 26.915[50], que ao fim teve seu pedido julgado prejudicado por perda de objeto, com decisão monocrática da relatora Ministra Rosa Weber[51].

O Ministro Gilmar Mendes, decidindo o pedido de liminar, faz as seguintes ponderações, importantes para consolidar a interpretação sistemática adotada:

> Assim, alternando momentos de maior e menor ativismo judicial, o Supremo Tribunal Federal, ao longo de sua história, tem entendido que a discricionariedade das medidas políticas não impede o seu controle judicial, desde que haja violação a direitos assegurados pela Constituição. Mantendo essa postura, o Supremo Tribunal Federal, na última década, tem atuado ativamente no tocante ao controle judicial das questões políticas, nas quais observa violação à Constituição.
> .....
> .....
> A jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal já vem colecionando decisões, em que se afasta o argumento da insindicabilidade dos atos internos das Casas Legislativas, reconhecendo o direito subjetivo dos parlamentares ao devido processo legislativo.

Observa-se quão salutar se torna esta construção jurisprudencial que aos poucos se firma. Por óbvio, não se pode suprimir a integridade e a supremacia constitucionais sob o frágil argumento de deparar-se com normas de caráter interno das Casas Legislativas.

Nesse passo, se torna difícil não relacionar este poder exercido por juízes e tribunais, na aplicação direta da Carta Fundamental, com a ideia

Claramente observado no Mandado de Segurança nº 24.138[53]. Neste, tratava-se de *mandamus* preventivo impetrado por parlamentar, contra eventual deliberação de projeto de lei relativo à disciplina de convenções e acordos coletivos na Consolidação das Leis do Trabalho.

Oportunidade em que, o Ministro Gilmar Mendes assentou:

> O controle de constitucionalidade preventivo de emenda constitucional foi admitido, entre outros, no MS nº 20.257 (Rel. Min. Moreira Alves), tendo-se assentado, então, que quando "a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda (...), a inconstitucionalidade (...) já existe antes de o projeto ou de proposta se transformarem em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição.

O que deve sempre nortear o parâmetro de controle preventivo judicial de constitucionalidade é o manto do repúdio à Constituição. Assim procedendo, a tese esposada significa dizer em outras palavras, que não deveria haver dúvida quanto ao cabimento do mandado de segurança nessa situação.

Prevenção ao repúdio à Carta Magna que deriva da rigidez e supremacia constitucionais, a fim de garantir o seu núcleo essencial em face do Constituinte reformador e, de igual maneira, ao legislador ordinário. E não se diga que a experiência diuturna concretiza uma tendência à politização do órgão incumbido de exercer o controle de constitucionalidade. De fato, não se trata, no caso concreto, de atividade colocada em prática segundo a conveniência pública.

Em concreto, o que há é a verificação quanto à concordância de projetos de leis ou atos com base na lei fundamental objeto de paradigma. Observa-se, assim, não incidir no presente caso, invasão de limites, instrumentalizado por excessos no exercício do mister de cada um dos Poderes da República, tudo em conformidade com brilhante ensinamento que nos traz Ruy Barbosa[54]:

> é discricionário. Limitando a cada poder as suas funções discricionárias, a lei, dentro das divisas em que as confina, o deixa entregue a si mesmo, sem outros freios além do da idoneidade, que lhe supõe, e da opinião pública, a que está sujeito. [...] o Congresso Nacional, sem ultrapassar a órbita da sua autoridade privativa e discricionária, pode legislar desacertos, loucuras e ruínas. [...] Declarar, pois, inconstitucionais esses atos quer dizer que tais atos excedem, respectivamente, a competência de cada um desses dois poderes (Executivo e Legislativo). Entregando, logo, ao Supremo Tribunal Federal a missão de pronunciar como incursos no vício de inconstitucionalidade os atos do Poder Executivo ou do Poder Legislativo, o que faz a Constituição é investir o Supremo Tribunal Federal na competência de fixar a competência a esses dois poderes, e verificar se estão dentro ou fora dessa competência os seus atos, quando judicialmente contestados sob esses aspectos. [sem o grifo no original].

A tese mais condizente com os princípios retromencionados não poderia ser outra a não ser a que sustenta o STF, como o órgão julgador dos mandados de segurança impetrados para o exercício dessa modalidade de controle prévio de constitucionalidade de proposições tendentes a abolir cláusulas pétreas. Cláusulas que, por óbvio, merecem o devido amparo, sejam quando propostas de emendas à Constituição, projetos de lei, e, igualmente, proposições violadoras do processo legislativo constitucional.

Desse modo, o que se observa, dentro do longo itinerário histórico percorrido por nossa Suprema Corte, é uma grande celeuma existente quando se afirma a vedação imposta ao Poder Judiciário de conhecer as questões exclusivamente políticas. Não é este o ponto a se discutir por entendermos consentâneo esse paradigma. Entretanto, compreendemos que delimitar o espaço da questão exclusivamente política, não significa deixar de considerar como possível o controle do Poder Judiciário quando a questão política debatida é exercida em desarmonia com os limites estabelecidos pelo Estatuto Constitucional.

É nessa evolução de ideias que destacamos o Mandado de Segurança nº 32.033[55]. A questão de fundo debatida dizia respeito a remédio constitucional em que se alegava violação à Constituição em razão da tramitação urgente do Projeto de Lei nº 4.470/2012 (projeto relacionado à mobilização de setores do cenário político para a formação de novas legendas visando à participação no pleito eleitoral de 2014), que impunha a impossibilidade de transferência dos recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão, na hipótese de ocorrer migração partidária durante a legislatura.

A decisão final deste mandado de segurança, com acórdão publicado no *Diário de Justiça* de 18/02/2014, fixou entendimento, no sentido de, por maioria, não deferir o aludido remédio. Entendendo, não ser possível ao STF, em regra, ao julgar Mandado de Segurança impetrado por parlamentar, exercer controle de constitucionalidade de projeto de lei que tramita no Congresso Nacional declarando sua inconstitucionalidade, a fim de determinar seu arquivamento. Duas exceções foram preservadas, a saber: proposta de EC que viole cláusula pétrea e proposta de EC ou PL cuja tramitação esteja ocorrendo com violação às regras constitucionais sobre o processo legislativo.

Decisão que possui a seguinte ementa:

> CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DE PROJETO DE LEI. INVIABILIDADE.
>
> 1. Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é "a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar – para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo" (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04). Nessas excepcionais situações, em que o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado

> a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não.
> 2. Sendo inadmissível o controle preventivo da constitucionalidade material das normas em curso de formação, não cabe atribuir a parlamentar, a quem a Constituição nega habilitação para provocar o controle abstrato repressivo, a prerrogativa, sob todos os aspectos mais abrangente e mais eficiente, de provocar esse mesmo controle antecipadamente, por via de mandado de segurança.
> 3. A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de apor-lhe veto, se for o caso. Partir da suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico.
> 4. Mandado de segurança indeferido.

Ademais, o que aqui se sugere, em detida análise de toda a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, é a indagação de qual caminho queremos trilhar para um verdadeiro regime

democrático em nosso país. É de bom alvitre destacar que a temática trazida pelo Mandado de Segurança nº 32.033 não foi novidade dentro do longo caminho percorrido até os dias atuais, como pareceu ser nos acalorados debates até o findar-se do julgamento pelo Plenário da Egrégia Suprema Corte do País (Informativo STF nº 711). No discreto rol não exaustivo trazido neste artigo tornou-se categórica posição anterior favorável ao controle preventivo judicial, sempre pertinente quando observadas, em geral, duas situações, a saber: transgressões a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, e controvérsias constitucionais que levem ao Poder Judiciário ofensas às cláusulas pétreas.

Em verdade, com todas as vênias porventura cabíveis ao entendimento ementado acima, verificamos que o poder, ainda que praticado no seio do Legislativo, não se exerce de forma ilimitada. No Estado Democrático de Direito que almejamos não se deve reservar lugar ao poder absoluto, de modo que, muito embora em seu próprio domínio institucional, exclui-se todo e qualquer órgão estatal do intento de considerar-se superior, a ponto de intitular-se fora do âmbito de controle da Constituição da República.

A análise acurada de todo o *mandamus* preventivo, trouxe à tona o reiterado exercício no seio do Parlamento de pretensão autoritária que visou suprimir a garantia das minorias políticas, asfixiadas por um dirigismo normativo das forças dominantes, tendo como consequência lógica a perpetuação de grupos majoritários no poder. Impedir a migração partidária lícita, acompanhada das cotas do fundo partidário e tempo de televisão e rádio, impede a oposição política de exercer o seu mister a fim de garantir o espaço do dissenso. É patente o desrespeito ao devido processo político eleitoral em sua projeção material ou substantiva.

Os sujeitos do processo eleitoral necessitam do resguardo do pluripartidarismo e do estímulo constitucional à formação de agremiações partidárias. Desse modo, a concessão do direito de livre criação de agremiações partidárias com a justa causa incidente para a troca de partidos a fim de criar novas legendas, não se compatibiliza com a imanente retirada das prerrogativas da representatividade política de cada parlamentar. Aqui, não é demais lembrar, onde há justa causa não há que se falar em infidelidade partidária.

Muito embora as variadas críticas imputadas ao Judiciário, no que tange a atuação embasada na nova interpretação constitucional

excludente da separação estanque dos Poderes, não se pode negar que o Judiciário não detém compromisso com maiorias parlamentares e/ou políticas de modo geral. É nesse contexto que deve ser vista a Jurisdição Constitucional, na medida em que se reveste como protetor de direitos, garantias e das próprias instituições fincadas em nossa República. Tal interpretação não deve afastar qualquer órgão que edite o ato transgressor do texto fundamental.

Uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, a partir das formulações de Peter Häberle, traz o povo como destinatário da norma e principal instrumento de leitura e releitura do texto fundamental. Desse modo, acaba por estimular o sistema de freios e contrapesos, contradito necessário no Estado Democrático de Direito. É nesse contexto, que o intérprete da Carta Fundamental, ao se debruçar no art. 60, § 4º da CF deve analisar com extrema cautela a possibilidade, por vezes ocultada, de configurar-se a figura da fraude à Constituição.

Com efeito, se é permitido ao Poder Judiciário, a proteção relacionada ao controle de constitucionalidade contra Emenda Constitucional, tendentes a abolir cláusulas pétreas, com maior razão se deve permitir esta preservação contra Projetos de Lei que tentem, verdadeiramente e, às avessas, contornar a proteção dada às cláusulas pétreas.

5 CONCLUSÃO

No âmbito desse estudo, vimos considerações gerais concernentes ao controle de constitucionalidade. Assim, foi destacada a importância do poder constituinte originário para delimitar o âmbito de ação do poder constituinte reformador, visando garantir a segurança e durabilidade da Carta Fundamental. Em virtude da necessidade de consolidação da supremacia constitucional, importante instrumento de efetividade do pacto federativo, foi desenvolvida uma observação acerca da rigidez e imperatividade constitucionais, fixando a ideia de um poder contido capaz de garantir as liberdades públicas contra as ameaças advindas de governos despóticos.

Foram apresentados pressupostos e requisitos necessários para embasar uma fiscalização condigna da constitucionalidade de leis ou atos normativos. Nesta oportunidade, tem-se a importância de um Estado Democrático de Direito, que deita suas raízes na separação de poderes,

e por corolário, na efetiva otimização dos princípios constitucionais firmados. Não deixando de decompor os tipos e formas de controle, haja vista ser temerária a inserção da análise do momento preventivo de controle, sem antes discorrer sobre estas considerações preliminares, destacando a importância da questão constitucional para a interpretação de uma dada controvérsia, delimitando como espaço propício para tal o próprio Poder Judiciário.

Torna-se útil a utilização dos ensinamentos observados no direito comparado, mais precisamente nos direitos norte-americano, francês, austríaco e alemão. Dessa forma, restou assentada a inocorrência do controle preventivo no sistema americano, que deita suas raízes no modelo do *judicial review*. De igual forma, o sistema alemão, o qual entende que para existir controle far-se-á necessária uma lei em sentido formal, em outras palavras, definindo-se como marco temporal para indagar do respeito ou não às normas constitucionais, a publicação da norma a ser investigada.

Neste sistema, há clara imposição da existência formal da norma a ser objeto de questionamento, tendo como parâmetro processo legislativo encerrado. Sendo considerada a exceção prevista, no que concerne às leis que aprovam tratados internacionais. Com o sistema francês e o austríaco torna-se concreta a percepção do instrumento prévio de controle. O primeiro, personificado no órgão político chamado de Conselho Constitucional. O último, representado pela Corte Constitucional, quando da ponderação de atos concretos referentes à competência da União ou dos Estados.

Considerando a atual Carta Fundamental de 1988 foram discutidos pontos contemporâneos desta forma de controle. Exercido pelo Poder Judiciário, provocado por intermédio do mandado de segurança manejado, única e exclusivamente, por parlamentar, atualmente é aceito em análise *in concreto* para fins de proteção e resguardo de disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo ou que protegem as cláusulas pétreas.

Na recente jurisprudência da nossa Suprema Corte colheu-se restrição, por maioria do Plenário, acerca da abrangência de controle. Com esta decisão, ficou assentado, na composição atual da Corte Suprema, que é inadmissível o controle preventivo da constitucionalidade material das normas em curso de formação, não cabendo a atribuição ao parlamentar

da prerrogativa de provocar este controle, de forma antecipada, por intermédio de *mandamus* de segurança.

Muito embora a posição adotada no bojo do Mandado de Segurança nº 32.033, ainda que de modo excepcional e utilizando-se de instrumento processual adequado, como o *writ*, entendemos como possível o controle preventivo judicial de proposições normativas que tentem contornar o obstáculo do art. 60, § 4º da CF/88, sem que reste configurada ofensa ao postulado básico da separação de poderes. Devemos ficar atentos a qualquer tipo de afronta indireta da Carta Magna na hipótese de se permitir a fraude à Constituição no manejo de reformas legislativas ordinárias, em contraposição, inclusive, à maior dificuldade de reforma quanto ao constituinte derivado.

Deste modo, na medida em que a ordem constitucional brasileira teoriza e põe em prática uma nova interpretação constitucional, refletindo o Pós-positivismo, amplia-se o campo de ação do Judiciário. É nessa conjuntura que, distante de qualquer pretensão de desabonar tal ou qual posição, seja ela majoritária ou minoritária, sacramentada ou não pelo Supremo Tribunal Federal, faz-se necessária as seguintes afirmações.

A nossa Corte Suprema, com base na letra constitucional, pode definir quando os atos do Poder Legislativo, devidamente contestados por instrumento hábil, estão dentro ou fora da Constituição, haja vista atribuição de conhecer das causas em que se conteste a validade de atos perante a CF/88. Considerando as cláusulas pétreas como núcleo axiológico que anima a Constituição Republicana, conferindo identidade e continuidade a esta, seria protegido de modo deficiente a permanente intangibilidade dos valores constitucionais, se permitidas alterações em seu âmago por intermédio de PL, que possui quórum de votação menos exigente que a EC, configurando a provável figura de fraude à Carta Republicana.

Os direitos políticos, abarcando a livre criação de partidos políticos em situação isonômica à dos demais atores envolvidos, pluripartidarismo e o direito à participação política, são cláusulas pétreas na CF/88. E, por fim, preservar a memória histórica de um povo ou de uma ordem jurídica não se dá com o isolamento ou o esquecimento, mas sim, pela constante rememoração dos fatos e estudo dos textos normativos. Desse modo, garantimos o não retrocesso dos direitos e garantias conquistados, tendo como referencial histórico negativo o obstáculo ditatorial que já

tivemos na Carta Fundamental de 1934 ("É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.").

___

PREVENTIVE CONTROL OF JUDICIAL CONSTITUTIONALITY: A REVIEW OF RECENT CASE LAW OF STF THE LIGHT OF THE NEW CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS

ABSTRACT: The judicial preventive control of constitutionality constitutes efficient tool for the maintenance of constitutional rigidity, with solid bases in maximum effectiveness required of constitutional rule, in that it prevents, still in its birth, the emergence of unconstitutional laws, this type of control reduces forcefully the entry into force of blatantly unconstitutional laws. Apathy of Committee on Constitution and Justice in the Legislature, a distortion of the legal veto bet by the Executive, and the discrete evolution of concrete in control exercised by the judiciary, result in the continuity of successive outbreaks of laws without the observance of constitutional paradigms. The current scenario set by the new constitutional order imposes positive attitude of the State, in the sense of not allowing omissions on its part, is to enact laws or practice of administrative acts. In this vein, it is planting the preventive control of the judiciary, not exorbitant the limits imposed on them, as great maintainer of the correct interpretation to be given to a particular law or act, when the question is unconstitutional said it carried. A gradual way, so has manifested the Supreme Court, which evolves to cover situations not previously considered susceptible to your screen, as one sees in the determination of issues that overlap with corporis internal actions taken by the Legislative Houses. Also, in the case of standards that guarantee fundamental constitutional rights, since they reflect rules of efficiency and immediate applicability.

KEYWORDS: Constitution. Constitutional Interpretation. Preventive Control of Constitutionality.

Notas

1 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 635.
2 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 65-66.
3 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo:

Malheiros, 2006, p. 45.
4 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 57.
5 Ibid., p. 55-56.
6 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade*: teoria e prática. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 41.
7 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 302.
8 TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 49.
9 RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil*: perspectivas e evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 261.
10 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 138.
11 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 31. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 35.
12 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 794.
13 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 309.
14 GRIMM, Dieter. *Constitucion adjudication and democracy*. Israel Law Review, vol. 33, 1999, p. 210.
15 MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 25.
16 DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. *Controle abstrato de constitucionalidade*: análise dos princípios processuais aplicáveis. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67-67.
17 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade*: teoria e prática. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 66.
18 HORTA, Raul Machado. *A autonomia do Estado-membro no direito constitucional brasileiro.* Tese de concurso para docência livre da cadeira de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte: Edição da Faculdade, 1953, sob o título 'O Controle de Constitucionalidade das Leis no Regime Parlamentar', p. 54.
19 RAMOS, Dircêo Torrecillas. *Controle de constitucionalidade por via de ação*. São Paulo: Madras, 1998, p. 46.
20 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade*: teoria e prática. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 91.
21 HELAL, João Paulo Castiglioni. *Controle da constitucionalidade*: teoria e evolução. Curitiba: Juruá, 2006, p. 118.
22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 32.033/DF*. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 18/02/2014.
23 "Uma disposição declarada inconstitucional não pode ser promulgada nem aplicada. As decisões do Conselho Constitucional não são suscetíveis de qualquer recurso. Elas se impõem aos poderes públicos e para todas as autoridades administrativas e jurisdicionais."
24 MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade*: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 161.
25 DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. *Controle abstrato de constitucionalidade*: análise dos princípios processuais aplicáveis. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 74-75.
26 SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional*. Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 240.
27 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 136.
28 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 68.

29 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade*: teoria e prática. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 107-108.
30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 32.033/DF*. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 18/02/2014.
31 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. rev., ampl. e atual.: São Paulo: Atlas, 2012, p. 1019.
32 FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi; MONTAL, Zélia Cardoso. Controle preventivo de constitucionalidade em Portugal e no Brasil: alguns apontamentos. *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, a. 16, n. 64, p. 272, jul./set., 2008.
33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 32.033/DF*. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 18/02/2014.
34 Ibid.
35 Ibid.
36 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 40.
37 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 369.
38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 466/DF.* Rel. Min. Celso de Mello, DJ 10/05/1991.
39 KELSEN apud MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 730.
40 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade*: teoria e prática. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 214.
41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 23.565/DF*. Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17/11/1999.
42 ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 164.
43 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 22.487/DF*. Rel. Min. Celso de Mello, DJ 14/08/2001.
44 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 27.971/DF*. Rel. Min. Celso de Mello, DJ 08/08/2011.
45 "Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional."
46 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 616-617.
47 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 22.183-6/DF*. Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 12/12/1997.
48 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 22.503-3/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 06/06/1997.
49 BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 168.
50 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 26.915/DF*. Rel. Min. Rosa Weber, DJ 08/10/2007.
51 Publicado no DJ de 15/10/2012.
52 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 349.
53 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 24.138/DF*. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14/03/2003.
54 BARBOSA, Ruy. *Escritos e discursos seletos.* Rio de Janeiro: Nova Aguillar, 1997, p. 558.
55 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 32.033/DF*. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 18/02/2014.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ruy. *Escritos e discursos seletos.* Rio de Janeiro: Nova Aguillar, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.* 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição.* 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional.* 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 24. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 jan. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 466.* Requerente: Partido Socialista Brasileiro – PSB. Requerido: Comissão de Constituição e Justiça e de redação da câmara dos deputados. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1516306>. Acesso em: 21 mar. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de segurança nº 23565.* Impetrante: Dyrceu Fortes Lins e Silva. Impetrados: Presidente da República; Presidente da Câmara dos Deputados e Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1788988>. Acesso em: 21 mar. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de segurança nº 27971.* Impetrante: Flávio Dino de Castro e Costa. Impetrados: Presidente da Câmara dos Deputados e Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2672123>. Acesso em: 21 mar. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de segurança nº 22183-6.* Impetrante: Partido dos Trabalhadores – PT. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Maurício Corrêa. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.

asp?incidente=1608024>. Acesso em: 21 mar. 2014.
_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de segurança nº 22503-3.* Impetrante: Jandira Feghali; Sandra Meira Starling e outros. Impetrado: Presidente da Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1637624>. Acesso em: 21 mar. 2014.
_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 24138.* Impetrante: Rubens Bueno. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1985406>. Acesso em: 15 abr. 2014.
_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 26915.* Impetrante: Carlos Fernando Coruja Agustini. Impetrados: Presidente da Câmara dos Deputados e União. Relator: Min. Rosa Weber. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2558935>. Acesso em: 21 mar. 2014.
_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 32033.* Impetrante: Rodrigo Sobral Rollemberg. Impetrados: Presidente da Câmara dos Deputados e Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4397298>. Acesso em: 15 abr. 2014.
CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.
CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo.* 25. ed. rev., ampl. e atual.: São Paulo: Atlas, 2012.
CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática.* 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2011.
_____. *Curso de direito constitucional.* 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2011.
DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. *Controle abstrato de constitucionalidade: análise dos princípios processuais aplicáveis.* São Paulo: Saraiva, 2012.
FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional.* 31. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi; MONTAL, Zélia Cardoso. *Controle preventivo de constitucionalidade em portugal e no brasil: alguns apontamentos.* Revista de direito constitucional e internacional, São Paulo, a. 16, n. 64, p. 258-282, jul./set., 2008.
GRIMM, Dieter. *Constitucion adjudication and democracy.* Israel Law Review, vol. 33, p. 210, 1999.
HELAL, João Paulo Castiglioni. *Controle da constitucionalidade: teoria e evolução.* Curitiba: Juruá, 2006.
HORTA, Raul Machado. *A autonomia do Estado-Membro no direito constitucional brasileiro.* Tese de concurso para docência livre da cadeira de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte: Edição da Faculdade, 1953, sob o título 'O Controle de Constitucionalidade das Leis no Regime Parlamentar'.
LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado.* 12. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.
MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. *Controle concentrado de constitucionalidade.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos.* São Paulo: Saraiva, 1990.
MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2013.
MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional.* 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.
_____. *Direito constitucional.* 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
RAMOS, Dircêo Torrecillas. *Controle de constitucionalidade por via de ação.* São Paulo: Madras, 1998.
RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução.* São Paulo: Saraiva, 2010.
ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo.* 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho.* Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo.* 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.
TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional.* 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NA EXECUÇÃO FISCAL

Kelly Cecília Macedo Monteiro*

RESUMO: Este artigo tem como principal objetivo a análise sucinta do fenômeno da prescrição intercorrente do crédito tributário e do seu reconhecimento judicial nas ações de Execução Fiscal, tema bastante controverso e pouco versado doutrinariamente. Enfatiza seus efeitos jurídicos na relação processual entre a Fazenda e o contribuinte. Temática enfrentada de maneira original, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, com exposição teórica e jurisprudencial empregada na sua investigação a fim de apresentar um melhor entendimento e aplicação do instituto da prescrição intercorrente, com base na legislação especifica à questão, como o Código Tributário Nacional, a Lei de Execução Fiscal, a Constituição Federal e Jurisprudências dos Tribunais Superiores.

PALAVRAS-CHAVES: Prescrição intercorrente. Execução Fiscal. Crédito tributário.

INTRODUÇÃO

O presente texto, com o título de "Prescrição intercorrente na execução fiscal", tem a finalidade de analisar o instituto jurídico da prescrição intercorrente no ramo do direito tributário. Concentrando-se de forma crítica no estudo deste fenômeno e do seu reconhecimento judicial nas ações de execução fiscal disciplinada pela Lei nº 6.830/80. Questão abordada sob a legislação nacional pertinente, com apresentações doutrinárias e jurisprudenciais empregadas na sua verificação a fim de revelar um melhor entendimento e aplicação do instituto da prescrição intercorrente, especialmente, na execução fiscal.

O trabalho justifica-se pela importância da decretação da prescrição tributária, em execuções fiscais, objetivando a busca da paz social e a segurança jurídicas, realizando uma abordagem da temática - prescrição

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Pós-Graduada em Direito do Estado pela Faculdade Social da Bahia.

intercorrente - ainda pouco tratada na doutrina tributária, todavia sem a intenção de esgotar todos os seus questionamentos neste estudo.

A prescrição intercorrente será explicada dentro de suas peculiaridades, enfatizando a sua ocorrência e seus efeitos na execução fiscal, quando da introdução do § 4º ao art. 40 da Lei de Execução Fiscal. Assim, a modesta contribuição deste conteúdo *à ciência jurídica se revela à medida que a exposição aqui colacionada vislumbra, principalmente, o alargamento do estudo da prescrição intercorrente no direito tributário, matéria de importância fundamental para o deslinde de questões, repetidamente,* submetidas à análise do Poder Judiciário.

A seguir serão apresentados alguns aspectos do artigo em questão, relativos à discussão em torno da prescrição intercorrente no âmbito da execução fiscal.

1 CONCEITO E FUNDAMENTOS LEGAIS PARA A EXISTÊNCIA DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

Ainda que este assunto seja pouco versado pela doutrina brasileira, a prescrição intercorrente apresenta-se como um fenômeno bem distinto da prescrição iniciada com a constituição definitiva do crédito tributário e decretada no curso da ação de execução fiscal. A prescrição, assim como a decadência, pacífica o ordenamento jurídico ao estabilizar as situações consolidadas no tempo pela longa inércia do titular de um direito em exercê-lo. Acerca da ausência do tratamento da prescrição intercorrente pela doutrina brasileira, assevera Sérgio Martins Reston:

> "A prescrição intercorrente é um assunto pouco tratado pelos doutrinadores patrícios, embora possa causar a extinção do processo com julgamento do mérito, liberando o devedor do encargo. Essa prescrição tem como requisito a inércia da parte interessada em desarquivar o processo e o lapso temporal".[1]

Mesmo com a pobreza doutrinária e legislativa acerca do assunto, a expressão *intercorrente* é empregada em execução fiscal para designar a situação na qual a prescrição, anteriormente interrompida, volta a correr no curso processual, nele completando o fluxo de seu prazo. Sem

ser confundida com aquela prescrição iniciada antes do ajuizamento da demanda e decretada pelo Juiz no curso da execução fiscal.

Assim, a prescrição intercorrente é definida na própria Lei de Execução Fiscal. No artigo 40, a lei determina que o Juiz suspenda o "curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e nesses casos, não ocorrerá o prazo de prescrição". Ainda no mesmo artigo, no parágrafo 4º, a lei estipula que, suspensa a execução por mais de um ano e decorrido mais de um quinquênio da data do arquivamento sem baixa, extingue-se a execução pela prescrição intercorrente.

Ou seja, a ideia de que a prescrição, interrompida pelo ajuizamento da demanda, poderia reiniciar-se e completar o seu prazo durante a execução fiscal – prescrição intercorrente – surge diante da paralisação do processo de execução decorrente da inércia do exequente em promover atos executórios inerentes à ocupação do pólo ativo na relação processual, seja por desídia ou pela inexistência de bens do devedor, completado determinado lapso temporal.

Logo, a prescrição intercorrente nas palavras de Cassone, "é a prescrição que surge após a propositura da ação" (CASSONE, 2007, p.191). Ou ainda nas palavras de Kyioshi Harada, que define a prescrição intercorrente como:

> "Aquela resultante da construção doutrinária e jurisprudencial para punir a negligência do titular de direito e também para prestigiar o princípio de segurança jurídica, que não se coaduna com a eternização das pendências administrativas ou judiciais". (HARADA, 2009, p. 501)

O instituto da prescrição intercorrente, no direito tributário, está expressamente regulamentado pela Lei n° 11.051, de 29.12. 2004, através de seu art. 6°, que introduziu o § 4° ao art. 40 da Lei n° 6.830/80, da seguinte forma:

> "A Lei n° 11.051, de 29.12.2004:
> art. 6°. O art. 40 da Lei n° 6.830, de 22 de setembro de 1980, passa a vigorar com a seguinte redação: (...)
> (...) Art. 40. (...)

> § 4°. "Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato".

Com esse acréscimo do § 4° ao art. 40 da Lei de Execução Fiscal houve a ampliação de uma hipótese de suspensão da prescrição, desde que se manifeste a Fazenda Pública. Acerca desta discussão crítica a respeito da intenção do legislador, voltar-se-á ao estudo posteriormente, de sobremodo, a inovação legal introduzida por esse novo parágrafo permitiu o reconhecimento de ofício da prescrição, desde que ouvida a Fazenda Pública, além de que, restando-se suspensa a execução fiscal por mais de um ano e decorrido mais de um quinquênio da data do arquivamento sem baixa, extingue-se a execução pela prescrição intercorrente.

Note-se que não há qualquer previsão expressa no Código Tributário Nacional sobre o instituto da prescrição intercorrente em nenhum de seus dispositivos.

Desta forma, a prescrição intercorrente guarda íntima relação com as peculiaridades do processo de execução fiscal e sem a compreensão do procedimento contido na Lei n° 6.830/80, com especial atenção aos seus fundamentos e aos princípios basilares processuais, torna-se impossível o seu estudo mais adequado.

2 SISTEMÁTICA DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NA EXECUÇÃO FISCAL

O instituto de prescrição sofre influência da estrutura, dos fundamentos e dos princípios que regem o processo de execução em geral, em especial, o de execução fiscal. No caso aqui tratado - seja porque o ajuizamento da demanda constitui principal causa de interrupção do fluxo do prazo prescricional - seja porque, ajuizada a execução, a pretensão será exercida através dos ônus e das faculdades processuais daquele que afirmou o direito em juízo.

Essa relação intensifica-se com a chamada prescrição intercorrente, que se diferencia da prescrição em geral por representar o reinício do prazo interrompido pelo ajuizamento da demanda no momento

processual definido em lei como adequado.

Para Ernesto José Toniolo:

> "Se a causa eficiente da prescrição em geral é a inércia do credor no exercício de sua pretensão, na prescrição intercorrente, a causa eficiente vincula-se ao descumprimento de determinados ônus processuais pelo exequente. Uma vez ajuizada a execução, a pretensão é exercida através de atos processuais praticados pelo exequente".[2]

A ocorrência da prescrição intercorrente exige a presença de seus requisitos, tais como a causa eficiente[3] e o transcurso do prazo, bem como a inexistência de causas impeditivas decorrentes das hipóteses de suspensão e de interrupção do prazo prescricional.

Os casos que impedem a prescrição intercorrente poderiam ser divididos em dois grupos: as hipóteses de ausência de alguns dos requisitos da prescrição intercorrente, como sua causa eficiente, prazo ou pretensão a ser exercida (existência ou exercibilidade da pretensão); as causas impeditivas da ocorrência da prescrição, como a suspensão e a interrupção do prazo.

Entretanto, torna-se difícil, muitas vezes, a aplicação desta divisão, pois, muitas vezes, se apresenta de forma simultânea a existência de causa impeditiva de prescrição (suspensão ou interrupção) e a inexistência de causa eficiente[4]. Outras vezes, torna-se impossível fazer a distinção quando a prescrição não ocorreu em face da ausência de algum de seus requisitos ou por atuação de razão excludente.

Na execução fiscal, tanto nos casos de inércia do exequente quanto nos casos de ausência de bens penhoráveis (execução frustrada) ou da não localização do devedor, não pode o magistrado extinguir o processo, em face da regra prevista no art. 40 da Lei n° 6.830/80, que determina o arquivamento dos autos, sem baixa na distribuição, caso ainda não tenha ocorrido a prescrição, matéria que agora pode ser conhecida de ofício.

Trata-se do dispositivo mais polêmico da Lei de Execução Fiscal e também o mais ligado à prescrição intercorrente, cuja aplicação, na teoria, pode levar a um "arrastamento" da execução fiscal, já que ao término do prazo de suspensão do processo por um ano, segue-se o arquivamento sem baixa na distribuição.

Neste sentido, entende-se que a prescrição intercorrente na execução fiscal não pode ser compreendida à parte das peculiaridades do processo. Muitos dos seus elementos, ou fazem parte do processo de execução fiscal (casos e formas de interrupção e suspensão), ou pressupõem a realização ou não dos atos processuais (inércia do exequente como causa eficiente da prescrição intercorrente), ou ainda são influenciados e relacionados à duração da suspensão do processo nos casos de execuções frustradas[5].

3 DO CONHECIMENTO DE OFÍCIO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

A introdução do § 4° no art. 40 da LEF pela Lei n° 11.051/2004 positivou, em uma questão prática, aquilo que já vinha sendo feito, reiteradamente, pelos julgadores: a possibilidade de reconhecimento da prescrição intercorrente de ofício pelo juiz. Uma vez suspensa à execução por mais de um ano e decorrido mais de um quinquênio da data do arquivamento sem baixa, extingue-se a execução pela ocorrência da prescrição intercorrente.

Essa é a inteligência do mencionado dispositivo que, após a alteração assim ficou redigido:

> "Artigo 40. (...) § 4°. Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato".

O dispositivo harmoniza as necessidades de ordem prática dos Tribunais com o direito de o exequente exercer, ainda que de forma mínima, o seu contraditório, uma vez intimado antes da decretação da prescrição. Versando acerca disso, discorre Theodoro Júnior[6]:

> "Embora possa o juiz atuar de ofício, não pode fazê-lo sem respeitar o contraditório. Por isso prevê o § 4° do art. 40 da LEF que, antes de decidir sobre o destino da execução paralisada há mais de cinco anos, o juiz deverá ouvir a Fazenda exequente. (...) Uma vez , porém , que permaneça silente a credora

> ou que sejam irrelevantes suas justificativas, a prescrição e a consequente extinção do processo executivo serão decretadas independentemente de requerimento do devedor. Não se trata de faculdade de juiz, mas de dever de ofício".

Isto quer dizer que, ao determinar a oitiva do exequente antes da decretação da prescrição, o juiz realiza a garantia constitucional do contraditório. Vale lembrar, também, que pronunciado, *ex officio* pelo Juiz, a prescrição, será extinto o crédito tributário ajuizado, sem necessidade de provocação do devedor, o que é uma inovação, uma vez que na Jurisprudência anterior essa condição não era admitida, pois seriam necessários a provocação do devedor ou o reconhecimento do credor.

Mesmo a parte exequente justificando o não cabimento da prescrição, alegando todas as causas impeditivas do fluxo do prazo prescricional intercorrente, como a ausência de causa eficiente ou a presença de razões excludentes (causas suspensivas ou interruptivas da prescrição), ou, ainda, que se mantenha em silêncio, a necessidade de intimá-la não pode ser suprimida, relembrando que a decretação de ofício só ocorrerá após a sua manifestação.

4 DA POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO JUDICIAL DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE EM FACE OU NÃO DA INÉRCIA DO EXEQUENTE

Há aqueles que consideram a criação da figura da prescrição intercorrente, fundamentando-se na inércia do suposto titular do direito em não praticar os atos processuais que lhe incumbiam, deixando o processo paralisado por lapso temporal superior ao fixado para o exercício da pretensão.

Evidentemente, a paralisia do processo que daria causa à prescrição seria somente aquela imputável ao autor.

Logo, enxerga-se a prescrição intercorrente, como uma construção elementar, aplicável na hipótese de paralisia do processo por culpa do exequente, assumindo, assim, um caráter de penalidade. A esse respeito, pensa a jurista sergipana Eugênia Freire:

> "A Fazenda Pública, que antes poderia requerer o desarquivamento dos autos, a qualquer tempo, na hipótese de encontrar o devedor ou bens, nos termos do §3° do mesmo art. 40, agora se encontra penalizada pelo instituto da prescrição".[7]

Nesse sentido, filia-se este trabalho ao entendimento de que é juridicamente viável o reconhecimento da prescrição intercorrente, ante a inércia processual do autor da ação de execução fiscal. É cediço que a prescrição é um instituto jurídico cujo efeito é penalizar a inércia do credor durante certo período de tempo, ou seja, ante o silêncio do credor a prescrição revelaria seu caráter punitivo, sem significar propriamente um "castigo", mas um sacrifício para preservação de outros direitos ameaçados.

E outra, no decurso do prazo de um ano de suspensão, pressupõe-se que a Fazenda Pública esteja diligenciando com vista à identificação do bem que viabilize a execução. Decorrido este prazo suspensivo e sem haver a manifestação do exequente, demonstrando sua atuação no prosseguimento do feito, reinicia-se, rijo na inércia do credor, o prazo prescricional, antes interrompido com a citação. Então, a prescrição acontecerá ao final do quinto ano posterior ao período anual da suspensão.

Acredita-se que a prescrição visa à harmonia do Direito com as situações fáticas consolidadas no tempo para o restabelecimento do equilíbrio do ordenamento jurídico e da paz social, um modo de garantia de segurança jurídica nos seus diversos desdobramentos, "caso o credor permaneça inerte no exercício de seu direito, revelando em sua postura de desinteresse, que já não existe razão para protegê-lo em detrimento da segurança jurídica do executado e da sociedade". (TANIOLO, 2008 p. 78)

Entretanto, vejamos o que diz, quando a demora não se der por culpa do exequente, a Súmula 106 do STJ:

> "Súmula 106: Proposta a ação no prazo fixado para seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição da prescrição."

A seguir, serão abordadas duas situações, de tantas outras corriqueiras,

que se apresentam no curso de uma ação de execução fiscal e que resultam na ocorrência da prescrição intercorrente, diferentemente da tão somente inércia do exequente. Em todas essas hipóteses, as soluções devem ser encontradas a partir da análise do caso concreto.

Nesse diapasão, é de se "ressaltar que, no entanto, a prescrição intercorrente pressuponha inércia imputável a Fazenda Pública exequente, pelo que, se o atraso se devesse a outros interessados, a extinção da execução fiscal não se daria". (THEODORO JÚNIOR, 2009 p. 233) Ou ainda, considera-se que a suspensão do processo por força do art. 40 da Lei n° 6.830/80, ocorrida em virtude da não localização do devedor ou de bens sobre os quais pudesse recair a penhora e provocada pela Fazenda Pública, em face dos obstáculos de prosseguimento da execução fiscal, evidenciaria a inexistência da inércia do credor ao esgotar todas as suas iniciativas de encontrar o inadimplente ou bens passíveis de penhora.

5 DA PARALISAÇÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL DECORRENTE DA MOROSIDADE DO PODER JUDICIÁRIO E DO PARCELAMENTO DO CRÉDITO

Um dos casos mais corriqueiros, nos quais não ocorre prescrição é a paralisação do processo de execução fiscal em decorrência de falhas no aparato judicial. Em outras palavras, ficando a execução fiscal paralisada em decorrência de erro ou da morosidade do Poder Judiciário, não se pode falar em prescrição intercorrente.

Uma dessas situações é a demora na citação decorrente da burocracia judicial, isso quando essa for exigida como causa interruptiva da prescrição. Vale ressaltar que, até a entrada em vigor da Lei Complementar n°118/2005, exigia-se a citação do executado para interromper a prescrição, caso a execução seja fundada em crédito tributário. Com a vigência dessa nova Legislação, a redação do art. 174 do Código Tributário Nacional foi alterada, permitindo que o mero despacho do juiz, ordenando a citação, tem eficácia de interromper o prazo prescricional.

Em nenhum momento ao longo da marcha da ação de execução fiscal deve-se sustentar a ideia de que a demora decorrente da lentidão do Poder Judiciário venha prejudicar os envolvidos no processo. Há muito

tempo, vem sendo aceito esse posicionamento pela Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ. A Egrégia Corte já se manifestou sobre o tema de forma tão sólida, que editou a Súmula n° 106 já referida neste estudo anteriormente.

"Se foi o devedor ou se foram as deficiências do serviço forense que acarretam a paralisação do feito, não se poderia pensar em prescrição do direito do Fisco" (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 234). "Não há de se extinguir o direito processual da parte pelo efeito da prescrição por falha do mecanismo judiciário"[8].

Em outra situação, ocorrendo, por mútuo consentimento, acordo entre o sujeito passivo, por força de sua vontade, e o sujeito ativo, com a permissão da lei, sobre o parcelamento do crédito executado. Fica a Fazenda impedida de exigir a totalidade do crédito, enquanto perdurar o acordo. O sujeito passivo declara-se devedor, reconhecendo o seu débito fiscal, e o sujeito ativo consente em parcelá-lo a quantidade de prestações, nos termos da lei.

Na definição de Eduardo Sabbag:

> "O parcelamento é procedimento suspensivo do crédito, caracterizado pelo comportamento comissivo do contribuinte, que se predispõe a carrear recursos para o Fisco, mas não de uma vez, o que conduz tão somente à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, e não à sua extinção. Extinção seria se 'pagamento' o fosse".[9]

Em outra situação no curso da execução fiscal, o devedor, como já referido, pode requerer o parcelamento do crédito tributário, situação em que será suspenso o processo, enquanto se aguarda o pagamento do quantum total da execução. Assim, afasta-se o fluxo do prazo prescricional em razão da suspensão da exigibilidade do crédito tributário de acordo com a previsão do art. 151, VI, do CTN, a seguir:

> "Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:
>
> .
>
> .
>
> .
>
> IV - O **parcelamento**." (Grifo nosso)

Concedido o parcelamento ao devedor/executado, encontra-se, então, suspensa a sua exigibilidade, tal qual a execução fiscal. Logo, o exequente – pólo ativo processual – não exercerá seus deveres processuais, sem correr, assim, o prazo prescricional intercorrente durante esse período.

6 DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE E DA SUSPENSÃO DO PROCESSO PELO ARTIGO 40 DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL

O pedido de suspensão do feito nos termos do art. 40 é a última alternativa de que dispõe a Fazenda Pública no curso de uma execução fiscal. O processo não é extinto, não lhe sendo aplicável o disposto no art. 267 do Código de Processo Civil, incisos II e III, ficando apenas os autos arquivados à espera de andamento ao processo por meio de petição da Fazenda Pública com indicação de bens a penhorar ou localização do devedor.

"O fato de não terem sido encontrados bens a penhorar não é motivo para extinguir a execução fiscal, nem mesmo a não localização do devedor para a citação produz tal consequência" (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 228). Neste sentido, dispõe a Súmula n° 6 do TRF – 2° Região: "Execução Fiscal suspensa com base no artigo 40 da Lei n° 6830/80 não pode ser julgada extinta, mas arquivada sem baixa na distribuição, após o término do prazo de suspensão". O mencionado prazo de suspensão é de um ano, constante do §2°, findo o qual devem os autos ser arquivados, mas sem extinção do processo.

Este arquivamento não pode ser eterno, sem extinção do feito, "o absurdo da inovação do art. 40, antes da Lei n°11.051/2004, estava, porém, na suspensão, também indefinida, do processo executivo arquivado (...)" (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 228). A Jurisprudência do STJ, mesmo antes do advento desta lei ordinária, já havia estabelecido a possibilidade de incidência de prescrição intercorrente na execução fiscal.

> "Súmula 314 do STJ: Em execução fiscal não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente" (DJ de 8.2.2006).

Com o advento da Lei n° 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, o §5° do

art. 219, do CPC foi alterado para permitir que o juiz possa extinguir o processo, de ofício, quando verificar a ocorrência da prescrição.

6.1 APONTAMENTOS PARA O §§§ 1°, 2º e 3º DO ART. 40 DA LEF

Em regra, a suspensão mencionada no caput é feita por requerimento do exequente. Caso o juiz decida, de ofício, pela suspensão do feito, deve abrir vista à Fazenda Pública para manifestação, uma vez que existe a possibilidade de ela indicar bens nesse momento ou fornecer novo endereço do devedor.

Exatamente porque, em regra, a suspensão é feita a requerimento do exequente, ao deferi-la o juiz já determina o arquivamento dos autos. O alcance desse dispositivo, na realidade, está restrito às hipóteses nas quais o juiz procede à suspensão de ofício. O prazo de um ano, portanto, é para manifestação da Fazenda Pública, nos termos do parágrafo anterior.

A suspensão perdurará por um ano com vista dos autos ao representante da Fazenda Pública quando, após o transcurso do prazo, será determinado o seu arquivamento. Segundo, entendimento jurisprudencial, o arquivamento acima previsto é ato administrativo, sem importar a extinção do processo com a respectiva baixa na distribuição.[10]Outrora, algumas decisões jurisprudenciais entendiam que o curso do prazo de um ano do §2° importava em extinção do feito. Essas decisões, hoje, estão visivelmente erradas, uma vez que contrariam o entendimento do STJ, além de o texto da lei não determinar isso, como dito acima, sendo certo que o parágrafo seguinte dispõe em sentido diametralmente oposto.

O objetivo do §3° era evitar a incidência da prescrição intercorrente na execução fiscal. Por isso, a expressão a qualquer tempo, para esclarecer que a execução poderia ficar eternamente suspensa até que fosse localizado o devedor ou bens. Desse modo, o processo suspenso nos termos do art. 40 não seria jamais extinto em razão do lapso temporal.

> "A regra do §3° do artigo 40 da LEF que prevê o desarquivamento dos autos para prosseguimento da execução, no caso de localização do devedor ou de bens, a qualquer tempo, enseja a ideia de prescrição indefinida, nunca teve aceitação nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial"[11].

Essa orientação, porém, não prevaleceu na jurisprudência do STJ que afirmou a possibilidade de prescrição intercorrente, a despeito da clareza do caput do art. 40 e do seu §3°.

O entendimento do STJ foi posteriormente chancelado pelo legislador, que acrescentou ao art. 40 o seu §4°, que será visto a seguir. Desde logo, observa-se que não se vislumbra inconstitucionalidade na lei que introduziu ao artigo 40 da LEF o mencionado §4°. Prevê o dispositivo que decorridos 05 (cinco) anos do arquivamento dos autos da execução fiscal, por não ter sido encontrado o devedor ou bens penhoráveis, o juiz poderá, de ofício, após ouvida a fazenda pública, decretar a prescrição intercorrente.

Esse dispositivo legal e, como tal não poderia deixar de ser, guarda total sintonia com o §2° e o caput do artigo 40 da LEF. Assim é que a execução fiscal será suspensa por um ano, permanecendo suspensa a prescrição. Findo tal prazo, serão arquivados os autos, passando a correr o prazo prescricional quinquenal. Ou seja, uma vez suspensa a execução e intimada a Fazenda Pública, passa a correr de imediato o prazo de 05 (cinco) anos para o reconhecimento da prescrição intercorrente.

Impõe-se a necessidade de se ouvir previamente a Fazenda Pública, pois ela poderá apontar alguma causa de suspensão ou interrupção da prescrição não conhecida pelo juiz. Após manifestação do Ente público e independentemente de requerimento do executado, estando o feito paralisado por 05 (cinco) anos ou mais por inércia do exequente, poderá o juiz pronunciar a prescrição intercorrente, relembrando que antes da introdução do §4° ao artigo 40 da LEF o reconhecimento da prescrição dependia do requerimento da parte interessada.

6.2 APONTAMENTOS PARA OS §§4°E 5°DO ART. 40 DA LEF

Com efeito, a Lei n°11.051/2004 agregou o parágrafo quarto ao artigo 40 da LEF, confirmando a prescritibilidade dos créditos da Fazenda Pública, sendo assim, atingíveis pela ação do tempo, assim como os demais créditos próprios dos particulares. No entanto, é necessária a ouvida da Fazenda Pública, conforme expressa previsão legal. A referida manifestação do credor fica dispensada "no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda" (§5° do art. 40 inserido pela Lei n°11.960/2009).

6.3 INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 6° DA LEI N° 11.051/2004

Ao examinar a Lei n° 11.051/2004, argui-se que a mesma padece de vício de inconstitucionalidade formal. Isto é, a inovação legal relativa à prescrição intercorrente foi apresentada através de lei ordinária, que acrescentou o §4° ao art. 40 da Lei n° 6830/80. No entanto, a prescrição é matéria reservada à lei complementar, conforme previsão constitucional do art. 146, III, alínea "b", da Carta Maior, a qual expressa o seguinte:

> "Art. 146 – Cabe a lei complementar:
>
> .
>
> III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:
>
> .
>
> b) "Obrigação, lançamento, crédito, **prescrição** e decadência tributários". (grifo nosso)

Dessa forma, evidenciar-se-ia que a prescrição é uma matéria reservada à lei complementar, não podendo ser disciplinada por lei ordinária, tal como foi efetivada a previsão através da Lei n° 11.051, de 29.12.2004.

Sobre esse tema de inconstitucionalidade, é de bom alvitre lembrar os ensinamentos de Alfredo Augusto Becker, *in verbis*:

> "(...) Inconstitucionalidade imediata se realiza quando aquele ato executivo ou legislativo ou jurisdicional desrespeita diretamente regra jurídica criada por aquele único órgão legislativo de primeiro grau (Assembleia Constituinte).
> Inconstitucionalidade mediata (ilegalidade) ocorre quando a desobediência for à regra jurídica criada por órgão de grau inferior à Assembleia Constituinte, porém superior ao grau do próprio órgão cujo ato foi arguido de ilegalidade."[12]

No caso em tela, observar-se-ia a existência de uma inconstitucionalidade

imediata, na medida em que o órgão legislativo criou regra jurídica fora de sua competência específica, em uma afronta direta ao disposto no art. 146, III, alínea "b" da CF/88, uma vez ser a Lei n° 11.051/2004, ordinária e criada para dispor sobre desconto de crédito na apuração sobre Contribuição Social sobre Lucro Líquido - CSLL, introduzindo, assim, impropriamente matéria estranha ao estabelecer a possibilidade de decretação da prescrição intercorrente de ofício, violando flagrantemente a Constituição Federal.

Contrariamente às opiniões dos ilustres doutrinadores que atestam a inconstitucionalidade do debatido dispositivo legal. Este estudo filia-se à tese da não existência de vício de inconstitucionalidade na referida legislação, que introduziu o mencionado §4° ao art. 40 da Lei de Execução Fiscal.

Acredita-se que a norma, cuja natureza jurídica é puramente processual e não tributária, pode ser veiculada mediante lei ordinária, sem ofensa ao texto constitucional. Por ter a norma em questão, natureza processual, tem aplicabilidade imediata a fim de viabilizar o reconhecimento judicial e decretação de ofício da prescrição intercorrente às ações de execução fiscal posteriores e àquelas ajuizadas antes da alteração legislativa.

> "Por não disciplinar o fenômeno da prescrição, tampouco sua forma intercorrente, não se vê dotada de caráter material, senão de foros processuais: sua função estaria vinculada, nesses termos, à explicação do regime processual de decretação a que se submete o referido fenômeno (da prescrição intercorrente) – conclusão que ao mesmo tempo repele qualquer discussão sobre a necessidade de veiculação do tema por lei complementar e autoriza a imediata aplicação da norma a todos os casos que em arquétipo se encaixam." (CARVALHO, 2010, p. 193).

6.4 INCOMPATIBILIDADE DO NOVO §4° COM O §3° DO ARTIGO 40 DA LEI n° 6.830/80

Analisando a inovação trazida com a Lei n°11.051/2004, observa-se que a mesma não revogou a disposição constante do art. 40, §3°, da Lei

n°6830/80, cujo teor é o seguinte:

> "Art.40. (...)
>
> §3°. "Encontrados que sejam**, a qualquer tempo**, o devedor ou bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução". (grifo nosso)

Interpretando o §3° do art. 40 da Lei n°6.830/80, percebe-se a intenção do legislador em autorizar "a qualquer tempo" a manifestação da Fazenda credora dentro do prazo prescricional - uma vez considerando o teor do *caput* do art. 40 sobre a suspensão do processo de execução fiscal, na hipótese de não localização do devedor ou de bens passiveis de penhora e da disposição de seu §2° relativa à possibilidade de arquivamento dos autos, após a paralisação do processo executório, pelo prazo de um ano. O arquivamento previsto é provisório ou precário, posto que, a qualquer tempo, a execução fiscal poderá ser reativada, bastando que se localize o devedor ou se encontrem bens sujeitos à penhora, dentro do lapso temporal de cinco anos. Portanto, têm razão aqueles que entendem incompatíveis os §§3° e 4° do artigo 40 da Lei de Execução Fiscal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao finalizar o trabalho e diante de todas as considerações traçadas, deduz-se que a prescrição, aqui desvelada no âmago da ação de execução fiscal, é um instrumento para a realização de importantes valores constitucionais, tal como a segurança jurídica, compreendida em sua amplitude e voltada ao executado tanto quanto à sociedade. É um instituto jurídico a ser aplicado pelo intérprete da norma ao caso concreto, certificando-se de que a prescrição esteja em equilíbrio com as normas constitucionais e legais, harmonizando-se com o sistema jurídico em seu todo.

Quanto à sua intercorrência, dada a enorme correlação com o processo de execução fiscal, é compreendida dentro da realidade peculiar disciplinada pela Lei n° 6.830/1980.

A principal causa eficiente da prescrição intercorrente na execução fiscal encontra-se na inércia do exequente em praticar atos processuais decorrentes do ônus do ajuizamento da demanda. A impassibilidade

do credor em praticar seus deveres processuais e a potencialização da sensação de insegurança diante de uma situação de eterna litigiosidade, é que faz ressurgir, na execução fiscal, as razões pacificadoras e estabilizadoras da prescrição.

Entende-se que a particular disciplina das ações de execução fiscal firmada pela Lei de Execução Fiscal contempla a existência do fenômeno da prescrição intercorrente, quando da introdução do §4° ao artigo 40, pela lei ordinária – Lei n° 11.051/2004. Em outras palavras, o §4° do art. 40 da LEF teria a função vinculada à explicitação do regime processual de decretação a que se submete o referido fenômeno da prescrição intercorrente, sendo deixado de lado qualquer questionamento acerca da necessidade de veiculação de matéria prescricional por lei complementar, conforme disposição do texto constitucional.

Todo o texto buscou demonstrar a importância do instituto prescrição revelado como uma solução jurídica que equilibra, de forma ponderada, os direitos do credor e a garantia de segurança jurídica. De forma didática, examinam-se as questões fundamentais relativas à formulação legislativa e à aplicação das normas atinentes à prescrição intercorrente nas ações de execução fiscal e quando sua ocorrência é judicialmente reconhecida com o objetivo de explicar os fenômenos decorrentes da inter-relação deste instituto com as peculiaridades do processo de execução fiscal, disciplinado pela Lei n° 6.830/80 - legislação que regula a satisfação dos créditos fazendários pelo procedimento da execução.

INTERCURRENT OF PRESCRIPTION IN TAX ENFORCEMENT

ABSTRACT: This article aims to brief analysis of intercurrent prescription phenomenon of the tax credit and its legal recognition in the actions of Tax Enforcement, subject quite controversial and little versed doctrinally. Emphasizes its legal effects on the procedural relationship between the treasury and the taxpayer. Theme addressed in an original way, in the light of the Brazilian legal system, with theoretical and jurisprudential exposure used in your research in order to present a better understanding and application of intercurrent prescription institute, based on the legislation specifies the question, as the National Tax Code, the Executive Tax Act, the Federal Constitution and case law of the Superior Courts.

KEYWORDS: Intercurrent prescription. Fiscal execution. Tax credit.

Notas

1 RESTON, Sérgio Martins. *A prescrição intercorrente no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva , 2005, p.4.
2 TANIOLO, Op.cit, p.122.
3 À essa temática Taniolo entende que: "a inércia do credor em realizar os ônus decorrentes da execução fiscal é causa eficiente da prescrição, como também defende: 'A suspensão do processo por ausência de bens penhoráveis – art. 40 da LEF - como uma nova causa eficiente para a prescrição intercorrente'".
4 Esse entendimento acerca da causa suficiente da prescrição já possui posicionamento jurisprudencial da 1° Seção no sentido de que "a inércia da parte credora na propositura dos atos e procedimentos de impulsão processual, por mais de cinco anos, pode edificar causa eficiente para a prescrição intercorrente" (RESP n°237.079-SP, STJ, 1° Seção. Rel. Milton Pereira, DJ 30.9.2002). A respeito da causa eficiente, Câmara Leal (1962) aponta cinco elementos que informam e delimitam a conceituação da prescrição, a saber: o objeto, a causa eficiente, o fator operante, o fator neutralizante e o efeito. Para ele, o objeto da prescrição seria uma ação ajuizável, sua causa eficiente seria a inércia do titular de tal ação, seu fator operante seria o tempo, seu fator neutralizante seriam as causas legais preclusivas do seu curso e seu efeito - a extinção da ação.
5 Taniolo assevera: "a matéria, bastante controvertida, foi objeto de Súmula n° 314 do STJ: "Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo de prescrição quinquenal intercorrente". Ao que tudo indica, a mencionada Súmula considera como nova causa eficiente à prescrição intercorrente, diferente da inércia do credor – a inatividade processual, decorrente da impossibilidade de satisfação do crédito executado (execução frustrada).
6 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de Execução Fiscal*: Comentários e Jurisprudência. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 235.
7 FREIRE, Eugênia Maria Nascimento. *Prescrição intercorrente no Direito Tributário*. Aracaju, 2009. Disponível em: <http://www.portalciclo.com.br> Acesso em 23.ago.2014.
8 STJ: 1° Seção, EDiv. no REsp 100.288-PR,Rel.Min.José Delgado, AC.9-9-1998, DJU, 26 out.1998, p. 8.
9 SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2009.p.259.
10 STJ, REsp.8.386/RJ, 2°T.,Rel.Min.Peçanha Martins,j.15/05/1993;STJ, REsp.250.833/RJ,1°T,Rel. Min.Humberto Gomes de Barros, j.12/12/2000.
11 CARVALHO, Aurora Tomazini de (Coord.). *Decadência e Prescrição em Direito Tributário*. 2.ed. São Paulo: MP, 2010.p.77
12 BECKER, Alfredo Augusto. Op.Cit. p. 211.

REFERÊNCIAS

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário.* São Paulo: Lejus, 2000. p. 345.
CARVALHO, Aurora Tomazini de (Coord.). *Decadência e Prescrição em Direito Tributário.* 2. ed. São Paulo: MP, 2010.
CASSONE, Vitório. *Direito Tributário*: fundamentos constitucionais da

tributação, definição de tributos e suas espécies, conceito e classificação de impostos, doutrina, prática e jurisprudência. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
FREIRE, Eugênia Maria Nascimento. *Prescrição Intercorrente no Direito Tributário.* Aracaju, 2009. Disponível em: <http://www.portalciclo.com.br> Acesso em 23.ago. 2014.
HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
RESTON, Sérgio Martins. *A prescrição intercorrente no Processo Civil Brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2005. p. 4.
THEODORO JUNIOR, Humberto. *Lei de Execução Fiscal*: Comentários e Jurisprudência. 11. ed. São Paulo: Saraiva , 2009.
TONIOLO, Ernesto José. *A prescrição intercorrente na Execução Fiscal.* 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DAS INFRAÇÕES E SANÇÕES ADMINISTRATIVAS NO ÂMBITO DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E A APLICAÇÃO DA TEORIA DO AUTOSSANEAMENTO EMPRESARIAL (CORPORATE SELF-CLEANING)

Carlos Adolfo Costa Prado Neto*

RESUMO: O presente artigo apresenta um estudo acerca das espécies de sanções administrativas, corolário do poder disciplinar da Administração Pública, no âmbito das licitações e contratos administrativos. Tece considerações acerca dos tipos de sanções, seus efeitos, considerando a discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito do tema, além da possibilidade jurídica de aplicação do *corporate self-cleaning* (autossaneamento), bastante utilizada no direito comparado, especialmente o da União Européia e nos Estados Unidos da América.

PALAVRAS-CHAVE: Sanções administrativas. Licitações e contratos. *Corporate self-cleaning.*

1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública, ao contratar com o particular não deixa de exercer sua posição de supremacia, sendo que o direito sancionador decorre desta posição, sendo uma das cláusulas exorbitantes previstas no ordenamento jurídico. Nesse sentido, a norma confere ao Estado o poder de sancionar os licitantes e contratados, a fim de resguardar o interesse público e suas repercussões constitucionais inerentes, quando há infração contratual ou no certame licitatório, retirando-a do mercado competitivo por prazo determinado ou indeterminado, conforme cada caso.

A Constituição Federal, em seu artigo 22, inciso XVII, estabeleceu que competirá privativamente à União legislar acerca de normas gerais de licitações e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas e as suas autarquias e fundações públicas, de todas as unidades da Federação. Nesse sentido, adveio a Lei Federal nº 8.666, de

* Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes. Pós-Graduado em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera – Uniderp. Advogado inscrito na OAB/SE 6849/SE.

21 de junho de 1993, instituindo para toda a Administração, normas para licitações e contratos. Por conseguinte, nos idos de 2002, a União publicou a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, o qual consta sanção administrativa específica para essa forma de contratação (sistema de pregão). Importante ressaltar ainda que tal norma de caráter geral, não tem o condão de outras normas elaboradas pelos diversos entes federativos, podendo complementar o contido nas referidas normas.

2 DAS ESPÉCIES DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

A Lei nº 8.666/93 concedeu ao poder estatal, no uso do seu poder disciplinador, a possibilidade de aplicar as seguintes sanções administrativas: a advertência, a multa compensatória e a moratória, a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração Pública e a declaração de inidoneidade. Senão vejamos o que dispõe o citado dispositivo:

> *Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:*
> *I - advertência;*
> *II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;*
> *III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;*
> *IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.*

Não obstante a existência dessas sanções, a Lei nº 10.520/02, que estabelece o procedimento da modalidade licitatória do pregão, trouxe a

possibilidade, conforme previsto em seu artigo 7º, de sancionar a empresa por período maior que o previsto na Lei nº 8.666/93:

> *Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no SICAF, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.*

Passemos agora a enumerar os tipos de sanções contratuais decorrentes do poder sancionador inerente ao Estado, com algumas considerações pertinentes.

2.1 DA ADVERTÊNCIA

A sanção prevista no artigo 87, inciso I da Lei nº 8.666/93 possui efeito meramente intimidador, de caráter moral e tem aplicação em casos de menor repercussão (faltas leves) e que não tenham causado danos à Administração Pública por culpa exclusiva da empresa contratada. É importante o registro cadastral da aludida sanção no procedimento do referido contrato, vez que esta pena pode ser considerada para aplicação de sanção mais gravosa em caso de reincidência. Nesta, a sanção fica adstrita ao contrato firmado com o órgão ou entidade, não surtindo efeitos externos.

2.2 DA MULTA COMPENSATÓRIA E MORATÓRIA

Do mesmo modo, as multas relacionam-se somente com o contrato firmado com a Administração, não repercutindo em contratos de outros órgãos e entidades, uma vez que a empresa ainda se mantém ativa, não

existindo nenhum fator de impedimento competitivo.

Quanto a aplicação da multa, é pertinente afirmar que se faz necessária sempre a inclusão desta no contrato administrativo firmado. Caso haja contratação, por exemplo, por meio de uma simples nota de empenho, no qual a Administração Pública realiza em contratos de valores de pouca monta, restará inviabilizada a aplicação de qualquer multa a empresa. Por isso, não é recomendável, embora mais prático, a contratação sem a formalização contratual, pois prejudica a aplicação do direito sancionador.

Existem dois tipos de multas que podem ser aplicadas ao contratante: a moratória e a compensatória, distinguindo-as, entre a simples mora e o inadimplemento contratual, ou seja, entre inadimplemento relativo e absoluto.

Haverá mora ou inadimplemento relativo, quando houver um simples atraso na execução do contrato, cujo contrato, e que mesmo a destempo ainda haja interesse à administração pela sua continuidade. Neste tipo, a Lei nº 8.666/93 estabelece suas coordenadas, *in verbis*:

> *Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.*
> *§ 1o A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.*
> *§ 2o A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.*
> *§ 3o Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.*

Noutros casos, de desinteresse justificável da administração ou inexecução total do contrato, atribuir-se-á à situação a pecha de inadimplemento absoluto, sendo clássico na doutrina, então, a noção de que a multa tem função compensatória. Nesta, o aplicador pretende a composição patrimonial que a Administração sofreu em virtude do não

cumprimento do contrato. Nestes termos, o professor Renato Geraldo Mendes nos ensina:

> *A multa compensatória, também de natureza sancionatória, tem por finalidade compensar a outra parte pelo dano que lhe é causado pela inadimplência ou infração do contratado. Essa multa é fixada em função do dano presumido pelo descumprimento da avença. (MENDES, Renato Geraldo.* Lei de Licitações e Contratos Anotada – *Notas e Comentários à Lei nº 8.666/93. 8ª ed. Curitiba: Zênite, 2011, pg. 990)*

É importante frisar que para a aplicação de tais multas deve estar sempre caracterizada a culpa do contratante, analisada por procedimento administrativo, garantida a ampla defesa e o contraditório, bem como as hipóteses de incidência da sanção devem estar previstas no instrumento convocatório e no contrato, além de percentuais e base de cálculo.

2.3 DA SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DO DIREITO DE LICITAR E IMPEDIMENTO DE CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO E DA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE

Tais sanções possuem como natureza jurídica primordial a colaboração entre os entes públicos, uma vez que se uma empresa comete um deslize contratual grave que necessita deste tipo de sanção, a decisão desta comunica-se a toda a Administração Pública no caso da declaração de inidoneidade e na suspensão para licitar/contratar, segundo a jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça.

O artigo 87 da Lei nº 8.666/93 descreve como possíveis sanções possíveis de serem aplicadas a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração pelo prazo máximo de dois anos, sendo que como alhures mencionado, a Lei nº 10.250/02 estendeu esse prazo para cinco anos, quando a contratação se dá por meio do sistema do pregão. Nesta espécie de sanção, a empresa fica impossibilitada de participar de licitações e de contratar com a Administração Pública pelo prazo estabelecido na decisão.

A declaração de inidoneidade tem caráter similar, porém somente pode ser aplicada pelo Secretário ou Ministro de Estado (artigo 87, §3º)

e possui uma maior abrangência, uma vez que sua decisão alcança todos os entes e órgãos da Administração, embora haja decisões do Superior Tribunal de Justiça contrariando essa tese, como veremos adiante.

Quanto ao âmbito de incidência desta sanção administrativa, a doutrina e a jurisprudência mostram-se claudicantes, com entendimentos diversos acerca do assunto. O Superior Tribunal de Justiça entende que a penalidade aplicada atinge não só o órgão em que foi proferida, mas sim órgãos e entidades de todas as esferas federativas da Administração. Vários são os arestos que demonstram essa conclusão. Vejamos:

> *ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO SOMENTE DA MATRIZ. REALIZAÇÃO DO CONTRATO POR FILIAL. IMPOSSIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO. SANÇÕES. PROPORCIONALIDADE. ADMINISTRAÇÃO X ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DISTINÇÃO. AUSÊNCIA.*
>
> *1. Cuida-se, na origem, de mandado de segurança impetrado pela Petrobras Distribuidora S/A contra ato do Presidente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, o qual, após rescindir o contrato celebrado entre as partes, para a aquisição de 140.000 litros de gasolina comum, com fornecimento parcelado em doze meses, aplicou sanções de pagamento de multa, no valor de R$ 72.600,00 e de impedimento de licitar e contratar com o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, pelo prazo de um ano.*
>
> *2. Inicialmente, cabe destacar que é incontroverso nos autos que a Petrobras Distribuidora S/A, que participara da licitação com documentação da matriz, ao arrepio do que exigia o contrato, forneceu combustível por meio de sua filial sediada no Estado de São Paulo, a quem era devedora do ICMS.*
>
> *3. Por sua vez, o artigo 87 da Lei nº 8.666/93 prevê expressamente entre as sanções para o descumpridor do acordo a multa, a suspensão temporária de participação em licitação e o impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos.*
>
> *4. Na mesma linha, fixa o art. 7º da Lei nº 10.520/2002.*

5. Ademais, o §2º do artigo 87 da Lei de Licitação permite a aplicação conjunta das citadas sanções, desde que facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo no prazo de cinco dias úteis.
6. Da mesma forma, o Item 12.2 do edital referente ao contrato em questão estabelece a aplicação das sanções estipuladas nas Leis nº 10.520/02 e nº 8.666/93, bem como na Resolução nº 5/93 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo ao inadimplente.
7. Já o mencionado contrato dispunha na Cláusula Oitava sobre a possibilidade de aplicação ao contratado, diante da inexecução total ou parcial do ajuste, de qualquer das sanções previstas na Lei de Licitações, a juízo fundamentado da prefeitura, de acordo com a gravidade da infração.
8. Nesse contexto, não obstante as diversas advertências efetuadas pelo Tribunal de Contas no sentido de que não poderia a recorrente cometer as irregularidades que motivaram as sanções, esta não cuidou para que a unidade responsável pela execução do contrato apresentasse previamente a documentação que atestasse a observância das normas da licitação e das cláusulas contratadas, de modo que não há que se falar em desproporcionalidade da pena aplicada, sobretudo diante da comprovação das condutas imputadas à recorrente, o que autoriza a aplicação da multa e da sanção de impedimento de contratar com a Administração pelo prazo de um ano, tudo para bem melhor atender ao interesse público.
9. Note-se, ainda, que esta Corte já apontou pela insuficiência da comprovação da regularidade fiscal da matriz e pela necessidade de a filial comprovar tal regularidade se a esta incumbir o cumprimento do objeto da licitação. Precedente.
10. Por fim, não é demais destacar que neste Tribunal já se pontuou a ausência de distinção entre os termos Administração e Administração Pública, razão pela qual a sanção de impedimento de contratar estende-se a qualquer órgão ou entidade daquela. Precedentes.

> *11. Recurso ordinário não provido. (STJ, RMS nº 326.628/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 14.09.2011.)*
>
> *MANDADO DE SEGURANÇA. PENALIDADE APLICADA COM BASE NA LEI 8.666/93. DIVULGAÇÃO NO PORTAL DA TRANSPARÊNCIA GERENCIADO PELA CGU. DECADÊNCIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. LEI EM TESE E/OU ATO CONCRETO. DANO INEXISTENTE.*
> *1. O prazo decadencial conta-se a partir da data da ciência do ato impugnado, cabendo ao impetrado a responsabilidade processual de demonstrar a intempestividade.*
> *2. A Controladoria Geral da União é parte legítima para figurar em mandado de segurança objetivando atacar a inclusão do nome da empresa no PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, por ela administrado.*
> *3. O* writ *impugna ato concreto, oriundo do Ministro dirigente da CGU, inexistindo violação de lei em tese.*
> *4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a penalidade prevista no art. 87, III, da Lei 8.666/93, suspendendo temporariamente os direitos da empresa em participar de licitações e contratar com a administração é de âmbito nacional.*
> *5. Segurança denegada. (STJ, MS nº 19.657/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 23.08.2013.)*

Em contrapartida, o Tribunal de Contas da União entende, apesar de encontrarmos decisões episódicas de forma contrária, que a suspensão para licitar/contratar atinge apenas o órgão ou a entidade que proferiu a decisão. Veja a ementa a seguir:

> *Representação formulada por empresa apontou suposta ilegalidade no edital do Pregão Eletrônico 13/2013, conduzido pela Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal, com o objetivo de contratar empresa especializada em serviços de manutenção de instalações civis, hidrossanitárias e de gás e rede de distribuição do sistema de combate a incêndios. Constou do edital disposição no sentido de que "2.2 – Não será permitida a participação*

de empresas: (…) c) suspensas temporariamente de participar em licitações e contratar com a Administração; d) declaradas inidôneas para licitar ou para contratar com a Administração Pública;". O relator, por aparente restrição ao caráter competitivo do certame, suspendeu cautelarmente o andamento do certame e promoveu a oitiva do órgão, medidas essas que vieram a ser ratificadas pelo Tribunal. O relator, ao examinar os esclarecimentos trazidos aos autos, lembrou que "a jurisprudência recente desta Corte de Contas é no sentido de que a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 produz efeitos apenas no âmbito do órgão ou entidade que a aplicou (Acórdãos 3.439/2012 Plenário e 3.243/2012 Plenário)".

E mais: "Interpretação distinta de tal entendimento poderia vir a impedir a participação de empresas que embora tenham sido apenadas por órgãos estaduais ou municipais com base na lei do pregão, não estão impedidas de participar de licitações no âmbito federal". Anotou, ainda, que, a despeito de o edital em tela não explicitar o significado preciso do termo "Administração" constante do item 2.2, "c", os esclarecimentos prestados revelaram que tal expressão "refere-se à própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal" e que, portanto, "o entendimento do órgão está em consonância com as definições da Lei nº 8.666/93, assim como com o entendimento desta Corte". Por esse motivo, considerou pertinente a revogação da referida cautelar e o julgamento pela improcedência da representação. A despeito disso e com o intuito de "evitar questionamentos semelhantes no futuro", considerou pertinente a expedição de recomendação ao órgão para nortear a elaboração de futuros editais. O Tribunal, ao acolher a proposta do relator, decidiu: a) julgar improcedente a representação e revogar a cautelar anteriormente concedida; b) "recomendar à Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal que, em seus futuros editais de licitação, especifique que estão impedidas de participar da licitação as empresas que tenham

> *sido sancionadas com base no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, somente pela própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal. (TCU, Acórdão nº 842/2013, Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro, DOU de 10.04.2013.)*

A decisão é proferida nos termos acima, seguindo a interpretação de que foi a própria legislação assim que distinguiu, vez que utilizou de expressões diversas no artigo 87, III (suspensão) e no inciso IV (declaração de idoneidade), respectivamente, Administração e Administração Pública, tendo seus conceitos definidos pela própria legislação (artigos 6º, incisos XI e XII da Lei nº 8.666/93):

> *Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:*
> .....
> *XI - Administração Pública a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;*
> *XII - Administração* órgão, *entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;*

Dessa forma, aplica-se o famoso brocardo hermenêutico *cum effectu sunt accipienda*, ou seja, a lei não contém palavras inúteis, não se admite que o legislador não tivesse pretendido diferenciar os dois tipos de sanção com adoção de expressões distintas, dando-lhe efeitos similares. Não é contraproducente afirmar, como o Superior Tribunal de Justiça decide, que as sanções teriam a mesma abrangência em virtude da unicidade da Administração Pública, sob fundamento do artigo 1º da Constituição Federal.

Outro ponto que os distingue é a gravidade do fato. Pergunta-se: qual seria o sentido de existir duas modalidades de sanção, tendo os mesmos efeitos? Assim, se os gestores, sob o manto da discricionariedade motivada que os rege, optam por aplicar a sanção de suspensão (art. 87, inc. III, da Lei nº 8.666/93) no lugar da declaração de inidoneidade (art. 87, inc. IV) ou do impedimento (art. 7º da Lei nº 10.520/02) é porque entendem que a falta em que incorreu a contratada/licitante não foi

suficientemente grave a ponto de lhe aplicar uma sanção que obste sua contratação por todos os entes da Administração Pública.

Dessa forma, tal discussão torna ainda mais importante que os administradores estudem com maior aprofundamento a questão da reabilitação empresarial, especialmente o autossaneamento empresarial (*corporate self-cleaning*), visando a manutenção dessa empresa no mercado competitivo, desde que se promova a sua reabilitação, após cumprir certos requisitos impostos em procedimento administrativo próprio instaurado na Administração que a penalizou.

3 A QUESTÃO DA REABILITAÇÃO. AUTOSSANEAMENTO EMPRESARIAL (*SELF-CLEANING*) E SUA APLICAÇÃO NO BRASIL

As sanções de suspensão/impedimento do direito de contratar e licitar e de declaração de inidoneidade possuem caráter eminentemente punitivo, proibindo por um período relativamente longo que a empresa contrate com a Administração Pública, culminando certamente em declínio econômico da mesma e, consequentemente, desemprego e diminuição da atividade econômica.

Dessa forma, importante mencionar estudos acerca do assunto, para que se coibir abusos das referidas empresas sem causar decréscimo patrimonial que leve à sua bancarrota.

No direito comparado, especialmente no mercado norte-americano e na União Européia, emerge a doutrina do autossaneamento empresarial, ou o *corporate self-cleaning*, alterando este enfoque meramente punitivo das sanções administrativas em detrimento de iniciativas de reabilitação, uma vez que o sistema moderno exige a construção de um sistema empresarial mais robusto, dinâmico e anticorrupto.

O autossaneamento de modo algum deve estimular a impunidade ou reduzir a busca da probidade administrativa. As medidas de correção devem ser necessariamente rigorosas, implicam pesados custos para os infratores e produzem alterações radicais nas empresas afetadas. Sua justificativa é que a necessária repressão à infração e aos infratores não deve implicar sacrifício de interesses coletivos mais bem atendidos pela manutenção da atividade econômica da empresa infratora que por sua destruição. Não há autossaneamento sem um severo programa de eliminação das condições que ensejaram a infração pretérita, a fim de se assegurar a impossibilidade de repetição da conduta ilícita.

Consubstanciado na literatura acerca do assunto, e, principalmente,

no conteúdo de decisões no direito comparado acerca do assunto, deduz-se a existência de alguns elementos em que as medidas de *self-cleaning* devem conter. São elas: o esclarecimento dos fatos; a reparação dos danos e medidas de pessoal, estruturais e organizacionais; aprimoramento dos controles internos, instituindo programas mais eficientes de ética; colaboração com as investigações; pagar as penalidades pecuniárias; punir seus empregados envolvidos em práticas corruptas; implementar medidas corretivas na empresa, em sua organização e estrutura, a fim de evitar que haja cometimento de deslizes contratuais futuros.

Atualmente, as sanções visam primordialmente afastar um potencial licitante de futuras contratações com a Administração Pública por um período definido, no caso das suspensões/impedimentos e por um período indefinido, na declaração de inidoneidade. Dessa forma, o enfoque é puramente repressivo e sancionador, uma vez que exclui de futuros certames e contratos empresa vinculada a atos ilícitos praticados anteriormente.

O autossaneamento tem ótica diametralmente oposta, pois não visa a simples punição, e sim reconstrução da empresa ao atender alguns requisitos que evitem novos deslizes contratuais.

Nesse diapasão, a sua aplicação concreta se dá no regime da suspensão do direito de licitar ou impedimento para contratar, e, principalmente, na declaração de idoneidade, uma vez que a própria Lei contém a expressão *"enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição"*. A adoção de correção futura da estrutura administrativa do contratante, seguindo os requisitos impostos em procedimento administrativo próprio, corresponderá em supressão dos motivos determinantes que ensejaram a aplicação da medida sancionatória, retornando a empresa ao status possuidor de habilitação para participar de certame licitatório.

Sob a ótica do autossaneamento, a interpretação escorreita com os princípios constitucionais é o de possibilitar a extinção da medida constritiva tão logo a empresa tenha condições de provar que a ilicitude praticada não se voltará a repetir. Dessa maneira, uma vez satisfeita as medidas de autossaneamento, a empresa se reabilitará, podendo novamente participar de certame licitatório e contratar com a Administração Pública.

A análise das medidas autossaneadoras competirá a autoridade administrativa ou judicial que determinou a constrição contratual, através de procedimento administrativo próprio, onde se fiscalizará o efetivo cumprimento das medidas requeridas para a sua reabilitação.

Em suma, a aplicação da teoria do autossaneamento empresarial deve ser acompanhado de uma sofisticação dos instrumentos legislativos e concretos de combate à corrupção, uma vez que já é percebido que a sanção repressiva pura não atende mais aos anseios de uma boa administração pública, porém, a aplicação desse novel instituto jurídico deve ser feita com bastante cautela e zelo, evitando que a Administração incorra em mais prejuízo patrimonial por decorrência da conduta desregrada da empresa.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa forma, como visto anteriormente, a aplicação das sanções administrativas decorrente de infração contratual, no direito brasileiro, tem caráter eminentemente sancionador ou repressivo, ou seja, visa apenas punir a empresa que cometeu o deslize contratual, retirando-a da competição com as demais por um período longo ou pior, sem prazo, até que ocorra a sua reabilitação.

Dessa forma, a doutrina do autossaneamento vem conferir aplicabilidade jurídica a outro tipo de enfoque, especialmente de manutenção da empresa no mercado econômico, vez que, após o cumprimento de requisitos impostos em procedimento administrativo próprio, a empresa será reabilitada para poder novamente concorrer em certames licitatórios e contratar com a Administração Pública normalmente.

No Brasil, esta teoria pode ser invocada para servir de embasamento para a reabilitação da empresa em caso de punição por declaração de inidoneidade e nas suspensões e impedimentos para licitar/contratar, caso a Administração entenda que os efeitos daquela sanção se estendam a toda a Administração Pública, devendo ser proferida a sua reabilitação mediante procedimento próprio em que se fiscalize o atendimento das medidas de autossaneamento.

VIOLATIONS AND ADMINISTRATIVE SANCTIONS UNDER THE BID AND ADMINISTRATIVE CONTRACTS AND APPLICATION OF CORPORATE SELF-CLEANING THEORY

ABSTRACT: This article presents a study on the species of administrative sanctions, disciplinary of power corollary of Public Administration, as part of bids and administrative contracts. It weaves considerations about

kinds of sanctions, its effects, considering doctrinal and jurisprudential debate on the subject, beyond the legal possibility of applying the self-cleaning theory, widely used in the comparative law, especially the European Union and the United States of America ones.

KEYWORDS: Administrative sanctions. Tenders and contracts. Corporate self-cleaning.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Legislativo, Brasília-DF, 22/06/1993, P. 8269.

CONCEIÇÃO FILHO, Domingos Daniel Moutinho da. Os âmbitos de incidência das sanções administrativas sob as óticas do TCU, do STJ, da ConsultoriaGeral da União e dos normativos do MPOG. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba: Zênite, n. 247, p. 861867, set. 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos* – 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Autossaneamento (*self-cleaning*) e reabilitação de empresas no direito brasileiro anticorrupção*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba, nº 102, agosto de 2015, disponível em www.justen.com.br/informativo, acesso em [data].

PUCCETTI, Renata Fiori. *Infrações e sanções administrativas aplicáveis aos particulares em licitações e contratos*. Monografia (Mestrado em Direito do Estado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

TORINHO, Rita. *Ponderações sobre infrações e sanções administrativas no âmbito das licitações e contratos administrativos*. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 163, p. 891, set. 2007.

Pintor, gravador, ilustrador e desenhista, Leonardo Fontes de Alencar nasceu no dia 06 de abril de 1940, em Estância/SE. Desde criança, ingressou no universo artístico através das muitas leituras que fazia de revistas em quadrinhos. Atuante partícipe do movimento cultural sergipano, foi membro da Arcádia Literária do Colégio Atheneu Sergipense. Já adulto, por influência dos artistas sergipanos Jenner Augusto, J. Inácio e os irmãos Álvaro e Florival Santos, passou a se dedicar ao estudo da pintura. Foi imprescindível para o desenvolvimento de sua carreira o estímulo do pintor e também professor da Escola Nacional de Belas-Artes – ENBA, Jordão de Oliveira.

Em 1961, Leonardo Alencar se transferiu para Salvador, onde, inicialmente, foi bolsista no curso de gravura da Escola de Belas Artes da Universidade da Bahia – UFBA; e, em 1963, aluno regular nessa universidade. No ano seguinte, contratado como professor, participou da implantação da cadeira de Artes Visuais da Escola de Belas Artes da Bahia. Em 1966, foi um dos organizadores da 1ª Bienal Nacional de Artes Plásticas na Bahia. Em sua pulsante passagem pela Bahia, foi vitrinista de várias lojas da Baixa do Sapateiro, caricaturista do jornal *A Tarde* e ilustrador do *Jornal da Bahia*, além de colaborar, como desenhista, do jornal comunista *Novos Rumos*.

Em 1971, Leonardo Alencar recebeu uma bolsa para atuar na Europa como artista residente e fixou residência em Londres, onde desenhou para a revista *Time Out*. Em 1974, retornou ao Brasil, passando a residir em Salvador até a década de 80, quando voltou para Aracaju, cidade em que, atualmente, vive, desenvolve a sua arte e ministra cursos de pintura e de história da arte.

Leonardo Alencar é um turbilhão na arte de criar, ama seu ofício e dele sobrevive. Depois de sua estreia, em 1959, em uma exposição coletiva no Palácio-Museu Olímpio Campos, realizou a sua primeira individual, em 1960 e desde então vem expondo rotineiramente, em todo o Brasil; entre outros rincões, em Aracaju nas década de 60, 80, 90; e, nos anos de 2001, 2002, 2003 e 2004; em Salvador, nas década de 60, 80, 90 e 2000; em Brasília, nos anos 1984 e 1993; em Recife, em 1987; em Curitiba, em 1989; São Paulo, em 2000; no Rio de Janeiro, nos anos 1961, 1964, 1969 e 1987. Em 2011, realizou, em comemoração aos seus 51 anos de carreira, a exposição "Terra Adentro, Mar Afora", na Galeria Manuel Bandeira, na Academia Brasileira de Letras. Em 2015, participou da coletiva "Um sentir sobre as Artes Visuais em Sergipe", sendo, ainda, um dos 50 artistas retratados no livro de mesmo nome, organizado por Mário Britto.

No exterior, já expôs no Panamá, em 1966; em Londres, em 1971; em Paris, em 1971; em Liverpool, em 1972; em Rhode Island, em 1995; e em Boston, em 1996. Leonardo Alencar tem realizado e participado de inúmeras exposições. Nunca a arte plástica sergipana esteve tão bem representada.

Em 2006, o presidente da Academia Sergipana de Letras, o escritor José Anderson Nascimento lançou o livro *Metáfora dos Arlequins, as cores na arte de Leonardo Alencar*, e, em 2009, com o patrocínio de Banco do Estado de Sergipe foi publicado, com apresentação de Mário Britto, o catálogo de arte *Terra Adentro, Mar Afora!*, Pinturas e Xilogravuras.

Em sua virtuosa iconografia, além das telas, xilogravuras e ilustrações para livros, Leonardo Alencar vem produzindo importantes murais e painéis temáticos. Como Ilustrador, Leonardo Alencar fez a capa do livro *Lampião no Noticiário Oficial*. Desde 2003, pertencente à Confraria dos Bibliófilos do Brasil, ilustrou duas edições especiais da associação, com bico de pena – o livro do escritor mineiro João Alphonsus *Galinha Cega, Mansinho e Outros Bichos*; e – com duas dezenas de xilogravuras – o livro de Otávio de Farias *Três Novelas da Masmorra*.

O conjunto de sua obra o coroou com diversas e importantes premiações e o credenciou, em 1972, como sócio do Instituto Nacional de Arte Contemporânea na Inglaterra, vindo, ainda, a ser, desde 2005, o ocupante da Cadeira nº 9 do Movimento Cultural Antônio Garcia Filho, da Academia Sergipana de Letras. Em 2012, tomou posse como integrante da Comissão Nacional de Incentivo à Cultura (CNIC), do Ministério da Cultura, para o biênio 2013/2014.

Mestre expressionista, Leonardo Alencar é desenhista por excelência, tem domínio no uso da técnica mista, produz muito, mas não se repete, usa cores vibrantes, fortes e luminosas. Seus temas recorrentes são os personagens da *Commedia dell' Arte*: pierrôs, arlequins e colombinas; figuras em poses eróticas; naturezas-mortas; animais, como pássaros, felinos, cavalos, e, predominantemente, peixes.

Sua arte conjuga com poesia e magia e nos obriga à leitura do subentendido; ao contemplá-la, estabelece-se um franco diálogo com o observador, que a cada "conversa" descobre uma nova interpretação, um novo significado. Suas obras sejam aquarelas, desenhos em bico de pena ou acrílica sobre tela não são estáticas, são questionadoras, mexem com o nosso imaginário e cumprem divinamente o seu mister, que é despertar a inquietação dos seus admiradores.

À primeira vista, seus quadros chamam-nos, apaixonam-nos e denunciam sua autoria; suas pinceladas, sejam pontilhadas ou trabalhadas, definidas ou indecifráveis, são sempre inconfundíveis, e isso, por si só, consagra-o, fazendo dele um artista único.

por **Mário Britto**
Procurador do Estado de Sergipe