Revista da Ejuse

ESCOLA JUDICIAL
DO ESTADO DE SERGIPE



ISSN 2318-8642

NÚMERO 26
2017


EJUSE
ESCOLA JUDICIAL
DO ESTADO DE SERGIPE

REVISTA DA EJUSE

Revista da EJUSE N° 26, 2017

©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 CS Eireli EPP

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) 3226-3166. Fax: 3214-0125
http: wvw.tjse.jus.br/ejuse
e-mail: ejuserevista@tjse.jus.br

R454 Revista da Ejuse.
Aracaju: EJUSE/TJ, n° 26, 2017.

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 Ruy Pinheiro da Silva

Coordenadora Administrativa
Luciana Rocha Melo Muniz

Coordenadora de Cursos Externos
Daniela Patrícia dos Santos Andrade

Coordenadora de Cursos para Magistrados
Laís Machado Ramos Birk

Coordenadora de Cursos para Servidores
Ana Patrícia Prado Santana Campos

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....11

DOUTRINA.....13

CONTRACEPÇÃO DE EMERGÊNCIA NO BRASIL
Gilberto Bezerra Ribeiro, Guilhermina Rego & Rui Nunes.....15

COLABORAÇÃO PREMIADA E A JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL
Evânio Moura & Fábio Fraga.....29

O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE E A EFICÁCIA MATERIAL DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA
Clara Cardoso Machado Jaborandy & Letícia Alves de Almeida.....51

PANORAMA EVOLUTIVO DA COMPETÊNCIA DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL
Jean-Claude Bertrand de Góis.....81

ART. 942 DO NCPC: SOLUÇÃO OU RETROCESSO QUALIFICADO? VICISSITUDES DE UM AMBICIOSO LEGISLADOR ORDINÁRIO
Diego de Lima Cardoso.....95

A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NÃO RESOLVE O PROBLEMA DA VIOLÊNCIA
Itáverton Madureira Santana Souza.....127

A IMPORTÂNCIA DA ISENÇÃO DE TRIBUTOS PARA PORTADORES COM CÂNCER
Priscilla Gomes Souza.....143

O PROTESTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL COMO MEDIDA DE COERÇÃO DA EXECUÇÃO DE ALIMENTOS NO NCPC
Amanda Inês Morais Sampaio & Any Karoline Santos Silva.....157

NOMEAÇÃO DE PERITO PARA PARTE BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA: UMA INTERSEÇÃO ENTRE O PROCESSO CIVIL E O DIREITO ADMINISTRATIVO
Bruno Maciel de Santana.....173

ANÁLISE ECONÔMICA DO PROCESSO
Denise Coelho de Almeida.....189

MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA: O PREQUESTIONAMENTO À LUZ DO CPC DE 2015
Eric Cesar Marques Ferraz.....201

POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS
Grace Vieira de Souza Lins.....235

UMA REFLEXÃO ACERCA DO ESTADO COMO GARANTIDOR DOS DIREITOS BÁSICOS DAS PESSOAS TRANS
Guilherme Sampaio Dantas, Letícia Raquel Costa Rocha, Matheus Augusto Silva Dantas & Cláudia Lais Costa da Silva Campos.....255

O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: UM INSTRUMENTO PARA CONCRETIZAR O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA
Luan Carlos Barros Santos.....265

DA ALTERAÇÃO DE PRENOME E GÊNERO SEM MUDANÇA DE SEXO
Ivana Assis Cruz dos Santos.....289

A INFLUÊNCIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS DO DIREITO NORTE-AMERICANO NO SISTEMA JURÍDICO PROCESSUAL-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO
Antonio Vinícius Souza Andrade.....299

USUCAPIÃO POR ABANDONO DO LAR E O DIVÓRCIO
Luiz Gustavo de Oliveira Ramos.....309

CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES: BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO FENÔMENO DA ABOLITIO CRIMINIS
Jéssica de Jesus Almeida.....331

A EFETIVIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR
Elisgardenia Rodrigues Macena Santos.....343

A UTILIZAÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA PAVIMENTAÇÃO DE RUAS, ESTRADAS E VIAS PÚBLICAS
Mary Jane Ribeiro Santana Torres Santos.....351

O PODER PÚBLICO NA PROPOSITURA DAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS: ESPECIFICIDADES DO ESTADO DE SERGIPE
João Antonio Dias Morais.....365

APRESENTAÇÃO

A Escola Judicial de Sergipe (Ejuse) vem se destacando no cenário jurídico sergipano não só através dos seus cursos, disponibilizados tanto para o público interno como externo, mas também pela publicação de suas revistas que trazem estudos e artigos técnicos de grande qualidade para o leitor e amante do Direito.

A presente edição, de número 26, abre espaço para todos aqueles que não se limitam, apenas, a pensar no Direito, mas expõem, por seus artigos e demais manifestações escritas, as suas ideias, a sua visão jurídica, com temas que nos fazem pensar e viajar no universo jurídico.

Estudantes, bacharéis em Direito, servidores, advogados, promotores, magistrados, mestres fazem da revista uma obra que nos leva a uma leitura suave e, ao mesmo tempo, dinâmica. Suave, porque nos faz velejar por águas mansas, prazerosas; e dinâmica porque assim é o Direito.

São 21 (vinte e um) artigos jurídicos que enveredam pelo campo do Direito Público e Privado. Trazem temas relevantes que destacam o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana; revelam as questões relacionadas à possibilidade de adoção por casais homoafetivos, reflexão acerca do Estado como garantidor dos direitos básicos de pessoas trans, e a alteração de prenome e gênero com a mudança de sexo, como também análise no campo do Direito Processual Civil, ante a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, além de adentrar na esfera do Direito Administrativo, Tributário, Civil, Consumidor, Penal e Processual Penal.

A diversidade dos temas trazidos nesta revista revela uma coletânea de riquíssimo conteúdo e nos remete ao aprofundamento dos nossos conhecimentos jurídicos.

Desejo a todos uma boa viagem na empolgante leitura dos excelentes artigos que nos foram oferecidos por seus autores e que irão contribuir, sobremaneira, para todos nós, aplicadores do Direito, e presenteados pela *Revista da Ejuse*.

Ana Lúcia Freire de Almeida dos Anjos
Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe
Pós-graduada em Direito Constitucional pela Escola Judicial de Sergipe (Ejuse)
Atualmente pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Ejuse

DOUTRINA

CONTRACEPÇÃO DE EMERGÊNCIA NO BRASIL

Gilberto Bezerra Ribeiro*
Guilhermina Rego**
Rui Nunes***

RESUMO: Os métodos mais comuns de Contracepção de Emergência, CE, hormonal nos Estados Unidos são o Regime de Yuzpe (doses altas de etinil estradiol com doses altas de levonorgestrel) e o Plano B (doses altas de levonorgestrel). Ambos métodos, às vezes, impedem a ovulação, porém também podem atuar reduzindo a possibilidade de implantação devido a seus efeitos adversos no endométrio (efeito pós-fertilização). A evidência disponível é moderadamente forte, dependendo de que o contraceptivo hormonal tenha sido utilizado na etapa pré-ovulatória, ovulatória ou pós-ovulatória do ciclo menstrual. Os efeitos pós-ovulatórios principalmente, são questionados com a legislação brasileira vigente.

PALAVRAS-CHAVE: Contracepção de Emergência. Regime Yuzpe. Plano B. Ética. Pós-fertilização. Legislação brasileira.

1 INTRODUÇÃO

O aborto, segundo definição clássica de Tardieu[1], é a "expulsão prematura e violentamente provocada do produto da concepção, independentemente de todas as circunstâncias de idade, viabilidade e mesmo de formação regular". Do ponto de vista obstétrico, a expulsão do produto de concepção após a 22ª semana passa para a denominação de parto prematuro, enquanto que para a Medicina Legal e para o Direito pátrio, entende-se como aborto a "expulsão dolosa do produto da concepção até o momento do parto" (FRANÇA, 2008).

* Doutorando em Bioética pela Faculdade de Medicina da Universidade do Porto-Portugal. Professor Assistente de Medicina Legal da Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Sergipe.
** Professora Doutora da Faculdade de Medicina da Universidade do Porto-Portugal.
*** Professor Doutor Catedrático de Bioética da Faculdade de Medicina da Universidade do Porto-Portugal.

As legislações antigas, desde o Código de Hamurabi, em seus artigos 210 a 213 punem o aborto praticado por terceiros, não havendo punição para a gestante. Os Assírios puniam à praticante do aborto com o empalamento, enquanto na codificação persa havia a coautoria com punibilidade para autor e cúmplice. Os gregos Sólon e Licurgo eram contrários ao abortamento enquanto Platão e Aristóteles, seguido posteriormente por Santo Agostinho o defendiam, em condições "especiais", por exemplo, se ainda não existisse o "sopro da vida" o que ocorria em torno do 40º ao 90º dia.

Os romanos, inicialmente, praticavam o aborto livremente, considerando que o filho intrauterino fazia parte da mulher e essa poderia dispô-lo por ser sua parte integrante. Na Idade Média, São Basílio considerava-o crime em qualquer época, não importando o tempo de gravidez, permanecendo esse conceito na Igreja Católica até os nossos dias. Carlos V, ao publicar a Legislação Carolina, em 1559, institui a pena de morte por espada àqueles que fizessem a mulher abortar e por afogamento à mulher que o praticasse (FRANÇA, 2008).

Nos tempos modernos, o Código Penal russo de 1926 exclui a antijuridicidade às mulheres que consentiam ao abortamento, desde que fosse realizado por pessoas especializadas em boas condições de higiene. Essa codificação foi revogada em 1936, sendo restabelecido àquele dispositivo em 1955, atendendo-se principalmente ao caráter econômico-financeiro das populações. Na Alemanha hitlerista foi instituído o aborto eugênico, e na Suécia, Dinamarca, Noruega, entre outros, criaram-se os abortários oficiais, preocupando assustadoramente os legisladores mundiais.

No Brasil, desde o Código Imperial, 1830, o aborto era tratado no capítulo dos crimes contra a segurança da pessoa e da vida e, na codificação de 1890 aplica-se uma penalidade única a todas as consequências do aborto consciente. Na Legislação Pátria Penal atual em seus artigos 124 a 127, pune-se o aborto na sua prática, art.124; no não consentimento art. 125; e no seu consentimento, art.126; sendo permitido o abortamento permitido nos casos de necessidade de salvamento da vida da gestante, art. 128, I; e na forma sentimental decorrente de estupro, art. 128,II[2].

Com o surgimento da pílula anticoncepcional no início da década de 1950, com a liberalização sexual da mulher com poderes então da prática sexual livre, sem os inconvenientes de uma gravidez indesejada,

há uma emancipação brutal da liberalização sexual, com o crescimento exponencial da indústria farmacêutica, reduzindo de sobremaneira os índices de abortamentos oficiais e oficiosos.

A partir das décadas de 1960 e 1970, as mulheres já iniciam a Contracepção de Emergência, CE, usando altas doses de estrogênios como o diethylstilbestrol[3], sendo substituído posteriormente, em 1974, por uma combinação de altas doses de contraceptivos orais, tipo ethinyl estradiol/levonorgestrel, usados em intervalos de 12 horas (Regime de Yuzpe). Anos depois se estabeleceu o "Plano B" que consistia em dois tabletes de levonorgestrel (YUZPE, 1974).

2 OBJETIVOS

Avaliar os dois métodos mais comuns de CEs hormonal utilizado, o de Yuzpe e o "Plano B", sabendo que ambos os métodos às vezes impedem a ovulação, porém também podem atuar reduzindo a possibilidade de implantação devido a seus efeitos adversos no endométrio (efeito pós-fertilização), evidenciando sua utilização na etapa pré-ovulatória, ovulatória ou pós-ovulatória do ciclo menstrual, em comparação com a legislação pátria existente.

3 METODOLOGIA

O Physician Desk Reference (PDR)[4] estabelece que "as pílulas contraceptivas de emergência" (os CE), atuam principalmente impedindo a ovulação. É possível que atuem alterando o transporte do espermatozoide ou do óvulo, e/ou alterando o endométrio (inibindo assim a implantação). Alguns estudos demonstraram a alteração do endométrio, o que sugere que também poderiam interferir na implantação do óvulo fertilizado, mas outros estudos não encontraram esses efeitos. Portanto as perguntas éticas críticas são: O uso do regime Yuzpe ou do Plano B causa efeito pós-fertilização; ou seja, o uso dos CE hormonais às vezes provoca um aborto precoce ao alterar as propriedades receptoras do endométrio? Esse efeito pode ocorrer quando os CE se usam na fase pré-ovulatória do ciclo, ou o efeito pós-fertilização ocorre apenas quando se utilizam os CE na fase ovulatória ou pós-ovulatória?

O efeito pós-fertilização se refere a qualquer efeito que reduza o

tempo de vida do embrião depois da fertilização, usualmente, antes de ter conhecimento clínico da gravidez. É usado o termo pós-fertilização como aborto precoce. É reconhecido por determinados médicos, geneticistas e especialistas em ética definiram arbitrariamente que a vida humana começa depois da implantação, com a introdução do relatório de Warnok que define uma fase pré-embrionária, embrionária e fetal, sendo que na fase pré-embrionária encontra-se apenas um conglomerado de células e, que só a partir da fase embrionária, cerca do 14° dia pós-fertilização, onde possibilita a manipulação de embriões sem ofender padrões éticos morais ou legais, abrindo a porta para a possibilidade do aborto antes da implantação sem ferir a legislação.

Nós, no Brasil, utilizamos a teoria concepcionista onde o embrião ou nascituro tem seus direitos resguardados desde a sua concepção, e, bem como, também aderimos à definição tradicional de gravidez: "o processo da gestação, que inclui o crescimento e desenvolvimento dentro da mulher, de um novo indivíduo a partir da concepção, passando pela vida embrionária, fetal e nascimento" (MORAES, 2002), em cuja definição a concepção é "o início da gravidez, a qual geralmente é considerada o instante em que o espermatozoide entra no óvulo e se forma um zigoto viável". Esse conceito de início de vida encontra-se respaldado no direito pátrio, na Constituição Federal, CF, 1988, em seu artigo 5º, nos direitos e garantias individuais, onde no *caput* diz: "Todos são iguais perante a Lei [...], garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à **vida [...]" (grifo nosso)**, incluindo, nesse contexto, segundo Morais[5], desde a sua concepção, em que o embrião não é a mãe, nem o pai, mas um "tertius" alojado no ventre da mãe. Se nota ainda no Código Civil, em seu artigo 2º que "A personalidade Civil de pessoa começa do nascimento com vida, mas a Lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro", ou seja desde a fecundação.

Frequentemente se afirma que os CE impedem firmemente a ovulação. Estudos iniciais feitos por Carr[6] e outros encontraram que os níveis de hormônio estradiol, progesterona, Hormônio Luteinizante, LH, e as concentrações de hormônios que estimulam os folículos, FSH, diminuíam significantemente quando começavam a serem usados contraceptivos orais (CO). Devido a que um aumento do hormônio LH é necessário para a ovulação, este resultado tem sido usado como evidência de que os contraceptivos orais inibem a ovulação. Entretanto, este artigo,

escrito em 1979, quando as doses de estrogênios nos COs eram maiores que as doses de CO que se usam agora. Além disso, usar as doses altas de hormônios a meados do ciclo é diferente de usá-los durante 21 dias num ciclo de 28 dias. Segundo, as descobertas publicadas se basearam em estudos de apenas quatro mulheres, por isso, os dados deste estudo não podem ser usados hoje para estabelece que o uso dos CO ou os CE hormonais impedem a ovulação consistentemente.

Dessa forma, os dados de outros ensaios hormonais confirmam que os CE não suprimem consistentemente a ovulação. Num estudo do regime Yuzpe, Ling[7] que examinou vários marcadores da ovulação se viu que o pico de concentração de LH ocorreu dentro dos 4 dias depois do tratamento em 5 das 9 mulheres estudadas, com um aumento subsequente da progesterona, o que sugere que a ovulação já havia acontecido. Outro estudo mais recente[8] com marcadores hormonais na urina, encontrou o pico de LH dentro de um dia de tratamento com o Regime de Yuzpe em 2 de 8 mulheres com um aumento subsequente de progesterona.

O estudo da Organização Mundial de Saúde[9] encontrou num grupo de 400 mulheres, 6 que usaram o regime de Yuzpe na fase pré-ovulatória, ficaram grávidas (esperavam-se 10 se não se usasse os CE). Além disso, duas mulheres que usaram o plano B na fase pré-ovulatória ficaram grávidas (de 11 que se esperavam). O período pré-ovulatório é o período no ciclo menstrual que ocorre mais de 3 dias antes do dia em que se espera que ocorra a ovulação. Esse dia, neste estudo, se estimou que era o dia 14 antes do início do próximo ciclo menstrual. Embora esta seja uma definição imprecisa que poderia não estar totalmente correta, é a melhor definição disponível para estes estudos. Além do mais Glasier[10] apresentou dois casos de mulheres que engravidaram depois de usar o regime de Yuzpe, ainda que sua progesterona estivesse num nível menor que 1,5 ng/ml. Portanto, pelo menos dois estudos, demonstraram que a contracepção de emergência hormonal, CE, inclusive na fase pré-ovulatória, não previne consistentemente a gravidez e, por definição permite a ovulação nesses casos. Alguns especularam[11] acerca de que se não se inibe a ovulação, outros mecanismos podem atuar como a alteração no muco cervical ou a alteração nas trompas de Falópio durante o transporte do esperma ou do embrião visto o grande número de gestação em trompas com uso de CE. Entretanto, não existem

dados clínicos que possam comprovar diretamente a teoria sobre estes mecanismos.

Os contraceptivos orais, CO, afetam adversamente o processo de implantação[12], isto tem implicações para o regime de Yuzpe e o Plano B, porque eles estão compostos pelos mesmos hormônios contidos nos atuais contraceptivos orais. Os COs afetam as integrinas, um grupo importante de moléculas de adesão que tiveram um papel na área de fertilização e da implantação. Somkutim *et al.*[13] afirmam "estas alterações do epitélio estromal e a integrina sugerem que a receptividade do útero está comprometida e esse é um dos mecanismos de ação contraceptiva". Além disso, as prostaglandinas são fundamentais para a implantação, mas o uso de contraceptivos orais diminui a quantidade de prostaglandinas disponíveis para a implantação[14, 15]. Finalmente, é bem conhecido o fato de que os contraceptivos diminuem a espessura do endométrio, isso foi verificado por ressonância magnética[16, 17] e um endométrio mais delgado torna mais difícil a implantação[18].

É possível que o uso da contracepção de emergência tenha os mesmos efeitos no endométrio, já que se trata dos mesmos componentes dos contraceptivos orais. Um número de estudos apoia esta hipótese e mostra alterações na histologia do endométrio[19] ou nos níveis uterinos de receptores de hormônios[20], os quais persistem durante dias depois de haver usado o Regime de Yuzpe. Todas estas descobertas sugerem que o uso do Regime de Yuzpe afeta desfavoravelmente o endométrio.

Além da evidência teórica de que o uso dos CEs está relacionado com os efeitos adversos no endométrio que impedem a implantação; Hertzen e Van Look acharam que o uso do Regime de Yuzpe e do Plano B reduziu o número de gravidezes que se esperava que acontecessem quando se usaram nas fases ovulatórias (17 a 13 dias antes do ciclo menstrual seguinte), bem como na fase pré-ovulatória. Nos grupos que usaram o Regime de Yuzpe na fase ovulatória ocorreram 17 gravidezes (esperavam-se 54 se não tivessem sido administrados os CE), enquanto que sete ocorreram na fase pós-ovulatória (esperavam-se 11). No grupo que usou o Plano B, ocorreram 7 gravidezes (esperavam-se 53) na fase ovulatória; enquanto que duas ocorreram na fase pós-ovulatória (esperavam-se 10). Estes dados são consistentes com a hipótese de que os contraceptivos hormonais têm um efeito pós-fertilização no endométrio, ou seja, há um abortamento real.

A evidência apoia a afirmação de que o uso da CE nem sempre inibe a ovulação, ainda que seja usada na fase pré-ovulatória. O fato é que podem alterar desfavoravelmente o endométrio em qualquer época do ciclo em que sejam usadas, e o efeito persiste por vários dias. As taxas reduzidas de gravidez comparadas com o número de gravidezes que se esperavam ocorreram em mulheres que usam os CE na fase pré-ovulatória, ovulatória ou pós-ovulatória, estão relacionadas com um efeito pós-fertilização, o que pode ocorrer quando se usam os CE em qualquer um destes ciclos menstruais. Exsurge, portanto implicações legais restritivas para o seu uso frente à Legislação pátria vigente, já que adotamos a teoria concepcionista e qualquer que seja o mecanismo doloso de expulsão do produto da concepção passa a ser denominado de aborto.

4 DISCUSSÃO

Independentemente, das convicções pessoais do médico ou do pessoal ligado à Saúde sobre o mecanismo de ação dos CEs, os pacientes têm o direito de serem informados sobre o que diz respeito a suas crenças e seus valores. Para conseguir a utilização universal destes dispositivos abortivos, quando a maior parte da população mundial tem uma atitude *a priori* negativa a respeito do aborto, foi preciso mentir, mentir muito e instalar mecanismos eficazes de desinformação. Para fazer "engolir a pílula", foi ocultado seu caráter abortivo, suspeito desde o início e confirmado rapidamente. Em 1965 a grande pergunta era: "a pílula, impede a concepção, ou bem destrói o feto depois de que a concepção teve lugar?" Ninguém sabia realmente. Como todo relatório científico, o grande público não teve muito acesso, e, a indústria farmacêutica estava pouco disposta a ver diminuir sua clientela. Seria errôneo pensar que a comunicação sobre os perigos e o caráter abortivo dos anticoncepcionais hormonais foi mal feita.

A verdade é mais perturbadora, pois na realidade, o público não queria saber muito. No curto prazo, a contracepção química permitia à mulher planejar melhor sua vida profissional e familiar, num contexto de desvalorização das famílias e de crescentes pressões fiscais e sociais. A nova técnica permitia também divulgar a revolução sexual, vendida como uma liberação de tabus opressivos e injustos. A mídia americana,

buscando alterar os sentidos das palavras para reforçar a ignorância da realidade, busca enganar sobre a natureza humana do embrião, e a Academia Americana de Ginecologia inventa uma nova definição de "concepção", em 1965, "a concepção é a implantação do óvulo fecundado". Referendado também com o relatório de Warnok. A consequência lógica é uma nova definição da palavra "aborto": fazer morrer o embrião depois da sua implantação. Assim, o aborto é assimilado a um fenômeno mecânico de separação do útero, e já não à incriminação penal e moral podendo ser liberado as células para manipulação de estudos científicos sem ferir a legislação nem a ética ou moral. A publicidade do *lobby* da "contracepção de urgência" fala claro sobre:

> "O uso da contracepção de urgência não provoca um aborto. Na verdade, a contracepção de urgência impede a gravidez e, portanto, reduz a necessidade de abortos provocados. A ciência médica anglo-americana define o início da gravidez como a implantação de um ovo fecundado na mucosa do útero da mulher. A implantação tem lugar cinco a sete dias depois da fecundação. A "contracepção de urgência opera antes da implantação, e não quando a mulher está grávida".

Os Estados Ocidentais, então, legislaram dentro de uma bruma sustentada intencionalmente: é assim como os dispositivos intrauterinos e as pílulas hormonais foram classificadas como meios "anticoncepcionais". Outras subversões da linguagem também são levadas a cabo pelo mesmo complexo eugenista-industrial, apontando aos países do Terceiro Mundo, contrários ao aborto. Em Bangladesh fala-se de "extração ou de regulagem menstrual: o termo aborto provocaria a repressão, enquanto que as palavras substituídas, utilizadas com arte, conseguem transpor o obstáculo". O processo midiático desenvolvido consiste em continuar avançando, em forçar um ponto mais o sentido das palavras, até inverter o sentido: até chamar o aborto de contracepção, e a eugenia de bioética. Para isso, o aborto legal é apresentado como um meio para salvar vidas evitando a prática do aborto clandestino.

Paralelamente, a promoção do desemprego e a miséria material através da exploração da sociedade realizada em grande escala pelo

Estado (impostos e encargos abusivos), enfraquecem a capacidade de reação da população e incrementa a pressão que ela sofre. Essa "massa" anestesiada e condicionada torna-se caldo de cultura profícuo para o exercício da engenharia social a fim de levar à prática grandes utopias. Para que elas se realizem, com efeito, é necessário mudar a natureza humana e que se produza uma evolução (darwiniana) do homem. Tais utopias são eugenistas e elitistas. Apesar do que pretendem suas propagandas, elas não visam o bem comum, mas ao interesse das castas no poder, para quem a maior parte da população é inferior e deveria pertencer à mesma categoria que os animais. Estas políticas antinatalinas carecem completamente de realidade em longo prazo, e são absurdas; mas não impedem que sejam implementadas causando verdadeiros estragos. Tal é o contexto no qual se inserem as políticas de aborto forçado (China), de esterilização encoberta (Filipinas, Índia, México, Peru, Brasil etc.), de abortos disfarçados de contracepção (por toda a parte), com o apoio financeiro e logístico da ONU através de seus diferentes ramos como FNUAP, UNICEF, OMS.

No Brasil com cerca de 200 milhões de habitantes e um território de quase 9 milhões de Km², apresenta a cifra de 18,8 habitantes por Km², com taxa de natalidade de 1,6 filhos por casal, exígua sob o ponto de vista econômico e demográfico, colocando em risco, inclusive, a sua própria defesa da soberania. O Brasil amazônico, uma das regiões mais desabitadas do globo, apresenta uma densidade demográfica populacional inferior a um habitante por Km². Alardeado e repetido "planejamento familiar", tal como posto em prática no Nordeste brasileiro, conflita-se com os interesses de ordem social e tem conotações ultrajantes à própria dignidade humana, praticando-se o uso abusivo de "pílulas" e esterilização irreversível através de laqueadura de trompas e vasectomia. Os organismos internacionais e apologistas do controle indiscriminado de natalidade apontam na mesma direção da escassez dos recursos naturais, consumindo grande parte do Produto Interno Bruto, PIB. Criou-se na década de 70 a BENFAM, com capital oriundo do estrangeiro para impedir o nascimento de indivíduos que não tivessem "as condições de vida necessárias ao seu desenvolvimento digno". Até o momento o que tem sido feito não é outra coisa a não ser distribuir, aleatória e indiscriminadamente e, porque não criminosamente, cartelas de pílulas anticoncepcionais a mulheres nordestinas, sem nenhum

critério médico, através de convênios com as Secretarias de Saúde dos Estados, cujos postos de saúde estão hoje transformados em depósitos das multinacionais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os problemas legais relacionados à contracepção de urgência estão centrados na questão: a contracepção de urgência é abortiva ou contraceptiva? Como o método pode impedir a ovulação, bem como eventualmente bloquear a implantação? A dúvida pode em prima face ser salutar, já que o CE pelo método de Yuzpe ou do Plano B seja qualificada como absolutamente abortiva.

Em alguns países, a concepção somente é considerada completa quando ocorre a implantação do ovo. A partir desse momento há uma gravidez e sua interrupção é considerada aborto. A substância que interrompe a gravidez é denominada abortiva ou contragestiva.

No Brasil, por sua vez, a legislação maior pela Constituição Federal (CF) de 1988, já supracitada, diz que a vida se inicia com a concepção, portanto logo após a penetração do óvulo pelo espermatozoide. A partir de então, a própria CF no tocante à proteção dos direitos sociais, em seu artigo 6º admite que "são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, [...]", a proteção à maternidade e a infância, regulamentado ainda posteriormente com o Estatuto da Criança e do Adolescente. Ainda na CF, em seu artigo 5º, XLVII, normatiza que "não haverá penas: a) De morte, salvo guerra...". No Código de Ética Médica como vedações dizem: "descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou tecidos, esterilização, fecundação artificial e abortamento" e com referência a Direitos Humanos prescreve, "fornecer meio, instrumento, substância, conhecimentos ou participar, de qualquer maneira, na execução de pena de morte".

Atualmente, em legislação específica prescrita pelo Ministério da Saúde/2005 e o Conselho Federal de Medicina, por meio de sua Resolução CFM nº 1.811/2006, ao estabelecer normas éticas para a utilização, pelos médicos, da Anticoncepção de Emergência em seu artigo 1º afirma "aceitar a Anticoncepção de Emergência como método alternativo para a prevenção da gravidez, por não provocar danos à gravidez, nem interrupção da gravidez". E finalmente, no artigo 4º da mesma resolução

diz que "a Anticoncepção de Emergência pode ser utilizada em todas as etapas da vida reprodutiva".

Podemos afirmar que a contracepção de emergência atua impedindo que o zigoto (óvulo fecundado) fique aderido ao útero, por alterações de espessura endometrial, por diminuição de determinados hormônios essenciais para a nidação, efeito legal, portanto abortivo, por impedimento dos movimentos tubários para transporte do zigoto (número elevado de artigos relacionando os CE com gravidez tubária), e não como inibidor da ovulação.

Frente ao exposto, nota-se um confronto entre a literatura científica e a Resolução 1.811 do CFM, quanto a Concepção de Emergência, quando utilizada em qualquer fase do ciclo menstrual, que acarreta alterações endometriais, impedindo a nidação, expelindo, portanto o produto decorrente de uma concepção, uma vida iniciada, onde, pela legislação pátria, fica denominada, por conseguinte de abortamento, violando dessa forma, frontalmente, a Legislação Ordinária Civil e Constitucional.

Portanto, nem sempre se é ético quando se aplica a lei. Nem quando a lei consente que não é moral, nem quando, sem razão moral, a lei proíbe. O Código de Ética Médica do Brasil segue a lei maior. O Código apoia explicitamente as leis civis, ou seja, sendo a contracepção de emergência considerada legalmente de natureza abortiva, somente poderá ser utilizada sem punição nos casos previstos em lei (estupro, após o consentimento informado ou risco de vida materna e anencefalia).

A medicina, exercida profissionalmente por médicos, tem como princípios fundamentais obrigação moral e profissional de se empenhar com honra e dignidade pela vida e saúde das pessoas, cujos destinos lhe foram postos nas mãos, qualquer que seja o estágio dessa vida, pois qualquer outro argumento vem se opor aos ditames da Lei Pátria brasileira.

CONTRACEPTION OF EMERGENCY IN BRAZIL

ABSTRACT: The most common methods of Emergency Contraception, EC, hormonal in the United States are the Yuzpe regimen (high doses of ethinyl estradiol with high doses of levonorgestrel) and the Plan B (high doses of levonorgestrel). Both methods, sometimes, prevent ovulation; however, they can also act lowering the possibility of implementing due

to its adverse effects on the endometrium (post-fertilization effect). The available evidence is moderately strong, depending on the hormonal contraceptive has been used during the pre-ovulatory, ovulatory or post-ovulatory phase of the menstrual cycle. The post-ovulatory effects are especially questioned by the current Brazilian law.

KEYWORDS: Contraception of Emergency in Brazil. Yuzpe Regimen. Plan B. Ethic. Post-fertilization. Brazilian legislation.

Notas

1 FRANÇA, Genival Veloso. *Medicina Legal*. Editora Guanabara Koogan, 8. ed. 2008; p. 275-294.
2 ANGHER, Anne Joyce. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. Editora Rideel, 6. ed. 2008.
3 YUZPPE AA, Thurlow HJ, Ramzy I, Leyshon JI. *Post coital contraception* - a pilot study. J. Reprod Med 1974;13:53-8.
4 Physicians'desk reference. 54th ed. Montvale, NJ: Medical Economics, 2000:1335.
5 MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada*. Editora Atlas, 2002;p-176-180.
6 CARR BR, Parker CR, Maddlen JM, MacDonald PA, Porter JC. *Plasma levels of adrecorticotropin and cortisol in womem receiving oral com-traceptive steroid treatment*. J Clin Endocrinol Metab, 1979,49:346-9.
7 LING WY, Robichaud A, Zayid I, Wrixon W, MacLeod SC. *Mode of action of dl-norgestrel and ethinylestrqadiol combination in postcoital con-traception*. Fertil Steril, 1979;32:297-302.
8 SWALHM LM, Wesstlund P, Johannissson E, Bygdeman M. *Effect of post-coital contraceptive methods on the endometrium an the menstrual cycle*. Acta Obstet Gynecol Scand, 1996;75:738-44.
9 HERTZEN H, Van Look PFA. *Randomised controlled trial of levornorgestrel versus the Yuzpe regimenof combined for emergency contraception*. Lancet 1998;352:428-33.
10 GLASIER A, ThongKJ, DewarM, Mackie M, Baird DT. *Mifepristone(RU-486) compared with high estrogen and progestogen for emergency postcital contraception*. N.Engl J Med 1992;327:1041-4.
11 GLASIER A. *Emergency postcoital contraception*. N Engl J Med 1997;337:1058-64.
12 LARYMORE WL, Stanford J. *Postfertilization effects of oral contraceptives and their relationship to informed consent*. Arch Fam Med 200;9:126-33.
13 WEBB AMC, Russel J, Elstein M. *Comparison of Yuzpe regimen, danazol, and mifepristone (RU -486) in oral postcoital contraception*. BMJ1992;305:927-31.
14 DAWOOD YM. *Ibuprofen and dysmenorrheal*. Am J Med 1984;77(1A):87-94.
15 BIEGLMAYER C. Hofer G, Kainz C, Reinthaller A, Koop B, Janisch H. *Contraception of varius arachidonic acid metabolites in menstrual fluid are associated with menstrual pain an are influenced by hormonal contraceptives*. Gynecol Endocrin 1995;9:307-12.
16 BROWN HK, Stoll BS, Nicosia SV, Fiorica JV, Hambley PS, Clark LP, et al. *Uterine junctional zone*: correlation between histiologic findings and MR imaging. Radiology 1991;179:409-13.
17 DEMAS BE, Hricak H, Jaffe RB. *Uterine MR imaging*: effects of hormonal stimulation. Radiology 1986;159:123-6.
18 ABDALLA HI, Brooks AA, Johnson MR, Kirkland A, Thomas A, Studd JW. *Endometrial thickness*: a predictor of implantation in ovum recipients?Hum reprol 1994;9:363-5.
19 LING WY,Wrixon; W.Zayid I,Acorn T, Propat R,Wilson E. *Mode of action of dl-norgestrel and ethinylestradiol combination in postcoital contraception*. II. Efect of postovulatory

administration on ovarian function and endometrium. Fertil Steril 1983;39:292-7.
20 KUBBA AA, White JO, Guillebaub J, Elder MG. *The biochemistry of human enfometrium after two regimens of postcoital contraception*: a dl-norgestrel/ethinglestradiol combination or danazol Fertil Steril 1986;45:512-6.

REFERÊNCIAS

ABDALLA HI, Brooks AA, Johnson MR, Kirkland A, Thomas A, Studd JW. *Endometrial thickness:* a predictor of implantation in ovum recipients? Hum reprol 1994;9:363-5.

ANGHER, Anne Joyce. V*ade Mecum Acadêmico de Direito*. Ed.Rideel, 6. ed. 2008.

BIEGLMAYER C. Hofer G, Kainz C, Reinthaller A, Koop B, Janisch H. *Contraception of varius arachidonic acid metabolites in menstrual fluid are associated with menstrual pain an are influenced by hormonal contraceptives*. Gynecol Endocrin 1995;9:307-12.

BROWN HK, Stoll BS, Nicosia SV, Fiorica JV, Hambley PS, Clark LP, et al. U*terine junctional zone*: *correlation between histiologic findings and MR imaging*. Radiology 1991;179:409-13.

CARR BR, Parker CR, Maddlen JM, MacDonald PA, PorterJC. *Plasma levels of adrecorticotropin and cortisol in womem receiving oral com-traceptive steroid treatment*. J Clin Endocrinol Metab 1979,49:346-9.

DAWOOD YM. *Ibuprofen and dysmenorrheal.* Am J Med 1984;77(1A):87-94.

DEMAS BE, Hricak H, Jaffe RB.*Uterine MR imaging*: effects of hormonal stimulation. Radiology 1986;159:123-6.

FRANÇA, Genival Veloso. *Medicina Legal*. Ed. Guanabara Koogan, 8. ed. 2008; p. 275-294.

GLASIER A, ThongKJ, DewarM, Mackie M, Baird DT. *Mifepristone(RU-486) compared with high estrogen and progestogen for emergency postcital contraception*. N.Engl J Med 1992;327:1041-4

GLASIER A. *Emergency postcoital contraception*. N Engl J Med 1997;337:1058-64.

HERTZEN H, Van Look PFA. *Randomised controlled trial of levornorgestrel versus the Yuzpe regimenof combined for emergency contraception*. Lancet 1998;352:428-33.

KUBBA AA,White JO, Guillebaub J, Elder MG. *The biochemistry of human enfometrium after two regimens of postcoital contraception*: a

dl-norgestrel/ethinglestradiol combination or danazol Fertil Steril 1986;45:512-6.
LARYMORE WL, Stanford J. *Postfertilization effects of oral contraceptives and their relationship to informed consent*. Arch Fam Med 200;9:126-33.
LING WY, Robichaud A, Zayid I, Wrixon W, MacLeod SC. *Mode of action of dl-norgestrel and ethinylestrqadiol combination in postcoital con-traception*. Fertil Steril 1979;32:297-302.
LING WY, WrixonW.Zayid I, Acorn T, Propat R, Wilson E. *Mode of action of dl-norgestrel and ethinylestradiol combination in postcoital contraception*. II. Efect of postovulatory administration on ovarian function and endometrium. Fertil Steril 1983;39:292-7.
MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada*. Ed. Atlas, 2002, p. 176-180.
SWALHM LM, Wesstlund P, Johannissson E, Bygdeman M. *Effect of post-coital contraceptive methods on the endometrium an the menstrual cycle*. Acta Obstet Gynecol Scand 1996;75:738-44.
WEBB AMC, Russel J, Elstein M. *Comparison of Yuzpe regimen, danazol, and mifepristone (RU -486) in oral postcoital contraception*. BMJ1992;305:927-31.
YUZPPE AA, Thurlow. HJ, Ramzy I, Leyshon JI. *Post coital contraception* - a pilot study. J. Reprod Med 1974;13:53-8.
Physicians'desk reference. 54. ed. Montvale, NJ: Medical Economics, 2000:1335.

COLABORAÇÃO PREMIADA E A JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL

Evânio Moura*
Fábio Fraga**

> "*Ainda que agrade a traição, ao traidor tem-se aversão*". Miguel de Cervantes – Dom Quixote de La Mancha

RESUMO: O presente artigo procura definir a polêmica prova obtida mediante a utilização da delação premiada, promovendo uma análise de sua origem histórica, perpassando pelo debate de algumas questões éticas e pelo estudo de dispositivos constitucionais, penais e processuais penais diretamente ligados ao tema, finalizando com a discussão acerca dos aspectos processuais da aplicação do instituto da Colaboração Premiada, previsto na Lei nº 12.850/2013.

PALAVRAS-CHAVE: Colaboração Premiada. Justiça Criminal Negocial.

1 CONCEITO DE COLABORAÇÃO PREMIADA E ORIGEM HISTÓRICA

O instituto da Colaboração Premiada é a nova roupagem dada à Delação Premiada, que por sua vez tem origem etimológica do latim, advindo de *delatio,* que significa o ato ou efeito de delatar; acusação secreta; denúncia; divulgação de algo ignorado ou secreto; mostra, revelação.

Por sua vez o acréscimo da expressão "premiada" tem como origem a palavra prêmio, que tem dentre suas variações recompensa, lucro, vantagem. Em suma, cuida-se de um benefício legal concedido ao réu que

* Doutorando em Direito Penal pela PUC/SP. Mestre em Processo Penal pela PUC/SP. Pós-Graduado em Direito Constitucional pela UFS. Professor de Processo Penal da Pós-Graduação da UNIT/SE, Ciclo e Escola Judicial de Sergipe (Ejuse). Professor de Processo Penal da Fanese. Advogado. Procurador do Estado de Sergipe.

** Pós-Graduado em Direito Penal, Processual Penal e Direito Eleitoral. Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes. Advogado militante há 10 anos. Professor de Direito Penal da Fanese desde 2011. Atua com Direito Penal, Processual e Eleitoral.

aceita colaborar com a investigação e acusação, confessando os delitos praticados e promovendo a identificação dos demais corréus.

Conclui-se pela própria interpretação semântica e gramatical da expressão Delação Premiada que se trata de uma acusação que traz como consequência alguma gratificação para quem a fez.

Na seara jurídica, sua acepção não diverge muito, pois com exceção de algumas ressalvas, quer dizer exatamente isso, um indivíduo, envolvido em uma associação criminosa, que delata seus parceiros e o esquema criminoso em troca de privilégios para si ou mesmo para pessoas que lhes são próximas.

A delação desenvolve-se juntamente com a história da humanidade, pois está envolvida nela desde seus primórdios, como exemplo disso pode ser destacado o primeiro e mais famoso delator do mundo cristão ocidental na pessoa de Judas Iscariotes, que segundo os escritos bíblicos delatou Jesus Cristo ao exército romano, sabendo que o mesmo seria crucificado[1].

E não é só. Diversos os momentos históricos em que pessoas foram delatadas por seus comparsas, em troca dos mais variáveis benefícios recebidos por aqueles que delataram. Mafiosos, ativistas, militares, figuras bíblicas, antiguidade clássica, Idade Média ou modernidade, a delação passeou por todos eles, e continua causando rebuliços ainda nos dias atuais.

Ao se debruçar sobre a evolução histórica da delação premiada, Pedro Henrique Carneiro da Fonseca assevera que:

> A delação premiada não é instituto novo na história da Justiça. Desde os primórdios bíblicos, passando pela Antiguidade Clássica (Roma/Grécia), pela Idade Média, pelos movimentos industriais até a modernidade, é possível identificar a delação em troca de uma vantagem qualquer. Na história do Brasil, nota-se a delação em conflitos políticos como a Conjuração Mineira de 1789, em que alguém teve a maliciosa ideia de se livrar de problemas financeiros delatando colegas e, consequentemente, condenando-os à forca. Foi assim que o Coronel Joaquim Silvério dos Reis obteve o perdão de uma dívida. Quase no mesmo momento histórico da denúncia de Joaquim, dois outros sujeitos também denunciaram o movimento ao Governador Luiz

> Antônio Furtado de Mendonça. A consequência da denúncia foi o esquartejamento de Joaquim José da Silva Xavier em Vila Rica. Na Conjuração Baiana, de 1798, o soldado Luiz das Virgens foi delatado por um capitão de milícias e, também, a consequência da denúncia foi a morte em troca de favores e em prol de interesses. Na ditadura militar, principalmente depois do Ato Institucional n° 5, era constante a delação de figuras importantes da política brasileira, bem como de artistas, sempre com a intenção de se evitar uma prisão ou até mesmo a tortura. A sistemática da delação premiada, nos tempos atuais, tem origem na legislação estrangeira, como a inglesa, a norte-americana e a italiana.[2]

Nesse contexto, impõe-se destacar que nos Estados Unidos da América surge o instituto do *Plea Bargaining,* que por sua vez tem origem no sistema da C*ommon Law,* consistindo em uma negociação feita entre o representante do Ministério Público e o acusado. Em referida transação (acordo) normalmente o acusado apresenta importantes informações e em contrapartida o Ministério Público pode até deixar de acusá-lo formalmente.

Já na Itália, o instituto da Delação Premiada, cognominada de *Pentitismo*, começou a ter maior incidência em meados da década de 1970, na busca de conter os crimes de extorsão mediante sequestro e o terrorismo, entretanto, ganhou maior destaque no combate à máfia, sendo ainda um dos pilares da famosa *"Operazione Mani Pulite*" – Operação Mãos Limpas, que foi desencadeada na década de 1990.

Teve grande êxito no país, o que incentivou a criação de várias legislações a fim de sistematizar o tema. Ainda segundo Pedro Henrique Carneiro da Fonseca:

> No direito italiano, o instituto da delação premiada foi incentivado nos anos 70 na luta contra o terrorismo e a extorsão mediante sequestro. Obteve força nos anos 80 com uma atuação maior no combate à máfia. Denominado pentitismo, ela ensejou uma inflação de arrependidos buscando

> benefícios legais. Na Itália existe diferença quanto ao significado de pentito, dissociado e colaborador da Justiça. Pentito deu origem ao pentitismo, que, por sua vez, foi criado pela imprensa com referência ao sujeito que confessava e informava as autoridades detalhes dos crimes conexos com o terrorismo, bem como apontava outros agentes criminosos. O dissociado, da mesma forma, tinha relação com o terrorismo, no entanto, era definido na legislação e não na imprensa, além de se exigir do delator uma ruptura com a ideologia política que motivava o seu comportamento criminoso. Por fim, a figura do colaborador da Justiça é uma evolução dos modelos anteriores abarcando aqueles que genericamente colaboravam com a Justiça apresentando informações úteis durante as investigações, independentemente de serem coautores, partícipes, testemunhas ou qualquer outra pessoa. Foi sucesso na Itália e gerou inúmeras leis sistematizando o tema[3].

Na mesma linha de raciocínio, pode-se citar a jurisprudência britânica, onde já foram proferidas diversas decisões judiciais no sentido de admitir relatos de um dos acusados contra seus cúmplices em troca de sua impunidade após a delação. Sendo utilizada também como forma de oposição ao terrorismo norte-irlandês e a criminalidade econômica, dentre outros.

Constata-se, portanto, que mencionado instituto se protraiu pelo tempo, nas mais diferentes civilizações e sistemas judiciais, sendo de grande relevância nos mais importantes momentos históricos, seja na história mundial, como na Revolução Francesa, no Stalinismo, no "*macartismo*"[4], ou na história do Brasil, como na Inconfidência Mineira, Conjuração Baiana, Ditadura Militar e hodiernamente, na Operação Lava Jato.

2 HISTÓRIA DA DELAÇÃO PREMIADA NO BRASIL

A delação ou colaboração premiada é um instituto que vem sendo cada vez mais utilizado pela justiça criminal brasileira.

Pode-se registrar sua introdução no nosso ordenamento jurídico com o advento das Ordenações Filipinas que vigorou até o surgimento do Código Criminal do Império de 1830.

Colhe-se do Livro V das Ordenações Filipinas duas passagens onde se verifica o embrião da delação premiada, inclusive com previsão de perdão ao réu colaborador, quais sejam: "*Do crime de lesa-majestade*" e "*como se perdoará os malfeitores que derem outros à prisão*" [5].

É possível notar a incidência desse instituto em outros momentos marcantes da história nacional, vigorando por influência do Tribunal do Santo Ofício e da Inquisição Portuguesa[6]. Ela esteve presente no Brasil Colônia, existindo vários julgamentos denominados "Autos de Fé", merecendo destaque os processos abertos por apostasia contra os cristãos-novos que viviam no Brasil, podendo-se afirmar que desde 1645 o Estado negocia com delatores[7].

Também merece destaque o incentivo à delação durante a Inconfidência Mineira, um dos conflitos políticos de maior importância no país, estando presente nos fatos que resultaram na morte do líder da Joaquim José da Silva Xavier, o alferes Tiradentes, hoje protomártir do Brasil.

Graças à colaboração de Joaquim Silvério dos Reis, depois alçado ao posto de Coronel, foi possível prender os principais líderes, denominados inconfidentes, sendo que Silvério dos Reis "*denunciou o levante e contou em detalhes todos os seus planos*" [8].

Durante a Conjuração Baiana, o soldado Luiz das Virgens viu-se delatado em troca de favores por um dos capitães de milícia, sendo ao final assassinado.

Não se pode deixar de destacar o período que compreendeu a Ditadura Militar, notadamente após o Ato Institucional nº 05, momento em que a delação esteve em evidência sendo que figuras importantes, de militantes, políticos a artistas, eram delatados por aqueles que temiam ser presos ou até mesmo torturados[9].

A história da Delação Premiada é uma história de horrores.

A sistemática atualmente utilizada no país, entretanto, e como visto, tem origem na legislação estrangeira, de países como Itália, Inglaterra e Estados Unidos, conforme destacado.

Fazendo um traçado histórico recente do advento da delação premiada no nosso ordenamento jurídico, situando-a como "*instituto de natureza penal, posto que se constitui em fator de diminuição da reprimenda penal*

ou do perdão judicial, causa extintiva da punibilidade"[10]. A Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) introduziu o § 4º no art. 159 do Código Penal (extorsão mediante sequestro), prevendo causa de diminuição da pena de 1/3 a 2/3 na hipótese de concurso de agentes, havendo a delação as autoridades por um coautor, facilitando a libertação da vítima.

Posteriormente, a Lei nº 9.034/95 que tratava das organizações criminosas, também previa que os crimes praticados por organização criminosa, poderiam ter a pena reduzida de 1/3 a 2/3 quando a colaboração espontânea do agente levasse ao esclarecimento das infrações penais e de sua autoria.

A Lei nº 9.080/95 alterou o art. 25, § 2º da Lei nº 7.492/86 (define os crimes contra o sistema financeiro nacional) para estabelecer a possibilidade de redução de pena no patamar de 1/3 a 2/3 para o coautor que colaborasse com as autoridades, praticando delação. O mesmo diploma inseriu o parágrafo único no art. 16 da Lei nº 8.137/90, estabelecendo que nos crimes contra a ordem tributária cometidos em quadrilha ou coautoria, aquele que revelar em confissão espontânea toda a trama delituosa será beneficiado com a redução da pena (1/3 a 2/3).

A Lei nº 9.807/99 (lei de proteção às testemunhas) passa a ampliar os efeitos da delação ou colaboração premiada, permitindo, inclusive, o perdão judicial (art. 13, Lei nº 9.807/99), merecendo registro que referido diploma legal "*não está voltado a nenhum fato punível de maneira especial*"[11], aplicando-se a todos os delitos.

A Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) em seu art. 41 estabelece a possibilidade de diminuição da pena em favor do acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime.

Em 2012, a Lei nº 12.683 deu nova redação a Lei nº 9.613/98 (lavagem de dinheiro e ativos) estabelecendo a possibilidade de redução da pena de um a dois terços, bem como, o seu cumprimento a despeito do *quantum*, em regime aberto ou semiaberto, possibilitando ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipes colaborar espontaneamente com as autoridades.

Por fim, tem-se o advento da Lei nº 12.850/2013 que expressamente revoga a Lei nº 9.034/95, remanescendo vigentes os demais diplomas que cuidam da colaboração ou delação premiada e da redução da pena ou perdão judicial.

Acerca de incidência da Lei nº 12.850/13, assim se posiciona a doutrina:

> Na nossa ótica, com este diploma legal define organização criminosa e disciplina integralmente esse instituto, parece-nos legítimo sustentar que a Lei n. 12.850/2013 revogou a delação ou colaboração premiada para todas as outras hipóteses em que as infrações penais não tenham sido praticadas por organização criminosa.
> Pelas mesmas razões, em circunstâncias em que esteja presente uma organização criminosa, mas o crime praticado seja um daqueles constantes nas demais legislações, do conflito resultará possível a aplicação da Lei n. 12.850/13, que claramente é mais benéfica porque oferece as possibilidades do perdão judicial, da redução da pena de um a dois terços e a substituição da privação da liberdade por restrição de direitos[12].

Esse o atual estágio da legislação versando sobre a delação premiada no Brasil, tendo surgido no início da década de 1990 e estando aperfeiçoada e regrada (inclusive com previsão da parte procedimental, do momento processual para ser apresentada, autoridades que podem cuidar da negociação, momento da homologação, hipóteses de revogação, tipificação da falsa delação, etc.) na Lei nº 12.850/13, sendo referido diploma, dentre os anteriores citados o mais benéfico para o réu arrependido.

3 *OPERAZIONE MANI PULITE* E OPERAÇÃO LAVA JATO

No início da década de 1990 fora deflagrada, na Itália, a cognominada "*Operazione Mani Pulite*" ou "Operação Mãos Limpas" e teve como mote o combate à corrupção, e que tinha se alastrado vertiginosamente por suas principais cidades, em especial em Milão, sendo que a mesma, à época, passou a ser conhecida como "*Tangentopoli*" ou "*Bribesville*" - cidade da propina, tendo em alça de mira que todos os contratos públicos estavam eivados de atos ilícitos, sendo a maioria das obras superfaturadas, desaguando numa aguda crise política e econômica.

Sérgio Fernando Moro, em artigo doutrinário sobre o tema, assevera

que referida operação "*constitui um momento extraordinário na história contemporânea do judiciário*"[13], considerando que em dois anos, mais de 2900 mandados de prisão foram expedidos, sendo 1978 foram contra administradores locais, 872 foram contra empresários, 438 contra parlamentares, sendo 4 desses contra primeiros-ministros.

Toda a trama passou a ser desbaratada empós a prisão de Mario Chiesa, diretor de uma instituição filantrópica em Milão. Ademais, após ter sido preso, Chiesa passou a delatar diversas autoridades italianas, destacando-se Betino Craxi (líder do Partido Comunista Italiano), trazendo à baila diversos delitos praticados em desfavor da Pública Administração.

Para tanto, efetuava-se a prisão preventiva do candidato à delação premiada, disseminando-se boatos sobres correntes de delações que estavam sendo feitas por debaixo do tapete nos gabinetes dos magistrados. Todo esse cenário incutia na mente dos envolvidos não só o ímpeto de confessar seus delitos afim de alguns privilégios, como também a delatar seus comparsas, para melhorar ainda mais sua condição.

Atribui-se o sucesso da operação mãos limpas ao uso crescente da delação premiada, contando o Estado com a colaboração dos réus arrependidos.

Descrevendo esse fenômeno e o combate ao crime organizado na Itália, notadamente a *famiglia* mafiosa denominada *Cosa Nostra*, tem-se como oportuno citar as impressões do juiz Giovanni Falcone, principal protagonista da *Operazione Manu Polite*.

Em livro depoimento, afirma o magistrado que foi morto vítima de um atentado em razão de sua atuação profissional:

> (...) Nessa Sicília, nessa Cosa Nostra das regras inapeláveis e formalismo intransigente, nasceram os arrependidos. Nas salas dos palácios da justiça circulava um lugar-comum tranquilizador: '*o mafioso não fala nunca, do contrário seria um louco ou um homem morto*'. Corretíssimo numa situação de normalidade, digamos. Não em plena guerra da máfia. Não em plena ofensiva do Estado.
> Por trás do lugar-comum do mafioso que não fala, escondem-se outras coisas: fatalismo, falta de confiança, recusa de ir adiante. Não é por acaso que assim que um *homem de honra* expressa desejo

> de colaborar seja batizado de forma por também reveladora: *arrependido, delator, desprezível*, fazendo o jogo da *Cosa Nostra*, mostrando a cultura do pecado que existe em nós, e a falta de pragmatismo que nos angustia.
> O *arrependido,* diferentemente do clássico informante anônimo, do colaborador da polícia utilizado nas investigações e deixando à sombra, expõe diferentes e novas questões para a magistratura e para a opinião pública. Ele acusa a si próprio no momento em que acusa outros e pede proteção[14].

Desta feita, as autoridades de persecução, com as delações colhidas no maxi-processo, passaram a seguir o mesmo *modus operandi,* valendo-se da barganha, ou mesmo da técnica consistente no Dilema do Prisioneiro (jogo muito famoso que representa bem o dilema entre cooperar e trair, promovendo-se uma análise entre as vantagens e desvantagens de referidas posturas).

A seu turno, Operação Lava Jato iniciada em 17 de março de 2014 no Brasil, após o cumprimento de buscas e apreensões e prisões temporárias autorizadas pela Justiça Federal, apresenta a mesma finalidade que a *Mani Pulite* teve na Itália, combate e tentando estagnar a crescente curva de corrupção no país, que o levou a atual crise política, econômica e social.

Mas além de um contexto político e social semelhante, passou a justiça brasileira a permitir o uso das técnicas de investigação de forma bastante similar – para não dizer idênticas – as da operação italiana, pois, como na Itália, o método utilizado para se chegar a raiz do problema também fora, como já citado acima, a cultura do medo e a barganha que, por via de regra, tem como desdobramento a delação.

Atualmente na 34ª Fase, a Operação Lava Jato já conta com mais de 80 (oitenta) delatores, sendo que vários arrependidos colaboradores, além de apresentarem informações precisas sobre o esquema de desvio de dinheiro público da Petrobrás S/A, batizado pela mídia de "*petrolão*", também passaram a promover o ressarcimento ao erário.

Enaltecendo os métodos da Lava Jato, principalmente as negociações de delação premiada, colhe-se de livro-reportagem escrito sobre o assunto, a seguinte passagem, *verbis*:

> Esses acordos de colaboração foram fechados pelos investigados e pelos procuradores da força-tarefa da Lava Jato. Depois seriam submetidos ao juiz Sérgio Moro. Exímios negociadores, os procuradores eram especialistas em delação premiada. Alguns deles ajudaram a criar essa possibilidade de colaboração. A delação, apesar de prevista em lei desde 1990, só foi regulamentada em 2013 pela nova lei do crime organizado. Era um novo instrumento de combate ao crime que estava dando muitos resultados. Os procuradores pediam, além de informações e provas, que os investigados se comprometessem a fazer uma coisa poucas vezes vista no país: devolver o dinheiro roubado. E conseguiram. Mas não foi fácil[15].

Estima-se que bilhões tenham sido desviados dos cofres da Petrobras S/A, a maior estatal do país, sem contar, ainda, com a enorme expressão política e econômica daqueles envolvidos no esquema de corrupção, destacando-se dentre os investigados parlamentares federais (senadores e deputados federais), ex-ministros de Estado, empresários de elevado poder aquisitivo e o ex-Presidente da República.

Entrementes, não se pode perder de vista a desenfreada utilização de prisões pré-processuais ao bel-prazer, como forma de induzir "colaborações" premiadas, sem que se observe os requisitos mínimos para a aplicação dessa ferramenta processual penal, mantendo o suspeito preso temporariamente ou preventivamente até que o mesmo seja convencido a colaborar com as investigações.

Outro ponto de interseção entre as duas operações é o largo uso da impressa. Na operação italiana, a imprensa tinha um papel crucial em incentivar novas delações, uma vez que a publicidade dada as investigações deixava de sobreaviso os próprios investigados, pois os alertavam da quantidade crescente de informações obtidas pelos magistrados, além de serem vazadas algumas informações sigilosas, que mantinham a atenção e o apoio popular presos ao desenvolvimento da operação.

De forma não muito diferente, porém um pouco menos discreta, a impressa brasileira também vem sendo utilizada de forma a trazer o apoio da população as ações tomadas pelo Judiciário, alertando os investigados acerca dos passos adotados pela investigação, sendo que a todo momento

divulga-se ao grande público informações que teriam um caráter sigiloso, acordos inteiros de delação premiada são veiculados na imprensa, inclusive na internet, chegando-se ao ápice do vazamento, no jornal televisivo de maior audiência no país, de uma conversa telefônica travada entre a então chefe de governo do Estado, a presidente da República Dilma Rousseff e o ex-presidente Lula[16], em um total desrespeito a previsão constitucional do foro por prerrogativa de função, agasalhado no art. 102, I, *"b"* da Constituição Federal.

A partir do cenário posto, faz-se necessário avaliar em que ponto a eficácia investigativa pode se sobrepor aos princípios e regras trazidos na Constituição Federal e no Código de Processo Penal ou até mesmo se esta é uma premissa válida no direito brasileiro.

É bem verdade que a Operação *Mani Pulite* tenha sido, mesmo com todos os pontos controvertidos, eficaz naquilo que se propôs, entrementes, não se pode transportá-la *ipsis litteris* para o Brasil, notadamente em razão das diferenças atinentes ao ordenamento jurídico de cada país, de modo que institutos como a Delação Premiada devem respeitar regras caras do Estado Democrático de Direito.

Em matéria de processo penal, sob o tosco argumento da busca da verdade real os fins nunca justificam os meios, sendo imperioso respeitar as garantias constitucionais do acusado ou investigado.

O Direito Processual Penal e o Direito Constitucional pátrio não são uma arena de vale-tudo, mas sim o palco democrático onde os direitos e garantias individuais têm especial valor e devem ser respeitados, sob pena de malferimento a preceitos consagrados pela ordem jurídica.

4 DELAÇÃO PREMIADA E A TEORIA DOS JOGOS

Concebida pelo matemático John Nash, Prêmio Nobel de Economia em 1994 e imortalizado na cinebiografia *"uma mente brilhante"*, a teoria dos jogos implica na utilização racional de mecanismos em que restem diversas opções aos contendores, viabilizando a utilização de uma estratégia que busque a negociação e a análise dos riscos.

É perfeitamente possível aplicar a teoria dos jogos no processo penal, podendo-se afirmar que para que o jogo processual transcorra com regularidade, devem as regras serem rigorosamente observadas, buscar-se um tratamento isonômico das partes e principalmente, que os

contendores conheçam com profundidade as regras do jogo.

Colhe-se da doutrina a seguinte passagem:

> A metáfora da teoria dos jogos como instrumento de compreensão do processo penal parte da pressuposição de que o resultado processual não depende exclusivamente da performance de um dos jogadores, mas decorre da interação das estratégias e táticas utilizadas no limite temporal do processo, até porque a valoração do desempenho é feita do lugar do órgão julgador. O comportamento dos jogadores pode influenciar significativamente o resultado do processo[17].

No dizer de Calamandrei, apenas conhecer as regras do jogo de xadrez não transforma ninguém em um grande enxadrista, entretanto, um grande enxadrista é também quem conhece as regras do jogo.

Além disso, como em qualquer jogo, também no processo criminal devem os contendores (autor e réu) dentro dos limites lícitos lançarem mão de estratégias e táticas, sempre buscando um resultado favorável.

Nesse sentido, pode-se demonstrar a utilização da teoria dos jogos no processo penal brasileiro, sempre que possível o *plea bargaining*.

A primeira hipótese seria com a incidência dos institutos despenalizadores contidos na Lei nº 9.099/95 (transação penal – art. 76 e suspensão condicional do processo – art. 89).

Competirá ao suposto autor do fato ou denunciado, em ambas as possibilidades, acompanhado de sua defesa técnica, traçar a melhor estratégia, aceitando ou não a proposta formulada pelo representante do Ministério Público.

Com efeito, acaso ausentes provas mínimas ou existentes apenas indícios frágeis, provavelmente não se apresenta como interessante para o demandado vir a aceitar a proposta de transação penal ou o *sursis* processual. Entrementes, acaso existente prova robusta em desfavor do suposto autor do fato ou denunciado, evidente que se apresenta como recomendável que o réu venha a aceitar as medidas despenalizadoras, evitando, com isso, o advento de uma decisão condenatória acompanhada dos efeitos deletérios da condenação criminal.

Também na delação premiada regulamentada pela Lei nº 12.850/13

pode-se afirmar ser possível incidir a teoria dos jogos.

Evidentemente que somente os acusados que efetivamente praticaram condutas delituosas é que devem vir a aceitar referida proposta do órgão de acusação, evitando o risco de colaborar com o feito, delatarem e mesmo assim serem absolvidos, pois "*os réus que eventualmente colaborarem no feito, podem, ao final, ser absolvidos ou ter extinta sua punibilidade, gerando a perda do objeto do acordo homologado*"[18], notadamente porque os efeitos do acordo de colaboração premiada somente são aplicados na sentença de mérito do processo.

Portanto, deve o acusado, antes de firmar qualquer acordo de colaboração premiada, juntamente com o seu defensor, ponderar todas as jogadas e desdobramentos processuais possíveis.

5 ASPECTOS PROCESSUAIS E MATERIAIS PENAIS DA JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL (*PLEA BARGAINING*)

Não bastassem as ressalvas de cunho subjetivo ao instituto da Delação Premiada, impõe-se que sejam feitas algumas observações acerca de aspectos Processuais e Materiais que estão imbricados no que concerne à Justiça Criminal Negocial.

Primeiro ponto a ser abordado diz respeito à delegação de superpoderes ao Judiciário na medida em que se permite o reconhecimento de causa extintiva da punibilidade, consistente no perdão judicial, de forma indistinta (art. 4º, § 2º, Lei nº 12.850/13), quando o Código Penal, ao revés, traz rol de hipóteses previamente estabelecidas.

Não se pode perder de vista que o instituto sob análise é aplicável quando presente a figura da organização criminosa, assim definida como a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional (art. 1º, § 1º, Lei nº 12.850/13).

Noutro diapasão, inaplicável a Colaboração Premiada, *verbi gratia,* ao réu que confessa a prática criminosa, auxiliando na elucidação do delito de furto qualificado, engendrado em concurso de pessoas, o que demonstra inquestionável violação ao princípio da proporcionalidade.

Segundo ponto a ser debatido diz respeito à aplicação dos princípios processuais da indisponibilidade e obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada (art. 129, I, da Constituição Federal).

Não se advoga aqui a aplicação cogente destes princípios, sob pena de se engessar a atuação do Órgão Ministerial, além de violar sua independência funcional, porquanto o mesmo seria obrigado a oferecer denúncia, em qualquer situação, bem como, estaria proibido de desistir da *persecutio criminis* já deflagrada.

Evidentemente que ao se deparar com a presença de causas extintivas da punibilidade, causas de justificação, ausência de justa causa, falta de tipicidade material etc, estará o *parquet* desobrigado de instaurar a ação penal, o que não violaria os princípios da indisponibilidade e obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada.

Entrementes, a situação trazida na Lei nº 12.850/2013 transborda, e muito, das hipóteses já conhecidas, na medida em que confere ao Ministério Público a possibilidade de deixar de oferecer denúncia se o colaborador não for o líder da organização criminosa, ou mesmo, se for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo (art. 4º, § 4º).

Neste ponto, confere-se ao Órgão Ministerial, também, superpoderes, dando-lhe a 'Espada de Dâmocles', decidindo o *parquet* quem deve, ou não, ser denunciado, ainda que presentes as condições da ação, como forma de retribuir a 'generosidade' do réu colaborador. Quem fiscalizará o fiscal? Quem fará jus a esse benefício? Não se olvide esta situação não se aplica aos crimes comuns, como o estelionato, por exemplo.

Terceira situação que merece atenção, diz respeito à exigência de o réu colaborador, sendo que na Argentina, a delação premiada é traduzida pela figura do "*arrependido*", segundo o Código Penal daquele país, deverá renunciar, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade (art. 4º, § 14, Lei nº 12.850/13), indo de encontro ao constitucional princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Quarto ponto a ser destacado se refere à aplicação de regime prisional menos severo do que aquele previsto para a pena aplicada (art. 33, § 2º, do Código Penal).

Para que tenha real dimensão desta situação, impende destacar que um dos delatores na Operação Lava Jato, em agosto do ano passado

próximo, foi condenado a 16 anos, 01 mês e 10 dias de reclusão porque, segundo o magistrado que preside a ação penal, por ter intermediado contato do ex-diretor da Petrobras com um grupo coreano. Segundo o termo de colaboração, homologado no Supremo Tribunal Federal, o delator cumprirá sua pena em regime prisional semiaberto, ainda que não preenchidos os requisitos objetivos trazidos no Código Penal.

Pelo que se verifica a execução torna-se *a la carte,* ou seja, mesmo que o sentenciado seja condenado a penas superiores a oito anos de reclusão, poder-se-á ser aplicada regime prisional semiaberto, aberto, ou mesmo prisão domiciliar, deixando ao talante do atores jurídicos de plantão a sua definição.

As ofensas a princípios de envergadura constitucional, penal e processual penal vêm causando preocupação tendo como mote a barganha na Justiça Criminal Negocial.

A tendência de expansão do instituto da Colaboração Premiada é evidente, notadamente em razão dos contornos que vêm sendo trazidos pela Operação Lava Jato, sofrendo influência dos modelos norte-americano da *plea bargaining*; o italiano do *patteggiamento*; e o prático-forense alemão (cuja implantação evidenciou o conflito do *law in action* com o *law in books*).

Quanto à aplicação da justiça negocial, cita-se o entendimento de professores que afirmam, *verbatim:*

> A *negotiation* viola desde logo o pressuposto fundamental da jurisdição, pois a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional e tampouco se submete aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e submetida à sua discricionariedade. Isso significa uma inequívoca incursão do Ministério Público em uma área que deveria ser dominada pelo tribunal, que erroneamente limitasse a homologar o resultado do acordo entre o acusado e o promotor. Não sem razão, afirma-se que o promotor é o juiz às portas do tribunal.
>
> O pacto no processo penal pode se constituir em um perverso intercâmbio, que transforma a acusação em um instrumento de pressão, capaz de gerar autoacusações falsas, testemunhos

> caluniosos por conveniência, obstrucionismo ou prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança. O furor negociador da acusação pode levar à perversão burocrática, em que a parte passiva não disposta ao "acordo" vê o processo penal transformar-se em uma complexa e burocrática guerra.
> Tudo é mais difícil para quem não está disposto ao "negócio"[19].

A inversão de valores chega a ser ofensiva, na medida em que se dá ao delator a aura de arrependido e colaborador, como se o mesmo perdesse a marca, o ferrão de criminoso.

Ademais, as autoridades judiciais e parte da população veem com simpatia, ou mesmo aplaudem a utilização da inquisitorial prisão cautelar como mecanismo de coação na celebração do acordo de colaboração premiada.

Perdeu-se qualquer pudor. O próprio Ministério Público Federal passa a conceber uma nova hipótese de argumentação para a prisão *ante tempus*, afirmando que o ergástulo provisório serve para se arrancar, a fórceps, a delação premiada[20]. A prisão, que sempre deverá ser uma exceção, passou a ser a regra, descuidando da observância de requisitos constitucionais.

Referida situação não deixou de ser criticada pela moderna doutrina processual que ao se debruçar sobre a análise de referidos pareceres afirma, *litteris*:

> Estarrecidos, lemos a entrevista e os pareceres do Procurador da República, Manoel Pastana, nos autos da Operação "Lava Jato". Sem nenhum constrangimento, arvora-se em legislador e estipula uma nova hipótese de fundamentação da segregação cautelar: a prisão preventiva que serve para a delação premiada. Ou seja, a prisão não é exceção, a prisão não tem requisitos constitucionais. Não. A prisão, agora, é para o acusado "abrir o bico". (...) Eis que, agora, aparece outro tipo de violência: a violência simbólica que, a reboque da constrição da liberdade, torna-se um "meio de obtenção de prova". Prende-se para que ocorra a delação. Pressão

> indevida. Violência psicológica. Tudo em nome da "moralização", isto é, se o Direito apresenta muitas garantias e "dificulta" o papel e a função das autoridades (polícia e MP), então ele deve ser corrigido "moralmente", com a aclamação de parcela significativa da população.
> Utilizar a prisão como forma de pressionar os acusados para que façam a delação é transformar o Direito Penal em responsabilidade objetiva. Prende-se o acusado para que, depois, este se defenda contando tudo o que a autoridade deveria descobrir por ela mesma. E por que por ela mesma? Pela simples razão de que, no Estado Democrático, o réu não precisa provar nada. Não há inversão do ônus da prova. Simples assim. Quem deve provar é a acusação. Tal função compete ao Ministério Público[21].

Referida situação tem chamado a atenção, inclusive, de integrantes do Supremo Tribunal Federal, destacando-se as declarações do Ministro Marco Aurélio Melo, que diz:

> "(...) *Nunca vimos um número tão grande de delações. Não é aceitável que se mantenha o cidadão preso temporariamente por tanto tempo para que ele faça uma delação. Alguma coisa errada está havendo*".
> Sendo categórico em afirmar que: "*Não compreendo alguém ser enviado ao xilindró e mantido lá até haver delação premiada, algo errado está havendo. Não estou pressupondo que haja invencionice dos delatores, ou melhor dos colaboradores do Judiciário, o que não compreendo é que se prenda, invertendo o princípio constitucional, que se prenda para fragilizar o ser humano e ele vir a delatar. Sob minha ótica científica, isso está acontecendo*".
> Lembrou, ainda, que a delação premiada deve ser espontânea[22].

Portanto, pode-se afirmar que uma quantidade significativa das prisões realizadas no âmbito destas grandes operações, especialmente na Lava

Jato, tem sido concretizadas com o propósito de que o acusado venha a realizar acordos de delações premiadas.

Eis uma nova modalidade de prisão existente, criada pela práxis forense de forma tosca, em situação que se afasta completamente do processo acusatório, volvendo a utilização de regras vigentes em um sistema inquisitorial.

À toda evidência tem-se utilizado da prisão processual para que o acusado venha a "*abrir o bico*", celebrando acordos de delação premiada.

Eis situação absolutamente irregular e que deve ser combatida.

Sem se adentrar em questões antropológicas, o que renderia um artigo sobre o tema, tem-se como importante citar o entendimento do ministro aposentado da Suprema Corte Argentina, destacando que quem resolve colaborar com a Justiça em troca de benefícios como redução de pena é, sem meias palavras, um psicopata, porque "*não respeita sequer as regras da ética mafiosa para negociar a sua impunidade*"[23].

Eventuais avanços da Lei nº 12.850/13 e o combate à corrupção e as demais mazelas que assolam nosso país, não podem servir como discurso para legitimar o arbítrio e o retorno a um processo penal de regras voláteis, flexíveis e que não respeitem as garantias processuais do acusado.

Nesse sentido merece ser combatido o instituto da Colaboração Premiada, nos moldes apresentados e aplicados, devendo-se o respeito às regras do jogo.

Repise-se: criticar a delação premiada, notadamente quando sua participação é fruto de uma coação do Estado e não em razão da espontaneidade, não se trata do discurso da impunidade, como poderia esbravejar algum incauto de plantão, senão o respeito às regras do jogo, principalmente das garantias agasalhadas no texto constitucional.

O jogo, onde se detecta o *doping,* como se sabe, deve ser anulado, e não referendado.

6 CONCLUSÃO

Ao fim e ao cabo do presente estudo, pode-se afirmar que a colaboração ou delação premiada tem seu desenvolvimento na Idade Média, sendo utilizada frequentemente nos processos inquisitórios conduzidos pela Igreja.

A delação ou colaboração sempre esteve ligado ao ato de trair, a

ausência de pudor, coragem e honra. Por outro lado, a delação é defendida como meio de prova necessária para combater a criminalidade organizada.

Ao se promover uma análise histórica da delação premiada, no mundo e no Brasil, descobre-se sua íntima ligação com a inquisição, com o arbítrio e com a supressão de garantias constitucionais.

Promoveu-se, ainda, um breve estudo da delação premiada ou colaboração premiada no Brasil, iniciando-se com sua configuração nas Ordenações Filipinas (Livro V), passando pela legislação editada a contar da década de 90 do século passado, até a edição da Lei nº 12.850/13.

O instituto da colaboração premiada como nova roupagem dada à delação, conta com avanços em razão do advento da Lei nº 12.850/13, principalmente por estarem regradas etapas processuais. Entrementes, o abuso na utilização de referido instituto, principalmente com a banalização das prisões cautelares para obter confissões/delações, tem implicado na configuração de um processo penal inquisitorial, apartado das regras do *due process of law*.

Buscou-se realizar um paralelo entre a "*Operazione Manu Polite*" na Itália, deflagrada no início dos anos 90, ensejando a abertura de um maxi-processo ao encargo do Juiz Geovanni Falcone, sendo a *delatio* a principal prova utilizada, demonstrando como a máfia italiana (*cosa nostra*, principalmente) estava entranhada na administração pública da Itália, sendo descoberto o envolvimento de empresários, agentes públicos e políticos em verdadeiro esquema criminoso.

Fez-se um comparativo com a Operação Lava Jato, ainda em curso em nosso país, que desde o ano de 2014 investiga e já conseguiu desvendar um enorme esquema de corrupção envolvendo a estatal Petrobras S/A, sendo apurado um desvio de vários bilhões de referida empresa pública, passando a existir no âmbito de referida operação diversas delações premiadas, consistindo no principal meio de prova utilizado pela acusação, aplicando-se largamente os dispositivos contidos na Lei nº 12.850/13.

Promove-se uma análise da teoria dos jogos em cotejo com a delação premiada, fazendo uma análise do instituto do *plea bargaining*, restando evidente que a delação premiada somente deve ser aceita quando espontânea, voluntária e obtida sem nenhum tipo de coação.

Faz-se uma severa crítica a experiência brasileira atual, notadamente as diversas prisões processuais decretadas no âmbito da Operação Lava

Jato com o propósito de coagir o corréu a buscar um acordo de delação premiada, afigurando-se referida prática como algo reprovável e que se afasta completamente de um processo penal acusatório.

Quando da análise dos aspectos materiais e processuais da delação premiada busca-se não olvidar da estrita observância de todas as garantias constitucionais, fazendo-se um cotejo entre os preceitos contidos na Lei nº 12.850/13 e os preceitos agasalhados na Constituição Federal de 1988.

Por fim, apresenta-se uma crítica ao abuso das delações premiadas e ao uso corriqueiro da prisão cautelar como forma de coagir ou compelir o acusado a firmar acordos de colaboração, não respeitando referida situação as regras do jogo processual e o querer da Constituição Federal.

PLEA BARGAINING AND NEGOTIATING THE CRIMINAL JUSTICE

ABSTRACT: This article to define the controversial evidence obtained through the use of plea bargaining, promoting an analysis of its historical origin, passing by discussion of some ethical issues and the study of constitutional provisions, criminal and directly linked criminal procedure to the topic, ending with the discussion on the application of the institute do plea bargaining, law nº 12.850/13.

KEYWORDS: Colaboração Premiada. Justiça Criminal Negocial.

Notas

1 Judas Iscariotes foi um dos 12 apóstolos de Jesus Cristo. Segundo o Evangelho, Judas foi otraidor que vendeu Jesus aos soldados romanos. Depois da última ceia, Jesus foi orar comos apóstolos no jardim de Getsêmani, onde Judas, em troca de trinta moedas de prata, identificou-o para os soldados, beijando-o e chamando-o de mestre (Bíblia Sagrada – Mt, 14-16; 47-51).

2 FONSECA, Pedro Henrique Carneiro da. A delação premiada. *De Jure*: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n.10, p. 247-266, jan./jun., 2008.

3 FONSECA, Pedro Henrique Carneiro da. Ob., cit., p. 249.

4 Expressão derivada do nome do Senador norte-americano Joseph MacCarthy que instituiu no Congresso Americano na segunda metade do século passado uma verdadeira *"caça às bruxas"*buscando identificar comunistas no pós-segunda guerra que viviam nos EUA, sendo muitos os colaboradores que apontaram possíveis comunistas trabalhando no cinema, nas artes, na literatura, no jornalismo, etc.

5 Ordenações Filipinas. Livro V. Organização: Sílvia Hunold Lara. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 69 e p. 381.

6 "*Era costume no Santo Ofício solicitar que os acusados delatassem pessoas das quais soubessem ter culpas pertencentes ao tribunal. Os cristãos-novos que judaizavam em Amsterdã, por exemplo, quando processados pela Inquisição, eram instados a elaborar listas exaustivas incluindo todos os portugueses moradores da cidade que tinham apostasiado, passando a frequentar a sinagoga e a praticar ritos de judeus. Não raro havia sessões especiais somente para a coleta dessas informações, deixando-se,* pro tempore*, o exame da culpa do próprio réu*". VAINFAS, Ronaldo*Traição – um jesuíta a serviço do Brasil holandês processado pela inquisição.* São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 266.

7 Ob., cit., p. 269.

8 DORIA, Pedro. 1789: a história de Tiradentes e dos contrabandistas, assassinos e poetas que lutaram pela independência do Brasil. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2014, p. 215.

9 Dentre os delatores existentes na ditadura militar instaurada em 1964, com destaque para àqueles que transitavam entre os movimentos que combatiam à ditatura e os órgãos de repressão, pode-se afirmar que o Cabo Anselmo "*foi o mais famosos dos infiltrados*", passando da condição de militante da VPR – Vanguarda Popular Revolucionária, para a de informante do Exército, entregando seus antigos aliados de luta armada contra o regime militar. GASPARI, Elio. *A ditatura escancarada.* São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 349.

10 MOSSIN, Heráclito Antonio. MOSSIN, Júlio César O. G. *Delação Premiada – Aspectos Jurídicos.* Leme: Mizuno, 2016, p. 29.

11 MOSSIN, Heráclito Antonio. MOSSIN, Júlio César O. G. Ob., cit., p. 46.

12 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei n. 12.850/2013.* São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 121-122.

13 MORO, Sérgio Fernando. *Considerações sobre a operação mani pulite.* Brasília: Revista CEJ, nº 26, jul/set 2004, p. 57.

14 FALCONE, Giovanni. *Coisas da Cosa Nostra. A máfia vista por seu pior inimigo.* Tradução: Luís de Paula. Rio de Janeiro: Rocco, 2012, pp. 75-76.

15 NETTO, Vladimir. *Lava Jato: o Juiz Sérgio Moro e os bastidores da operação que abalou o Brasil* Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2016, p. 81.

16 "(...) O Juiz Sérgio Moro suspendeu os diálogos gravados pela escuta legal decretada por ele nos telefones de Lula, de sua esposa, Marisa Letícia, de seu filho Fábio Luís, do Instituto Lula e da LILS Palestras. (...) Em uma conversa, que ocorrera naquele mesmo dia, aparecia a presidente Dilma Roussef falando com o ex-presidente Lula. Ela também tinha sido gravada". NETTO, Vladimir. Ob., cit., p. 356.

17 ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos.* 2ª Ed., Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2014, p. 23.

18 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. Ob., cit., p. 133.

19 LOPES JÚNIOR, Aury. ROSA, Alexandre Moraes da. *Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato*. http://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato. Acesso em 17.09.2016.

20 Habeas Corpus nº 5029050-46.2014.404.000 – TRF-4ª Região. Colhe-se do parecer emitido pelo Procurador Regional da República Manoel Pastana a seguinte passagem: "(...) *mas também na possibilidade de a segregação influenciá-los na vontade de colaborar na apuração de responsabilidade, o que tem se mostrado bastante fértil nos últimos tempos*".

21 TRINDADE, André Karan. STRECK, Lênio Luiz. *"O passarinho para cantar precisa estar preso". Viva a inquisição!.* Consultado em 17.09.2016. http://www.conjur.com.br/2014-nov-29 diario-classe-passarinho-pra-cantar-estar-preso-viva-inquisicao.

22 YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. "*Augusto Nunes, para que processo então?*" http://www migalhas.com.br/dePeso/16,MI237206,41046-Augusto+Nunes+para+que+processo+entao Acesso em 17.09.16.

23 Consultado no dia 27.05.2016 em http://www.conjur.com.br/2015-nov-01/entrevista-raul zaffaroni-jurista-ministro-aposentado-argentino.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei n. 12.850/2013.* São Paulo: Saraiva, 2014.

DORIA, Pedro. *1789*: a história de Tiradentes e dos contrabandistas, assassinos e poetas que lutaram pela independência do Brasil. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2014.

FALCONE, Giovanni. *Coisas da Cosa Nostra. A máfia vista por seu pior inimigo.* Tradução: Luís de Paula. Rio de Janeiro: Rocco, 2012.

FONSECA, Pedro Henrique Carneiro da. *A delação premiada*. De Jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n.10, jan./jun., 2008.

GASPARI, Elio. *A ditatura escancarada.* São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

LOPES JÚNIOR, Aury. ROSA, Alexandre Moraes da. *Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato*. http://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato. Acesso em 17.09.2016.

MORO, Sérgio Fernando. *Considerações sobre a operação mani pulite.* Brasília: Revista CEJ, nº 26, jul/set 2004.

MOSSIN, Heráclito Antonio. MOSSIN, Júlio César O. G. *Delação Premiada – Aspectos Jurídicos.* Leme: Mizuno, 2016.

NETTO, Vladimir. *Lava Jato: o Juiz Sérgio Moro e os bastidores da operação que abalou o Brasil.* Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2016.

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

TRINDADE, André Karan. STRECK, Lênio Luiz. *"O passarinho para cantar precisa estar preso". Viva a inquisição!.* Consultado em 17.09.2016. http://www.conjur.com.br/2014-nov-29/diario-classe-passarinho-pra-cantar-estar-preso-viva-inquisicao. Acesso em 17.09.2016

VAINFAS, Ronaldo. *Traição – um jesuíta a servido do Brasil holandês processado pela inquisição.* São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. "*Augusto Nunes, para que processo então?*" http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI237206,41046-Augusto+Nunes+para+que+processo+entao. Acesso em 17.09.16.

O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE E A EFICÁCIA MATERIAL DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Clara Cardoso Machado Jaborandy[*]
Letícia Alves de Almeida[**]

RESUMO: O presente artigo aborda os avanços legislativos na proteção da pessoa com deficiência no Brasil. Ainda, traz a necessidade de aplicação da igualdade por reconhecimento e do princípio da fraternidade como forma de efetivação plena dos referidos direitos. Após, faz uma análise dos deveres fundamentais como forma de se obter a inclusão social. Por fim, aborda casos concretos que demonstram a aplicação prática dos conceitos jurídicos aqui abordados.

PALAVRAS-CHAVE: Igualdade de Reconhecimento. Princípio da Fraternidade. Alteridade. Pessoas Portadoras de Necessidades Especiais. Deveres Fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

É inegável o avanço legislativo no que tange à proteção da pessoa com deficiência no Brasil. A lei de proteção social e tutela jurisdicional específica da pessoa com deficiência (Lei 7.853/1989), a Constituição Federal de 1988, a Convenção Internacional sobre a Pessoa com Deficiência, a Lei do Autismo (12.764/2012) e o recente Estatuto da Pessoa com deficiência são normas legais que buscam estabelecer um cenário de proteção e acolhimento na sociedade brasileira da pessoa com deficiência, bem como o desenvolvimento da cidadania e a máxima proteção dos direitos e garantias fundamentais desses.

Ocorre que, para se atingir a proteção plena desse grupo de vulneráveis, é necessário ir além da simples edição de normas e

* Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Público na Uniderp. Professora de Direito Constitucional da Estácio-Fase e da Ciclo Renovando Conhecimentos. Advogada.
** Acadêmica do curso de Direto da Estácio-Fase e Monitora da Disciplina de Direito Constitucional.

estatutos, dado que, sem desmerecer tal proteção, é evidente que apenas a eficácia normativa (formal) da lei não gera o efeito social atualmente desejado, sendo necessária a eficácia social, de forma que haja ações afirmativas, a plena adequação social e a atuação conjunta da sociedade como um todo com o Estado, a fim de se criar um cenário social de inclusão e cidadania das pessoas portadoras de qualquer deficiência.

Nesse sentido, o princípio da fraternidade, na sua função de reconhecimento, e o princípio da igualdade trazem as feições jurídicas necessárias para a plena proteção dos direitos humanos da pessoa com deficiência, porquanto a adoção de condutas fraternas, traduzidas pela igualdade pelo reconhecimento da minoria, acaba por criar, no seio social, laços indissociáveis de inclusão plena pela alteridade que acarreta harmonia e respeito social em meio às desigualdades e diversidades que são encontradas no contexto brasileiro atual.

Outrossim, uma sociedade que se denomina democrática e plural, não deve abster-se de promover a inclusão das pessoas com deficiência pelo simples fato de supervalorizar as qualidades dos que pertencem e inferiorizar e minimizar aqueles que se apresentam diferentes da maioria social. Para tanto, a proteção integral e a garantia da máxima eficácia dos direitos das pessoas com deficiência devem ser tratadas como absoluta prioridade pelos atores sociais, vendando-se sempre qualquer medida que vise retroagir a um estado anterior de menor proteção jurídica. Ainda, é necessária a aplicação da eficácia horizontal dos direitos sociais na medida em que não só o Estado seja responsabilizado pela integração das pessoas com deficiência, mas o particular também entenda seu dever de respeito, tolerância e integração para com as minorias.

Nesse viés, esse artigo pretende abordar o dever social e fundamental de proteção das pessoas com deficiência a partir de uma visão fraterna e igualitária das pessoas que compõem a sociedade.

2 O AVANÇO DA PROTEÇÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Desde a promulgação da Constituição de 1988, tem sido crescente o número de leis, políticas públicas, bem como de decisões judiciais acerca dos direitos da pessoa com deficiência. O objetivo da proteção a esse

grupo de vulneráveis trouxe ao contexto jurídico pátrio uma série de medidas por parte dos poderes públicos no que diz respeito a diminuir as dificuldades dessas pessoas e lhes promover a inclusão jurídico-social de todas as formas possíveis.

A lei de proteção social e tutela jurisdicional específica da pessoa com deficiência (7.853/1989), a convenção internacional das pessoas com deficiência e as recentes Leis 12.764/2012 e 13.146/2015 trouxeram um inexorável avanço normativo no que diz respeito à proteção do grupo.

Além disso, a Constituição Federal prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência, conforme se verifica nos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 40, § 4º, I, 201, § 1º, 203, IV e V, 208, III, 227, § 1º, II, e § 2º, e 244.

Por conseguinte, com o propósito de promover, proteger e assegurar o pleno e equitativo exercício dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas com deficiência, assegurando, assim, a proteção e respeito à dignidade humana (art. 1, III da CF/88) foi ratificada, pelo Decreto nº 6.949/2009, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, também conhecida como Convenção de Nova York.

A referida convenção foi, indubitavelmente, um dos mais significativos avanços na proteção das pessoas com deficiência, principalmente por três importantes consequências de sua promulgação, quais sejam: 1) o fortalecimento da importância dos tratados de direitos humanos em geral, considerando a forma de recepção desta Convenção que adentra o ordenamento jurídico brasileiro como norma constitucional (art. 5º, § 3º); 2) a estipulação formal dos direitos específicos desses cidadãos como parte do chamado "bloco de constitucionalidade" (STF – RE 482611/SC e ADIn 514/PI), sendo o primeiro tratado internacional de direitos humanos no Brasil que, sem qualquer controvérsia, possui *status* constitucional; 3) significativa proteção das pessoas com deficiência elencando uma série de diretrizes com o fito de reconhecer, afirmar e assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e sociais daquelas e sua efetiva integração social.

É indiscutível que o *status* constitucional da convenção reforça o compromisso internacional da República Brasileira com a defesa dos direitos humanos, compondo, portanto, o bloco de constitucionalidade que funda o ordenamento jurídico pátrio e irradia para as demais normas brasileiras.

Inspirada no lema "iguais na diferença", a Convenção traz muitos dos direitos fundamentais clássicos em uma roupagem inclusiva, direcionando o entendimento desses direitos no contexto das especificidades próprias das pessoas com deficiência, bem como aduz acerca da acessibilidade aos meios físico, social, econômico e cultural, à saúde, à educação, à informação, à comunicação e a promoção ao respeito da dignidade inerente àquelas pessoas, sem qualquer tipo de discriminação. Frise-se que a referida norma tem um objetivo primordial que é garantir ao portador de necessidades especiais uma proteção estatal efetiva, de forma que ele possa desenvolver suas habilidades e expectativas vitais de forma plena, sem qualquer barreira estatal ou social. Dentre os dispositivos da Convenção que abordam essa perspectiva, podem ser apontados:

> Artigo 5
> Igualdade e não-discriminação
> 1. Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei.
> 2. Os Estados Partes proibirão qualquer discriminação baseada na deficiência e garantirão às pessoas com deficiência igual e efetiva proteção legal contra a discriminação por qualquer motivo.
> 3. A fim de promover a igualdade e eliminar a discriminação, os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para garantir que a adaptação razoável seja oferecida.
> 4. Nos termos da presente Convenção, as medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência não serão consideradas discriminatórias.
>
> Artigo 7
> Crianças com deficiência
> 1. Os Estados Partes tomarão todas as medidas necessárias para assegurar às crianças com deficiência o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, em igualdade de oportunidades com as demais crianças.

2. Em todas as ações relativas às crianças com deficiência, o superior interesse da criança receberá consideração primordial.

Artigo 23
Respeito pelo lar e pela família
(...)
2. Os Estados Partes assegurarão os direitos e responsabilidades das pessoas com deficiência, relativos à guarda, custódia, curatela e adoção de crianças ou instituições semelhantes, caso esses conceitos constem na legislação nacional. Em todos os casos, prevalecerá o superior interesse da criança. Os Estados Partes prestarão a devida assistência às pessoas com deficiência para que essas pessoas possam exercer suas responsabilidades na criação dos filhos.
(...)
4. Os Estados Partes assegurarão que uma criança não será separada de seus pais contra a vontade destes, exceto quando autoridades competentes, sujeitas a controle jurisdicional, determinarem, em conformidade com as leis e procedimentos aplicáveis, que a separação é necessária, no superior interesse da criança. Em nenhum caso, uma criança será separada dos pais sob alegação de deficiência da criança ou de um ou ambos os pais.

Artigo 28
Padrão de vida e proteção social adequados 1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência a um padrão adequado de vida para si e para suas famílias, inclusive alimentação, vestuário e moradia adequados, bem como à melhoria contínua de suas condições de vida, e tomarão as providências necessárias para salvaguardar e promover a realização desse direito sem discriminação baseada na deficiência.
2. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à proteção social e ao exercício desse direito sem discriminação baseada

> na deficiência, e tomarão as medidas apropriadas para salvaguardar e promover a realização desse direito, tais como: (...)

Outrossim, à luz da referida Convenção e, portanto, das normas constitucionais brasileiras (art. 5º, §3º CF/88), o Brasil, atendendo às expectativas internacionais e nacionais acerca de uma proteção plena e efetiva das pessoas com deficiência, editou, por meio da Lei 13.146/2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, dando seguimento ao compromisso constitucional de progressiva ampliação e proteção dos já citados vulneráveis. Para tanto, foram inseridos dispositivos que asseguram a necessidade de promoção e proteção das pessoas com deficiência, conforme se pode observar pelos artigos colacionados abaixo:

> Art. 8º É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico.
> (...)
> Art. 10. Compete ao poder público garantir a dignidade da pessoa com deficiência ao longo de toda a vida.
> (...)
> Art. 14. O processo de habilitação e de reabilitação é um direito da pessoa com
> deficiência.
> Parágrafo único. O processo de habilitação e de

> reabilitação tem por objetivo o desenvolvimento de potencialidades, talentos, habilidades e aptidões físicas, cognitivas, sensoriais, psicossociais, atitudinais, profissionais e artísticas que contribuam para a conquista da autonomia da pessoa com deficiência e de sua participação social em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas.

O recente estatuto tem como objetivo primordial, conforme disposto no art. 1º do supramencionado diploma legislativo, assegurar e promover, em igualdade de condições, o exercício dos direitos e liberdades fundamentais para pessoas com deficiência, visando à sua inclusão e cidadania, além de confirmar a necessidade de garantia da dignidade da pessoa com deficiência ao longo de toda vida. Ainda, o estatuto traz, ao longo de suas disposições, proteção específica da pessoa com deficiência no que concerne ao seu direito à vida, à habilitação e reabilitação, à saúde, à educação, à moradia, ao trabalho, à assistência social, à previdência social, à cultura, ao esporte, ao turismo, ao lazer, ao transporte, à acessibilidade e ao acesso à informação e tecnologia, consagrando, assim, direitos já previstos em nossa Lei Maior de forma mais específica e com finalidade mais prática e operacionalizada de execução de tais direitos.

Note-se que a preocupação com a inclusão plena da pessoa com deficiência é tamanha que o estatuto altera as diretrizes, em seu artigo 6º, acerca da capacidade civil dispostas nos artigos 3º e 4º do Código Civil, sendo aquela plenificada, de forma que a capacidade desses vulneráveis torna-se plena, não havendo qualquer interferência daquele em razão da condição de deficiente. Tal alteração é de extrema significância, porquanto permite que a pessoa com deficiência possa gerir sua vida e desenvolver e executar suas vontades, anseios e direitos sem a obrigação de interferência de um terceiro, fato esse que conduz, inegavelmente, para o desenvolvimento eficaz da cidadania daquelas pessoas.

Em suma, é com o escopo de garantir o pleno desenvolvimento dos direitos inerentes à pessoa com deficiência, bem como sua inclusão plena em âmbito sócio-jurídico que o estatuto foi criado. Ressalte-se que a referida norma visa ratificar a necessidade urgente de extirpação da discriminação ou exclusão daqueles vulneráveis, bem como busca a inclusão definitiva da pessoa com deficiência na vida em comunidade.

Pois bem, os benefícios e direitos assegurados pelo supramencionado estatuto são inúmeros e as novidades legislativas ainda maiores. Todavia, em razão da recente promulgação daquele, não se sabe os contornos que serão dados na aplicação da mencionada norma. Espera-se que as diretrizes e princípios por ele assegurados sejam executados, na prática, de forma efetiva e eficaz, sempre havendo a adequação ao melhor interesse da pessoa com deficiência e a sua inclusão plena, rechaçando-se qualquer forma de exclusão.

3 O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE E A EFICÁCIA MATERIAL DOS DIREITOS DAS PESSOAS PORTADORAS DE NECESSIDADES ESPECIAIS

Antes de discorrer acerca da eficácia dos direitos das pessoas portadoras de necessidades especiais a partir do princípio da fraternidade, cumpre discorrer acerca do dever fundamental de inclusão social daquelas.

A proteção da pessoa com deficiência não pode ser encarada apenas como um direito dessas pessoas de terem assegurados o pleno exercício de seus direitos fundamentais e de sua cidadania, mas deve ser vislumbrada como um dever fundamental social de todos de se absterem de qualquer conduta discriminatória e excludente que possa intervir negativamente na esfera jurídico-social daqueles vulneráveis. E mais, além do já mencionado dever negativo de atuação segregadora, a comunidade tem obrigação (dever positivo) de incluir e acolher as pessoas portadoras de qualquer diferença, seja ela física ou intelectual.

Ressalte-se que o presente artigo não pretende esgotar a matéria referente aos deveres fundamentais, até mesmo porque tal tarefa exige um estudo profundo e perfunctório acerca de tal tema. Aborda-se, tão somente a necessidade de adoção dos deveres fundamentais[1], reconstruídos a partir da perspectiva da fraternidade, como forma de plena realização e eficácia dos direitos fundamentais em um Estado Constitucional Democrático.

É evidente que, no cenário atual de exclusão, de individualismo e de segregação das minoriais, é medida necessária que haja a adoção de condutas fraternas pelos poderes públicos e particulares. Para tanto, impõe-se a inserção do conceito jurídico de deveres fundamentais na teoria dos direitos fundamentais, dado que apenas com a criação de

limites intrapessoais ao exercício e fruição de direitos fundamentais aliado ao reconhecimento do outro a partir do princípio jurídico da fraternidade permitirá a mudança do comportamento egoísta e irresponsável de atuação dos direitos sem qualquer contraprestação.

Decerto, a referência do outro foi perdida ao longo do tempo devido ao excesso de individualismo edificado pelo Estado Liberal. O descomprometimento com os deveres fez com que os seres humanos se afastassem da fraternidade, em clara desarmonia com a estruturação de uma sociedade global que apregoa a universalidade de direitos humanos. A fim de convergir para esta realidade deve-se internalizar o dever como valor jurídico.

Nas lições de Calmon de Passos (2000, p. 102) infere-se a necessidade de introjetar valores que domesticam os ímpetos dos seres humanos e conferem a consciência de que "se perdendo algo em favor de alguns se lucra muito mais em benefício de todos". Infelizmente não é essa a concepção social atual que atua cada vez mais referenciado por um individualismo fugaz e desmedido, sem qualquer preocupação com as necessidades, deficiências ou imperfeições do outro. Em verdade, o reconhecimento e a preocupação com o outro se tornou algo menos recorrente em nossa sociedade, porque partimos da ideia de que o cidadão possui apenas direitos e garantias fundamentais, não havendo qualquer limite para esses ou imposição de respeito ao outro.

Nesse ínterim, é mister resgatar os deveres fundamentais como uma categoria jurídica apta a limitar o exercício de direitos de forma desmedida e despreocupada com a coletividade, expurgando-se, assim, o individualismo exacerbado e visando construir uma seara de responsabilidade social que conduzirá a busca pela alteridade e ao exercício de direitos com contraprestações a ele inerentes.

No presente artigo, o exercício dos direitos das pessoas que convivem em sociedade não pode violar ou inibir os direitos das pessoas com deficiência, defendendo-se que o respeito a elas seja um dever fundamental de toda coletividade.

Cumpre registrar que os direitos fundamentais, antes de tudo, devem ser inclusivos e não exclusivos. Dessa forma o exercício dos direitos individuais de cada cidadão devem estar pautados em sentimentos não só de liberdade, mas também de igualdade e fraternidade. Portanto, a liberdade que o indivíduo possui não lhe autoriza humilhar, discriminar

ou segregar qualquer outro cidadão, eis que deve ser exercida com base em condutas razoáveis, visando à adequação ao princípio da fraternidade.

Dito de outra forma, a completude da teoria dos direitos fundamentais depende da fraternidade, como princípio capaz de equilibrar liberdade e igualdade e, a partir do reconhecimento do outro, enfatizar os deveres e compreender os direitos que cada pessoa tem em sociedade.

O estudo da fraternidade enquanto princípio jurídico é uma exigência da contemporaneidade em face da constatação da necessidade de uma teoria que se encarregue da inclusão do "outro" no Estado Democrático de Direito. Dessa feita, a urgente necessidade de respeito e inclusão social da pessoa com deficiência demanda uma forte ligação com o referido princípio, porquanto o exercício pleno da cidadania só é possível em um ambiente de harmonia e fraternidade, no qual as pessoas saibam que não lhe assistem somente direitos, mas também deveres fundamentais para o reconhecimento do outro e para a boa convivência coletiva.

O princípio da fraternidade apresenta as funções de equilíbrio, de reconhecimento e de limite. Enquanto equilíbrio, a fraternidade representa o contraponto aos direitos de liberdade e de igualdade, ao evidenciar o lado dos deveres fundamentais. A função de reconhecimento traduz a alteridade no direito. Fraternidade é reconhecimento da liberdade e igualdade do outro a partir de uma prática de obediência de deveres e respeito a direitos. Por fim, a perspectiva de limite é verificada na concretização dos direitos e deveres fundamentais.

O estudo da fraternidade enquanto princípio jurídico é uma exigência da contemporaneidade em face da constatação da necessidade de uma teoria que se encarregue das lutas por reconhecimento, da afirmação de identidades coletivas e da inclusão do "outro" no Estado Democrático de Direito (HABERMAS, 2002, p. 230). Esta busca de reconhecimento é mal compreendida, ou mesmo rejeitada, pelos que são inspirados por uma visão solipsista, intelectual e voluntarista da identidade individual, mas encontra respaldo nas sociedades democráticas.

Ressalte-se que a importância da construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos é referenciada, expressamente, no preâmbulo da Constituição de 1988, *in litteris*:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado

> a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma **sociedade fraterna**, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (grifos nossos).

Certamente, a proclamação da fraternidade, da liberdade e da igualdade dos homens em dignidade no preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988 revela princípios que devem ser observados e aplicados, além de traduzir uma intenção, um objetivo a ser alcançado, um programa a ser construído em um Estado Constitucional Democrático. Para se tornar realidade, deve haver um empenho permanente do Estado e dos particulares. (PASSOS, 2000, p. 95). A partir de tal previsão, tem-se que em uma sociedade democrática e pluralista não há espaços para preconceitos e exclusões, mas para o respeito ao outro e a aceitação desse independente de suas diferenças. É inconteste, portanto, que só com o reconhecimento do outro e com a responsabilidade pela alteridade, a partir dos deveres sociais, é que teremos uma sociedade inclusiva de qualquer grupo minoritário.

A fraternidade é, portanto, um instrumento para o alcance da justiça, visto que esta se realiza quando cada um, desempenhando sua função social, reconhece a existência e dignidade do outro, e é tratado pela sociedade individualmente com necessidades e fins próprios de modo que a felicidade, que é um fim individual por excelência, se realize em sociedade (ANDRADE, 2010, p. 46). Estado e indivíduo se complementam na realização da fraternidade. Portanto, parece correto defender a fraternidade enquanto princípio jurídico que deve nortear as atitudes humanas e as funções Estatais. A fraternidade exige do indivíduo uma ética da responsabilidade (JONAS, 2006) e um reconhecimento da dignidade do outro.

No constitucionalismo fraternal, o ser humano ocupa o centro do sistema jurídico e as atividades dos poderes estatais devem ter em

vista a garantia de sua dignidade. É nesse contexto que se inserem as compreensões em torno do direito ao mínimo existencial e a necessidade de realização da justiça social e distributiva, em que se lida com a distribuição de bens comuns para a coletividade.

Pois bem, na conjuntura do constitucionalismo contemporâneo, aqui identificado como constitucionalismo fraterno, deve-se relativizar a compreensão individualista dos direitos fundamentais sociais, relacionada à justiça comutativa, para incutir a dimensão da fraternidade[2].

Em relação ao Estado a fraternidade impõe novas formas de interpretação, bem como uma incessante exigência de conferir melhores condições aos indivíduos para que haja uma sobrevivência com dignidade. Ainda, a fraternidade exige condutas razoáveis e proporcionais que levem em consideração os direitos e deveres envolvidos, numa lógica de reciprocidade. A fraternidade é indissociável de um compromisso individual e coletivo que reclama permanente empenho, convencimento e cooperação em todos os setores da convivência social.

Diante das considerações apontadas acerca do princípio da fraternidade, principalmente no que tange a função de reconhecimento que repercute na ideia de igualdade por reconhecimento, baseando-se na alteridade e no reconhecimento do outro, bem como na promoção da dignidade humana a partir daquele, aduz-se que o referido princípio é crucial para a plena efetividade dos direitos das pessoas com deficiência, eis que de nada adianta a proteção legislativa sem a adoção de condutas e práticas fraternas para concretizar àqueles de forma isonômica na vida em comunidade.

Ainda, o papel da sociedade como um todo é o de assegurar a máxima plenitude da aplicação do princípio da igualdade entre todos os cidadãos, independentemente de qualquer deficiência, havendo sempre preponderância de condutas fraternas, a fim de formar uma sociedade mais justa e equânime, já que toda violação a direitos e à dignidade humana, é uma perda para todos. Pois bem, é nesse contexto da igualdade por reconhecimento e da fraternidade que a pessoa com deficiência terá o desenvolvimento máximo de sua cidadania e a inclusão plena e satisfatória.

É nesse ambiente de acolhimento e fraternidade que o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015) busca concretizar o princípio da igualdade e da fraternidade como fundamento de uma sociedade

democrática que respeita a dignidade humana não só da maioria, mas de todas as pessoas que vivem em sociedade, independe de cor, raça, religião ou qualquer diferença física ou intelectual.

A compreensão dos direitos das pessoas com deficiência deve ter por base a alteridade e a igualdade por reconhecimento das minorias, termos esses que devem ser estruturantes da narrativa constitucional e da sociedade em que vivemos. E mais, a atuação estatal na inclusão das pessoas com deficiência deve estar pautada na ideia de maturação do entendimento de que aquela se trata de uma ação positiva de dupla via, porquanto não diz respeito apenas à inclusão das pessoas com deficiência, mas também, por outro lado, refere-se ao direito de todos os demais cidadãos ao acesso a uma sociedade democrática e plural. Ou seja, a plena inserção das pessoas com deficiência não só as beneficia, mas atinge todos os atores sociais que aprendem a ser mais tolerantes e fraternos.

Nessa mesma linha, em sede doutrinária se percebeu que "(…) conviver com a diferença não é direito dos diferentes apenas; é direito nosso, da maioria, de poder conviver com a minoria; e aprender a desenvolver tolerância e acolhimento" (ARAÚJO, 2015, p. 510).

Pluralidade e igualdade devem andar de mãos dadas de forma que o respeito à pluralidade seja imprescindível ao respeito da igualdade e não se fala aqui em igualdade apenas formal que não preenche a completude desse princípio, mas em igualdade material, baseada na fraternidade e no reconhecimento das minorias, possibilitando, assim, a promoção e ascensão social das pessoas com deficiência. Em verdade, a simples previsão normativa de uma igualdade formal não esgota o mencionado princípio, conquanto seja necessária a utilização de medidas que efetivem e possibilitem a isonomia das pessoas com deficiência de forma efetiva e concreta.

A sociedade brasileira, em seu contexto atual, não pode se negar a cumprir sua obrigação de inclusão das pessoas com deficiência, tampouco segregar ou separar esses vulneráveis. Pelo contrário, é dever fundamental incluir e conviver com aqueles de forma igualitária. E mais, essa convivência não deve ser tratada como obrigação ou uma espécie de fardo, mas deve ser algo natural e inerente a todo e qualquer ser humano, o que somente será conquistado com a divulgação social e ensinamento, rotineiro, de práticas fraternas que conduzam a integração social das minorias.

Frise-se que só com o convívio, com a aceitação e com a inclusão das diferenças é que conseguiremos obter uma sociedade mais justa, igualitária e livre, sendo a aplicação do princípio da fraternidade, no que tange a função de reconhecimento, uma das formas mais eficazes de se afastar cenários de exclusão e distanciamento social. Nesse sentido, afirmou o Ministro Edson Fachin, no julgamento da ADI 5357 MC/DF, que "o enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como diferente".

Ademais o estranhamento que, naturalmente, possuímos com o diferente,

> "não pode nos imobilizar em face dos problemas que enfrentamos relativamente aos direitos humanos, isto é, ao direito a ter direitos, ao contrário, o estranhamento deve ser o fio condutor de uma atitude que a partir da vulnerabilidade assume a única posição ética possível, a do acolhimento" (CHUEIRI, 2014. p. 174).

Como não é difícil intuir, o olhar fraterno para com o outro e, portanto, com base na alteridade, constitui elemento essencial para o bom convívio em um ambiente democrático e plural, sendo que somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que poderá haver a construção de uma sociedade fraterna e solidária, na qual o bem e a justiça social sejam alcançados para todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV, CRFB). A ideia aqui expendida foi, inclusive, ressaltada na Convenção Internacional Sobre Pessoas com Deficiência, conforme colacionado a seguir:

> *"m)* Reconhecendo *as valiosas contribuições existentes e potenciais das pessoas com deficiência ao bem-estar comum e à diversidade de suas comunidades, e que* ***a promoção do pleno exercício, pelas pessoas com deficiência, de seus direitos humanos e liberdades fundamentais e de sua plena participação na sociedade resultará*** *no fortalecimento de seu senso de pertencimento*

> *à sociedade e* ***no significativo avanço do desenvolvimento humano, social e econômico da sociedade, bem como na erradicação da pobreza****,"*

É por meio do compromisso, do olhar para com o outro (alteridade) e da responsabilidade, balizada pela ética que se faz presente nas lições de Lévinas, que o cidadão deve pautar seus comportamentos, preocupando-se em respeitar as diferenças e necessidades do outro, eis que só assim haverá a face material do princípio da igualdade. Corroborando esse entendimento, explicam Álvaro Ricardo de Souza Cruz e Leonardo Wykrota (CRUZ; WYKROTA, 2015, p. 17):

> O 'Mesmo' é inacabado, incompleto, imperfeito. O 'Mesmo precisa do Outro para subsistir. Ele evade em busca de uma eterna impossibilidade: ser! Porque se fôssemos, o tempo deixaria de ser! Não somos, pois não temos uma essência fixa. Estamos sempre a caminho de ser, sem nunca sermos um ser para além de si. **A face do Outro, enquanto legítimo estrangeiro diante de nós, sempre nos remete a um compromisso que nos constitui.** *É* bem simples: se evadirmos para o Outro, porquanto somos incompletos, não podemos eliminar essa possibilidade exterminando o Outro! Então: 'Não Matarás!' Logo, um compromisso que em Lévinas não é uma obrigação no sentido tradicional do termo, mas o modo pelo qual nos constituímos como seres humanos. Assim, somente somos livres quando somos responsáveis, e não o contrário.

Em suma, é imperativo que haja uma igualdade por reconhecimento das pessoas com deficiência por três fundamentos: 1) as pessoas com deficiência possuem a dignidade como valor intrínseco de todos os seres humanos, sendo o direito à igualdade inerente a esse, eis que todos os indivíduos têm igual valor e por isso merecem o mesmo respeito e consideração de toda a sociedade; 2) a igualdade por reconhecimento visa, justamente, combater práticas que inferiorizam certos grupos sociais, como as pessoas com deficiência e que, desse modo, diminuem ou negam, às pessoas que os integram, seu valor intrínseco como seres

humanos, sendo que a Constituição e as leis em geral devem neutralizar, na maior medida possível, tal situação; 3) a sociedade em que vivemos não pode ser uma comunidade da maioria, pelo contrário, aquele deve buscar a proteção dos direitos de todos, inclusive e, sobretudo, das minorias, eis que só assim haverá uma verdadeira democracia.

Outrossim, é evidente que quando se trata de proteção das minorias, as igualdades formal e material assumem feições insuficientes, sendo a igualdade por reconhecimento, balizada na proteção e reconhecimento das minorias, a mais efetiva face da referida isonomia. Sendo assim, para a efetiva proteção das pessoas com deficiência, não é suficiente que haja uma maior proteção legislativa, mas é necessário que seja "um instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos" (MELLO, 1995, p.10). Mais ainda, é imperioso que haja uma conscientização social da importância de se conviver com as diferenças, o que só é possível com a adoção de condutas fraternas e integradoras das minorias.

Pois bem, somente com a inclusão plena das pessoas com deficiência e a efetivação dos seus direitos na máxima medida possível, sem qualquer retrocesso ou redução da densidade normativa já implementada para efetivação dos direitos sociais, teremos a redução das desigualdades fático-sociais e o avanço social para uma sociedade coletiva e fraterna, na qual não será mais necessário editar leis visando proteger, incluir e respeitar os direitos de uma minoria excluída socialmente, eis que essas condutas são deveres fundamentais de todos aqueles que convivem em sociedade.

Ainda, não cabe aqui afirmar que é apenas papel do Estado preocupar-se com a inclusão das pessoas com deficiência, eis que tal dever social não deve apenas ser incutido ao Estado, mas deve ter sua eficácia horizontalizada para todos os particulares, de forma que esse dever fundamental seja natural e inerente a todos os atores sociais.

Pelo exposto, resta inegável que o respeito à pluralidade deve ser um dever fundamental impostos a toda sociedade, assim, o respeito à pessoa portadora de deficiência e a eficácia dos direitos fundamentais a ela inerentes não deve ser encarado apenas como um desafio estatal, mas uma condição para formação de uma comunidade fraterna e acolhedora, o que só será possível com a adoção do princípio da fraternidade como forma de interpretação e reconhecimento social.

4 CASOS CONCRETOS

Seguindo a ideia de adoção do princípio da fraternidade em sua função de igualdade por reconhecimento, algumas decisões judiciais foram proferidas buscando-se sempre a máxima proteção dos direitos fundamentais da pessoa com deficiência e o respeito à democracia plural e sem preconceitos que deve vigorar em âmbito nacional.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 5357, na qual as escolas particulares, representadas pela CONFENEN, buscaram a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do artigo 28 e artigo 30, *caput*, da Lei nº 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Estatuto da Pessoa com Deficiência), sob o argumento de que obrigatoriedade das escolas privadas de oferecer atendimento educacional adequado e inclusivo às pessoas com deficiência, sem a possibilidade de cobrança de qualquer contraprestação, acaba por ocasionar medidas de alto custo para as escolas privadas, violando os arts. 5º, caput, incisos XXII, XXIII, LIV, 170, incisos II e III, 205, 206, caput, incisos II e III, 208, caput, inciso III, 209, 227, caput, § 1º, inciso II, todos da Constituição da República, o que levaria ao encerramento das atividades de muitas delas.

Para tanto, a CONFENEN evocou a função social da propriedade para se negar a cumprir obrigações de funcionalização previstas constitucionalmente, limitando-a à geração de empregos e ao atendimento à legislação trabalhista e tributária. Ainda, invocou a dignidade da pessoa humana na perspectiva de eventual sofrimento psíquico dos educadores e "usuários que não possuem qualquer necessidade especial", argumento esse que não foi acolhido pelo Ministro Relator Edson Fachin, eis que, segundo esse, a escola não é dado escolher, segregar, separar, mas é seu dever ensinar, incluir, conviver.

Edson Fachin afirmou que "o ensino privado não deve privar os estudantes – com e sem deficiência – da construção diária de uma sociedade inclusiva e acolhedora, transmudando-se em verdadeiro local de exclusão, ao arrepio da ordem constitucional vigente". Por conseguinte, em adoção ainda que não expressa, mas implícita, Edson Fachin, fundamentou sua decisão no princípio da fraternidade, conforme se pode concluir do seguinte trecho:

> "[...] Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E na atual quadra histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio.
> Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta.
> Posta a questão nestes termos, foi promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009 a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, dotada do propósito de promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, promovendo o respeito pela sua inerente dignidade (art. 1º).

Após, tal ADI fora julgada improcedente, porquanto diante dos princípios que regem o nosso Ordenamento Jurídico, a postura discriminatória e excludente das pessoas portadoras de deficiência não merece guarida.

Em outro caso concreto, no qual servidora pública federal busca redução da jornada de trabalho para dedicar-se ao desenvolvimento do seu filho com deficiência, sem redução de salário ou compensação de jornada conforme prevê a Lei 8.112/90, o Tribunal Regional da 5ª Região acolheu a pretensão autoral, sob o argumento de que a lei, ao condicionar a redução da jornada de trabalho dos servidores com filhos deficientes à compensação de jornada e, por outro lado, conceder tal benefício aos funcionários públicos sem qualquer condição, é flagrantemente não recepcionada pela CF/88, conforme se observa:

> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. ASSISTÊNCIA A FILHO DEFICIENTE (PARALISIA CELEBRAL). REDUÇÃO DE JORNADA DE TRABALHO COM MANUTENÇÃO DE REMUNERAÇÃO E SEM COMPENSAÇÃO DE HORÁRIO. ARTIGOS 83,

§ 2º, I C/C ART. 98, § 3º.

1. Apela-se da sentença que julgou procedente a pretensão autoral (servidora da UFPE), para assegurar a imediata redução da jornada de trabalho da demandante, de 40 (quarenta) para 20 (vinte) horas semanais, sem redução de remuneração e sem a necessidade de compensação de horários, tendo em vista a necessidade do filho da demandante (portador de deficiência física - paralisia celebral), ser acompanhado por sua genitora, e receber os tratamentos necessários inerentes.

2. O legislador pátrio desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 vem positivando, irrestritivamente, a doutrina da proteção integral à criança e do adolescente como um todo. As crianças portadoras de necessidade (deficientes) receberam atenção especial por parte do Congresso Nacional Brasileiro, quando este aprovou, por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, a "Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência" e seu "Protocolo Facultativo", assinados em Nova York, em 20.03.2007. O Presidente, na época ratificou tal medida por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

3. **A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência tem o propósito de promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para todas as pessoas com deficiência, bem como a acessibilidade aos meios físico, social, econômico e cultural, à saúde, à educação e à informação e comunicação e promover o respeito pela sua dignidade inerente, sem qualquer tipo de discriminação.**

4. O Estatuto dos Servidores Públicos Federais, por sua vez, trata sobre a matéria e assegura horário especial aos servidores portadores de deficiência física, independente de compensação de horário e de desconto de vencimentos, quando comprovada a necessidade por junta médica oficial, nos termos

do art. 98 (Lei nº 8.112/90).
5. O referido Estatuto estendeu ao servidor que possui cônjuge, filho ou dependente portador de deficiência física tal benesse, independente de compensação de horário, mas com desconto salarial proporcional a jornada trabalhada, salvo na hipótese de compensação de horário (art. 97 c/c art. 44, II).
6. **Constatado que o Decreto nº 6.949/2009, diploma equivalente às emendas constitucionais, assegura as pessoas deficientes, sem qualquer discriminação, à igual proteção e a igual benefício da lei (art. 5.1). E considerando que o legislador assegurou ao servidor deficiente jornada reduzida, sem a necessidade de compensação salarial, deve ser garantida tal benesse também na hipótese do servidor possuir dependente que exija cuidados especiais de assistência à saúde, como se faz manifestamente presente na hipótese dos autos. É que, em ambos os casos, o fundamento da tutela legislativa é comum, consistente na condição de portador de deficiência, seja do próprio servidor, ou de dependente deste.**
7. **A norma do art. 98, § 3º da Lei nº 8.112/90, não pode ser tida como recepcionada pelo Decreto nº 6.949/2009**, justamente nas hipóteses como a dos autos, onde a gravidade do dependente deficiente justifica a redução de horário, sem a compensação salarial, de maneira a propiciar uma maior dedicação e cuidados por parte da mãe servidora, e uma melhor qualidade de vida da pessoa que o diploma convencional buscou proteger.
8. Reconhecimento do direito da autora, servidora da UFPE, **a redução da jornada de trabalho, de 40 (quarenta) para 20 (vinte) horas semanais, sem a necessidade de compensação de horários, e sem redução salarial.**
9. Precedente: Processo 0806636.11.2014.4.05.8300. Julg: 01.12.2015. Relator: Des. Fed. Edilson Pereira Nobre Júnior. Quarta Turma.
10. Apelação e remessa oficial improvidas". (Processo

0803594-17.2015.4.05.8300 - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO). Grifo nosso.

Ainda, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em paradigmática decisão no Agravo de Instrumento nº 0051316-33.2013.4.01.0000/DF, da Relatoria do Des. Fed. Néviton Guedes**,** enfrentou o tema e, em caso semelhante decidiu pela possibilidade de redução de jornada sem redução de remuneração ou compensação de jornada. Indiscutivelmente, referida decisão é de grande sensibilidade humana e aplica de modo convincente a Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência. Tal entendimento encontra baliza no princípio da fraternidade, sendo esse cada vez mais adotado, ainda que não expressamente, em precedentes judiciais no quais a igualdade de reconhecimento e a plena efetivação dos direitos da pessoa com deficiência é cada vez mais constante.

Nas decisões supramencionadas, a igualdade por reconhecimento fora aplicada na interpretação do art. 98, §3º, da Lei 8.112/90, que quando confrontado com a norma do constituinte derivado, traduz uma discriminação ao ofertar posições jurídicas diversas conforme a deficiência se referia ao servidor ou seu dependente. Desse modo, a norma do art. 98, § 3º, da Lei 8.112/90, não tem sido tida como recepcionada pelo Decreto 6.949/2009, justamente nos casos em que quem possui a deficiência é portador dependente da servidora, fato justifica uma maior dedicação e cuidados por parte desta, de modo que a compensação, reduzindo o salário da genitora, conspira contra uma melhor qualidade de vida da pessoa que o diploma convencional buscou proteger.

Inegavelmente, a adoção da igualdade por reconhecimento tem sido adotada de forma veemente nos precedentes judiciais e, quando se trata da proteção da pessoa com deficiência, a preocupação com a inclusão social e a adoção de posturas fraternas torna-se cada vez maior, eis que só com a integração entre sociedade e Poder Judiciário é que será possível dar efetividade ao Estatuto da Pessoa com Deficiência e demais normas legislativas que buscam proteger essas minorias.

5 LEI Nº 13.370, DE 12 DE DEZEMBRO DE 2016

Consoante já fora relatado, a Lei n. 8.112/90 previa, até dezembro/2016, horário especial para os servidores públicos da União que tenham

cônjuge, filho ou dependente com deficiência, exigindo contudo compensação de horários, respeitando a carga horária semanal. Em verdade, não havia nenhuma redução de jornada para o servidor e esse continuava sem tempo disponível para acompanhar seu familiar.

No mais, a redução de jornada com redução proporcional dos rendimentos também era inútil ao servidor, porquanto a diminuição dos vencimentos, muito provavelmente, inviabilizaria a continuidade dos tratamentos que, em sua maioria, possuem valor elevado.

Consubstanciado no panorama supracitado, tramitava perante a Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 609/2015, o qual objetivava alterar o § 3º do art. 98 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, para estender o direito a horário especial ao servidor público federal que tenha cônjuge ou companheiro, pais, filhos, padrasto ou madrasta e enteado, ou dependente portador de deficiência física ou mental possa gozar de uma redução de jornada semanal, independentemente de compensação de horário e sem prejuízo de sua remuneração.

O mencionado projeto tinha base legal no princípio da reciprocidade (art. 229, CF/88) que assevera o dever dos pais 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", bem como nos artigos 2º e 3º do Estatuto do Idoso a seguir transcritos:

> Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.
>
> Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Ainda, foram fundamentos legais que reforçaram a alteração proposta: princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana; da proteção à família, à criança e ao adolescente, à pessoa portadora de deficiência; e o Decreto Legislativo nº 186, de 2008, que trata da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas.

Por conseguinte, na construção da proposta legislativa, foi considerado o fato público e notório que crianças com necessidades especiais necessitam de cuidados especializados – médicos e terapêuticos -, de forma frequente e ininterrupta, para que possam desenvolver, ao máximo, suas capacidades físicas e habilidades mentais.

Igualmente, foi ressaltado que muitos idosos, acometidos com sérios problemas de saúde, necessitam de tratamento médico especializado, os quais demandam tempo, dedicação e dinheiro, cabendo aos descendentes daqueles assisti-los materialmente, auxiliando-os diariamente no trato com a saúde, bem como no simples desempenho de atividades diárias.

Enfim, a finalidade da proposta de alteração da citada lei era adequar a legislação às necessidades reais da vida, e ainda atender ao princípio maior Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, ao propiciar ao servidor que realmente necessita um horário especial de trabalho, de modo a poder amparar também seu familiar que precisa de um tratamento especial[3].

Para tanto, era a proposta original da Câmara dos Deputados:

> A PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei: Art. 1º A Lei nº 8.112 de 11 de dezembro de 1990, passa a vigorar com as seguintes alterações: (...) Art.98.....
> .....
> ....
> .....
>
> § 2° Também será concedido horário especial com redução de jornada, ao servidor portador de deficiência, quando comprovada a necessidade por junta médica oficial, independentemente de compensação de horário, sem prejuízo da remuneração auferida pelo servidor.
>
> § 3° As disposições do parágrafo anterior são extensivas ao servidor que tenha cônjuge ou

companheiro, pais, filhos, padrasto ou madrasta e enteado, ou dependente portador de deficiência física ou mental, não se exigindo neste caso a compensação de horário e sem prejuízo da remuneração do servidor.
§4°.....
.....
.....
.....
§ 5° No caso do disposto nos § 2° e 3° o horário especial a ser concedido, consistirá na redução de jornada de até 50% (cinquenta por cento) das horas estabelecidas ao funcionário semanalmente e não implicará em compensação de jornada, devendo o percentual ser definido pela junta médica em consonância com as necessidades da pessoa a ser beneficiada.

Posteriormente, em 12 de dezembro de 2016, foi aprovada a Lei n. 13.370/2016, com a seguinte redação:

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O § 3º do art. 98 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:
"Art. 98. .....
.. ..
.....
§ 3º As disposições constantes do § 2º são extensivas ao servidor que tenha cônjuge, filho ou dependente com deficiência.
.....
" (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.
Brasília, 12 de dezembro de 2016; 195º da Independência e 128º da República.

Feita uma rápida comparação entre o supramencionado projeto de lei com a redação da Lei n. 13.370/2016, é fácil constatar que vários trechos importantes foram suprimidos, dentre os quais: retirada da irredutibilidade da remuneração do servidor público federal; retirada da extensão do benefício ao companheiro, pais, padrasto ou madrasta e enteado; exclusão da previsão da redução da jornada em até 50% (cinquenta por cento) das horas estabelecidas ao funcionário, semanalmente, devendo o percentual ser definido pela junta médica em consonância com as necessidades da pessoa a ser beneficiada.

Em que pese tenha havido a construção de um projeto de lei que buscava ser extensivo aos descendentes, ascendentes e parentes afins dos servidores, de forma ampla, bem como visava garantir a não redução dos vencimentos do funcionário público e a fixação de redução de jornada semanal de trabalho em até metade, todos esses benefícios foram extirpados da redação final da mencionada lei, o que trouxe poucas mudanças práticas para a situação já existente.

Desta feita, é de se inferir que o Poder Judiciário continuará tendo que ampliar e adequar a interpretação do art. 98 da Lei n. 8.112/90 aos princípios constitucionais, de forma que haja a proteção ampla para os servidores públicos que possuem a incumbência de assistir o desenvolvimento físico e mental dos filhos com deficiência, não podendo ter sua remuneração reduzida e tendo que ter uma real redução da sua jornada de trabalho.

6 CONCLUSÃO

Diante do exposto, no modelo de sociedade plural, democrática e livre de preconceitos, é indubitável que a estigmatização e a exclusão social devem ser afastadas, conquanto o convívio com as pessoas com deficiência e suas diferenças não só é fundamental para essas, mas para toda a sociedade que aprenderá ser mais tolerante, fraterna e igualitária.

Não se olvide que a edição de normas legislativas visando à proteção da pessoa com deficiência, por si só, não suficiente para concretizar a igualdade de oportunidades das pessoas com deficiência com as demais, sem nenhuma espécie de discriminação. Em verdade, é necessário que haja uma cooperação entre sociedade e Estado com o fito de promover a inclusão daquelas a fim de garantir a dignidade e cidadania plena

daqueles vulneráveis ao longo de toda sua vida.

Ademais, o respeito à pessoa com deficiência deve ser tido como um dever fundamental inerente a toda sociedade de respeitar, amparar e conviver com aquela, não havendo qualquer tratamento discriminatório ou degradante. É nesse sentido e amparado pelo princípio da fraternidade que traz a necessidade de igualdade pelo reconhecimento do outro em sua condição natural que se deve construir uma sociedade mais justa e solidária.

Enfim, não é a edição de novas leis que viabilizará a proteção dos direitos da pessoa com deficiência, mas, para atingir esse fim, é necessária uma convergência de medidas, conforme fora explanado nesse trabalho, a fim de possibilitar não só a inclusão da pessoa com deficiência, como também o pleno desenvolvimento social de suas capacidades, habilidades, interesses e cidadania.

THE PRINCIPLE OF FRATERNITY AND THE EFFECTIVENESS OF MATERIAL RIGHTS OF PEOPLE WITH SPECIAL NEEDS

ABSTRACT: This article discusses the legislative advances in the protection of people with disabilities in Brazil. Also brings the need for implementation of equal recognition and the principle of fraternity as a form of full realization of these rights. After, an analysis of the fundamental duties as a way to achieve social inclusion. Finally, it discusses concrete cases that demonstrate the practical application of legal concepts discussed here.

KEYWORDS: Recognition Equality. Brotherhood principle. Otherness. Persons with Special Needs. Fundamental Duties.

Notas

1 Dentre os trabalhos que fazem referência aos deveres fundamentais destacam-se: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Los deberes fundamentales. *Doxa*, Alicante, n. 4,1987; NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos.* Coimbra: Livraria Almedina, 1998. NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. In: Estudos de direito fiscal. Coimbra: Almedina, 2005, p. 9-39. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.* 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*: e teoria da constituição, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. MAINO, Carlos Alberto Gabriel. Derechos fundamentales y la necesidad de recuperar los deberes: aproximación a la luz del pensamiento

de Francisco Puy. In: LEITE, George Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang. CARBONELL, Miguel (Coord). *Direitos, deveres e garantias fundamentais.* Salvador: Juspodium, 2011. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. *Introdução ao estudo sobre os deveres fundamentais.* Salvador: JusPodivm, 2011.

2 Assim, partindo-se do pressuposto da existência de uma justiça social de fato, tem-se uma sociedade que inclui todos somente porque também é possível, ao mesmo tempo, excluir os "ditos" incluídos. Esse problema deve ser afrontado também pelos economistas, tendo em mente a perspectiva da justiça, mas não no sentido utilitarista. Não se pode esquecer que o utilitarismo tem, ainda, uma grande influência nos definidores de políticas públicas, tanto nacionais quanto internacionais (VIAL, 2006, p. 131).

3 http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1319213.pdf. Acesso em 16 de janeiro de 2017

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.* 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

AQUINI, Marco. Fraternidade e direitos humanos. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O princípio esquecido/1*: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. Trad. Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Painel sobre a Proteção das Pessoas com Deficiência no Brasil: A Aparente Insuficiência da Constituição e uma Tentativa de Diagnóstico. In:* ROMBOLI, Roberto; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (Orgs.). *Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais.* Belo Horizonte: Arraes, 2015. p. 510.

BAGGIO, Antonio Maria (Org.). *O Princípio Esquecido/1*: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. Traduções Durval Cordas, Iolanda Gaspar; José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista - SP: Cidade Nova, 2008.

_____. *O Princípio Esquecido/2*: Exigências, recursos e definições da fraternidade na política. Traduções Durval Cordas, Luciano Menezes Reis. Vargem Grande Paulista - SP: Cidade Nova, 2009.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição.* Rio de Janeiro: Forense, 2003; Britto, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional.* Belo Horizonte: Forum, 2007.

BYINGTON, Carlos Amadeu Botelho. *Psicologia simbólica junguiana.*

São Paulo: Editora Linear B, 2008.
CÂMARA, Emmanoel Fenelon Saraiva. *Dom Pedro II e a psicologia da identidade Brasileira.* Editora Centro Hinterlândia. Brasília, 2013.
CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*: e teoria da constituição, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
CHUEIRI, Vera Karam de; CÂMARA, Heloísa. *Direitos Humanos em movimento*: migração, refúgio, saudade e hospitalidade, Revista Direito, Estado e Sociedade *(PUC-RJ)*, Vol. 45, 2014. p. 174.
CÍCERO, Marco Tulio. *Dos deveres.* São Paulo: Martin Claret, 2001.
COSSIO, Carlos. *Panorama de la teoria egologica del derecho.* Universidad Nacional de Colombia. Revista Trimestral de Cultura Moderna, Bogotá, 1948.
CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; WYKROTA, Leonardo Martins. Nos Corredores do Direito. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. (Coord.) *(O) Outro (e)(o) Direito.* V. 1. Belo Horizonte: Arraes, 2015. p. 27.
FERRAJOLI, Luigi. Estado Social y Estado de Derecho. IN: ABRAMOVICH, Victor; AÑÓN, Maria José; COURTIS, Christian (comps). *Derechos sociales – instrucciones de uso.* México: Distribucciones Fontamara, 2003.
HARBELE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidade*: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional. Madrid: Minima Trotta, 1998.
JONAS, Hans. *O Princípio Responsabilidade*: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução: Marijane Lisboa, Luiz Barros Montex. Rio de Janeiro: Contraponto. Ed. PUC-Rio, 2006.
LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais:* teoria e prática. São Paulo: Método, 2006.
MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A Fraternidade como categoria jurídico-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Público-RBDP.* Belo Horizonte. Ano 7. n. 26. Jul/set. 2009, p. 33-54.
MAINO, Carlos Alberto Gabriel. Derechos fundamentales y la necesidad de recuperar los deberes: aproximación a la luz del pensamiento de Francisco Puy. In: LEITE, George Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang. CARBONELL, Miguel (Coord). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Juspodium, 2011.
MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. *Introdução ao estudo sobre os deveres fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2011.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional.* 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. Tomo.1.
NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. In: *Estudos de direito fiscal.* Coimbra: Almedina, 2005, p. 9-39.
PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental?. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 205-238.
PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. *Los deberes fundamentales*. *Doxa*. n. 4. 1987. p. 329-341.
PIZZOLATO, Filippo. *Il principio constitucionale di fraternità*: intinerario di ricerca a partire dalla Constituzione Italiana . Roma: Città Nuova, 2012.
RESTA, Eligio. *O Direito Fraterno*. Tradução Sandra Regina Martini Vial (Coord.). Santa Cruz do Sul-RS: EDUNISC, 2004.
SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
VERONESE, Alexandre. Dos Direitos Sociais, in Agra, Walber (Org.) *Comentários à Constituição Federal de 1988*, Rio de Janeiro: Forense, 2009.
VERONESE, Josiane Rose Petry, OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar de. *Direitos na pós-modernidade*: a fraternidade em questão. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.
VIAL, Sandra Regina Martini. Direito fraterno na sociedade cosmopolita. *RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez. 2006.
MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

PANORAMA EVOLUTIVO DA COMPETÊNCIA DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Jean-Claude Bertrand de Góis*

RESUMO: O trabalho pretende avaliar aspectos jurisprudenciais sobre a competência para o licenciamento ambiental. Obviamente, esse tema não poderia deixar de envolver diretamente as decisões dos tribunais brasileiros e suas principais repercussões no que tange ao tema aludido. Entretanto, é bom que se frise que o presente excerto trata apenas de alguns pontos concernentes à matéria, passando pela óptica positiva, doutrinária e jurisprudencial, sem a mínima pretensão de abranger todo o objeto trabalhado.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Ambiental. Direito Constitucional. STF. STJ. Federalismo.

1 INTRODUÇÃO

A competência para o licenciamento ambiental é um dos assuntos que mais trazia divergências no cenário jurídico brasileiro. Isso porque não havia até pouco tempo uma normatização incisiva sobre como se deve estabelecer a mesma. Tal temática foi e ainda é objeto de grandes discussões doutrinárias e jurisprudenciais, tendo tal celeuma originada de um período de omissão do Congresso Nacional em editar lei complementar que regulasse o assunto consoante exigência estipulada pela atual carta política brasileira. Tal lacuna somente veio a ser sanada em 08 de dezembro de 2011 com a Lei Complementar 140.

Anteriormente existiam frequentes conflitos jurisprudenciais na tentativa de suprir a omissão legislativa, que por sua vez deveria ser solvida mediante a aludida manifestação do Congresso Nacional. Tais divergências derivavam da adoção pelos tribunais de princípios diferentes para a instituição da referida competência conforme veremos mais adiante.

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Advogado. Especialista em Direito Penal e Processual Penal.

Problema de grande relevo no âmbito da defesa dos interesses ambientais, a referida competência representa um direito fundamental básico por tangencialidade, uma vez que alicerça o licenciamento ambiental, que por sua vez constitui um dos pilares mais importantes na defesa do direito a um meio ambiente sadio e equilibrado, tanto para a presente como para as futuras gerações. Surge então a necessidade de se conferir clareza ao instituto do licenciamento e sua respectiva competência, em atenção ao Princípio da Máxima Efetividade Constitucional.

Contudo, da efetivação dessa garantia pode parecer emergir conflitos com outros valores axiais da Carta Constitucional como, *v.g.,* a soberania e autonomia dos Estados Membros. Tais conflitos, contudo, quando colocados à prova, devem ser dissolvidos por força do Princípio da Unidade Constitucional escoimado no método hermenêutico normativo-estruturante, como soe acontecer em outras aparentes antinomias do ordenamento jurídico brasileiro.

Essa tarefa deve ser sopesada pela mais alta Corte do Judiciário do nosso país, a quem cabe, em última instância, estabelecer limites entre os diversos valores constitucionais protegidos, exercendo portanto a sua função de guardião da Carta Política Brasileira. Tal mister ganhou mais embasamento no direito positivo com a edição da Lei Complementar 140.

2 A PLURALIDADE DE ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS ANTES DA LEI COMPLEMENTAR 140/11

O que se verificava no cenário jurisprudencial brasileiro era a existência de uma pluralidade de orientações para se determinar a competência para se processar o licenciamento ambiental, tendo em vista a omissão legislativa até 2011.

Para se ter uma singela ideia da situação, se observava que o Tribunal Regional Federal da 1° Região explanou a preponderância da **abrangência do impacto ambiental** como base para a determinação da referida competência como se pode perceber no seguinte trecho: "sendo o impacto da obra meramente local, é razoável que o órgão estadual do meio ambiente conduza o processo de licenciamento" *(Processo n. 2005.010.003.786.59, TRF1°R, 6° Turma).*

O TRF 4 já se posicionou sobre o tema da aludida competência em

se tratando de empreendimento localizado em terreno de marinha concluindo pela necessidade de licenciamento federal realizado pelo IBAMA em atenção ao princípio da **dominalidade e interesse nacional**, conforme se percebe no seguinte julgado:

> Ementa: ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROMOVIDA PELA UNIÃO. CONSTRUÇÃO DE HOTEL. MUNICÍPIO DE PORTO BELO. ZONA DE PROMONTÓRIO. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. *NON AEDIFICANDI*. LICENÇA NULA. DESCUMPRIMENTO DA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL. INEXISTÊNCIA DE AVALIAÇÃO AMBIENTAL. PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO. DESFAZIMENTO DA OBRA. 1. O empreendimento está localizado em área de promontório, considerada de preservação permanente pela legislação estadual (Lei nº 5.793/80 e Decreto nº 14.250/81) e pela legislação municipal (Lei Municipal nº 426/84), e, por consequência, área *non aedificandi*, razão pela qual a licença concedida pela FATMA é nula, visto que não respeitou critério fundamental, a localização do empreendimento. 2. A FATMA não possuía competência para autorizar construção situada em terreno de marinha, Zona Costeira, esta considerada como patrimônio nacional pela Carta Magna, visto tratar-se de bem da União, configurando interesse nacional, ultrapassando a competência do órgão estadual. 3. Ante ao princípio da prevenção, torna-se imperiosa a adoção de alguma espécie de avaliação prévia ambiental. 4. Os interesses econômicos de uma determinada região devem estar alinhados ao respeito à natureza e aos ecossistemas, pois o que se busca é um desenvolvimento econômico vinculado ao equilíbrio ecológico. 5. Um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado representa um bem e interesse transindividual, garantido constitucionalmente a todos, estando acima de

> interesses privados. 6. Apelos providos (Processo: 1998.04.01.009684-2).

3 ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO JURISPRUDENCIAL

O Supremo Tribunal Federal não deixou consignado em decisão de sua lavra um único princípio basilar que deveria ser adotado para o estabelecimento da competência para o licenciamento ambiental, entretanto ratificou a independência do Poder Executivo na realização desse mister, não podendo sofrer qualquer tipo de cerceamento pois se trata de um desígnio estritamente constitucional e legítimo, conforme se pode visualizar na seguinte decisão:

> "Lei 1.315/2004, do Estado de Rondônia, que exige autorização prévia da Assembleia Legislativa para o licenciamento de atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetivas e potencialmente poluidoras, bem como capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental. Condicionar a aprovação de licenciamento ambiental à prévia autorização da Assembleia Legislativa implica indevida interferência do Poder Legislativo na atuação do Poder Executivo, não autorizada pelo art. 2º da Constituição. Precedente: ADI 1.505. Compete à União legislar sobre normas gerais em matéria de licenciamento ambiental (art. 24, VI, da Constituição" (ADI 3.252-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 6-4-2005, Plenário, DJE de 24-10-2008).

Dessa forma, tal decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de ADI proíbe que lei estadual exija qualquer condição de procedibilidade ou estabeleça algum requisito para limitar a plena liberdade do Poder Executivo através de seu órgão licenciador e no exercício de sua competência ambiental.

Enquanto isso, o Superior Tribunal de Justiça já utilizou da tese da **teoria do interesse preponderante** para que determinar a competência do licenciamento ambiental, mesmo referindo-se à **tese da dúplice competência**, *in verbis*:

> "existem atividades e obras que terão importância ao mesmo tempo para a Nação e para os Estados e, nesse caso, pode até haver duplicidade de licenciamento" (Processo n. 2003.0159.7545, 1° Turma, 17.2.04, Relator Ministro José Delgado).

Já parcela significativa da doutrina se orientava preponderantemente no sentido de que o conflito de competência para o licenciamento ambiental deveria ser dirimido com a combinação do princípio da dominalidade com o do interesse preponderante, inclusive cotejando-os com o parágrafo 4º do artigo 225 da Constituição Federal e com o artigo 109 da mesma Carta. Hoje a Lei Complementar 140 cumpre papel de destaque conforme veremos abaixo.

4 CONFLITO FEDERATIVO NA MATÉRIA AMBIENTAL

Na seara da competência para licenciamento ambiental, encontram-se significativas vertentes jurisprudenciais, as quais consubstanciam dissidências capazes de ensejar inclusive um eventual conflito federativo, como já se foi inclusive discutido no Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

> **RECLAMAÇÃO 3074/MG- MINAS GERAIS**
> **Relator: Min. Sepúlveda Pertence**
> **Julgamento: 04/08/2005**
> **Órgão Julgador: Tribunal Pleno**
>
> EMENTA: Reclamação: procedência: usurpação de competência originária do Supremo Tribunal (CF., art. 102, I, "f"). Ação civil pública em que o Estado de Minas Gerais, no interesse da proteção ambiental do seu território, pretende impor exigências à atuação do IBAMA no licenciamento de obra federal - Projeto de Integração do Rio São Francisco com Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional: caso típico de existência de "conflito federativo", em que o eventual acolhimento da demanda acarretará reflexos diretos sobre o tempo de implementação ou a própria viabilidade de um projeto de grande vulto do governo da União.

> Precedente: ACO 593 - QO, 7.6.01, Néri da Silveira, RTJ 182/420.

Em sua decisão o STF conheceu e julgou por maioria a referida reclamatória, determinando a avocação da Ação Civil Pública nº 2005.38.00.002238-0 da Seção Judiciária de Minas Gerais, tendo entendimento contrário os Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio. Enfatize-se que se tratava de um conflito positivo de competência uma vez que mais de um ente federativo intenta promover o licenciamento ambiental de um mesmo empreendimento. Por outro lado, apenas a título de esclarecimento, seria o conflito negativo se apesar de detectada sua potencialidade lesiva do empreendimento ou atividade, nenhum ente federativo se prontificasse para o devido e obrigatório licenciamento ambiental.

Ademais, frise-se que o federalismo brasileiro adotado pela Constituição de 1988 é do tipo tricotômico, também chamado de trino ou tripartido, uma vez que enfeixa três esferas de poder. Além de ser historicamente de formação centrífuga e por desagregação, vindo a possuir na Constituição supracitada aspectos de um federalismo assimétrico ou heterogêneo bem como cooperativo. Tal caracterização faz surgir uma necessidade de cuidado para não se ferir a autônoma de cada ente federado e conseguintemente não resultar eventual conflito federativo.

Ressalte-se que o Conselho Nacional do Meio Ambiente através da Resolução n° 237/97 estipulou diretrizes cardinais tentando suprir a lacuna legislativa que havia até a edição da Lei Complementar 140/11, intentando evitar a ocorrência tanto de conflito positivo como de conflitos negativos em matéria de licenciamento ambiental, estabelecendo-se como pontos fundamentais os seguintes artigos que servem como balizas para se evitar um eventual conflito de competência, *in verbis*:

> Art. 4º - Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, órgão executor do SISNAMA, o licenciamento ambiental, a que se refere o artigo 10 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional,

a saber:
I - localizadas ou desenvolvidas conjuntamente no Brasil e em país limítrofe; no mar territorial; na plataforma continental; na zona econômica exclusiva; em terras indígenas ou em unidades de conservação do domínio da União.
II - localizadas ou desenvolvidas em dois ou mais Estados;
III - cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais do País ou de um ou mais Estados;
IV - destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear - CNEN;
V - bases ou empreendimentos militares, quando couber, observada a legislação específica.
§ 1º - O IBAMA fará o licenciamento de que trata este artigo após considerar o exame técnico procedido pelos órgãos ambientais dos Estados e Municípios em que se localizar a atividade ou empreendimento, bem como, quando couber, o parecer dos demais órgãos competentes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, envolvidos no procedimento de licenciamento.
§ 2º - O IBAMA, ressalvada sua competência supletiva, poderá delegar aos Estados o licenciamento de atividade com significativo impacto ambiental de âmbito regional, uniformizando, quando possível, as exigências.
Art. 5º - Compete ao órgão ambiental estadual ou do Distrito Federal o licenciamento ambiental dos empreendimentos e atividades:
I - localizados ou desenvolvidos em mais de um Município ou em unidades de conservação de domínio estadual ou do Distrito Federal;
II - localizados ou desenvolvidos nas florestas e demais formas de vegetação natural de preservação permanente relacionadas no artigo 2º da Lei nº

> 4.771, de 15 de setembro de 1965, e em todas as que assim forem consideradas por normas federais, estaduais ou municipais;
> III - cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais de um ou mais Municípios;
> IV – delegados pela União aos Estados ou ao Distrito Federal, por instrumento legal ou convênio.
> Parágrafo único. O órgão ambiental estadual ou do Distrito Federal fará o licenciamento de que trata este artigo após considerar o exame técnico procedido pelos órgãos ambientais dos Municípios em que se localizar a atividade ou empreendimento, bem como, quando couber, o parecer dos demais órgãos competentes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, envolvidos no procedimento de licenciamento.
> Art. 6º - Compete ao órgão ambiental municipal, ouvidos os órgãos competentes da União, dos Estados e do Distrito Federal, quando couber, o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local e daquelas que lhe forem delegadas pelo Estado por instrumento legal ou convênio.
> Art. 7º - Os empreendimentos e atividades serão licenciados em um único nível de competência, conforme estabelecido nos artigos anteriores.

Dessa forma, o art. 4º apresenta hipóteses nas quais o órgão federal é que possui competência para licenciar o empreendimento. Já no art. 5º se encontram as situações que ensejam a competência dos órgãos ambientais estaduais e do distrital. Enquanto isso, o art. 6º alude à participação dos órgãos municipais, estabelecendo as hipóteses e premissas para tal.

Assim, evidencia-se que os Municípios têm competência para o licenciamento ambiental. Contudo, essa competência estará cingida a empreendimentos de impacto ambiental local.

Ou seja, restringindo-se eventual dano à área de um só município, em regra, o órgão municipal é o que será responsável por tal licenciamento. Enquanto isso, se os eventuais danos transbordam seus efeitos para territórios de mais de um município o órgão licenciador será o estadual,

ou quiçá o federal se mais de um Estado federado for envolvido nos reflexos do empreendimento ou atividade.

Frise-se que a intenção da resolução foi das melhores, qual seja, tentar dirimir os eventuais conflitos positivos como também evitar os conflitos negativos de competência, muito mais frequentes antes da Lei Complementar 140/11. Entretanto, recebe crítica o fato de que matéria que deveria ser regulada por lei complementar federal (por exigência constitucional) dela ficou órfão por vinte e três anos.

5 IMPORTÂNCIA DA LEI COMPLEMENTAR 140/11

Ressalte-se que a Constituição Federal estabeleceu competência comum entre os entes federativos para tratar de matéria de licenciamento ambiental, *in verbis*:

> 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;
> VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;
> ...
> VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

Porém para o exercício desse mister, necessário se faz um lei complementar sobre o assunto e desta forma evitasse conflitos de competência em matérias tão importantes incluindo a competência do licenciamento ambiental.

Somente com a Lei Complementar 140/11 veio à ordem jurídica brasileira um dispositivo normativo que realmente aplacasse essa necessidade, evitando muitos conflitos de competência que impediam a eficiente proteção ambiental brasileira.

Tal lei estabelece normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, visando à cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios

nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora, determinando assim a competência de forma mais precisa.

Entre os seus dispositivos, podemos citar entre os mais importantes os que delineiam a atuação de cada ente federativo. Em relação à União podemos citar da Lei Complementar 140/11, *in verbis*:

> Art. 7º São ações administrativas da União:
> ...
> XIV - promover o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades:
> a) localizados ou desenvolvidos conjuntamente no Brasil e em país limítrofe;
> b) localizados ou desenvolvidos no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva;
> c) localizados ou desenvolvidos em terras indígenas;
> d) localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pela União, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs);
> e) localizados ou desenvolvidos em 2 (dois) ou mais Estados;
> f) de caráter militar, excetuando-se do licenciamento ambiental, nos termos de ato do Poder Executivo, aqueles previstos no preparo e emprego das Forças Armadas, conforme disposto na Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999;
> g) destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear (Cnen); ou
> h) que atendam tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo, a partir de proposição da Comissão Tripartite Nacional, assegurada a participação de um membro do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), e considerados os

> critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade ou empreendimento;

Quanto ao âmbito estadual podemos verificar os limites para o âmbito da competência ambiental no seguinte dispositivo da mesma lei:

> Art. 8º São ações administrativas dos Estados:
> ...
> XIII - exercer o controle e fiscalizar as atividades e empreendimentos cuja atribuição para licenciar ou autorizar, ambientalmente, for cometida aos Estados;
> XIV - promover o licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, ressalvado o disposto nos arts. 7º e 9º;
> XV - promover o licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pelo Estado, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs);

Já na seara municipal a competência é delineada na mesma lei supracitada ao demonstrar as hipóteses nas quais o município pode realizar o licenciamento ambiental sem invadir a competência estadual nem federal, conforme se pode perceber na norma abaixo:

> Art. 9º São ações administrativas dos Municípios:
> XIII - exercer o controle e fiscalizar as atividades e empreendimentos cuja atribuição para licenciar ou autorizar, ambientalmente, for cometida ao Município;
> XIV - observadas as atribuições dos demais entes federativos previstas nesta Lei Complementar, promover o licenciamento ambiental das atividades ou empreendimentos:
> a) que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, conforme tipologia definida

> pelos respectivos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade; ou
> b) localizados em unidades de conservação instituídas pelo Município, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs);

Nem mesmo em relação ao Distrito Federal, a Lei Complementar 140/11 deixou de estipular as suas atribuições administrativas que conseguintemente envolvem a competência em licenciamento ambiental, citando os artigos anteriores, *in verbis*:

> Art. 10. São ações administrativas do Distrito Federal as previstas nos arts. 8º e 9º.

Portanto, apesar de não impedir o uso dos princípios anteriormente utilizados para dirimir conflitos de competência em licenciamento ambiental, a normatização específica do assunto trazida pela aludida lei complementar deixou claras as hipóteses de competência de cada ente federativo, podendo-se quando necessário utilizar tais princípios com mais segurança, uniformidade e equidade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante a divergência jurisprudencial quanto à competência para o licenciamento ambiental que havia antes da Lei Complementar 140/11, urge que se estabelecesse a premente necessidade do Poder Legislativo editar norma que dissipasse todas as dúvidas sobre o aludido tema, colocando em consonância com o princípio da máxima eficácia das normas constitucionais, principalmente em tema tão valioso como o ambiental. Torna-se, mais do que nunca, fundamental e imprescindível a harmonização desses valores constitucionalmente compatíveis, sob pena de se efetivar grave ofensa à Constituição Federal vigente.

É imprescindível lembrar que o descumprimento da supracitada competência ferirá visceralmente o instituto do licenciamento ambiental, pilar básico da proteção de um meio ambiente sadio tanto para as presentes quanto para as futuras gerações. Dessa forma, verifica-se que a observância de uma competência estabelecida por lei complementar

federal é requisito básico para que se efetive a função social do licenciamento ambiental, qual seja, a de guarnecer o máximo possível os interesses do ser humano enquanto ente sinergicamente em contato com o meio ambiente.

Portanto, é preciso que se conceda concretude aos institutos de proteção ambiental sob pena de se tornarem letra morta ante o emaranhado de dissidências jurisprudenciais. Tal atitude proporcionará segurança tanto aos direitos da sociedade a um meio ambiente equilibrado quanto aos empreendedores das mais variadas obras e atividades tão necessárias ao progresso do país.

A Lei Complementar 140/11 traz desta forma um novo panorama normativo alicerçado na segurança jurídica e na diminuição da incidência de conflitos de competência em matéria de licenciamento ambiental.

___

EVOLUTIONARY OVERVIEW OF ENVIRONMENTAL LICENSING COMPETENCE

ABSTRACT: The work intends to evaluate jurisprudential aspects of the environmental licensing copentence. Evidently, such subject could not leave of directly involve the decisions of brasilian courts and its main repercussions in that it refers to the alluded subject. However, it is good emphasizes that the present excerpt deals with only some points to the substance, passing by the positive, doctrinal and jurisprudential optics, without the minimal pretension to enclose the all worked object.

KEYWORDS: Environmental Law. Constitutional Law. STF. STJ. Federalism.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos (coord). Dano ambiental: prevenção, Reparação e repressão. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1993.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 7. ed. Brasília: Unb,1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed., Malheiros,

São Paulo, 2000.
DESTEFENNI, Marcos. *Direito penal e licenciamento ambiental*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.
FIORILLO, Celso Antonio Pachêco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
HOLTHE, Leo van. *Direito Constitucional*. 4. ed. Salvador: Podivm, 2008.
MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. *Direito ambiental brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.
MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
PIVA, Rui. Bem ambiental. São Paulo: Max Limonad, 2000.
ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Princípios constitucionais de direito ambiental. *Revista da associação dos juízes federais do Brasil*, ano 21, n. 74, 2º semestre, 2003.
SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ART. 942 DO NCPC: SOLUÇÃO OU RETROCESSO QUALIFICADO? VICISSITUDES DE UM AMBICIOSO LEGISLADOR ORDINÁRIO

Diego de Lima Cardoso*

RESUMO: O presente artigo consiste em um estudo crítico sobre a inovação legislativa prevista no art. 942 do atual Código de Processo Civil que implantou a técnica da ampliação do colegiado nos julgamentos não unânimes, cuja pesquisa concentrou-se em percorrer desde a base germinativa ainda no Anteprojeto até a efetiva promulgação da Lei nº 13.105/2015 (NCPC), bem como se buscou analisar a controvertida natureza jurídica com suas implicações práticas e hipóteses de cabimento para, ao final, ter argumentos a fim de colocar em questão a utilidade do instituto se, de fato, solução ou retrocesso.

PALAVRAS-CHAVE: Técnica. Julgamento. Divergência.

1 INTRODUÇÃO

Conforme já prenunciava a Comissão de Notáveis, no ano de 2010, o grande desafio na construção de um novo Código de Processo Civil seria compatibilizar os anseios dos cidadãos por uma justiça mais célere e rápida com a inclusão de mecanismos que pudessem garantir a tão sonhada efetividade, mas sem incorrer em desrespeitos às garantias processuais amealhadas ao longo das gerações.

É dizer, nunca se invocou tanto a ideia de efetividade em uma construção de um novo modelo processual civilista que, curiosamente, apenas no texto referente à Exposição de Motivos do NCPC, a festejada palavra efetividade (e seus derivados ortográficos) se repete por contadas dezesseis vezes.

Era preciso, pois, expungir da mente dos jurisdicionados a tormentosa questão da morosidade judicial, primeiro, detectando-se as barreiras para a prestação de uma justiça rápida, segundo, resolver os problemas

* Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes/SE. Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Especialista em Direito Processual Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia – UFBA. E-mail: diego.cardoso@tjse.jus.br

com a legitimação democrática destas soluções.

E, nisto, portanto, é que se percebeu, após porfiar a temática, que um dos problemas à garantia da efetividade e celeridade do processo judicial brasileiro era justamente o volume imoderado de ações sucedidas por uma vasta possibilidade de recursos, ora cabíveis em vários interníveis, digo instâncias judiciais.

E assim aconteceu, posto que, a tendência à diminuição das hipóteses de recursos servia a um só tempo para privilegiar não apenas a sensação de menor litigiosidade, mas também assegurar a ideia de uniformização dos entendimentos dos Tribunais brasileiros, uma vez que, partindo-se do silogismo, um recurso a menos, maior estabilidade da jurisprudência.

Logo, enquanto um dos vetores defendidos pela Comissão Reformista, a redução do número de recursos era ponto comum e assim ocorreu, por exemplo, em relação aos Embargos Infringentes[1] que, não passando ileso às severas críticas doutrinárias, algumas, inclusive, remotas[2], quedou-se extinto do rol taxativo de recursos no NCPC.

Em seu lugar, no entanto, foi incorporado ao texto do NCPC a controvertida figura prevista no art. 942 que, na qualidade de sucedâneo aos Embargos Infringentes, vem recebendo a alcunha de técnica de ampliação de julgamento, consistindo na ampliação da composição do órgão julgador fracionário quando instada a divergência.

2 A *VIA CRUCIS* GERMINATIVA DO ATUAL ART. 942 DO NCPC

Consoante já afiançado alhures, no curso do processo de elaboração do NCPC, os notáveis ora responsáveis pela elaboração do Anteprojeto tiveram uma especial preocupação com a matéria recursal, uma vez que, como se acredita(va), são os recursos um dos contribuintes-mor à pecha da lentidão dos processos judiciais.

Nesse contexto, portanto, é que no Anteprojeto original[3] elaborado pela Comissão de Juristas, os Embargos Infringentes foram suprimidos da nova ordem processual civil brasileira e o dispositivo que o substituiu tinha, originalmente, a seguinte redação, *in verbis*:

> **Art. 861.** Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor.

> § 1º Os votos poderão ser alterados até o momento da proclamação do resultado pelo presidente.
> § 2º No julgamento de apelação ou de agravo de instrumento, a decisão será tomada, no órgão fracionário, pelo voto de três juízes.
> § 3º O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de prequestionamento.

Inserido, pois, no Título I (Dos Processos nos Tribunais), Capítulo II (Da ordem dos processos no Tribunal), tal dispositivo trazia a normatividade geral para aplicação no julgamento dos recursos e, como observável, não havia previsão de novo julgamento, ante a existência de voto-vencido, mas tão somente a necessidade de que tal voto fosse expressamente declarado e considerado como parte integrante do acórdão, para todos os fins legais, inclusive de prequestionamento.

Já no Senado, com a transformação do Anteprojeto agora no Projeto de Lei – PLS 166/2010 – no tocante à supressão dos Embargos Infringentes, nada fora alterado, mantendo-se a ideia original da Comissão dos Notáveis em relação à declaração necessária do voto-vencido e de sua integração ao acórdão para todos os fins, somente sendo alterada a numeração do dispositivo.

Entrementes, quando do encaminhamento à Câmara dos Deputados, agora por meio do PL 8.046/2010, verificou-se que o debate acerca da extinção dos Embargos Infringentes havia ganhado nova motivação, uma vez que naquela Casa Legislativa destacou-se a formação de um grupo de parlamentares que reivindicava o retorno do recurso sob o argumento de que ele era necessário para prestigiar a justiça da decisão, com a possibilidade de reversão do julgamento, em razão da divergência.

Ocorre que, mesmo diante da resistência de alguns parlamentares pelo retorno dos Infringentes ao rol dos recursos no NCPC, entretanto, o relator do projeto reconheceu a existência de também fortes argumentos favoráveis à extinção do recurso, mas inovou em relação ao Anteprojeto criando uma espécie de prolongamento do julgamento resultante de acórdão não-unânime, entendendo ter conciliado a celeridade com a supressão do recurso. Neste sentido, é o excerto extraído do parecer[4] do Relator-Geral da Comissão Especial, ora Deputado Sérgio Barradas Carneiro, *ad verbum*:

Houve muitos pedidos de retorno dos embargos infringentes ao projeto – eles haviam sido retirados na versão do Senado.

Os argumentos favoráveis a este recurso são fortes: prestigia-se a justiça da decisão, com a possibilidade de reversão do julgamento, em razão da divergência.

Sucede que a previsão deste recurso traz também alguns problemas: a) há intermináveis discussões sobre o seu cabimento, o que repercute no cabimento do recurso especial ou do recurso extraordinário, que pressupõem o exaurimento das instâncias ordinárias.

Há inúmeras decisões do STJ que se restringem a decidir se os embargos são ou não cabíveis; b) além disso, os embargos somente cabem se o acórdão reformar a sentença ou rescindi-la, o que limita muito o seu cabimento.

Assim, resolvi acolher uma sugestão que, de um lado, garante à parte o direito de fazer prevalecer o voto vencido, com a ampliação do quórum de votação, e, de outro, acelera o processo, eliminando um recurso e discussões quanto ao seu cabimento.

Cria-se uma técnica de julgamento muito simples: sempre que, no julgamento de apelação, agravo ou ação rescisória, houver um voto divergente, o julgamento não se conclui, prosseguindo-se na sessão seguinte, com a convocação de um número de desembargadores que permita a reversão da decisão.

Com isso, simplifica-se o procedimento: não há necessidade de recorrer, não há prazo para contrarrazões nem discussões sobre o cabimento do recurso. Havendo divergência, simplesmente o processo prossegue, com a ampliação do quórum.

Alcança-se o mesmo propósito que se buscava com os embargos infringentes, de uma maneira mais barata e célere, além de ampliada, pois cabe em qualquer julgamento de apelação (e não em apenas alguns) e também no caso de agravo, sobre

> o qual silenciava o CPC/1973 em tema de embargos infringentes.

Ad posteriori, com o parecer definitivo do Deputado Paulo Teixeira, que havia encampado as razões e propostas feitas pelo relator, nascia, assim, o embrião germinativo do atual art. 942 do NCPC, mas que naquele momento ainda era reconhecido pelo art. 955 e possuía a seguinte redação final, *in litteris*:

> Art. 955. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, a serem convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.
> § 1º Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura componham o órgão colegiado.
> § 2º Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento.
> § 3º A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em:
> I - ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença; neste caso, deve o seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno;
> II - agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito.
> § 4º Não se aplica o disposto neste artigo no julgamento do incidente de assunção de competência e no de resolução de demandas repetitivas.
> § 5º Também não se aplica o disposto neste artigo ao julgamento da remessa necessária.
> § 6º Nos tribunais em que o órgão que proferiu o julgamento não unânime for o plenário ou a corte

> especial, não se aplica o disposto neste artigo.

Em comentários a esta inovação procedimental, verberou BECKER e NÓBREGA (2015, p.02), segundo os quais, *verbis*:

> A solução por ele [Deputado Sérgio Barradas Carneiro] proposta, então, teve cunho político, adotando-se uma espécie de meio-termo que buscou garantir à parte o direito de fazer prevalecer o voto-vencido, com a ampliação do quórum de votação, e, de outro, acelera[r] processo, eliminando um recurso.

De volta ao Senado Federal, a proposta inovadora da técnica de julgamento ampliado foi objeto de acaloradas discussões, tendo sido, num primeiro momento, afastada por proposta do relatório do Senador Vital do Rêgo, ora aprovado em 27 de novembro de 2014, com as seguintes razões:

> Apesar de louvável preocupação do dispositivo com o grau de justiça do julgamento colegiado em sede de apelação, ele incorre em um excesso que merece ser podado. É que a parte derrotada nessa instância poderá, ainda, reivindicar reanálise do pleito na via dos recursos excepcionais, respeitadas as limitações objetivas das instâncias extraordinárias.
> E mais. Problemas de alocação de desembargadores em órgãos fracionários dos tribunais surgiriam, dada a necessidade de convocação de novos julgadores para complementação de votos. Na prática, poderia haver estímulo à alteração dos tribunais, a fim de que os órgãos fracionários passassem a contar com pelo menos cinco julgadores, o que, sem ampliação do número total de membros da Corte, implicaria redução no número de órgãos fracionários e, por extensão, da capacidade de julgamento do Tribunal.

No entanto, por ocasião da votação definitiva do projeto no Senado, repristinou-se o art. 955 que exigia unanimidade nos julgamentos de

apelação, ação rescisória e agravo de instrumento, sob pena de se aplicar aquela técnica de ampliação de julgamento dos acórdãos não-unânimes que, mais tarde, seria alocada no art. 942 do então Código de Processo Civil vigente.

Sobre esta reviravolta instalada no Senado, importante trazer à baila a ácida crítica de STRECK e HERZL (2016, p. 03), segundo os quais, *litteris*:

> Eis que o *jeitinho brasileiro* se fez presente: a fim de evitar que a votação do novo Código de Processo Civil se estendesse para o decorrer de 2015, aprovou-se seu texto básico no dia 16 de dezembro e relegou-se ao dia seguinte à apreciação de 16 destaques (ou, em outros termos, discordâncias). Dentre estes o destaque de número 14, elaborado pelo senador Aloysio Nunes Ferreira, que propôs a reintrodução do artigo 955 ao texto do relator.
> Qual o resultado do embate tupiniquim? Pasmem: repristinar às pressas a (técnica de) *suspensão de julgamento de acórdãos não unânimes*, como uma das condições para a aprovação no novo Código de Processo Civil no dia 17 de dezembro.

Com isso, encerrava-se mais um capítulo de inflamadas discussões que convergiram em sentença de morte aos Embargos Infringentes no processo civil brasileiro, mas no nascimento da técnica de ampliação do colegiado em caso de divergência.

3 NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO PREVISTO NO ART. 942 DO NCPC

Em linhas já superadas, observou-se que, com a extinção dos Embargos Infringentes do texto do Código de Processo Civil vigente, em seu lugar aportou a previsão da técnica de ampliação do órgão julgador em caso de divergência, obra de raízes idealizadas durante a tramitação do PL 8.046/2010, o que resultou, hodiernamente, materializado no art. 942, cuja redação trazemos à colação:

> Art. 942. Quando o resultado da apelação for não

> unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.
> § 1º Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura componham o órgão colegiado.
> § 2º Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento.
> § 3º A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em:
> I - ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, devendo, nesse caso, seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno;
> II - agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito.
> § 4º Não se aplica o disposto neste artigo ao julgamento:
> I - do incidente de assunção de competência e ao de resolução de demandas repetitivas;
> II - da remessa necessária;
> III - não unânime proferido, nos tribunais, pelo plenário ou pela corte especial.

Com efeito, o citado dispositivo previu uma técnica de ampliação do colegiado, determinando a suspensão da sessão de julgamento quando o resultado não for unânime para que, após, prossiga na presença dos novos membros com a finalidade precípua de conferir oportunidade para eventual prevalência do voto vencido, tônica que fora importada dos extintos Embargos Infringentes.

Ocorre que, a primeira grande celeuma instada em face do expediente inovador do art. 942 do NCPC é saber qual a sua verdadeira natureza

jurídica, mesmo porque tal resposta engendrará importantes repercussões práticas, conforme será visto amiúde.

É dizer, cuida-se o art. 942 do NCPC de um disfarçado recurso apto a prolongar o estado de litispendência ou, diversamente, ostenta tão só a condição de uma técnica de julgamento?

Para o jurista e magistrado federal Eduardo José da Fonseca Costa, a ampliação do colegiado em caso de divergência é sim um recurso, melhor dizendo, seria um recurso de ofício. Neste sentido, colha-se a lição[5] manifestada pelo eminente doutrinador:

> Outro atraso foi o sistema recursal, que é pior e mais amplo do que o de 1973. Eles extinguiram os embargos infringentes, é verdade, mas transformaram-nos em um modelo oficioso, ou seja, hoje qualquer decisão não unânime em órgão colegiado, obrigatoriamente, por impulso oficial do presidente da sessão, leva à convocação de outros julgadores. Existem os embargos infringentes de ofício.

O mesmo jurista, em outra obra de sua lavra[6], endossa a lição, ao dizer que:

> Em primeiro lugar, os embargos infringentes não deixam de existir. Em verdade, deixam de ser *voluntários* para que se tornem *necessários* ou *obrigatórios*. Tornam-se "embargos infringentes *ex officio*", pois. (...) Tudo isso mostra que os embargos infringentes não se extinguem no Código projetado, mas apenas de desvestem do regime voluntarista que sempre os acompanhou.

No entanto, e aí representando a maioria da doutrina, há aqueles que entendem que o art. 942 do NCPC não é recurso, mas sim uma técnica de ampliação do colegiado em caso de divergência. Nestes termos, é o escólio de DIDIER Jr. (2016, p. 76), segundo o qual:

> No CPC-2015, não há mais os embargos infringentes. Em seu lugar, o art. 942 do CPC prevê

> a ampliação do colegiado em caso de divergência. Tal expediente não ostenta natureza recursal. Não se trata de recurso, pois a regra incide antes de haver encerramento do julgamento.

E, continua:

> Não é irrelevante a discussão sobre a natureza jurídica do instituto previsto no art. 942 do CPC. Há grandes repercussões práticas: se se entende que é um recurso, deve-se partir da premissa de que houve uma decisão proferida, com lavratura de acórdão (art. 941, CPC), podendo desse acórdão caber, antes mesmo da convocação de novos julgadores em prosseguimento, embargos de declaração. Ademais, se se trata de recurso de ofício, haveria novo julgamento, com novos votos a serem proferidos por quem já participou. E mais: se quem já votou vier a afastar-se ou ser substituído, poderá ter seu voto alterado, não se aplicando, justamente por ser um novo julgamento de um novo recurso, a parte final do disposto no §1º do art. 941 do CPC.
> Se se entende que é um recurso, aplica-se o art. 25 da Lei nº 12.016/09, segundo o qual não cabem embargos infringentes no processo de mandado de segurança.

Ou seja, para aqueles[7] que entendem que não se trata de recurso, mas sim de nova técnica de julgamento[8], argumentam que não há decisão anterior para então ensejar manejo de recurso. É dizer, o recurso, voluntário ou de ofício, pressupõe decisão anteriormente proferida, mas no caso do art. 942 do NCPC, quando da sua aplicação prática, não há encerramento, mas prosseguimento do julgamento.

Por esta ótica, portanto, "não é possível a oposição de Embargos de Declaração entre a constatação do julgamento por maioria e seu prosseguimento em nova sessão com ampliação do número de julgadores", conforme assevera DIDIER Jr. (2016, p. 77).

Para STRECK e HERZL (2015, p.01), o fator decisivo que resolve a dúvida está justamente no requisito da voluntariedade, uma vez que,

conforme afirmam:

> Tal técnica não se confunde com uma nova espécie recursal, por algumas razões. Certamente a mais importante é a ausência do requisito *voluntariedade* (ou, para alguns, a *facultatividade* do direito de recorrer), porquanto a sua utilização será automática e obrigatória. Recurso, ao que consta, precisa de vontade (não vamos falar do recurso por novo júri – hoje extinto – e o recurso obrigatório que vem da Era Vargas; onde se viu, em plena democracia, com independência judicial, que um juiz recorra "de si mesmo").

De mais a mais, outro argumento adotado para justificar a posição de que não se trata de recurso, mas sim técnica de julgamento, é o fato relativo à própria disposição topográfica do art. 942 no contexto do NCPC. Ou seja, tal dispositivo encontra-se situado no Capítulo II (Da Ordem dos Processos no Tribunal), Título I (Da ordem dos Processos e dos Procedimentos de Competência Originária dos Tribunais) e Livro III (Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais), e não no Título II (Dos Recursos), mais especificamente no art. 994 que traz a previsão taxativa dos recursos na ordem processual civil. É o que assentam BECKER e NÓBREGA (2015, p. 03), para quem:

> A alocação da norma não foi sem sentido. A inovadora técnica de julgamento não é recurso por ausência de voluntariedade, na medida em que o julgamento será suspenso para convocação de dois outros juízes, independentemente da vontade das partes. Pode-se dizer, sem erro, que se trata de uma técnica a ser aplicada de ofício, imperativamente, pois não há margem para que a parte renuncie ao direito de ver o voto minoritário prevalecer; ela é impelida a aceitar a técnica. Daí porque a técnica foi excluída da parte recursal, despida do manto dos embargos infringentes, e realocada, *in natura*, no título preparatório aos recursos.

Enfim, independente da corrente doutrinária que se queira adotar,

mas, a bem da verdade é que tal expediente previsto no art. 942 do NCPC contém em si o gene dos Embargos Infringentes, uma vez que busca privilegiar "o voto minoritário, de modo que este voto não seja apenas uma dissidência, mas uma efetiva posição que mereça uma análise por um maior número de julgadores" (BECKER e NÓBREGA, 2015, p. 01).

4 HIPÓTESES DE CABIMENTO E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS

O art. 942 do NCPC, conforme já avisado, diz respeito, no entendimento majoritário, a uma técnica necessária de julgamento quando diante de resultado não unânime. No entanto, o que ainda nos resta saber é quando e sobre que tipo de julgamento será ela recomendada.

De início, cabe afirmar que esta técnica de julgamento ampliado é aplicada em face dos resultados não unânimes que, em linhas gerais, decidem o recurso de apelação cível e o agravo de instrumento, bem como em relação à ação rescisória.

Por expressa dicção do art. 941, §2º do NCPC, "No julgamento de apelação ou de agravo de instrumento, a decisão deve ser tomada, no órgão colegiado, pelo voto de 03 (três) juízes". É dizer, quando não for o caso de decisão monocrática[9], o recurso será julgado pelo órgão fracionário competente, ora composto por, no mínimo, 03 (três) desembargadores que irão proferir os seus votos e, uma vez proferidos, o presidente irá anunciar o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator do recurso ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor, consoante previsão do art. 941, *caput* do NCPC.

Assim sendo, um julgamento não unânime, neste caso, seria uma decisão com dois votos vencedores e um voto vencido, i.e., dois votos que caminham pela mesma solução ao caso e um voto que diverge de tal entendimento, dando-lhe solução diversa. É, portanto, neste cenário, que haveria de ser instaurada a técnica prevista no art. 942 do NCPC, com a convocação de mais dois julgadores a fim de que possam, eventualmente, inverter o resultado, fazendo do voto vencido, a tese exitosa. Neste aspecto, bem sintetiza DIDIER JR (2016, p. 78):

> A decisão na apelação deve ser tomada, no órgão colegiado, pelo voto de três membros (art. 941, §2º, CPC). Um julgamento não unânime, nesse caso,

> é uma decisão com dois votos vencedores e um voto vencido. Logo, hão de ser convocados mais dois julgadores para que possa, eventualmente, ser invertida a conclusão, agregando-se os dois novos votos ao vencido, tendo-se um resultado 2x3. Mas também é possível que os novos votos se somem aos votos até então vencedores, tendo-se um resultado de 4x1, ou ainda é possível que um dos novos votos se some aos votos até então vencedores e o outro, ao vencido, mantendo-se o resultado até então obtido, só que com uma votação de 3x2.

Deve-se observar que a convocação destes dois novos julgadores há de estar adstrita com a previsão do Regimento Interno do Tribunal respectivo que, a seu turno, deve atender, neste aspecto, à observância do princípio do juiz natural[10]. Ou seja, o Regimento Interno dos Tribunais[11], no seu mister de traçar a regulamentação dos trabalhos da respectiva casa, deve estabelecer critérios prévios e objetivos para a convocação destes outros julgadores adicionais que irão complementar o julgamento iniciado mas ainda não finalizado.

Conforme já advertido alhures, no tocante aos recursos, a tal técnica do art. 942 do NCPC aplicar-se-á tão só ao julgamento da apelação cível e ao do agravo de instrumento.

No caso da apelação cível, o NCPC trouxe expressamente no art. 942, *caput* e §§1º e 2º a normatividade necessária para compreensão da aplicabilidade da técnica, cujo inteiro teor colacionamos *infra*:

> Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.
> § 1º Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura

> componham o órgão colegiado.
> § 2º Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento.

É dizer, diversamente de como ocorriam com os extintos Embargos Infringentes[12], o art. 942 do NCPC não exige, para o caso de aplicabilidade em face do julgamento da apelação cível, que o resultado não unânime tenha reformado a sentença proferida pelo magistrado de 1º grau. Basta, portanto, a existência da divergência (pura e simples) que, então, irá ensejar a convocação dos julgadores adicionais com a possibilidade de, em tese, ocorrer a inversão do resultado inicial.

Como se pode observar, no caso do julgamento da apelação cível, a aplicação da técnica do art. 942 do NCPC é *incondicionada*, já que somente depende da existência de resultado não unânime, independente se este tenha reformado ou até mesmo mantido a sentença (de mérito ou não, inclusive) objeto do recurso. Neste sentido, brinda-nos o escólio de DIDIER JR (2016, p. 79):

> (...) na apelação, a regra [art. 942, NCPC] aplica-se a qualquer resultado não unânime. Não admitida, por maioria de votos, a apelação, aplica-se a regra. Admitida para ser provida ou não provida, seja ou não de mérito a sentença recorrida, pouco importa. Se o resultado não for unânime, aplica-se a técnica de julgamento prevista no art. 942 do CPC.

No caso do agravo de instrumento[13], o art. 942 do NCPC, em seu §3º, inciso II, cuidou de coarctar a hipótese de cabimento, se comparado com a da apelação cível, uma vez que para aquele recurso será necessário que o acórdão não unânime implique na reforma da decisão objurgada que tenha julgado parcialmente o mérito[14], senão vejamos:

> Art. 942:
> (...)
> § 3º A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em:
> (...)

> II - agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito.

Ou seja, para o caso do agravo de instrumento a regra do art. 942 do NCPC, pode-se dizer, é *condicionada*, já que somente será aplicada caso o agravo de instrumento seja admitido e provido, por maioria de votos, e que tenha reformado a decisão que, em primeiro grau, cuidou de julgar parcialmente o mérito (art. 356, NCPC). Pela relevância da forma como, didaticamente, expôs a temática, imprescindíveis são as palavras de DIDIER JR (2016, p. 79):

> Logo, no julgamento do agravo de instrumento, não se aplica a técnica de julgamento prevista no art. 942 do CPC: (a) se o julgamento for unânime; (b) se o agravo não for admitido, ainda que por maioria de votos; (c) se o agravo for admitido e desprovido, ainda que por maioria de votos; (d) se o agravo for admitido e provido para anular a decisão, ainda que por maioria de votos; (e) se o agravo for admitido e provido para reformar uma decisão que não trate do mérito, ainda que por maioria de votos.

E, por fim, a regra do art. 942 do NCPC também é aplicável em face do julgamento da ação rescisória que, na mesma linha de intelecção do recurso de agravo de instrumento, é *condicionada* e tem sua previsibilidade mais restrita, posto que somente incidirá quando o resultado não unânime houver rescindido a decisão[15] rescindenda. Para efeito de ratificação, eis o teor do dispositivo:

> Art. 942:
> (...)
> § 3º A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em:
> I - ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, devendo, nesse caso, seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno;

Com efeito, para o caso da ação rescisória, há de se observar uma peculiaridade: o próprio legislador infraconstitucional já estabeleceu que a continuidade do julgamento prosseguirá em órgão de maior composição, só que, é comum em alguns Tribunais pátrios que o julgamento da rescisória, enquanto ação originária que é, já ocorra no plenário ou mesmo no órgão especial. Nestes casos, destarte, não haverá espaço para aplicação da técnica vertida no art. 942 do NCPC, posto que não haveria como superar tais órgãos que já reúnem o colegiado numericamente máximo dos membros do Tribunal.

Expressamente, também, o art. 942 do NCPC alude acerca das hipóteses negativas de cabimento. Melhor dizendo, há situações expressamente previstas pelo legislador nas quais, malgrado exista resultado não unânime, mesmo assim, a técnica do art. 942 do NCPC não será objeto de aplicação. É o que anuncia o art. 942, §4º, senão vejamos:

> § 4º Não se aplica o disposto neste artigo ao julgamento:
> I - do incidente de assunção de competência e ao de resolução de demandas repetitivas;
> II - da remessa necessária[16];
> III - não unânime proferido, nos tribunais, pelo plenário ou pela corte especial.

Ou seja, quando diante do julgamento não unânime dos incidentes de assunção de competência (art. 947, NCPC), de resolução de demandas repetitivas – IRDR – (art. 976, NCPC), de remessa necessária (art. 496, NCPC) e aqueles proferidos pelo plenário ou corte especial do referido Tribunal[17], nestes casos, portanto, não há que se falar em ampliação do colegiado em caso de divergência, por expressa dicção legal.

Um parêntese, no entanto, é importante consignar sobre o quanto dito imediatamente acima. Conforme bem alertado pelo insigne processualista Daniel Amorim Assumpção Neves, quando do julgamento do IRDR pelo Tribunal competente, não se pode perder de vista que o mesmo Tribunal também estará julgando o recurso que deu origem a suscitação do incidente, seja ele uma apelação, um agravo de instrumento ou mesmo a ação rescisória e, aí, estando presentes os requisitos do art. 942 do NCPC, para estes casos também deverá ocorrer a técnica da ampliação do colegiado. Para o fito de contextualização, reproduzimos,

in litteris, a profícua crítica (NEVES, 2016, p. 1.339):

> No tocante ao cabimento da técnica de julgamento ora analisada no IRDR, faço uma importante ressalva. Conforme devidamente analisado no Capítulo 63, item 63.10, no julgamento deste incidente o tribunal também julgará o recurso, reexame necessário e o processo de competência originária do tribunal do qual se originou o incidente processual. Nesse caso entendo que sendo tal recurso uma apelação, agravo de instrumento contra decisão interlocutória de mérito ou ação rescisória, estando presentes os requisitos previstos pelo art. 942 do Novo CPC, ele deve ser aplicado.

Vale consignar, ainda, que a técnica do art. 942 do NCPC, por uma questão de interpretação doutrinária reiterativa, não pode ser aplicada em face dos Embargos Infringentes cujo julgamento esteja pendente quando da vigência do NCPC, bem como em face de resultado não unânimes no âmbito dos Juizados Especiais, conforme Enunciados nº 466[18] e 522[19], respectivamente, do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

No entanto, voltando atenção ao procedimento da técnica de julgamento prevista no art. 942 do NCPC, viu-se que, diante de julgamento não unânime, haverá a convocação de novos julgadores para que, com eles, possa o julgamento ser retomado com a finalidade de dissipar a divergência instalada. Ocorre que, duas situações aqui poderão ser vislumbradas.

É possível que o prosseguimento do julgamento ocorra naquele mesma sessão já iniciada onde fora instalada a divergência. Neste caso, não será necessária a designação de nova sessão de julgamento, sendo colhidos ali mesmo os votos dos outros julgadores, conforme assevera o art. 942, §1º do NCPC[20]. A implicação prática é que, nesta situação, dispensar-se-á nova sustentação oral das partes (ou eventuais terceiros), uma vez que despicienda já que os julgadores convocados, por já estarem presentes quando do início dos trabalhos, certamente já assistiram a referida sustentação.

Caso não seja possível o prosseguimento do julgamento, aí sim será designada nova sessão com a convocação de outros julgadores

onde se oportunizará a realização de nova sustentação oral pelas partes (e eventuais interessados), comportamento tal qual que serve para "concretizar o princípio da cooperação (art. 6º, CPC) e reforça o contraditório, assegurando às partes o direito de influência para que possam ter a chance de participar do convencimento dos julgadores que ainda não conhecem o caso" (DIDIER JR, 2016, p. 78).

Por derradeiro, cabe ressaltar que, nesta última hipótese em que a sessão é remarcada, como o julgamento ainda não se encerrou, tão somente fora sobrestado, é possível que o magistrado que já tiver proferido o seu voto possa, na nova sessão, revê-lo de forma a alterá-lo (querendo), por ocasião da sessão em prosseguimento. É o que se avista do disposto no art. 942, §2º do NCPC[21].

Não se pode olvidar que o julgamento ainda não se encerrou, por isso não há resultado final anunciado, o que, portanto, justificaria a possibilidade prevista no art. 942, §2º do NCPC. Diferente, entrementes, seria a situação do magistrado que, embora já tivesse proferido voto, teve que casuisticamente se afastar ou fora substituído, aí neste caso não poderá se valer do expediente do §2º do art. 942, consoante previsão do art. 941, §1º *in fine* do NCPC[22].

5 ART. 942 DO NCPC: SOLUÇÃO OU RETROCESSO QUALIFICADO? VICISSITUDES DE UM AMBICIOSO LEGISLADOR ORDINÁRIO

Viu-se em linhas já transcritas que, inicialmente com a Comissão dos Notáveis, após já por força do Projeto de Lei nº 166/2010 no Senado, os Embargos Infringentes eram incompatíveis com a ânsia de celeridade e a necessidade de debelar a crença da morosidade do Judiciário brasileiro, tão arraigada no senso comum.

Em resposta satisfativa a esta delicada questão, a lacuna deixada pelos extintos Embargos Infringentes foi colmatada pela técnica de julgamento ampliativa que se sagrou vitoriosa na Câmara dos Deputados (posteriormente referendada pelo Senado) sob a justificativa de que seria "uma técnica de julgamento muito simples", visto que, com ela "não haveria necessidade de recorrer, não há prazo para contrarrazões" e "havendo divergência, simplesmente o processo prossegue com a ampliação do quórum"[23].

No entanto, perscrutemos, realmente, se a técnica do art. 942 do NCPC é, de fato, a solução simples e célere, consoante bradada pelo legislador ordinário.

A começar pela questão relativa à necessidade de convocação de outros julgadores a fim de ampliar a composição do colegiado.

Neste aspecto, brilhante trabalho de pesquisa foi elaborado pelo Ministro do STJ, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, ao ter concluído que dos 32 (trinta e dois) Tribunais de 2ª Instância brasileira, leia-se os TRF's e TJ's, no julgamento de apelações cíveis e agravos de instrumento, existem 15 (quinze) destes Tribunais cujos órgãos fracionados são compostos de até 03(três) Desembargadores, enquanto que compostos por 04(quatro) Desembargadores são apenas 08 (oito), por 05(cinco) Desembargadores são também 08(oito) e compostos por 07(sete) temos apenas 01 (um) tribunal[24].

Ou seja, dos 32 (trinta e dois) Tribunais da 2ª Instância, 23 (vinte e três)[25] deles terão o hercúleo trabalho de, quando necessário e em atenção à regra do art. 942 do NCPC, deslocar outros juízes a fim de que possam preencher as lacunas, operando verdadeiro "malabarismo" de julgadores, uma vez que se tais juízes estiverem, simultaneamente, participando de outras atividades (judicial ou administrativa) inerentes ao seu ofício, como compatibilizar a norma sem impor prejuízo ao bom andamento dos trabalhos da casa, para não dizer ao direito dos jurisdicionados?

Avulta-se de tal monta esta primeira questão que, ainda há de se considerar os casos em que os Desembargadores são convocados para atuarem nas instâncias superiores, abrindo lacuna na sua cadeira de origem, ou então quando gozam férias ou afastados por algum tipo de licença, desfalcando ainda mais os órgãos fracionados que, para não pararem de vez, convocam os Juízes de primeiro grau que são compelidos a abandonarem suas Comarcas já quão assoberbadas de processos.

Inclusive, também, neste quesito, conforme afirma o profícuo magistrado Marcelo Dantas, poderá surgir uma agressão[26] ao Texto Constitucional ao asseverar que, com a convocação de outros julgadores, "o feito será julgado por uma composição turmária antinatural" onde o "princípio do juiz (*rectius*, juízo) natural fica claramente maculado" (DANTAS, 2012, p. 12).

E mais, ainda rechaça antecipadamente a sugestionada ideia (desavisada) de aumentar a composição dos membros dos órgãos

fracionários para que funcionassem com o escore mínimo de 05 (cinco) membros, ao lucidamente constatar que isso iria implicar, paradoxalmente, na diminuição da quantidade de órgãos fracionados o que, inexoravelmente, iria afetar a capacidade de julgamento daquele Tribunal, ocasionando a desaceleração da justiça e menor eficácia da jurisdição, tudo o que não se quer com o NCPC.

A segunda questão que se coloca em xeque é: se a pretensão do legislador ordinário com a criação da técnica do art. 942 do NCPC foi, ao mesmo tempo, enxugar as hipóteses recursais e promover a celeridade processual, por que resolveu com a tal técnica ampliar o espectro de enfrentamento da divergência? Explicaremos.

Conforme já examinado alhures, os Embargos Infringentes, na redação que lhe dava vida o CPC de 1973, eram cabíveis *apenas* na apelação cível, desde que o acórdão, por maioria, reformasse a sentença de mérito, bem como quando houvesse julgado procedente a ação rescisória e, ainda assim, se o desacordo fosse parcial, os Embargos estariam somente apresilhados à divergência. E ponto!

Diferentemente, o que atualmente se observa do art. 942 do NCPC é a ampliação (e muito) da possibilidade de debates da divergência, ao passo em que, na apelação, basta apenas julgamento não unânime, independente de ter ou não reformado a sentença (terminativa ou definitiva), bem como inovou em relação ao resultado não unânime em julgamento do agravo de instrumento, que antes sequer fazia parte das pretensões dos Infringentes.

Esta "valorização" da divergência sem freios e contrapesos pode revelar, ao revés, a adoção de problemas de difícil pacificação, que pode ser cotejado pelo seguinte exemplo: Suponhamos que, no julgamento de uma apelação cível, resultou de início a maioria de votos (2x1), sendo o voto vencedor optado pela procedência e o voto vencido pela improcedência. Na sequência, oportunizada a sustentação oral (art. 942, *caput*, *in fine*, NCPC), com a convocação de outros dois julgadores (conforme previsão do Regimento Interno), digamos que cada um destes acompanhe uma das teses firmadas inicialmente, o que daria um resultado preliminar de 3x2. No entanto, consoante expressa previsão do art. 942, §2º do NCPC, os julgadores originários poderão rever os seus votos, salvo se não tenham se afastado ou forem substituídos (art. 941, §1º, *in fine*, NCPC) e, detalhe, como a divergência objetivada pela técnica

do art. 942 do NCPC não se restringe à questão controvertida, é possível que um deles mantenha o voto original (pela improcedência), mas que o outro, diante do seu livre convencimento, refaça o voto entendendo pela extinção sem resolução do mérito, o geraria um resultado final de 2x2x1 (dois votos pela procedência; dois votos pela improcedência e um voto pela extinção sem resolução do mérito). E aí, quem levou a melhor?

Igualmente, ainda no campo das suposições, imaginemos que numa ação de guarda de menor, o juiz de primeiro grau tenha conferido a guarda vindicada ao pai. Em sede de apelação promovida pelo Ministério Público, quando da prolação dos votos, o relator tenha conferido a guarda da criança à mãe, já o Desembargador-revisor entendeu pela concessão da guarda ao pai (conforme a sentença) e, no entanto, o Desembargador-vogal tenha entendido pela concessão da guarda requestada à avó materna (pretensão do Ministério Público). Ante a divergência, convoca-se mais 02(dois) Desembargadores, na forma do art. 942 do NCPC, e, assim, o primeiro julgador acompanha o eminente relator, enquanto o segundo julgador acompanha o voto do revisor. Neste caso, qual seria a solução apontada também pelo legislador reformista?

É dizer, ao se promover a ampliação (incondicional) da divergência, pode acontecer do surgimento de uma chicana processual que irá requerer adoção de técnica aprimorada para tão logo debelar o caso, mas que infelizmente o legislador reformista do NCPC não cuidou em refletir.

Também vale refletir ainda sobre outro possível exemplo. Suponhamos que a sentença tenha acolhido o pedido inicial para reconhecer uma união homoafetiva, enquanto entidade familiar. Diante do julgamento da apelação cível consequente, ante o efeito devolutivo, o Desembargador-relator entende ser uma entidade familiar nos termos do casamento civil; já o Desembargador-revisor, embora concorde com a ideia de entidade familiar, mas consigna em voto que ela tem traços de união estável; e o Desembargador-vogal entende também ser uma entidade familiar, mas com características de sociedade de fato. Neste caso, porém, é de se ver que há unanimidade em relação à ideia de entidade familiar, posto que os 03 (três) juízes assim deliberaram, mas não houve convergência em relação a qual regime jurídico tal entidade estaria equiparada.

No entanto, no caso em testilha[27], o que ocorre é uma unanimidade em relação ao resultado (relação homoafetiva = entidade familiar), divergindo os julgadores no tocante à fundamentação do voto (se é

entidade familiar por equiparação ao casamento, ou à união estável ou ainda à sociedade de fato). Mas, diante desta situação, "havendo unanimidade na conclusão [resultado], a despeito de divergência na fundamentação, não é o caso de aplicar a técnica do art. 942 do CPC, que se restringe aos casos de divergência no comando normativo da decisão" (DIDIER JR., 2016, p. 74).

É dizer, havendo formação da *ratio decidendi* já em relação ao resultado, não se poderá prosseguir com a técnica do art. 942 do NCPC porque esta depende da divergência em sede do resultado, e não na fundamentação.

Uma terceira questão que se posta a desafiar a novel técnica do art. 942 do NCPC diz respeito a sua pretensão de prestigiar a *justiça da decisão* e a celeridade do julgamento.

Sobre a ideia de *justiça da decisão*, entendemos que não é a valorização da divergência que irá, em um passe de mágica, transformar o injusto no justo. Sobre o assunto, bem comentou BECKER e NÓBREGA (2015, p. 03-04), para quem:

> Ainda que tal técnica de julgamento propicie a reforma, a decisão, que poderá ser "justa" para o vencedor, se tornará injusta para o sucumbente, que certamente buscará as instâncias extraordinárias. É dizer, mesmo o julgamento por colegiado ampliado não confere à decisão nenhuma garantia de justiça, do contrário nem sequer haveria necessidade de se prever recursos contra esta decisão aos tribunais superiores.

De mais a mais, o argumento (sedutor) de que, com a técnica do art. 942 do NCPC, evitando-se a necessidade de recorrer, bem como prazos para contrarrazões, ganhar-se-ia celeridade no julgamento da causa. Nada mais do que um clichê.

É, talvez, um argumento mais aceitável dizer que, o que faz atrasar o julgamento de um recurso não é o seu prazo e nem o prazo do recorrido, mas sim a demora pelo qual o mesmo fica no aguardo de ser enfrentado. E, com a técnica do art. 942 do NCPC, este prazo será ainda maior, haja vista que, como vimos, a aplicação da técnica dependerá da composição dos membros do órgão fracionário (em caso de apelação cível e agravo

de instrumento) e, como bem se disse, há 15 (quinze) Tribunais no país que só possuem previsão para 03 (três) membros, o que recomendará logística para que se agende um dia desimpedido na qual a convocação dos novos membros possa ser efetivada, não se olvidando, também, que, por óbvio, estes novos julgadores poderão estar sujeitos a mesma sistemática nos órgãos que originariamente já estão ocupando, o que tornaria ainda mais complexa a situação.

Fiquemos por aqui, no tocante às críticas, porque o tema é volátil e muito fértil para questionamentos, até mesmo porque o NCPC é ainda bastante jovem e não houve tempo suficiente para ser alvo dos fervorosos embates a nível de jurisprudência. Mas isso, no entanto, não nos impede de comentar as soluções colimadas.

Em salvaguarda a esta inovação legislativa, há juristas[28] que defendem, em tom de nostalgia, a previsão original do Anteprojeto, conforme era o art. 861, §3º, uma vez que tal dispositivo asseguraria que "o voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento".

Ou seja, considerando que o legislador infraconstitucional, embora não tenha, no NCPC, ratificado integralmente o art. 861 do Anteprojeto, no entanto, preservou o texto do seu §3º, consoante se observa no art. 941, §3º do NCPC, mas não lhe franqueou o alcance absoluto que dantes já idealizava o Anteprojeto.

Com efeito, no entender de PETRARCA *et al* (2015, p. 2):

> (...) se a intenção era manter uma forma de ampliar a discussão quando se tem um voto vencido, na busca por uma "maior justiça" nas decisões, bastaria manter o que o NCPC já prevê no art. 941, §3º (...). Isso porque a via recursal para as instâncias superiores já detém forte amplitude meritória, pois o voto vencido poderá ser plenamente examinado para fins de reforma do acórdão recorrido.

É dizer, a tão venerada divergência, se houvesse a aplicação absoluta do art. 941, §3º do NCPC a todos os recursos julgados por maioria, certamente estaria protegida para enfrentamento em sede das instâncias superiores, já, portanto, garantindo-se a possibilidade de reversão do julgado sem a necessidade de uma *escala horizontal obrigatória*[29] de

julgamento não unânime.

Em outra via de panaceia, há quem deseja uma volta ainda mais profunda, com a repristinação dos Embargos Infringentes. E, deveras, há uma boa razão para que se possa repensar no assunto, conforme mui bem discorre COSTA (2014, p. 396):

> Tenha-se em mente que os embargos [infringentes] propiciam a última oportunidade para que sejam resolvidas as *questões de fato*. Para além dos tribunais inferiores, as questões de direito poderão ser ainda reexaminadas no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal. No entanto, a análise das questões fáticas – quase sempre o principal fator determinante ao deslinde da causa – está restrita a duas instâncias.

Em verdade, pois, os Tribunais de Sobreposição, leia-se STJ e STF, possuem reiterado entendimento acerca da vedação ao reexame de matéria fática, conforme são os enunciados de Súmula nº 279 (STF)[30] e 07 (STJ)[31], assim, talvez, há um bom argumento para que se possa repensar na restauração dos Embargos Infringentes[32] que se opõem à técnica do art. 942 do NCPC em razão de não ampliar as hipóteses de cabimento.

E, para endossar a ideia contra a *vilanização* dos Embargos Infringentes, pode-se dizer que há dois dos maiores baluartes processualistas brasileiros que passaram a defender o tal instrumento de irresignação após se tornarem juízes de segunda instância e conviverem com os mesmos no cotidiano forense, conforme são Pontes de Miranda e Barbosa Moreira, cujos depoimentos são de quão valioso registrar:

> A matéria, em grau de embargos, ganha em melhor estudo dos advogados e melhor apreciação dos juízes, de modo que se junta à experiência dos juízes do Tribunal, cujo órgão se embarga, o estudo recente do relator e do revisor do recurso de embargos. Psicologicamente, e dizemo-lo com a observação direta de muitos anos, os melhores julgamentos, os mais completamente instruídos e os mais proficientemente discutidos, são os julgamentos das câmaras de embargos, e não se

> compreende que, ainda em Portugal, houvesse hostilidade ao velho recurso lusitano, preciosa criação de mentalidades popular, na relação contra a errada justiça reinícola (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VII. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 329-330).
>
> Nas três primeiras edições deste livro, enunciamos conclusão desfavorável à sobrevivência dos embargos infringentes. A experiência judicante levou-nos a atenuar o rigor de nossa posição. Passamos a preconizar que se casos, como o de divergência só no caso de preliminar, ou em apelação interposta contra sentença meramente terminativa, e também o de haver o tribunal *confirmado* (embora por maioria de votos) a sentença apelada, à semelhança do que se dava no sistema primitivo do estatuto de 1939, antes do Dec.-lei nº 8.570, de 8.1.1946 (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5v. Rio de Janeiro: Forense, p. 518).

Aliás, é importar consignar aos desavisados que os Embargos Infringentes não foram totalmente sepultados do ordenamento jurídico brasileiro, vez que ainda sobrevivem no Código de Processo Penal que, a despeito da Lei nº 13.105/2015 (NCPC), entrementes, não fora objeto de revogação expressa, persistindo, portanto, hígida a redação do seu art. 609, parágrafo único[33].

Mas, enfim, restaurar ou não os Infringentes ou aplicar generalizadamente o art. 941, §3º do NCPC aos julgamentos por maioria são, talvez, as sugestões que a doutrina encontrou para combater os problemas já profetizados em relação à aplicação da técnica de julgamento do art. 942 do NCPC.

Talvez, também, se deva apostar, enquanto terceira via, na força persuasiva dos precedentes, forte tendência arraigada do hodierno processo civil brasileiro que por meio da aplicação da técnica dos julgamentos de casos repetitivos, pensando em uma perspectiva a médio prazo, irão repercutir na formação concentrada de precedentes obrigatórios de modo a esvaziar o conteúdo aplicativo do art. 942 do

NCPC, já que não haverá, regra geral[34], oportunidade para se discutir aquilo já imantado na jurisprudência.

Assim, é provável que com o enraizamento no foro deste método de solução em bloco ou por meio da força persuasiva dos precedentes, consiga-se a um só tempo a redução de processos e a enxurrada de recursos, bem como a segurança e a estabilidade da ordem jurídica, estancando a divergência de entendimentos entre os julgadores que, como se sabe, é o elemento comburente a desencadear a aplicação da técnica prevista no art. 942 do NCPC.

Ou, do contrário, pensando numa perspectiva mais realista ao famoso comportamento do astuto brasileiro, talvez a solução mais econômica e viável será, por uma questão de preservação da viabilidade dos trabalhos, que os julgadores passem a automaticamente acompanharem o voto do relator, ainda que com a ressalva de entendimento pessoal diverso, mas apenas para evitar a necessidade de ampliação do colegiado e procrastinação do julgamento definitivo, já que, como reiteradamente dito, a divergência de fundamentação não atrai a aplicação da técnica do art. 942 do NCPC, mas somente aquela afeita ao resultado.

Aguardemos, pois, para saber se o art. 942 do NCPC será a tão sonhada solução à efetividade ou, quem sabe, um retrocesso qualificado que venha a implicar em judiciosos debates horizontais estimuladores da combalida morosidade judicial. Eis o vaticínio que nos espera!

6 CONCLUSÃO

Já desde o Anteprojeto do NCPC, a ideia da efetividade destacava-se como meta a ser buscada e, nisto, percebeu-se que um dos pontos de entrave estava justamente na reforma das hipóteses recursais, sempre interpretada como uma das vilãs à celeridade processual.

Na tramitação do projeto no Congresso Nacional, a força política (sem redundância) fez valer a imposição da maioria parlamentar em face da opinião dos consultores jurídicos, criando uma verdadeira técnica de julgamento que misturava raízes dos Embargos Infringentes, mas com intenção inovadora de ainda mais valorizar a divergência.

Com efeito, a tal técnica que fora materializada no art. 942 do NCPC, incrementou o processo civil ao ampliar as hipóteses de enfrentamento da divergência, ora sem limites para o julgamento não unânime da

apelação, ora inovando de forma condicional em relação ao julgamento não unânime do agravo de instrumento e da ação rescisória.

Na doutrina, muito se discute ainda sobre sua natureza jurídica (se recurso ou técnica de julgamento), o que provoca reflexos consideráveis (se caberá embargos de declaração ou não; se é voluntário ou de ofício), mas já se destaca a posição que entende ser uma técnica de julgamento com a ampliação do colegiado.

Apesar de inovadora e de ser defendida por aqueles que a idealizaram como uma "técnica simples e célere", mas não está imune às críticas, uma vez que pode ocasionar problemas com a logística do julgamento mormente naqueles tribunais cujos órgãos fracionários são compostos por apenas 03 (três) membros, bem como a valorização da divergência sem regras prévias e claras podem causas verdadeiras chicanas processuais sem solução ainda definidas pela lei.

Isto fez com que logo se alardeasse entre os juristas a nostalgia pelos extintos Embargos Infringentes (posto que propiciaria a última oportunidade de resolver as questões de fato), ou então a ideia germinada no Anteprojeto com a inclusão do voto vencido no acórdão para todos os efeitos legais, sendo a divergência relegada às instâncias superiores.

Pensamos também que uma terceira via poderia ser a confiança na força persuasiva dos precedentes que, ao mesmo tempo em que contribui para diminuição da litigância desenfreada, estanca a possibilidade de divergência, o que esvaziaria o objeto do art. 942 do NCPC, obviamente em uma pretensão de médio prazo.

No entanto, em vista do atual cenário e da própria práxis jurídica brasileira, talvez a opção mais econômica (do ponto de vista intelectual e do esforço físico) será a abnegação da convicção do magistrado a fim de evitar ao máximo a divergência, embora sem não antes consignar seu entendimento pessoal, o que lhe poupará ao final o desgaste de reapreciar aquilo já apreciado. Talvez.

Mas, considerando que a matéria ainda se encontra em efervescência, até mesmo porque o NCPC não completou sequer o seu primeiro aniversário, fiquemos atentos para ver se a solução criada vingará ou será mais um texto legal ornamental.

"ART. 942 NCPC: THE SOLUTION OR REVERSE QUALIFIED? VICISSITUDES AN AMBITIOUS LAWGIVER ORDINARY"

ABSTRACT: This article consists of a critical study of the legislative innovation provided for in art. 942 of the current Civil Procedure Code which implemented the technique of expansion of the college in the not unanimous judgments, whose research has focused on travel from the germinal base still in the draft until the effective enactment of Law 13.105/2015 (NCPC) and it sought to analyze the controversial legal nature with its practical implications and assumptions of no place to, in the end, have arguments to put into question the usefulness of the institute is, in fact, solution or backward.

KEYWORDS: Technique. Judgment. Divergence.

Notas

1 Nos termos do art. 530 do CPC de 1973: "Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência".

2 Nesse sentido, "A existência de um voto vencido não basta por si só para justificar a criação de tal recurso; porque, por tal razão, se devia admitir um segundo recurso de embargos toda vez que houvesse mais de um voto vencido; desta forma poderia arrastar-se a verificação por largo tempo, vindo o ideal de justiça a ser sacrificado pelo desejo de aperfeiçoar a decisão". (BUZAID, Alfredo. *Ensaio para uma revisão do sistema de recursos no Código de Processo Civil*. Estudos de direito. São Paulo: Saraiva, 1972, v. 1, p. 111)

3 Código de Processo Civil: anteprojeto/Comissão de Juristas Responsáveis pela elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil, - Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <http://ghlb.files.wordpress.com/2010/06/anteprojeto-novo-cpc.pdf> acesso em 19 mai. 2016.

4 Parecer do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, p. 57. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostraintegra?codteor=1026407>acesso em 19 mai.2016.

5 COSTA, Eduardo José da Fonseca. *In* Possibilidades de juiz ponderar normas consagra o irracionalismo no novo CPC. *Revista Consultor Jurídico*, 10 de abril de 2016, 7h20. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-10/entrevista-eduardo-jose-fonseca-costa-presidente-abdpro> acesso em: 19 mai.2016.

6 COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Pequena História dos Embargos Infringentes no Brasil*: uma viagem redonda. Novas Tendências do processo civil. 2v.Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 399.

7 Neste sentido: NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves: "(...) o recurso, entretanto, depende da vontade da parte, enquanto a nova técnica de julgamento é cogente, sendo aplicável de ofício". (*In* Manual de Direito Processual Civil. Vol. único. 8ªed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 1.339). LAMY, Eduardo de Avelar. "A transformação dos Embargos Infringentes em técnica de julgamento: ampliação das hipóteses". Novas Tendências do Processo Civil. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 373.

8 Em crítica à ideia de *nova* técnica de julgamento, é a lição de COSTA (2014,p. 400): "Em segundo lugar, não se trata de '*nova* técnica de julgamento'. (...) [da] Coleção das leis extravagantes de Duarte Nunes do Lião, embora mais conhecida como 'Código Sebastiânico', nele, era previsto que: a) para a confirmação das decisões interlocutórias bastava a

concordância de dois desembargadores ('dous conformes'); para a revogação era preciso a presença de três desembargadores (1.5.3); b)nos julgamentos que exigiam a presença de três desembargadores, para confirmar ou revogar a decisão recorrida, não havendo concordância entre eles, um quarto julgador deveria ser convocado (1.5.6 e 7). Como se pode notar, não havia propriamente um pedido, mas a convocação *ex officio* de um novo julgador para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial".

9 No caso da apelação cível, conforme art. 1.011, inciso II do NCPC; no caso do agravo de instrumento, conforme art. 1.019, *caput* do NCPC.

10 Para o jurista Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, o julgamento realizado por um magistrado que não faça parte do *quórum* original do colegiado macularia o princípio do juiz natural, por compreender que, neste caso, o voto condutor poderia ser proferido por magistrado que não integra previamente o colegiado. (DANTAS, 2012, p. 12).

11 Exemplo já ocorreu, *v.g.*, com o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que, por meio da sua Res. TJ/TP/RJ nº 02/2015 e Res. Nº 48/2015 que alteraram os artigos art.5º-A, inciso V, art. 5º-B, inciso V, art. 130, de modo a compatibilizá-los com o novel art. 942 do NCPC.

12 Art. 530 do CPC de 1973: "Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência".

13 Tal hipótese abeberou-se na previsão da Súmula 255 do STJ: "Cabem embargos infringentes contra acórdão, proferido por maioria, em agravo retido, quando se tratar de matéria de mérito".

14 É a decisão prevista no atual art. 356 do NCPC, onde o juiz poderá decidir parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles forem incontroversos ou estiverem em condições de imediato julgamento a cuja decisão o próprio NCPC previu o manejo do Agravo de Instrumento (§5º), em caso de irresignação.

15 Embora o texto do NCPC tenha trazido, expressamente, no art. 942, §3º, inciso I a previsão de que a tal técnica de ampliação de julgamento incorra apenas quando o resultado for a rescisão da *sentença*, pensamos que também será possível quando a rescisão recair sobre *decisão interlocutória*, já que, com a hodierna e expressa previsão do art. 966 do NCPC, caberá ação rescisória, também, em face de decisão de mérito (o que não ocorria na égide do art. 485 do CPC/1973), não existindo, portanto, razões plausíveis para justificar a impropriedade da técnica do art. 942, §3º, I do NCPC quando, diante, da rescisão de *decisão* meritória.

16 A inspiração, possivelmente, foi o Enunciado de Súmula nº 390 do STJ: "Nas decisões por maioria, em reexame necessário, não se admitem embargos infringentes".

17 Serve, igualmente, de fundamento para justificar a não aplicação no caso de julgamento não unânime em sede de ação rescisória já apreciada originalmente pelo plenário ou pelo órgão especial.

18 Enunciado nº 466: A técnica do art. 942 não se aplica aos embargos infringentes pendentes ao tempo do início da vigência do CPC, cujo julgamento deverá ocorrer nos termos dos arts. 530 e seguintes do CPC de 1973.

19 Enunciado nº 522: Não se aplica a técnica de ampliação do colegiado em caso de julgamento não unânime no âmbito dos Juizados Especiais.

20 Art. 942. (...)§ 1º Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura componham o órgão colegiado.

21 Art. 942. (...)§ 2º. Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento.

22 Art. 941. (...)§1º. O voto poderá ser alterado até o momento da proclamação do resultado pelo presidente, salvo aquele já proferido por juiz afastado ou substituído.

23 Conforme parecer do Deputado Sérgio Barradas Carneiro.

24 DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *A problemática dos embargos infringentes no projeto*

do novo Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre *et. al.* (org.). Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 727-738.

25 Que correspondem aos 15 primeiros que possuem até 03 juízes somados aos 08 que possuem até 04 juízes integrantes da composição originária do órgão.

26 No entanto, para Fredie Didier Jr., "(...) caso não seja observada a técnica do art. 942, CPC, o acórdão será nulo, por vício de competência funcional" (DIDIER JR, 2016, p. 78).

27 É um típico exemplo do que a doutrina conhece por "*voto concorrente*, onde o julgador adere ao resultado, sem aderir ao fundamento". (MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas*. São Paulo: RT, 2015, p. 40).

28 A exemplo do Ministro Marcelo Navarro Ribeiro Dantas.

29 BECKER e NÓBREGA (2015, p. 04)

30 Súmula 279 (STF): Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

31 Súmula 07 (STJ): A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

32 Em oposição a esta restauração é a opinião do Ministro Marcelo Navarro, para quem, "(...) a justiça do trabalho vive muito bem sem eles". (DANTAS, 2012, p. 14).

33 Art. 609. (...). Parágrafo único: Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência.

34 Salvo quando a parte interessada se valer da técnica hermenêutica do *distinguishing* para persuadir pela inaplicabilidade do precedente vinculativo.

REFERÊNCIAS

BECKER, Rodrigo Frantz; NÓBREGA, Guilherme Pupe. Artigo 942 do novo CPC pode massacrar a divergência nos julgamentos. *Revista Consultor Jurídico*, 27 de março de 2015. 6h00. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-27/artigo-942-cpc-massacrar-divergencia-julgamentos> acesso em: 15 mai. 2016.

BRASIL. Presidência da República. *Código de Processo Civil: Anteprojeto/Comissão de Juristas Responsáveis pela elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil*, - Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <http://ghlb.files.wordpress.com/2010/06/anteprojeto-novo-cpc.pdf> acesso em 19 mai. 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer do Deputado Sérgio Barradas Carneiro*, p. 57. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostraintegra?codteor=1026407>acesso em 19 mai.2016.

BUZAID, Alfredo. *Ensaio para uma revisão do sistema de recursos no Código de Processo Civil***:** Estudos de direito. 1.v. São Paulo: Saraiva, 1972.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Pequena História dos Embargos*

Infringentes no Brasil: uma viagem redonda. Novas Tendências do Processo Civil. 2v.Salvador: Jus Podivm, 2014.
_____. *In* Possibilidades de juiz ponderar normas consagra o irracionalismo no novo CPC. *Revista Consultor Jurídico*, 10 de abril de 2016, 7h20. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-10/entrevista-eduardo-jose-fonseca-costa-presidente-abdpro> acesso em: 19 mai.2016.
DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *A problemática dos embargos infringentes no projeto do novo Código de Processo Civil*. *In*: FREIRE, Alexandre *et. al.* (org.). Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 727-738.
DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: Meio de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 3.v.13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.
LAMY, Eduardo de Avelar. *A transformação dos Embargos Infringentes em técnica de julgamento*: ampliação das hipóteses. Novas Tendências do Processo Civil. Salvador: Jus Podivm, 2014.
MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. São Paulo: RT, 2015.
MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VII. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5v. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. único. 8ªed. Salvador: Jus Podivm, 2016.
PETRARCA, Carolina; ROLLEMBERG, Gabriela; LOBATO, Rafael. Seria o fim dos embargos infringentes um avanço ou um retrocesso para a celeridade processual? *Revista eletrônica Migalhas*. 10 de maio de 2016. Disponível em: < http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI238870,61044-Seria+o+fim+dos+embargos+infringentes+um+avanco+ou+um+retrocesso+para> acesso em: 15 mai. 2016.
STRECK, Lenio Luiz; HERZL, Ricardo Augusto. O que é isto – Os novos embargos infringentes? Uma mão dá e a outra.... *Revista Consultor Jurídico*, 13 de janeiro de 2015, 6h10. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-13/isto-novos-embargos-infringentes-mao-outra> acesso em 19 mai. 2016.

A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NÃO RESOLVE O PROBLEMA DA VIOLÊNCIA

Itáverton Madureira Santana Souza*

RESUMO: O presente artigo tem como objeto de estudo o Estatuto da Criança e do Adolescente, comumente conhecido como ECA, visando a abordar sua aplicação, seus pontos positivos e negativos em relação à mudança ou permanência da atual idade para responsabilização penal. A pretensão do presente artigo, em sentido amplo, é demonstrar que alguns desses menores infratores que cometem delitos são vítimas de uma sociedade incapaz e falida que insere na comunidade seres humanos cruéis, mesmo que ainda menores, capazes de cometer crimes bárbaros, despertando no seio social um temor e um desejo desenfreado em contê-los, detê-los. Todavia, há que se focar no desenvolvimento desses adolescentes que ainda estão em fase de formação e não possuem esperança de um futuro promissor e igualitário. O dever da lei não deve estar focado somente em punir, mas inserir esse menor em um contexto diferente, buscar o lado bom, humano e infantil do indivíduo, o que, por muitas vezes, foi roubado.

PALAVRA-CHAVE: Crime. Menores. Vítimas da sociedade.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo do tempo, diversas leis foram editadas sobre o tema da redução da maioridade penal, objeto deste trabalho, visando à criação de um texto que mudasse a prática de como o Estado pune seus menores infratores. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, todas as leis tiveram que recepcionar o novo texto e seguir seus princípios, não podendo ir de encontro às previsões nela contida.

O tema alvo do trabalho é objeto de muitas polêmicas e divergências não só entre os doutrinadores e juristas, mas também na sociedade,

* Graduando em Direito na Faculdade Estácio de Sá – Unidade de Sergipe.

atingindo todo o cenário nacional. Afinal, sempre que se aborda a liberdade do ser humano e a punição de seus atos, discutem-se os direitos e garantias individuais do cidadão, o que por si só já divide opiniões. A redução da maioridade possui pontos de vista extremos.

A primeira corrente teórica sobre o caso em tela aduz que deve ser mantida a idade de 18 anos para o indivíduo responder por seus atos criminais. Isso porque esta idade já é uma previsão constitucional que considera penalmente inimputável o menor de 18 anos. Este instituto é considerado um direito e garantia individual dentro do atual Estado Constitucional vigente, e, sendo assim, trata-se de uma cláusula pétrea, não podendo ser alterado conforme o artigo 60, inciso IV do parágrafo 4º, da Constituição Federal de 1988.

Outro argumento de quem é contra a redução é a capacidade de o menor de 18 anos haver discernimento entre o certo e o errado. Defende-se que, antes dos 18 anos, o desenvolvimento mental do indivíduo não está formado, por isso, o adolescente não tem a capacidade de responder pelos seus atos infracionais.

A segunda corrente, que é a favor da redução da maioridade penal, defende a diminuição da idade penal para os 16 (dezesseis) anos, visto que, como os adolescentes já alcançaram seus direitos políticos, podendo escolher democraticamente seus representantes, teoricamente eles também têm discernimento na hora de compreender as consequências de cometer crimes. Os defensores desta tese acreditam que o raciocínio evolui com o tempo e que não se pode valer dessa forma branda de punição para cometer crimes.

Uma terceira corrente de entendimento, esta minoritária e com fundamento levemente combatido pelas outras duas já citadas, posiciona-se defendendo que a idade deveria ser minorada para os 11 (onze) ou 12 (doze) anos de idade. Sobre tal questão, não se encontra uma posição concreta na doutrina e na jurisprudência.

Por se tratar de um assunto de grande polêmica, surgem muitas manifestações de opiniões de juristas, advogados, promotores, psicólogos, sociólogos, humanistas, políticos, entre outros, utilizando de vários meios de comunicação para expressar o seu ponto de vista no que acreditam ser o correto.

2 SANÇÕES NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE PARA OS MENORES INFRATORES

Com base no Estatuto da Criança e do Adolescente, é considerado adolescente a partir dos 12 anos de idade, sendo assim responsabilizado pelo ato infracional cometido. Tal responsabilização é executada por meio de medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo como objetivo ajudar o menor infrator a recomeçar e a prepará-lo para uma vida adulta de acordo com o socialmente estabelecido. Tornam-se parte do processo de aprendizagem formas e métodos para evitar a reincidência do ato infracional a fim de que tenham uma nova expectativa de vida.

Embasando-se nesse entendimento, não se deve confundir impunidade com imputabilidade, uma vez que a imputabilidade, segundo o Código Penal "é a capacidade de a pessoa entender que o fato é ilícito e agir de acordo com esse entendimento, fundamentando em sua maturidade psíquica"[1].

Somando ao que já fora citado, tem-se nas palavras do ilustre doutrinador Rogério Grego que "a imputabilidade é a possibilidade de se atribuir, imputar o fato típico e ilícito ao agente"[2]. Nesse diapasão, entende-se que imputabilidade é o ato de aplicar ao agente o cometimento do seu delito.

Corroborando com esse entendimento, Julio Fabbrini Mirabete entende que "há imputabilidade quando o sujeito é capaz de compreender a ilicitude de sua conduta e de agir de acordo com esse entendimento"[3]. Nesse sentido, alguns entendem que os menores infratores não possuem a capacidade de compreender que os atos que cometem são ilícitos, isso quando não são usados para cometê-los diante de um entendimento disseminado de impunidade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, em seu artigo 112, seis medidas educativas conforme segue:

> Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:
> I - advertência;
> II - obrigação de reparar o dano;

III - prestação de serviços à comunidade;
IV - liberdade assistida;
V - inserção em regime de semiliberdade;
VI - internação em estabelecimento educacional;[4]

Recomenda-se que a medida seja aplicada de acordo com a capacidade de cumpri-la, as circunstâncias dos fatos e a gravidade da infração.

Muitos adolescentes e crianças, que são privados de sua liberdade, não ficam em instituições preparadas para sua reeducação, reproduzindo o ambiente de uma prisão comum. O adolescente pode ficar até nove anos em medidas socioeducativas, sendo três anos interno, três em semiliberdade e três em liberdade assistida, com o Estado acompanhando e ajudando a se reinserir na sociedade.

Para a maioria da doutrina, a melhor forma é educar, tratando a problemática no seu início, com medida de prevenção, e não tomar providências punitivas, tratando os menores como criminosos, aumentando apenas a sua revolta, pois, por muitas das vezes, eles são vítimas do sistema falido, que não consegue efetivar o que prevê a legislação, cumprir na integralidade as medidas socioeducativas previstas em nosso ordenamento jurídico, tratando os menores como maiores e tentando manobrar a sociedade para o entendimento de que a solução é aumentar a maioridade penal.

2.1 A REDUÇÃO DA MAIORIDADE AFRONTA LEIS BRASILEIRAS E ACORDOS INTERNACIONAIS

A modificação pleiteada e defendida por muitos para a redução da maioridade penal vai contra a Constituição Federal Brasileira, que reconhece prioridade e proteção especial a crianças e adolescentes, tornando, assim, a redução um ato inconstitucional, indo contra o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), que tem princípios administrativos, políticos, pedagógicos, sociais e humanos que orientam os programas de medidas socioeducativas.

O entendimento fere de forma absurda a Doutrina da Proteção Integral do Direito Brasileiro, que exige que os direitos humanos de crianças e adolescentes sejam respeitados e garantidos de forma integral, devendo ser integralizados às políticas de natureza universal, protetiva e socioeducativa, além de ir contra os parâmetros internacionais de leis

especiais para os casos que envolvem pessoas abaixo dos 18 anos, autoras de infrações penais.

O afronto à Carta Magna dá-se porque há previsão constitucional que considera penalmente inimputável o menor de 18 anos. Este instituto é considerado um direito e garantia individual, sendo assim, trata-se de uma cláusula pétrea, não podendo ser alterado conforme o artigo 60, inciso IV do parágrafo 4º, da Constituição Federal de 1988.

> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
> I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
> II - do Presidente da República;
> III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.
> § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.
> § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.
> § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.
> § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
> I - a forma federativa de Estado;
> II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
> III - a separação dos Poderes;
> IV - os direitos e garantias individuais.
> § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Sendo assim, o veto ou mesmo a modificação através de emenda alterando esse dispositivo pode gerar uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, podendo ser cogitado como descumprimento

de um preceito legal garantido na Constituição de base democrática.

Num âmbito maior, reduzindo a maioridade penal, o Brasil mais uma vez infringirá tratados internacionais, como a Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente da Organização das Nações Unidas (ONU), a Declaração Internacional dos Direitos da Criança e, principalmente, ao Pacto de São José da Costa Rica, no qual o Brasil é signatário. Com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto São José da Costa Rica, que entrou no ordenamento jurídico brasileiro e ganhou pleno *status* de garantia constitucional, o país comprometeu-se a respeitar as obrigações ali contidas.

Uma das normas afirma que os adolescentes que cometeram atos equiparados a ilícitos devem ser processados separadamente dos adultos. Caso isso não ocorra poderá contrariar diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana. Esse tratado assegura aos jovens o tratamento diferenciado onde os mesmos não poderão ser responsabilizados na esfera criminal.

3 OS VERDADEIROS AUTORES DOS CRIMES

Os atos cometidos por menores infratores atingem um índice elevado se comparados com os crimes cometidos por adultos. Tal afirmativa é mito, pois as divulgações desses atos infracionais nos meios de comunicação ganham amplo destaque nos noticiários. A impressão é que esta é uma prática comum. Assim, devem ser punidos a rigor como se cidadãos adultos fossem. Além disso, levando-se em consideração os dias atuais, existe uma margem de impunidade da justiça, o que é um inverídico. A afirmação de tais dados é uma forma discriminatória, mesmo levando em consideração casos que tiveram grande repercussão midiática.

Diante dos fatos do cotidiano, os adolescentes são muito mais vítimas de crimes do que autores, contribuindo esse fato para a queda da expectativa de vida no Brasil, pois, se existe um "risco Brasil", este reside na violência da periferia das grandes e médias cidades.

A punição pura e simples imposta aos menores não gerará diminuição da incidência da violência no Brasil. Pelo contrário, outras consequências surgirão, aumentando o índice de criminalidade. Uma vez que a violência gerada pelos adolescentes pode ser considerada ínfima se comparada

àquela ocasionada por influência de um adulto, o qual é na realidade o grande responsável pelo delito.

Muitos adolescentes são coagidos por maiores para o cometimento de delitos e tal fato não pode ser levado como um agravante para a diminuição da menoridade penal, mas carece de um olhar protetivo, que distancie os menores desses aliciadores.

3.1 AS VERDADEIRAS VÍTIMAS

Mediante pesquisa realizada, foi divulgado que o Índice de Homicídios na Adolescência (IHA) apresenta o risco sofrido por adolescentes entre 12 e 18 anos de serem vítimas de assassinato nas grandes cidades brasileiras. De acordo com a análise, os homicídios representam 46% de todas as causas de mortes dos cidadãos brasileiros nesse faixa etária[5].

O Índice de Homicídios na Adolescência foi criado no campo do Programa Redução da Violência Letal contra Adolescentes e Jovens, uma ação coordenada pelo Observatório de Favelas e realizada conjuntamente com o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República (SEDH/PR) e o Laboratório de Análise da Violência da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (LAV-Uerj), o qual coletou dados alarmantes e temerários que não são observados durante os debates calorosos sobre a diminuição da menoridade penal.

Ainda sobre o estudo, foram avaliados 267 municípios do Brasil com mais de 100 mil habitantes, chegando a uma análise apavorante: estimando que o número de adolescentes assassinados entre 2006 e 2012 ultrapassou os 33 mil, analisando ainda as condições ofertadas em cada cidade[6].

Outros dados revelados foram que raça, gênero, idade e territórios são fatores que aumentam as chances de um adolescente ser vítima de homicídios. Segundo o índice, os meninos entre 12 a 18 anos têm quase 12 vezes mais probabilidade de ser assassinados do que as meninas dessa mesma faixa etária. Já os adolescentes negros têm quase três vezes mais chance de morrer assassinados do que os brancos. Outro fator apontado é que a maioria dos homicídios é cometida com arma de fogo, diante de todos os fatos constatados e publicados pela Unicef Brasil, percebem-se quais as verdadeiras vítimas[7].

Ante os dados acima mencionados, pode-se perceber que os menores são as maiores vítimas de violência de crimes bárbaros, não podendo as autoridades e a mídia serem omissas quanto à verdade dos fatos.

4 O SISTEMA PRISIONAL

O Brasil tem a quarta maior população carcerária do mundo e um sistema prisional superlotado com 500 mil presos de acordo com o jornal *BBC Brasil*[8].

Atualmente o sistema penitenciário brasileiro não vem cumprindo sua função social de controle, reinserção e reeducação dos menores infratores. Ao contrário, tem demonstrado ser uma "escola do crime", formando menores muito mais violentos e revoltados com o sistema e com a falta de proteção e auxílio às verdadeiras vítimas.

Portanto, nenhum tipo de experiência em verdadeiras cadeias para menores pode contribuir com o processo de reeducação e reintegração dos jovens na sociedade, pelo contrário, aumenta a possibilidade de ensinar ao menor a praticar novos delitos e, ao ser inserido na sociedade, reincidir ou praticar delitos com maior potencial ofensivo.

Ocorre que as penitenciárias estão superlotadas. Dentro das celas ocorrem crimes; os presos adultos vivem em condições desumanas; o sistema prisional não comporta seus prisioneiros e querem colocar os menores em situações como essa ou pior.

Vive-se no Brasil uma inversão de valores significativa, em que os governantes falam em construção de cadeias ao invés de escolas, vibram e colocam em plano de governo, como se o aumento de presos não significasse aumento de crimes.

O sistema prisional atual não comporta seus presos, sendo ineficaz a prisão, uma vez que a maioria dos crimes cometidos é de reincidentes.

5 REDUZIR A MAIORIDADE PENAL NÃO É A SOLUÇÃO

Inúmeros estudos no campo da criminologia e das ciências sociais têm demonstrado que não há relação direta de causalidade entre a adoção de soluções punitivas e repressivas e a diminuição dos índices de violência. Pelo contrário, observa-se que são as políticas e ações de natureza social que desempenham um papel importante na redução das

taxas de criminalidade.

Alguns dados divulgados pela Unicef mostram a experiência falida dos Estados Unidos. Tal país assinou a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, contudo aplicou em seus adolescentes penas previstas para os adultos. Resultado da medida adotada foi que os jovens cumpridores das penas em penitenciárias voltaram a delinquir e de forma ainda mais violenta. Finalizando o quadro concreto para a sociedade de um agravamento da violência[9].

A Constituição brasileira nos artigos 5º e 6º trata sobre direitos e garantias fundamentais como educação, saúde, moradia entre outros, que são assegurados a todos[10].

Infelizmente a realidade é muito diferente das previsões legais e esses direitos são negados diariamente à sociedade. A probabilidade do envolvimento com o crime apenas aumenta, sobretudo entre os jovens.

Diante disso, pode-se assegurar que o menor infrator não surge ao acaso. Ele é fruto de um estado de injustiça social que gera e agrava a pobreza em que sobrevive grande parte da população.

Um caso emblemático que retrata com precisão que o surgimento dos menores infratores não é por acaso foi retratado no documentário *Ônibus 174*, do diretor José Padilha, que conta a história do jovem Sandro do Nascimento, que adentrou o ônibus armado e fez os passageiros de reféns. A princípio Sandro era o autor do delito, contudo já havia sido vítima da chacina da Candelária, que vitimou inúmeros menores que ali estavam. Não bastasse a barbárie suportada por esse jovem, ele foi morto por asfixia dentro da viatura policial.

Quantos Sandros serão necessários para abrir os olhos da sociedade? Fazer com que a mesma enxergue que o cometimento dos delitos não surge por acaso, mas sempre há uma história por trás. Eles são tão vítimas como as vítimas dos delitos cometidos pelos mesmos.

A marginalidade é uma prática adaptada pelas condições sociais e históricas em que os homens vivem. O adolescente em conflito com a lei é considerado um "sintoma" social, utilizado como uma forma de eximir a responsabilidade que a sociedade tem nessa construção.

6 SOBRE O PROJETO DE LEI E OS ASPECTOS JURÍDICOS

Ultimamente ganhou-se grande repercussão no cenário brasileiro

a discussão sobre a diminuição da idade penal. Já foi aprovado em agosto deste ano pela Câmara dos Deputados a Proposta de Emenda à Constituição 171/93, que diminui a maioridade penal de 18 para 16 anos em alguns casos. A proposta obteve 320 votos a favor e 152 contra. A matéria agora será enviada ao Senado.

De acordo com o texto aprovado, a maioridade será reduzida nos casos de crimes hediondos – como estupro e latrocínio – e também para homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte. Em julho, a proposta foi aprovada em 1º turno com o voto favorável de 323 deputados e 155 votos contra.

O texto aprovado é uma emenda apresentada pelos deputados Rogério Rosso (PSD-DF) e Andre Moura (PSC-SE). Essa emenda excluiu da proposta inicialmente rejeitada pelo Plenário os crimes de tráfico de drogas, tortura, terrorismo, lesão corporal grave e roubo qualificado entre aqueles que justificariam a redução da maioridade. Pela emenda aprovada, os jovens de 16 e 17 anos deverão cumprir a pena em estabelecimento separado dos adolescentes que cumprem medidas socioeducativas e dos maiores de 18 anos.

Realizando análise minuciosa sobre as justificativas para a proposta de emenda, constata-se que não houve qualquer análise acerca de qualquer conformidade com a Constituição Federal, tendo sido apenas mencionado a sua admissibilidade após preenchimento de alguns requisitos meramente formais.

Em citados tópicos, constata-se a necessidade de fornecer respostas imediatas à população, esta influenciada diretamente por campanhas midiáticas. Nesse sentido, equivoca-se igualmente ao pensamento da maior parte da sociedade brasileira, na medida em que atribui aos jovens a culpabilidade pelo aumento da criminalidade e pelos atos violentos ocorridos no país. Transmitindo a falsa ideia de que a inimputabilidade penal prevista na Constituição Federal estabelece impunidade, somada ao espírito do próprio Estatuto da Criança e Adolescente.

Ocorre que esta sensação de impunidade não é exclusiva da sociedade, mas transferida aos próprios adolescentes que praticariam diversos atos infracionais na crença não serem responsabilizados. Alguns pontos equivocados precisam ser sanados para uma conclusão mais saudável e fundamentada.

É omitido pelos meios de comunicação que no Brasil inexiste

avalanche de atos infracionais praticados por adolescentes em comparação com os praticados pelos adultos. O mito da existência do aumento de criminalidade infantojuvenil deve ser desfeito, mas não se pode esperar dos políticos extremistas que querem cair na graça do povo e com isso mentem prometendo erradicar os crimes com a redução da menor idade penal.

O aumento da criminalidade não se deve ao aumento de práticas de atos por adolescentes e sim a uma exploração sensacionalista e instantânea de um crime praticado por um adolescente e o oferecimento da redução da menoridade penal como solução imediata para a redução da criminalidade. Proposta veemente combatida, por todos os argumentos trazidos nesse trabalho de conclusão de curso.

A condição de desenvolver no Brasil é severa e sobre este fato a mídia silencia. Apesar de serem possuidores de direitos e garantias especiais, com prioridade absoluta de efetivação, os jovens brasileiros ocupam o primeiro lugar no ranking mundial de adolescentes assassinados, conforme divulgado pela pesquisa no Inalud[11]. Morrem 16 crianças e adolescentes por dia no Brasil, conforme dados divulgados pelo Unicef[12].

7 DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA CRIANÇA E O ADOLESCENTE

Frente ao arcabouço de leis em vigência no Brasil é notória a proteção dos direitos/deveres e garantias fundamentais as crianças e adolescentes.

O art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente assim preceitua[13]:

> 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.

Certifica-se que o dispositivo legal acima transcrito não poderia atestar diferente, uma vez que a Constituição Federal estabelece expressamente, em seu art. 5º[14], "que todos são iguais perante a lei, sem distinção de

qualquer natureza", igualando a todos, principalmente quando não faz distinção seja ela de cunho social, econômico, educacional, contudo não afasta a responsabilidade do Estado em oferecer tais direitos.

Com a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, estabeleceram-se ainda conselhos de direitos, formados como instrumentos de discussão, formulação e deliberação da política social para criança e adolescente, em uma responsabilidade conjunta dos poderes públicos e da sociedade civil para cumprir suas normativas.

Os direitos e garantias são frutos do avanço do processo de democratização da vida política nacional. Em suma, o Estatuto da Criança e do Adolescente é um instrumento de cidadania, proporcionando a ação integração entre Estado e Sociedade Civil, na formulação e execução das políticas públicas dirigidas para o atendimento dos direitos sociais das crianças e adolescentes.

O presente trabalho jamais conseguiria trazer ao conhecimento todos os textos legais que tratam da proteção às crianças e aos adolescentes, pois são inúmeras leis, tratados, acordos entre outros.

Contudo, é necessário um olhar crítico e menos manipulado. Enxergar o futuro do país como bandido e delinquente não é a solução. O olhar deve ser humano, pautado na realidade dos fatos do cotidiano, nas realidades individualizadas enfrentadas por cada um desses menores, analisar o caso concreto na sua integralidade e não permitir que a infância seja roubada, que a exploração sexual seja tão forte e pouco combatida; acabar com o trabalho infantil, com a tortura, abandono, fatores que levam a pensar que os direitos e garantias fundamentais ainda não saíram do papel.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos compreender que a redução da maioridade penal não resolveria o problema da violência no Brasil. Portanto, defender a redução seria voltar no tempo, pois é sabido que penas mais severas não inibem práticas delituosas, porque, se fosse assim, nos países em que há prisão perpétua ou pena de morte não haveria crime.

A criança e o adolescente que atualmente ingressam no mundo do crime perdem mais do que sua própria liberdade, perdem sua infância, seus sonhos, enfim, vivem num mundo sem destino. Nesse sentido, cria-se um ciclo em que ingressam no vício como se algo normal fosse.

O ECA atualmente garante à criança e ao adolescente autor do ato infracional diversas medidas capazes de asseverar sua ressocialização. O sistema jurídico direcionado a esses menores deve sempre visar a efeitos pedagógicos e garantir que eles não tornem a cometer os mesmos erros, não fazendo sentido a simples punição pela punição.

Estudar a proteção destinada às crianças, que procede da própria evolução dos direitos humanos, é uma obrigação social e jurídica. O ser criança já não é mais uma passagem provisória para se alcançar o *status* de adulto, é uma fase onde os menores estão desenvolvendo seus valores, conceitos e princípios, um momento de transação de fases.

Legalmente, sabe-se que a criança é um sujeito de direitos e deveres, não um mero objeto de ações governamentais, visando a atingir o interesse da massa manipulada pela mídia. Entretanto, a redução da idade do menor pode representar um retrocesso ao processo civilizatório de desenvolvimento quanto à defesa, garantia e promoção do direito dos jovens no Brasil. Não se pode enfrentar o problema aumentando a repressão.

Investir em um sistema que reintegre, eduque, renove a esperança dos menores, que ao sair eles possam ser integrados em uma sociedade com valores, com um objetivo diferente era a meta de um governo preocupado em cumprir o que determina sua Carta Magna.

Endurecer as penas não diminuirá a criminalidade do Brasil. Reduzir a maioridade não é a melhor alternativa como alguns desejam que pareça, mas é uma atitude temerária, inconsequente, inconstitucional que só visa beneficiar uma classe, que prefere trancafiar o problema a solucioná-lo.

THE REDUCTION OF THE CRIMINAL MAJORITY DOES NOT SOLVE THE VIOLENCE PROBLEM

ABSTRACT: This article has as object of study the Statute of Children and Adolescents, commonly known as ACE, in order to address their application, their strengths and weaknesses regarding moving or holding the current age for criminal responsibility. The intention of this article, in a broad sense , is to demonstrate that some of these young offenders who commit crimes are victims of an inefficient and bankrupt society that fit into the cruel human community, although still lower, capable of committing barbaric crimes, raising the bosom social a fear and an

unbridled desire to stop them, stop them. However, we must focus on the development of these teenagers walking are being formed and have no hope of a promising and egalitarian future. The duty of the law should not be focused only to punish, but to enter the minor in a different context, look on the bright side, human and child of the individual, which, many times, was stolen.

KEYWORDS: Crime. Minors. Victims of society.

Notas

1 *CÓDIGO PENAL BRASILEIRO*, DECRETO-LEI No 2.848, DE 07 DE DEZEMBRO DE 1940.
2 GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Vol. I, 10. Ed. p. 396.
3 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. 23. ed. p. 207.
4 Estatuto da Criança e do Adolescente. LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990.
5 Dados de pesquisa realizada pelo IHA, retiradas do site http://www.unicef.org/brazil/pt/media_15479.htm.
6 Dados de pesquisa realizada pelo IHA, retiradas do site http://www.unicef.org/brazil/pt/media_15479.htm.
7 Dados de pesquisa realizada pelo IHA, retiradas do site http://www.unicef.org/brazil/pt/media_15479.htm
8 Kawaguti Luis, BBC Brasil em São Paulo. Dados retirados do sito eletrônico: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/05/120529_presos_onu_lk.shtml
9 Dados retirados do sito eletrônico: http://levindoneto.jusbrasil.com.br/artigos/219694057/a-reducao-da-maioridade-penal-uma-falacia-para-satisfazer-o-clamor-social?
10 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.
11 Dados retirados do sito eletrônico: http://www.ilanud.or.cr/
12 Dados retirados do sito eletrônico: http://www.unicef.org.br/
13 LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990, Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.
14 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.

REFERÊNCIAS

GOMES, Luiz Flávio. A Maioria e a maioridade penal. *Revista Consulex*, Brasília-DF, ano XI, n. 245, 31março. 2007.
GOMIDE, Paula Inez Cunha. *Menor infrator*: a caminho de um novo tempo. Curitiba: Juruá, 2000.
REALE, Miguel. *Nova fase do Direito moderno*. 2. ed. São Paulo: Saraiva 2001.
SILVA, José Luiz Mônaco da Silva. *Estatuto da Criança e do Adolescente*: comentários. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo,

1994.
SPOSATO, Karina Batista. *Porque dizer não a redução da idade penal.* UNICEF, 2007. Disponível em: http://www.unicef.org/brazil/pt/index.html.
TRINDADE, Jorge. *Delinquência juvenil*: compêndio transdisciplinar. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
VOLPI, Mario. *O Adolescente e o Ato Infracional*. São Paulo: Cortez, 2005.

A IMPORTÂNCIA DA ISENÇÃO DE TRIBUTOS PARA PORTADORES COM CÂNCER

Priscilla Gomes Souza[*]

RESUMO: Esse artigo científico visa fazer uma breve explanação a respeito do câncer e como é importante o portador ser isento dos tributos para auxiliá-lo no seu tratamento. Tratamento este que debilita o portador e a sua família além de causar uma instabilidade psicológica no seio familiar. O referido estudo mostra que os direitos do portador de câncer nem sempre são respeitados como deveriam, tornando assim ainda mais desgastante a batalha contra essa doença que causa mutilação no corpo e na alma. No Contexto atual do nosso país o SUS-Sistema Básico de Saúde prevê uma série de benefícios mas para que sejam efetivados deve-se buscar o auxílio de um advogado ou uma Defensoria Pública. Até mesmo os planos de saúde particulares, os pacientes encontram obstáculos na busca de um tratamento digno e célere. O desenvolvimento deste artigo busca além de alertar, conscientizar a sociedade e os pacientes sobre os seus direitos perante as "benesses" que se encontram na nossa Constituição Federal e nos Princípios da Isonomia e da Dignidade da Pessoa Humana, direitos que muitas vezes negligenciados mas que existem e devem ser buscados de forma a combater esse descaso com esses pacientes que se encontram num estado de fragilidade. Para tanto, o artigo em questão, trará esclarecimentos e fontes com o intuito de salientar a importância a isenção de tributos fazendo com que essa quantia seja destinada para o tratamento dessa doença que assola a população em âmbito nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Isenção. Tributos. Câncer e Direitos.

1 INTRODUÇÃO

A escolha do tema em questão me foi determinada por força do

[*] Graduada em Pedagogia com Habilitação em Educação Infantil na Faculdade Pio Décimo/SE; Pós-graduada em Psicopedagogia Institucional e Clínica pela Faculdade Pio Décimo/SE; Graduada no Curso de Direito na Estácio FASE/SE.

ocorrido no seio de minha família. Como abordar um tema como câncer que é uma doença que tem trazido a morte de milhares de mulheres seja pela falta de exames preventivos ou mesmo pela falha das políticas públicas, a tutela quanto ao direito de todos e dever do Estado a proteção e promoção da saúde.

A cada dia vem surgindo novos casos dessa doença mortal e complexa com enfrentamento dos pacientes e com o corriqueiro desafio para médicos e cientistas na batalha contra esta terrível doença que se encontra entre as doenças que mais matam e se encontram no ranking 8 em diante que se inicia com o câncer de pulmão, câncer de estômago e câncer de mama.

O Câncer é uma doença atual para a mídia. Mas para os antepassados é uma velha conhecida da qual não poderia falar a respeito e muitos com receio de discriminação ou por falta de conhecimento ficavam em casa sofrendo e esperando a hora da morte.

Mas hoje em dia em mundo globalizado onde as pessoas estão 24 horas bombardeadas de informações a todo instante por meio da televisão, celulares e da internet. Muitos pacientes e familiares estão buscando seus direitos perante a Justiça, pois tanto os planos de saúde particulares como os públicos os pacientes estão encontrando obstáculos para serem efetivados os seus direitos. Além de sofrer com o diagnóstico do câncer têm que buscar formas para efetivar os seus direitos para conseguir um tratamento adequado contra este mal que acomete inúmeras pessoas.

Sabemos que o câncer é uma doença que diariamente desafia a medicina, e que os próprios estudiosos da área médica não têm controle efetivo sobre este mal tão avassalador e de grau de evolução imprevisível, temos um quadro social de desespero populacional em contrair esta doença tão degenerativa, mutilante, agressiva e mortal para o paciente quanto para os familiares.

Acerca deste tema o legislador concedeu benefícios e isenções tributárias com o intuito de amenizar a carga tributária para os pacientes a fim de manejar os custos com os tributos e direcioná-los para as despesas com as medicações, cirurgias, médicas e quimioterapia.

1.1 O QUE É UM TRIBUTO?

O Direito Tributário é o ramo do direito público, sendo balizado pelos

princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público. Desta forma, a obrigação de pagar o tributo não depende da vontade do contribuinte, e esse é compelido pela lei a fazê-lo.

O Tributo é uma obrigação de dar dinheiro, ou seja, de pagar ao Estado. Se trata de uma prestação compulsória que decorre de um fato gerador, sendo que foi definido mediante Lei. Essa "obrigação de dar" dinheiro ao Fisco é uma obrigação tributária principal. Sendo que não cabe ao devedor cogitar autonomia de vontade, o devedor é obrigado pela lei a recolher o tributo devido aos cofres públicos.

Conforme o Código Tributário brasileiro, em seu artigo 3:

> Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

O tributo se trata do vínculo entre sujeito ativo (Estado) e o sujeito passivo (contribuinte ou responsável) de uma relação obrigacional, imposta unilateralmente e pelo Estado através de lei, com caráter eminentemente patrimonial. Nessa relação sempre teremos no polo ativo uma pessoa jurídica de direito público e no polo passivo um devedor (pessoa física ou jurídica).

Para classificar um tributo qualquer quanto ao fato gerador, deve-se perguntar se o Estado tem de realizar, para validar a cobrança, alguma atividade específica relativa ao sujeito (devedor). Se a resposta for negativa, trata-se de um tributo não vinculado; se for positiva, o tributo é vinculado (pois sua cobrança se vincula a uma atividade estatal especificamente voltada ao contribuinte).

Como foi dito, os tributos podem ser vinculados ou não vinculados, dependendo da necessidade ou não de o Estado realizar alguma atividade específica relativa ao contribuinte para legitimar a cobrança. Quando o tributo é vinculado, o ente tributante competente para instituí-lo é aquele que realiza a respectiva atividade estatal. Portanto, quem realiza a obra da qual decorre a valorização imobiliária cobra a contribuição de melhoria; a empresa prestadora do serviço público específico e divisível ou exerce o poder de polícia cobra a taxa.

Os impostos são definidos por tributos não vinculados que incorrem

sobre manifestações de riqueza do sujeito passivo (devedor). Por isso o imposto se sustenta sobre a ideia de solidariedade social. As pessoas que possuem mais riqueza ficam obrigadas a contribuir com o Estado fornecendo-lhe os recursos de que este precisa para buscar a obtenção do bem comum. Assim, aqueles que possuem rendimentos, vendem mercadorias, são proprietários de imóveis em área urbana, devem contribuir respectivamente com a União (IR), com os Estados (ICMS), e com os Municípios (IPTU). Esses entes devem utilizar os recursos para o benefício de toda a coletividade, ou seja, a sociedade de forma que aqueles que possuem maiores riquezas se solidarizem com aqueles que obtém menos condições. Sendo que as taxas e contribuições de melhoria têm caráter retributivo (caráter contra prestacional) e os impostos, caráter contributivo.

É importante frisar que os impostos não incorporam, a sua destinação da sua arrecadação a esta ou àquela atividade estatal. Sendo a sua vinculação de sua receita a órgão, fundo ou despesa é proibida pela Constituição Federal em seu (art. 167, IV). Apesar de serem tributos não vinculados, os impostos são tributos de arrecadação não vinculada.

A competência para estabelecer impostos é atribuída pela Constituição Federal de maneira enumerada e privativa a cada ente federativo. A Constituição Federal não cria tributos, ela apenas estabelece competência para que os entes políticos o façam e os faça cumprir. E para que sejam criados os tributos, o ente tributante deve editar lei (ou ato normativo de igual hierarquia, sendo, Medida Provisória) instituindo-os, especificando os fatos geradores, bases de cálculo, alíquotas e contribuintes para que não gere nenhum equívoco.

Com relação aos impostos a Constituição Federal exige que lei complementar de âmbito nacional defina os respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes (art. 146, III, a). Para esta espécie tributária, a amplitude da autonomia legislativa desfrutada pelos entes tributantes é menor, visto que foi condicionada por legislação nacional. Isso tudo com o intuito de assegurar a uniformidade da incidência tributária em todo o território nacional, para dar concretude ao princípio da isonomia.

Segundo o entendimento do art. 145, §1º, da CF, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados de acordo com a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para

conferir efetividade a esses objetivos, identificar e respeitando assim os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. Analisando de forma técnica seria melhor o legislador constituinte ter se referido à capacidade contributiva e não a capacidade econômica do contribuinte. Isso porque quem manifesta riqueza demonstra capacidade econômica, mas muitas vezes tal riqueza não pode ser atingida pelo poder de tributar do Estado.

2 PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Segundo a célebre lição dada por Rui Barbosa quando afirmou, na sua Oração aos Moços:

> A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

A isonomia é uma acepção horizontal e uma vertical. A acepção horizontal se refere às pessoas que estão niveladas (economicamente), na mesma situação e que, portanto, devem ser da mesma forma. Portanto os contribuintes que possuem os mesmos rendimentos e as mesmas despesas devem pagar o mesmo imposto de renda para que não ocorra desigualdade.

Portanto a acepção vertical condiz com às pessoas que se encontram em situações diversas e devido a isso devem ser tratadas de maneira diferenciada na medida em que se diferenciam.

O legislador estipulou em seu art. 150, II, da CF/1988, que é vedado aos entes federados "instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente".

Versando sobre a isonomia no seu sentido horizontal, exigiu que se dispensasse tratamento igual aos que estão em situação equivalente, mas deixou implícita a necessidade de tratamento desigual aos que se

encontram em situações relevantemente distintas (sentido vertical). Diante disso, é permitido afirmar que, havendo desigualdade relevante, a Constituição não apenas permite a diferenciação como também a exige.

Por isso, que em matéria de tributação, o principal parâmetro de desigualdade a ser levado em consideração para a atribuição de tratamento diferenciado as pessoas é a capacidade contributiva. E assim podemos afirmar que o princípio da capacidade contributiva está relacionada ao da isonomia.

3 ISENÇÃO

Isenção é a dispensa legal do pagamento do tributo devido. Tendo o indivíduo o privilégio de se tornar isento de determinadas obrigações a ele impostas.

A tese que prevaleceu no Judiciário, a isenção não é causa de não incidência tributária, porque mesmo com a isenção, os fatos geradores irão continuar a ocorrer, gerando assim as respectivas obrigações tributárias, sendo apenas extinta a etapa do lançamento e, por conseguinte, a constituição do crédito. "A isenção opera no âmbito do exercício da competência, enquanto a imunidade como visto, opera no âmbito da própria delimitação de competência" (RICARDO ALEXANDRE, 2015, p. 155).

Conforme consta no referido art.150, § 6º, da CF/1988 impõe que a concessão de isenção seja feita por intermédio de lei específica, não sendo cabível a previsão via ato infralegal.

Sabemos que ninguém é obrigado a fazer alguma coisa, ou deixar de fazê-lo, senão em virtude de lei, e sabendo-se que o tributo é uma prestação pecuniária de ordem compulsória, ou seja, obrigatória, o contribuinte apenas não recolherá um tributo se estiver amparado por imunidade, isenção ou não incidência pura e simples.

Na imunidade o contribuinte está amparado por um dispositivo de não-incidência de forma constitucionalmente qualificada. Ou seja, só é tratada como imunidade a um tributo, àquelas hipóteses previstas na Carta Magna que desobriga o contribuinte da imposição de recolhê-lo.

A não-incidência pura e simples é a hipótese caracterizada pela ausência de previsão legal para que determinado tributo recaia sobre determinado fato, não há a incidência. E não havendo hipótese de incidência, encontra-

se desobrigado o contribuinte do recolhimento de determinado tributo. De fato, as isenções existem para beneficiar contribuintes levando em consideração alguns objetivos constitucionalmente previstos na Carta Magna (proteção à velhice, à família, à saúde, aos economicamente mais fracos, etc), ou tendo em vista objetivos de utilidade geral ou de oportunidade política que o Estado pretende ser alcançados.

Existem dois tipos de isenção de tributos os quais podemos destacar: isenção real e isenção pessoal.

Poderíamos definir a isenção real como sendo aquela em que se encontra descrita em lei e que recai sobre determinada situação. Já a isenção pessoal, podemos descrever como sendo a isenção concedida a determinados tipos de pessoas, as quais preenchem determinados tipos de requisitos e características previstas no texto normativo.

No caso dos contribuintes que foram acometidos pelo câncer, as isenções concedidas, são de forma pessoal e quando não expressamente previstas na legislação vieram de uma analogia aos casos de deficiência física e de grave moléstia – já que em muitos casos o câncer implica na retirada de uma musculatura, órgão ou tecido do paciente.

Dentre as isenções que se encontram previstas na legislação pátria, ou Carta Magna, se preferir conseguimos enumerar as seguintes: isenções previstas no Imposto de Renda; isenção do IPI para a aquisição de veículo automotor; isenção do ICMS para a aquisição de veículo automotor; isenção do IOF no financiamento para a aquisição de veículo automotor; isenção do IPVA. Estes são alguns tipos de isenções que os acometidos com o câncer possuem direito garantido na nossa legislação.

Os aposentados e pensionistas que são portadores de doenças graves surge como uma nítida função social na atuação da Seguridade Social, que foi restringida como um conjunto integrado de ações nas áreas de saúde, previdência e assistência social, de responsabilidade do Estado e da sociedade, nos termos do artigo 194 da CF/1988 objetivando a tutela da pessoa humana contra riscos sociais. No benefício dois são os riscos tutelados: doença e a idade. As doenças podem levar o indivíduo a incapacidade temporária ou definitiva. Dependendo assim como a enfermidade afetou a saúde do indivíduo.

É sabido que diante do avanço da idade diminui tanto o vigor como a força física e acabam consequentemente restringindo as atividades

habituais do ser humano.

Inequivocamente, contrair uma das doenças que ensejam a concessão da isenção traz danosas consequências ao bem-estar do aposentado/pensionista.

As doenças citadas no inciso XIV do artigo 6º da Lei 7.713/1988, dentre elas a neoplasia maligna (câncer), acarretam pesados encargos aos seus portadores. Tratamentos cirúrgicos, exames dos mais simples aos mais sofisticados, medicamentos de uso contínuo, quimioterapia, radioterapia, além de acompanhamento médico, psicológico e fisioterapêutico, constantes e dispendiosos, passam a ser rotina para o paciente acometido de câncer. Por isso, diante da explanação feita friso sobre a importância da isenção de tributos para estes portadores de câncer que além de suportar e enfrentar a doença tem que carregar os encargos tributários, sendo que estes poderiam ser utilizados de forma mais proveitosa para benefício da própria saúde do enfermo.

Conforme observado na jurisprudência a aplicação da isenção do imposto aos portadores de câncer, segue:

> MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. **IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO** COM BASE NO ART. 6º, XIV, DA LEI 7.713/1988. **NEOPLASIA MALIGNA**. DEMONSTRAÇÃO DA CONTEMPORANEIDADE DOS SINTOMAS. DESNECESSIDADE.
>
> 1. O entendimento jurisprudencial desta Primeira Seção é no sentido de que, após a concessão da **isenção** do **Imposto de Renda** sobre os proventos de aposentadoria ou reforma percebidos por portadores de **moléstias graves,** nos termos art. 6º, inciso XIV, da Lei 7.713/88, o fato de a Junta Médica constatar a ausência de sintomas da **doença** pela provável cura não justifica a revogação do benefício **isencional,** tendo em vista que a finalidade desse benefício é diminuir o sacrifício dos aposentados, aliviando-os dos encargos financeiros. Precedentes: REsp 1125064 / DF, Segunda Turma, rel.
> Ministra Eliana Calmon, DJe 14/04/2010;

> REsp 967693 / DF, Segunda Turma, rel. Min. Humberto Martins, DJ 18/09/2007; REsp 734541 / SP, Primeira Turma, rel. Ministro Luiz Fux, DJ 20/02/2006; MS 15261 / DF, Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 22.09.2010.
> 2. Mandado de segurança concedido.
> Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:
> "A Seção, por unanimidade, concedeu a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."
> Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Humberto Martins, Napoleão Nunes Maia Filho e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Herman Benjamin.

No caso dos contribuintes acometidos pelo câncer, as isenções concedidas, em via de regra, pessoais e quando não expressamente prevista vieram de uma analogia aos casos de deficiência física e de grave moléstia-já que em muitos casos o câncer implica na retirada de uma musculatura, órgão ou tecido.

4 QUAL O IMPACTO DO CÂNCER NO SEIO FAMILIAR?

> "Quando uma pessoa é diagnosticada como portadora de câncer há um grande impacto não só sobre o paciente, mas também entre os que lhe são próximos e toda a família é acometida por uma espécie de síndrome do câncer" (ANTONIETA BARBOSA, 2014, p. 5).

O Câncer é uma multiplicação desordenada de células defeituosas

ou atípicas, que escapam ao controle do nosso sistema imunológico por algum motivo até hoje desconhecido.

Quando um ente familiar está com a suspeita de câncer gera um sentimento de angústia e impotência diante da situação. E quando a suspeita vira certeza através do exame da biópsia é como se tudo que está a nossa volta perdesse o brilho, a cor. Tudo fica negro e sem vida. O nosso equilíbrio se esvai, deixa de existir! E um sentimento de fúria toma conta e diante da situação fazemos a seguinte pergunta: Por que isso está acontecendo? O que foi que ela fez para merecer isso? São perguntas que fazemos a todo instante. Sem obter êxito! E a partir daí começa uma via-crúcis a médicos, exames, psicólogo. Essa será a rotina diária de uma Família com um ente com câncer. Nisso sem falar nos imensos gastos com esses procedimentos.

Além do abalo emocional e psicológico que o paciente e a família sofre, desencadeia uma série de preocupações com o lado financeiro, pois o tratamento de Quimioterapia, as medicações e a cirurgia são caros. Ter câncer acarreta um enorme choque de realidade e custa, além de muito sofrimento e dinheiro. A "sentença de morte foi dada".

E a partir daí muitas famílias e pacientes modificam seus hábitos, passam a rever conceitos como valores, crença, comportamentos e atitudes, propiciando uma reviravolta em suas vidas.

Incertezas e ameaças. Tratamentos agressivos e mutilantes que causam náuseas, tonturas, falta de apetite, ressecamento da pele e um sintoma que causa um grande impacto no paciente é a queda do cabelo. Não é fácil enfrentar o espelho. Principalmente para a mulher.

Mesmo o paciente que obtenha plano de saúde encontra muitas dificuldades para que determinados procedimentos sejam liberados para que o mesmo possa fazer. E com isso o paciente entra em colapso psicológico. O paciente se sente de mãos atadas. O mesmo quer e precisa com urgência iniciar o tratamento, pois sabe que as células cancerígenas estão se multiplicando no seu corpo. É um caminho sem volta e o pensamento de morte se torna corriqueiro em seus pensamentos causando sofrimento e solidão no paciente podendo ocasionar depressão.

O Paciente de câncer merece uma proteção e atenção especial do Estado, conforme o artigo 196 da Constituição Federal:

> A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Sabemos que a família é um ente que dá suporte. E caso essa base não seja construída com princípios sociais e morais éticos. Quando surge uma intempérie aí sim que se verifica se a base foi bem estruturada.

Para dar apoio a um ente que foi acometido do Câncer precisa de muita atenção, carinho e equilíbrio para ajudá-lo nesse momento de difícil aceitação.

5 NA TUTELA DO DIREITO À VIDA, AO TRATAMENTO DOS PORTADORES COM CÂNCER O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA TEM SIDO RESPEITADO?

Este principio constitucional contemporâneo atinge a toda humanidade, é um axioma jurídico e princípio matricial do século XX. A sua adoção no sistema jurídico estabelece uma nova forma de pensar e se relacionar o Direito. No século XXI tornou-se uma garantia contra todas as formas de indignidade humana. A concepção dominante no pensamento filosófico atual é o elaborado por Kant, que muito colaborou para obtermos os Direitos Humanos positivados em nossa Carta Magna que se encontra em vigor e em plena efetivação.

Todo o ser humano é titular de direitos e obrigações, sendo merecedor de respeito e dignidade devendo ser reconhecido e respeitado por seus semelhantes e pelo Estado. Este cabe à tarefa de garantir o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais o qual se faz através do estabelecimento da proteção jurídica para que sejam efetivados.

Devido ao grande número de diagnóstico do câncer na sociedade, os pacientes estão mais ativos na busca de seus direitos enquanto cidadãos.

O Sistema Único de Saúde (SUS) disponibiliza uma série de benefícios como: direito a realização da mamografia a toda mulher a partir de 40 anos de idade, ao recebimento gratuito de medicamentos prescritos por ordem médica com amparo legal na legal Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998, Artigo 12, Inciso II, Alínea d, a realização gratuita de

cirurgia plástica reconstrutiva as mulheres que têm a mama ou parte dela retirada em razão do tratamento e a cobertura de parte das despesas com alimentação com amparo legal.

Portaria nº 741, de 19 de dezembro de 2005, Artigo 2º, transporte e hospedagem aos pacientes em tratamento fora de seus domicílios e seu acompanhante.

Os medicamentos também são assegurados pelo SUS e quando não se encontram disponíveis, via de regra, deve ser requeridos perante a Secretaria Estadual/Municipal de Saúde do domicílio do paciente mediante prescrição médica. Mas conseguir esses serviços nem sempre é tão fácil como parece. Esses direitos são muitas vezes negligenciados por conta de uma série de fatores, que poderiam ser corrigidos com maior e melhor direcionamento de verba pública para a saúde.

O paciente além de estar com câncer se depara com problemas ocasionados pelos gestores. Tendo que contatar um advogado ou se dirigir à Defensoria Pública mais próxima para que os fatos sejam analisados e seja adotado a medida cabível. Sendo um posicionamento incoerente, por se tratar de um estado de urgência, pois como relatei anteriormente as células cancerígenas estão se multiplicando no corpo do enfermo. Este deve manter a calma e esperar? Deve esperar na fila para que possa fazer as sessões de Quimioterapia ou Radioterapia? Sendo um descaso a falta de respeito com o cidadão. Desrespeitando o que preza o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da presente reflexão ficou claro que o Princípio da Isonomia e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana vem sendo violado cotidianamente no Brasil. Decerto que em tempos pretéritos os direitos nem eram conhecidos pela maioria da população. Hoje em dia, ao contrário, os direitos se encontram dizimados perante a sociedade que buscam cada vez mais saber e compreender os seus direitos.

A isenção tributária é salutar para os portadores de câncer com o intuito de auxiliá-los com os custos de medicações e nos tratamentos que são de alto custo para o paciente.

O que não resta dúvidas é que o câncer é uma doença grave e que requer um tratamento urgente. Por isso é importante frisar o quão

importante respeitar e fazer ser eficaz a isenção de tributos para os pacientes diagnosticados com câncer. Fazer com que a União, os Estados e os Municípios apliquem as normas elencadas na nossa Carta Magna efetivando os direitos dos pacientes que em pleno século XXI ainda se encontram negligenciados. Tornando assim a luta pela sobrevivência e pela efetivação dos seus direitos ainda mais dolorosa, angustiante e porque não dizer dispendiosa.

THE IMPORTANCE OF TAX EXEMPTION FOR CANCER CARRIERS

ABSTRACT: This scientific article aims to give a brief explanation about the cancer and how the wearer is important to be exempt from taxes to assist you in your treatment. This treatment that weakens the carrier and your family in addition to causing a psychological instability within the family. The study shows that cancer wearer's rights are not always respected as it should, thus making it even more exhausting battle against the disease that causes harm in body and soul. In the current context of our country the Basic Health System-SUS provides a benefit series but for that to take effect should seek the help of a lawyer or a public Defender. Even the private health insurance patients are obstacles in the search for a dignified and speedy treatment. The development of this article search and alerts, educate the society and patients about their rights under the "goodies" that are in our Federal Constitution and the principles of Isonomy and human dignity, rights often overlooked but that They exist and must be sought in order to combat this disregard for these patients who are in a state of fragility. To this end, the article in question, bring clarification and sources in order to stress the importance exemption from taxes making this amount is intended for the treatment of this disease that plagues the population nationwide.

KEYWORDS: Exemption. Taxes. Cancer and Rights.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Antonieta. *Câncer, direito e cidadania*: como a lei pode beneficiar pacientes e familiares. 15. ed. São Paulo: Editora Atlas,

2014.
ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquematizado*. 9. ed. – Editora Metodo: Grupo Gen, 2015.
SAÚDE, doenças. *Disponível em:*<http://www.terra.com.br/saude/infograficos/doencas-que-mais-matam> Acesso em: 05 out 2015.
STF. *Disponível em* <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo>
Acesso em: 05 out 2015.
UNICANCER. *Disponível em* http://www.unicancer.org.br/site/arquivos /cartilha_cancer_final Acesso em: 05 out 2015.

O PROTESTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL COMO MEDIDA DE COERÇÃO DA EXECUÇÃO DE ALIMENTOS NO NCPC

Amanda Inês Morais Sampaio[*]
Any Karoline Santos Silva[**]

RESUMO: O presente artigo científico tem como objetivo realizar um estudo jurídico da possível efetividade do protesto do pronunciamento judicial como medida de coerção da execução de alimentos, sob a ótica do Novo Código de Processo Civil. Analisará o instituto do Dever de Alimentar desde sua essência, até sua previsão no NCPC, realizando uma breve análise das peculiaridades dos novos institutos, que visam a celeridade do cumprimento da obrigação. Estudará a aplicação do protesto em processos de Execução de Alimentos, seus requisitos e consequências. Por fim, observará as possíveis controvérsias entre os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e o da Menor Onerosidade perante a medida do protesto, para, então, constatar a sua possível efetividade.

PALAVRAS-CHAVE: Alimentos. Execução. Novo Código de Processo Civil. Princípio. Protesto.

1 INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil, com a finalidade de produzir um efeito positivo, trouxe algumas modificações acerca do Dever de Alimentar. Assim, tendo em vista a execução de alimentos, o NCPC assegura taxativamente a possibilidade de prisão civil do(a) alimentante devedor(a) em regime fechado e separado dos presos comuns; a possibilidade de protesto da decisão judicial que reconheça a inadimplência; e a possibilidade de desconto de até cinquenta por cento

[*] Acadêmica do curso de Direito, 7° período, da Universidade Tiradentes – UNIT *e-mail:* amandaimsampaio@hotmail.com
[**] Acadêmica do curso de Direito, 6° período, da Universidade Tiradentes – UNIT *e-mail:* anykaroline.any@gmail.com

dos vencimentos líquidos, na folha de pagamento, no caso de execução de assalariado(a) ou aposentado(a).

Vislumbra-se a importância do presente estudo nas peculiaridades do Direito de Alimentos, o qual está intrinsecamente ligado ao Princípio da Dignidade Humana, um direito fundamental, reconhecido como macro princípio. Ademais, é necessário analisar os meios para assegurar o instituto do direito alimentar, a fim de garanti-lo de modo isonômico a todos. Para tanto, verificar-se-á os reiterados estudos de doutrinadores acerca do assunto.

Nesse toar, faz mister definir o Dever de Alimentar, bem como sua previsão no NCPC. Observará, então, que esse instituto cuida de aspectos mais abrangentes, do que tão somente alimentos propriamente ditos. Desse modo, constatará que a redação do NCPC vislumbra mais proteção ao alimentando, ao passo que traz consigo novos mecanismos para assegurarem o cumprimento da obrigação de alimentar. Após, atentará para a aplicação do instituto do protesto perante a execução de alimentos, bem como suas controvérsias, para só então constatar se haverá, de fato, a efetividade.

2 O DEVER DE ALIMENTAR

Os alimentos possuem um significado muito mais abrangente no sistema jurídico do que na linguagem comum, além de alimentos em si. A sua prestação garante, também, consoante o princípio da dignidade da pessoa humana, o necessário para uma vida digna – educação, moradia, lazer, vestuário, saúde, e tudo o que for necessário para suprir as necessidades básicas do alimentando.

> No tocante à natureza jurídica do direito à prestação de alimentos, embora alguns autores o considerem direito pessoal extrapatrimonial, e outros, simplesmente direito patrimonial, prepondera o entendimento daqueles que, como Orlando Gomes, atribuem-lhe natureza mista, qualificando-o como um direito de conteúdo patrimonial e finalidade pessoal (GONÇALVES, 2015, p. 508).

Diante da sua natureza é notória a existência de características como o caráter personalíssimo e a irrenunciabilidade, já que a prestação de alimentos tem o objetivo de garantir à pessoa, que não pode prover por si só, o necessário para viver dignamente. Sendo assim, o alimentante tem o dever de prover tais necessidades periodicamente e caso entenda, por qualquer motivo extrajudicial, não ter mais a obrigação de pagar não poderá simplesmente deixar de fazê-lo, devendo ingressar com ação judicial para, só então, rever decisão anterior.

Ressalve-se que a obrigação alimentar aqui disposta se refere aos Alimentos Legítimos. Sendo, portanto, o traço específico dessa obrigação a existência de parentesco. O Código Civil garante de maneira taxativa em seu artigo 1.694 que "podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação". Além desse critério, existe, ainda a proporcionalidade, dispondo o mesmo art. 1.694, § 1°, que "os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada".

A garantia da efetividade da prestação alimentar é essencial para assegurar a vida e manter a subsistência do alimentando, de tal maneira que o ordenamento jurídico brasileiro, com o Novo Código de Processo Civil, trouxe novidades acerca do tema, tratando-o, cada vez mais, de forma diferenciada. Em síntese, o NCPC prevê três questões referentes ao inadimplemento de débito alimentar, são elas: a possibilidade de prisão civil do alimentante devedor em regime fechado e separado dos presos comuns, de protesto da decisão judicial, e do desconto de até cinquenta por cento dos vencimentos líquidos em folha de pagamento de alimentantes assalariados ou aposentados.

2.1 O DEVER DE ALIMENTAR SOB A ÓTICA DO NOVO CPC

A medida de prisão civil em detrimento do devedor de alimentos, por seu turno, está prevista na Constituição Federal, no art. 5°, LXVII, aplicada no caso de "inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentar" (DELLORE, 2015). Tal mecanismo visa resguardar as especificidades do crédito alimentar (sobrevivência do alimentando e dever de prover do alimentante).

> O uso da forma mais eficaz para garantir o pagamento dos alimentos – a ameaça de prisão – é acessível tanto para a cobrança de alimentos fixados judicialmente (CPC 528 § 3º) como em título executivo extrajudicial (CPC 911). Esta via é restrita à cobrança das três últimas prestações vencidas antes do ajuizamento da execução e mais as que se vencerem no curso do processo (CPC 528 § 7º e 911 parágrafo único). Não há necessidade que estejam vencidas três prestações para o credor buscar a cobrança. O inadimplemento de uma única parcela já autoriza o uso da via executória. Também podem ser cobradas parcelas alternadas. Como os alimentos se destinam a garantir a sobrevivência do credor, o vencimento é antecipado. A dívida precisa ser paga de pronto, e qualquer atraso autoriza sua cobrança (DIAS, 2016, p. 4).

O CPC/73 não aclarava em qual regime prisional a pena seria cumprida pelo inadimplente alimentar. Não obstante a omissão legislativa, o regime fechado já era adotado juridicamente. O novo texto legal, por sua vez, traz expressamente, art. 528, §4°, que a prisão será cumprida inicialmente em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns. Por outro lado, há muitas discussões acerca da separação do devedor de alimentos dos demais detentos, haja vista a realidade do sistema carcerário brasileiro. Ressalte-se que o objetivo desse mecanismo não é aprisionar o devedor de alimentos, mas sim compeli-lo, na iminente ameaça de prisão, a cumprir com sua obrigação. Saliente-se, ainda, que o cumprimento da pena não exime o executado do pagamento das prestações vencidas e vincendas. (CPC 528, §5°).

Outra grande inovação é a possibilidade de protesto da decisão judicial que reconheça o devedor de alimentos como inadimplente. É possível interpretá-la como um novo mecanismo coercitivo, visto que pode resultar em restrições de direitos do devedor, afetando diretamente em suas relações creditícias. Destaca-se que a grande inovação são as distinções entre o protesto da decisão de alimentos e o protesto das demais decisões judiciais. Eis que, nestes pronunciamentos, há necessidade de trânsito em julgado; já nas decisões de alimentos, não –

especialmente para a situação dos alimentos provisórios – além de que nas demais decisões condenatórias, o protesto é feito a requerimento da parte; no caso dos alimentos, é de ofício determinado pelo juiz. (DELLORE, 2015)

É indubitável que as consequências do protesto do nome do devedor de alimentos têm como escopo a diminuição da inadimplência de débitos alimentares. Por outro lado, não se pode olvidar que o fato de o sujeito estar com o nome inscrito, nos órgãos de proteção ao crédito, pode tornar ainda mais difícil a obtenção de subsídios financeiros para a quitação da prestação, deixando de ser apenas um problema de ordem judicial, mas passando a ser, sobretudo, um problema de ordem social, comprometendo a efetividade da aplicação do protesto.

Ademais, o NCPC traz a novidade da possibilidade de o exequente requerer o desconto em folha de pagamento de pessoal da importância da prestação alimentícia "quando o executado for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação do trabalho", nos termos do art. 912, NCPC. Assim, o magistrado oficiará a autoridade, a empresa ou o empregador, determinando, sob pena de crime de desobediência, a procederem o desconto, podendo, ainda, determinar que este seja de até cinquenta por cento, como determina o art. 529, §3º, NCPC:

> Sem prejuízo do pagamento dos alimentos vincendos, o débito objeto de execução pode ser descontado dos rendimentos ou rendas do executado, de forma parcelada, nos termos do caput deste artigo, contanto que, somado à parcela devida, não ultrapasse cinquenta por cento de seus ganhos líquidos.

Sendo assim, poderá haver um desconto adicional em relação às parcelas devidas, além do desconto em folha das parcelas mensais, caso o alimentante passe a perceber salário. Em caso prático, um devedor que já tenha descontado trinta por cento para pagamento de alimentos vincendos, mensalmente, de seus vencimentos, poderá, ainda, ter mais vinte por cento a título de desconto do seu salário, para o pagamento parcelado dos alimentos vencidos (DELLORE, 2015).

Em suma, sintetiza Maria Berenice Dias que:

> A lei processual toma para si tão só a execução dos alimentos, revogando os artigos 16 a 18 da Lei de Alimentos (CPC 1.072 V). Dedica um capítulo ao cumprimento de sentença e de decisão interlocutória (CPC 528 a 533) e outro para a execução de título executivo extrajudicial (CPC 911 a 913). Dispondo o credor de um título executivo – quer judicial, quer extrajudicial – pode buscar sua execução pelo rito da prisão (CPC 528 e 911) ou da expropriação (CPC 528 § 8º e 530), bem como pode pleitear o desconto na folha de pagamento do devedor (CPC 529 e 912). A execução de alimentos mediante coação pessoal (CPC 528 § 3º e 911 parágrafo único) é a única das hipóteses de prisão por dívida admitida pela Constituição Federal que subsiste (CF 5.º LXVII) (DIAS, 2016, p. 1).

Ademais, de acordo com Luiz Dellore (2015), o Novo CPC inova em relação ao trâmite da execução, estabelecendo quatro procedimentos para executar os alimentos devidos: cumprimento de sentença ou decisão interlocutória para a cobrança de alimentos pelo rito da prisão – referente as três últimas prestações vencidas antes do ajuizamento da execução e às vincendas (CPC 528); pelo cumprimento de sentença ou decisão interlocutória para a cobrança dos alimentos pelo rito da expropriação (CPC 528, §8° e 831); no caso de título executivo extrajudicial que contenha a obrigação alimentar, mediante ação judicial visando à cobrança pelo rito prisional (CPC 911); e de título executivo extrajudicial por quantia certa, pelo rito da expropriação de bens do executado (CPC 913). A distinção se dá em relação ao tipo do título e ao tempo do débito.

Destarte, as modificações trazidas pelo Novo Código se mostram promissoras e necessárias, a fim de minimizar a inadimplência alimentar. Todavia, é válido lembrar que o Código Civil, no seu art. 1.695, afirma que "são devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria mantença, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento". Em outras palavras, o dispositivo retro deixa claro que o alimentante terá a obrigação de

prover os alimentos quando puder fornecê-los sem comprometer gravemente o seu próprio sustento. Nesse sentido, assevera Carlos Roberto Gonçalves, p. 540, 2015, "o fornecimento de alimentos depende, também, das possibilidades do alimentante. Não se pode condenar ao pagamento de pensão alimentícia quem possui somente o estritamente necessário à própria subsistência".

Saliente-se, ainda, que o art. 528 do NCPC viabiliza a justificativa de impossibilidade de pagamento, de modo que as sanções propostas no texto legal somente serão aplicadas na ausência de justificativa plausível por parte do devedor.

3 O PROTESTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL COMO MEDIDA DE COERÇÃO

A medida de protesto diz respeito a um ato formal e solene, conferido apenas em Cartórios de Tabelionatos, por meio de qual se comprova a inadimplência e descumprimento de obrigação fundada em títulos e outros documentos de dívida, de uma determinada pessoa física ou jurídica. Há previsão normativa para esse mecanismo, qual seja a Lei de n° 9.492/1997 que "define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida".

Em linhas gerais, a finalidade do protesto são duas: a de expor publicamente a mora do devedor e a de resguardar o direito de crédito. Ou seja, trata-se de um ato que efetivamente torna pública a insolvência do devedor. Sendo a falta do pagamento a causa principal do protesto, bastando que o devedor não pague um determinado título até o dia do seu vencimento para que haja ensejo ao protesto. Logo, a única hipótese para a exclusão do nome do devedor no banco de dados dos tabelionatos, isto é, o cancelamento do protesto só ocorre com o efetivo pagamento da dívida. Caso contrário, o nome do inadimplente protestado constará em todas as certidões de protesto emitidas pelos Cartórios, e, por conseguinte, em banco de dados dos órgãos de proteção ao crédito conveniados[1].

Assim, verifica-se os efeitos práticos do protesto do nome do inadimplente, tanto na via judicial, quanto na extrajudicial. No aspecto judicial, o credor adquire uma prova formal, revestida de veracidade e fé pública, de que o devedor está inadimplente, podendo o credor requerer

mediante Ação de Cobrança o pagamento da dívida líquida, certa e exigível. Já na via extrajudicial, o devedor sofre restrições em sua vida pessoal e comercial, como a obtenção de empréstimos e financiamentos.

3.1 O PROTESTO DO NOME DO DEVEDOR DE ALIMENTOS LEGÍTIMOS

Nesse diapasão, a medida de protesto também decorre do descumprimento do dever de alimentar. A propósito, dito instrumento já se apresentava no conteúdo de jurisprudências, conforme o precedente da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.533.206/MG (2014/0345653-7), que teve como relator o Ministro Luís Felipe Salomão, nos termos que subseguem:

> 1. A. L. C. de J., representada por sua genitora, ajuizou ação de alimentos em face de M. R. de J., e como o devedor não pagou o débito nem foram encontrados bens passíveis de penhora, a exequente requereu a expedição de certidão de dívida judicial para fins de protesto e inscrição do nome do devedor nos cadastros de proteção ao crédito.
> (...)
> 7. Por isso, penso ser plenamente possível que o magistrado, no âmbito da execução de alimentos, venha a adotar, em razão da urgência de que se reveste o referido crédito e sua relevância social, a medida executiva do protesto e da inscrição do nome do devedor de alimentos nos cadastros de restrição ao crédito, caso se revelem como meio eficaz para a sua obtenção, garantindo à parte o acesso à tutela jurisdicional efetiva.
> (...)
> 9. Na hipótese, o recorrido, executado na ação de alimentos, devidamente citado, não pagou o débito, sendo que, determinando-se diligências, não foram encontrados bens passíveis de penhora em seu nome.
> Portanto, considerando-se que os alimentos devidos exigem urgentes e imediatas soluções - a fome não espera - mostra-se juridicamente possível

> os pedidos da recorrente, ora exequente, de protesto e de inclusão do nome do devedor de alimentos nos cadastros de proteção ao crédito (SPC e Serasa), como medida executiva a ser adotada pelo magistrado para garantir a efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.
> 10. Ante o exposto, dou provimento ao recurso/especial para autorizar tanto o protesto da dívida alimentar como a inscrição do nome do devedor nos cadastros de inadimplentes.
> É o voto.

Em verdade, essa decisão foi reflexo do que já vinha sendo decidido em sede de alguns Tribunais Pátrios, pois tratava-se de assunto reiteradamente debatido e controvertido, visto que não havia norma que autorizasse ou proibisse, expressamente, a aplicação do instituto do protesto em caso de descumprimento do dever de alimentar. Ou seja, restava clara a demanda social em regularizar tal situação no ordenamento jurídico.

Nesse toar, o novo Código de Processo Civil trouxe dispositivo que trata especificamente dessa hipótese, autorizando o protesto do nome do devedor de alimentos, de ofício, nos seguintes termos:

> **Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.**
> § 1° Caso o executado, no prazo referido no caput, não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuá-lo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 517.
> § 2º Somente a comprovação de fato que gere a impossibilidade absoluta de pagar justificará o inadimplemento.
> § 3º Se o executado não pagar ou se a justificativa

> apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses (Grifo não consta do original).

Diante dessa redação, verifica-se a possibilidade de o magistrado decretar o protesto do pronunciamento judicial em sede de decisão de mérito, bem como de decisão interlocutória (alimentos provisórios); desde que o executado, no prazo de sua intimação de 03 (três) dias, não efetue o pagamento, não prove que o efetuou, ou, ainda, não justifique a impossibilidade de efetuá-lo.

Há uma ressalva quanto à alternativa da justificativa como impedimento de protestar o pronunciamento judicial, pois, *a contrario sensu,* o autor Daniel Amorim Assumpção Neves aduz que houve um equívoco do legislador.

> A novidade fica por conta da terceira reação prevista no §1° do art. 528 do Novo CPC, que prevê ser impeditivo do protesto a apresentação de justificativa para o não pagamento, consolidando o equívoco do legislador o §3° do mesmo dispositivo ao prever que não sendo admitida a justificativa apresentada, o juiz determinará o protesto da sentença. O legislador confundiu o inconfundível, ou seja, as duas espécies de execução indireta cabíveis na execução de alimentos: o protesto do título executivo judicial e a prisão civil (NEVES, p. 930, 2016).

Trata-se de uma perspectiva plausível, visto que o instituto do protesto se refere à constatação da insolvência, ao contrário da medida da prisão civil que se trata de uma punição pela inadimplência, cerceando a liberdade do devedor; não obstante ambos mecanismos serem meios de coerção, a princípio. Entretanto, é indubitável a intenção do legislador, no dispositivo do art. 528, §1° do NCPC, de possibilitar o devedor de Alimentos justificar sua inadimplência, de modo a poder influenciar na decisão do magistrado.

3.2 PROTESTO DE PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM DECISÃO INTERLOCUTÓRIA DE MÉRITO

A novidade crucial, no aspecto da Execução de Alimentos, deve-se à possibilidade do protesto do pronunciamento judicial, em que conste o alimentante como inadimplente, em decisões interlocutórias. Isto é, mesmo que não haja o trânsito em julgado da decisão de mérito, o credor, possuindo o título executivo judicial que reconheça o direito de alimentos, poderá executar a dívida vencida e vincenda do executado (NEVES, 2016).

Nesse sentido, elucida Luiz Dellore (2015), a diferença do instrumento do protesto nas Ações de Alimentos e nas demais, ao asseverar que nas decisões de alimentos além de o dito mecanismo não prescindir do trânsito em julgado da decisão, ainda que se trate de alimentos provisórios, também não necessita do requerimento da parte, ou seja, dar-se-á de ofício determinado pelo magistrado.

Desse modo, não é outra a intenção principal do legislador, ao prever o instituto do protesto na obrigação de alimentos, que não a de pressionar psicologicamente o devedor ao cumprimento de seu dever de alimentar. Nesse sentido dispõe Daniel Amorim Assumpção Neves:

> O protesto da sentença tem como função pressionar psicologicamente o executado a cumprir a obrigação, se prestando a exercer a mesma espécie de pressão por meio de ameaça na piora do devedor no cumprimento de sentença como de decisão interlocutória, sem qualquer previsão expressa no sentido de que tais decisões tenham transitado em julgado, o art. 528, § 1°, do Novo CPC permite que em cumprimento de sentença de alimentos, mesmo provisória, se admita o protesto do pronunciamento judicial que reconheceu, ainda que provisoriamente, o direito a alimentos (NEVES, p. 930, 2016).

Assim, acredita-se que o protesto do pronunciamento judicial, que reconheça a inadimplência da pessoa devedora de Alimentos, será um mecanismo a favor da minoração do índice de insolvência a

título de Alimentos. Isso porque, com a pressão psicológica, o devedor de Alimentos certamente priorizará a celeridade do cumprimento da obrigação do dever alimentar, a fim de que não tenha restritas as possibilidades de obtenção de crédito em instituições financeiras e outras atividades de ordem burocrática. Como bem aduz Luiz Dellore:

> Trata-se de novo mecanismo coercitivo, pois o protesto (e consequente "nome sujo" no mercado) pode trazer problemas na vida cotidiana do devedor de alimentos.
> Em um país onde as pessoas, de modo geral, realizam muitas compras a crédito (o que depende de "nome limpo"), trata-se de bem-vinda alteração legislativa – que, aliás, poderá ser utilizada em relação a qualquer decisão judicial condenatória (DELLORE, 2015).

Do exposto, pode-se afirmar que a celeridade se apresenta como um fator favorável à aplicação do instituto do Protesto, como meio de coerção para o cumprimento da obrigação do dever de alimentar.

4 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA X PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE: CONTROVÉRSIAS DO PROTESTO DO NOME DO DEVEDOR DE ALIMENTOS

É sabido que a prestação de Alimentos visa assegurar o sustento de uma pessoa, em seus vários aspectos. Nesse sentido, assevera Carlos Roberto Gonçalves (p. 506, 2015) "quanto ao conteúdo, os alimentos abrangem, assim, o indispensável ao sustento, vestuário, habitação, assistência médica, instrução e educação (CC, arts. 1.694 e 1.920)".

Nesse diapasão, observa-se que os Alimentos estão intrinsicamente ligados ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, resguardado na Constituição Federal de 1988 que o traz como fundamento da República Federativa do Brasil e, consequentemente, do Estado Democrático de Direito. É o que dispõe o art. 1º, III da Constituição Federal: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana".

O supramencionado fundamento da República, como um valor supremo previsto na Carta Magna, ocupa um lugar de destaque no nosso ordenamento, e atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida e, sobretudo, à vida digna. Portanto, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é o elemento referencial para a interpretação e aplicação das normas jurídicas, fazendo da pessoa um titular de direitos e garantias que deverão não somente ser assegurados pelo Estado Democrático de Direito de forma negativa, ao impedir supressões, mas também de forma positiva, a garantir efetivamente esses direitos.

> Consideram-se princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa e ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo (CANOTILHO, 2002, p. 1149).

A propósito, o direito a Alimentos está, também, diretamente vinculado ao direito à Vida, como bem aduz Carlos Roberto Gonçalves:

> A aludida expressão tem, no campo do direito, uma acepção técnica de larga abrangência, compreendendo não só o indispensável ao sustento, como também o necessário à manutenção da condição social e moral do alimentando (GONÇALVES, 2015, p. 506).

Com efeito, é indiscutível que a aplicação do protesto do pronunciamento judicial, como meio de coerção da execução de alimentos, fora intencionalmente prevista pelo legislador para combater, cada vez mais, a inadimplência do alimentante. De modo que, resguarda-se a dignidade do alimentando, que tão somente pleiteia o seu direito a uma vida digna. Outrossim, saliente-se que o citado mecanismo visa, também, a proteção ao crédito do devedor, visto que a medida em que o seu nome é inscrito nos órgãos de cadastros de inadimplentes,

resguarda-se o crédito que ainda possua, além de dificultar a obtenção de empréstimos e financiamentos inconsequentes.

Por outro lado, há também o Princípio da Menor Onerosidade, o qual permeia o processo de Execução, estando, inclusive, implícito em dispositivo do Novo Código de Processo Civil:

> Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.
>
> Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados.

Depreende-se dessa redação que o princípio supramencionado visa o meio de execução menos oneroso ao executado. Ademais, verifica-se que só há essa mitigação em benefício do devedor, caso haja vários meios de execução. Assim, conclui-se que o Princípio da Menor Onerosidade é relativo.

Relacionando o dito Princípio ao estudo da aplicação do protesto do nome do devedor de Alimentos, observa-se que, deveras, há a gravidade ao inadimplente, haja vista ter a consequência de se tornar inscrito no rol de devedores. Entretanto, deve-se vislumbrar o instituto do Protesto, não como um modo de Execução em si, mas sim como um meio de coerção a fim de estimular o devedor de Alimentos ao cumprimento de sua obrigação de alimentar, ou seja, possui o fito de um caráter preventivo, visto que visa evitar que o alimentante se torne inadimplente, por ser uma verdadeira pressão psicológica.

Aliás, o protesto se torna uma medida excepcional, ao passo que o devedor possui a faculdade de pagar, comprovar que pagou ou, ainda, justificar a impossibilidade de efetuar o pagamento. Ou seja, antes de o juiz decretar o protesto, o inadimplente obtém três meios para evitá-lo. Portanto, o Princípio da Menor Onerosidade também pode ser vislumbrado nesse processo, visto que o legislador possibilitou ao devedor algumas formas de elidir as consequências do protesto do pronunciamento judicial que o reconheça como insolvente.

Destarte, não há o que se falar em confronto entre os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Menor Onerosidade, no presente estudo. Isso porque o meio coercitivo do Protesto visa o fortalecimento da dignidade da pessoa do alimentando. Outrossim, respeita-se o direito de o devedor ser executado pela forma menos onerosa, à medida que o dito instituto é aplicado somente após a inércia do alimentante perante sua obrigação, bem como após o prazo para suas três faculdades, conforme o *caput* do art. 528 do NCPC.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente estudo, pode-se concluir que as modificações advindas do Novo Código de Processo Civil, no que tange o Dever de Alimentar, foram necessárias, a fim de garantir o cumprimento da obrigação do alimentante para com o alimentado. Desse modo, realizou-se uma análise aprofundada acerca do instituto do protesto perante o pronunciamento judicial.

Diante das características, bem como das consequências do protesto da decisão, interlocutória ou de mérito, que reconheça o inadimplemento do devedor de alimentos, observa-se que há razões para acreditar em sua efetividade. Isso porque, o referido instituto tem uma natureza, sobretudo, preventiva, tendo como objetivo a coerção do alimentante omisso, de tal maneira que a medida não será aplicada no caso de descumprimento da obrigação por justo motivo, ou seja, que gere a impossibilidade absoluta do pagamento. Assim, tendo em vista a faculdade do devedor de comprovar a sua incapacidade perante o seu dever de alimentar, não há o que se falar em violação ao Princípio da Menor Onerosidade.

Ademais, vislumbra-se o efeito positivo da pressão psicológica, ao passo que os alimentantes, em tese, priorizarão a celeridade no cumprimento da obrigação de pagar, haja vista as consequências do protesto, mormente o que diz respeito à inscrição de seus nomes nos órgãos de proteção ao crédito.

Destarte, fundamenta a necessidade da aplicação do protesto, no trato da Execução de Alimentos, no direito da Dignidade da Pessoa Humana do alimentando, visto que os Alimentos visam uma série de fatores inerentes a uma sobrevivência digna de quem necessita.

LA EFECTIVIDAD DEL PROTESTO DE PRONUNCIAMIENTO

JUDICIAL COMO MEDIDA DE COERCÇÃO DE LA EXECUCIÓN DE ALIMENTOS EN EL NCPC

RESUMEN: Este artículo de investigación tiene como objetivo realizar un estudio jurídico sobre la efectividad del pronunciamiento judicial del protesto como una medida de coacción, de la ejecución de los alimentos, desde la perspectiva del Nuevo CPC. Se analizará el Deber de Alimentar desde su esencia, hasta su proyección en NCPC, mientras realizará un breve análisis de las peculiaridades de los institutos que tienen como objetivo acelerar el cumplimiento de la obligación. Estudiará la aplicación del protesto en procesos de ejecución de alimentos, sus requisitos y consecuencias. Por fin, se observará los posibles conflictos entre los principios de la dignidad humana y de la carga más baja en vista de la medida de protesto, para, entonces, observar su posible efectividad.

PALABRAS CLAVE: Alimentos. Ejecución. Nuevo Código de Procedimiento Civil. Principio. Protesto.

Nota

1 http://www.cartorioayres.com.br/servico/o-que-e-protesto.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional.* 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
DELLORE, L. *O que acontece com o devedor de alimentos no Novo CPC?*, 18 de maio de 2015. Disponível em: < http://jota.uol.com.br/o-que-acontece-com-o-devedor-de-alimentos-no-novo-cpc>. Acesso em: 23 de maio de 2016.
DIAS, M. B. *A cobrança dos alimentos no novo CPC*, 18 de maio de 2016. Disponível em: <http://mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13004)A_cobranca_dos_alimentos_no_novo_CPC.pdf>. Acesso em: 22 de maio de 2016.
GONÇALVES, C. R. *Direito Civil Brasileiro*, vol. 6: Direito de Família, 12. ed. São Paulo, Editora Saraiva. 2015.
NEVES, D. A. A. *Novo Código de Processo Civil.* Comentado. Artigo por artigo. Editora JusPodivm, 2016.

NOMEAÇÃO DE PERITO PARA PARTE BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA: UMA INTERSEÇÃO ENTRE O PROCESSO CIVIL E O DIREITO ADMINISTRATIVO

Bruno Maciel de Santana*

RESUMO: O novo Código de Processo Civil, publicado no ano de 2015, ao tratar da nomeação dos peritos, trouxe normatividade diferente do código anterior. Com o fim de promover uma harmonização entre o Processo Civil e o Direito Administrativo, a novel legislação processual traz em suas letras regras irmanadas às diretrizes e princípios que regulam a atividade administrativa, mormente quando da indicação de peritos para atuar em processos judiciais cuja parte é beneficiária da justiça gratuita.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil. Peritos. Justiça gratuita. Contratação pública. Direito Administrativo.

INTRODUÇÃO

O Direito, como ordenamento jurídico, é reflexo e estudo dos interesses da sociedade, segundo já dizia o velho axioma *ubi societas, ubi jus*[1]. Onde houver coletividade haverá o Direito a regular a vida, ainda que incipiente e sem normas postas num papel. Em verdade, vai muito além, é bem mais amplo, próprio da necessidade de todo ser que habita o planeta, seja neste tempo, passado ou futuro, como bem assevera o professor Miguel Reale:

> Admitido que as formas mais rudimentares e toscas de vida social já implicam um esboço de ordem jurídica, é necessário desde logo observar que durante milênios o homem viveu ou cumpriu o Direito, sem se propor o problema de seu

* Analista Judiciário do Tribunal de Justiça de Sergipe, lotado na Consultoria de Licitações e Contratos onde presta assessoria jurídica e atua como Presidente da Comissão Permanente de Licitações.

> significado lógico ou moral. É somente num estágio bem maduro da civilização que as regras jurídicas adquirem estrutura e valor próprios, independente das normas religiosas ou costumeiras e, por via de consequência, é só então que a humanidade passa a considerar o Direito como algo merecedor de estudos autônomos (REALE, 2002).

Nesse passo, o Direito busca englobar todas as atividades humanas que causem repercussão na vida social. Para fins didáticos, compartimenta suas espécies e ramos de acordo com a natureza do objeto de interesse. Contudo, no dia a dia, a dinâmica natural da coexistência coletiva leva os indivíduos a praticarem diversos atos de diferentes categorias, às vezes numa só e mesma conduta. Aí, aquela separação de matérias jurídicas esvai-se e dá lugar ao real modo de efetivação do Direito, no todo, inteiro, completo.

O que se verá no estudo a seguir é a constatação da harmonização jurídica do Direito, representada aqui pela interseção entre Direito Processual Civil e Direito Administrativo, produzida na figura da nomeação de perito judicial em processo cuja parte é beneficiária da justiça gratuita, conforme o regramento esculpido pelo novo Código de Processo Civil.

1 A INTERSEÇÃO ENTRE O PROCESSO CIVIL E O DIREITO ADMINISTRATIVO

Em que pese a prestação jurisdicional ser, em sentido amplo, um serviço público — porquanto realizado pelo Estado e a todos disponível —, a função de dizer o direito tem especificidades próprias que a distinguem da função administrativa. Cada uma envereda-se por caminhos singulares que, aqui e ali, eventualmente, se tocam porque originadas do mesmo ponto de partida, o Estado.

Nessa ordem de ideias, o Direito Processual é quem concretiza, em grande parte, a função jurisdicional, ao passo que o Direito Administrativo, a função administrativa do Estado. Assim, tais disciplinas jurídicas podem, ou melhor, devem harmonizar-se quando essas duas linhas de atuação estatal se encontrar. É o que efetivamente ocorre, por exemplo, na nomeação de perito para prestar serviço em nome de

parte beneficiária da Justiça gratuita. Haverá, em razão do encontro mencionado, uma simbiose de ideias processuais e administrativas sob o mesmo objeto, de maneira que prevaleça, no caso concreto, aquela que de maior interesse apontar a situação. Tal qual uma disputa entre princípios, não existe aí, inicialmente, preferência certa, como asseverou Robert Alexy:

> Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido -, um dos princípios terá de ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face de outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência (ALEXY, 2008).

Malgrado não haja, aqui, conflito ou colisão, a solução indicada pelo mestre alemão também se aplica. A hipótese ora estudada, em verdade, reflete a configuração de maior peso às balizas do Direito Administrativo, de modo que caberá ao Direito Processual tomar-lhe emprestado suas regras. Embora transcorra a nomeação de perito no bojo de um processo judicial, o instrumento utilizado pelo magistrado para trazer o terceiro é um contrato administrativo, conforme bem caracteriza a Lei nº 8.666/93. O Direito Processual, portanto, cederá seu espaço para encontrar, no Direito Administrativo, a alternativa eficaz. É a integração e a efetivação do Direito como um só.

Não poderia mesmo haver outra solução. O dispêndio de recursos públicos para custear esta ou qualquer contratação clama pela aplicação dos princípios norteadores da Administração Pública, tais como a indisponibilidade do interesse público, a impessoalidade e a isonomia, além, obviamente, do consagrado instituto da licitação, conforme prevê a Constituição Federal:

> Art. 37, XXI - *ressalvados os casos especificados na legislação*, as obras, serviços, compras e alienações *serão contratados mediante processo de licitação pública* que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifos nossos)

De estatura constitucional, a licitação é a regra acerca da contratação pública, o que, em palavras fáceis, significa promover uma disputa entre pessoas qualificadas cujo vencedor será quem apresentar a proposta mais vantajosa à Administração. Com raiz fincada na igualdade e na impessoalidade, a licitação é a melhor forma de selecionar os futuros contratados do Estado.

2 BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA

O benefício da Justiça gratuita, direito elementar concedido ao cidadão desprovido de recursos suficientes, foi regulamentado pela Lei nº 1060/50 cujos artigos 2º e 3º definem, respectivamente, quem são as pessoas beneficiadas e quais são as isenções concedidas, *in verbis*:

> Art. 2º. Gozarão dos benefícios desta Lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho.
> Parágrafo único. *Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.*
> Art. 3º. A assistência judiciária compreende as seguintes isenções:
> I - das taxas judiciárias e dos selos;
> II - dos emolumentos e custas devidos aos Juízes,

> órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça;
> III - das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais;
> IV - das indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público federal, no Distrito Federal e nos Territórios; ou contra o poder público estadual, nos Estados;
> V - dos *honorários de advogado e peritos*.
> VI – das despesas com a realização do exame de código genético – DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade.
> VII – dos depósitos previstos em lei para interposição de recurso, ajuizamento de ação e demais atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório.
> Parágrafo único. A publicação de edital em jornal encarregado da divulgação de atos oficiais, na forma do inciso III, dispensa a publicação em outro jornal. (grifos nossos)

A lei supra é clara ao discorrer sobre a gratuidade para os considerados necessitados, quanto às despesas de honorários de peritos. Ordena, ainda, uma série de prerrogativas que a condição social deficitária confere à parte beneficiada.

Direito afiançado pela Constituição Federal, ao menos indiretamente, a gratuidade judiciária reluz aspecto socioeconômico do efetivo acesso à Justiça. Transpõe a barreira dos altos custos processuais para possibilitar aos cidadãos mais carentes a condição de parte em uma demanda judicial[2]. A Carta Maior, no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, em seu artigo 5º, introduz o tema da seguinte forma:

> XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:
> a) o direito de petição aos Poderes Públicos em

> defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
> b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;
> XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Não há consagração expressa no texto. É por meio da interpretação sistemática calcada nos dizeres "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", na subscrição do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário — "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" — e na isenção de taxas para a "defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder" que é construída a garantia da justiça gratuita. A exegese, dessa forma, permite inferir que a Constituição Federal de 1988 recepcionou a Lei nº 1060/1950, editada ao tempo da Carta Maior de 1946 e mantida pelas constituições subsequentes.

Outrossim, a regulamentação também arregimenta regras processuais consentâneas com a norma de 1950, esculpidas pelo novo Código de Processo Civil, o qual dispõe acerca do benefício da justiça gratuita e, a partir do artigo 98, assegura a isenção do pagamento dos honorários periciais. Prevê, além disso, como será custeada a referida despesa, segundo dispõe o art. 95:

> § 3º Quando o pagamento da perícia for de responsabilidade de beneficiário de gratuidade da justiça, ela poderá ser:
> I - *custeada com recursos alocados no orçamento do ente público* e realizada por servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado;
> II - *paga com recursos alocados no orçamento da União, do Estado ou do Distrito Federal*, no caso de ser realizada por particular, hipótese em que *o valor será fixado conforme tabela do tribunal respectivo* ou, em caso de sua omissão, do Conselho Nacional de Justiça (grifos nossos).

Em tópico próprio os artigos do Código Processual de 2015 serão melhor tratados doravante, após o enfrentamento de assuntos preliminares e indispensáveis ao pleno entendimento.

3 A CONTRATAÇÃO PÚBLICA

A regulamentação da justiça gratuita tanto por lei específica quanto pelo Código de Processo Civil tem garantido a eficácia deste direito frente ao Poder Judiciário pátrio. A concessão do benefício é prática comum nas cortes brasileiras, malgrado os intensos debates acerca de seus requisitos e forma de demonstração[3], o que repercute diretamente nas esferas administrativa e financeira dos tribunais de justiça.

O art. 95 supra é explícito ao imputar ao Poder Público as despesas resultantes da nomeação de perito judicial para o beneficiário da justiça gratuita. Observe, assim, que esta nomeação, paga com recursos públicos, é, na verdade, uma contratação pública efetuada pelo Estado, necessária ao exercício da atividade jurisdicional. Nesse passo, bem esclarece a Lei nº 8.666/93, que versa sobre as normas gerais de licitações e contratos:

> Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.
> Parágrafo único. Para os fins desta Lei, *considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada* (grifos nossos).

Não há dúvida quanto a isso. O Poder Judiciário realizará uma contratação pública por meio da indicação e consequente nomeação de profissional capacitado para atuar como perito em processo judicial, em benefício de parte favorecida com a justiça gratuita.

Para firmar melhor este entendimento, segue o conceito de contrato administrativo proposto pelo ilustre mestre Hely Lopes Meirelles:

> Contrato administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade,

> firma com particular ou com outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração (cap. V, item I). É sempre bilateral, no sentido de que há duas partes com objetivos diversos: uma, a Administração, que pretende o objeto contratado (obra, serviço etc.); outra, que almeja receber a contraprestação (preço ou qualquer outra vantagem correspondente). Não importa que os contratantes sejam vários: o contrato é sempre bilateral, porque só admite duas posições para as partes, sendo uma credora da outra do encargo ou prestação que assumiu (MEIRELLES, 2011).

Esmiúça ainda mais o doutrinador ao detalhar que:

> O contrato administrativo é sempre consensual e, em regra, formal, oneroso, comutativo e realizado *intuitu personae*. É consensual porque consubstancia um acordo de vontades, e não um ato unilateral e impositivo da Administração; é formal porque se expressa por escrito e com requisitos especiais; é oneroso porque remunerado na forma convencionada; é comutativo porque estabelece compensações recíprocas e equivalentes para as partes; é *intuitu personae* porque deve ser executado pelo próprio contratado, vedadas, em princípio, a sua substituição por outrem ou a transferência do ajuste (MEIRELLES, 2011).

Ninguém é obrigado a ser perito judicial. Se o faz é porque quer, seja qual motivo for: se para simplesmente exercer seu ofício, ou desejo de auxiliar à prestação jurisdicional a solucionar uma querela, ou ainda unicamente pela remuneração a receber, não importa. Deve haver o consenso. Deverá também ser escrito, oneroso, comutativo e pessoal, como bem explicado pelo excerto da melhor doutrina acima transcrita.

Esta é a configuração padrão de um contrato administrativo. Contudo, a Lei nº 8.666/93 trouxe alternativa à formatação paradigma, nos seguintes termos:

> Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

Veja: é possível contratar sem firmar um instrumento de contrato. O instrumento é apenas um meio, um caminho, uma forma de concretizar o verdadeiro acordo de vontades. Tal dispositivo, em realidade, ratifica os dizeres do parágrafo único do art. 2º já mencionado anteriormente quando diz que é contrato, "seja qual for a denominação utilizada", "qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas". A essência é o que prevalece diante da forma. Não por outro motivo que, a título de exceção, mas ainda assim permitido, a Lei Geral de Licitações e Contratos previu a contratação verbal, nos seguintes termos:

> Art. 60. Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, *salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a"* desta Lei, feitas em regime de adiantamento (grifos nossos).

Destarte, substancialmente, mesmo fora dos contornos enunciados pela regra legal, a nomeação de perito judicial configura uma contratação pública e seu proceder obedece aos ditames legais previstos na Lei nº 8.666/93.

4 CREDENCIAMENTO COMO INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

A Carta Magna previu a licitação como o *modus operandi* ordinário

à aquisição de bens e serviços pelo Poder Público. Entretanto, autorizou a legislação a especificar os casos ressalvados de sua regra geral, como expressamente o diz o art. 37, XXI acima transcrito. Assim, a Lei nº 8.666/93 definiu, dentre outras hipóteses excepcionadas, os casos em que a licitação é inexigível do administrador público, em razão da inviabilidade de competição, segundo dicção do seu art. 25:

> Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, *em especial*:
> I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;
> II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;
> III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública (grifos nossos).

À primeira vista, uma leitura desatenta leva a crer que o dispositivo aponta apenas três casos de inexigibilidade de licitação. Contudo, a expressão "em especial", no final do caput, aduz que os incisos à frente são as situações mais comuns, mais corriqueiras, merecedoras de maior atenção do legislador. A interpretação, portanto, deste artigo sustenta que será inexigível toda licitação que não permita competição, de modo que o elenco explicitado no corpo da lei possui, tão-somente, caráter exemplificativo[4].

Bem assim o é, que é fácil constatar outras hipóteses de inviabilidade de competição, como, por exemplo, a necessidade de o Poder Público contratar profissionais pelo instituto do credenciamento. Segundo ensina o ilustre Marçal Justen Filho:

> (...) não haverá necessidade de licitação quando for viável um número ilimitado de contratações e (ou) a escolha do particular a ser contratado não incumbir à própria Administração. Isso se verificará especialmente quando uma alternativa de contratar não for excludente de outras, de molde que a Administração disponha de condições e promover contratações similares com todos os particulares que preencherem os requisitos necessários. (...) Nessas hipóteses, em que não se verifica a excludência entre as contratações públicas, a solução será o credenciamento (JUSTEN FILHO, 2012, p. 48).

Exemplo elucidativo é a contratação pela Administração Pública de clínicas de saúde para prestar serviços médicos à população pelo Sistema Único de Saúde, o SUS. Como o Estado não possui hospitais nem médicos suficientes, disponibiliza um credenciamento para clínicas particulares atender os conveniados do SUS. Paga-lhes um valor preestabelecido e os enfermos escolhem onde querem ir.

A premissa é: não há competição porque o objetivo é contratar o máximo possível. Não há exclusão. Ao contrário. Quanto mais, melhor. Assim, a disputa é inviável uma vez que não interessa selecionar a proposta mais vantajosa, mas acordar com todos aqueles que sejam aptos a desenvolver o serviço desejado pelo Poder Público. Para isso, a Administração Pública precisa regulamentar o instituto com o fim de: *a*) lançar edital; *b*) estabelecer os critérios mínimos necessários; *c*) normatizar os requisitos de habilitação; *d*) prever a forma de escolha dos profissionais e *e*) tabelar os valores a serem pagos pelos serviços prestados.

5 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E O CREDENCIAMENTO

Concedido espaço do Direito Processual ao uso de normas do Direito

Administrativo, o Código de Processo Civil de 2015, alinhado às diretrizes daquele ramo, traz, entre as regras que regem a indicação do perito judicial, os requisitos fundamentais do instituto do credenciamento, logo acima discriminadas:

> Art. 156. O juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico.
> § 1º *Os peritos serão nomeados entre os profissionais legalmente habilitados e os órgãos técnicos ou científicos devidamente inscritos em cadastro mantido pelo tribunal ao qual o juiz está vinculado.*
> § 2º Para formação do cadastro, os tribunais devem realizar *consulta pública*, por meio de *divulgação na rede mundial de computadores ou em jornais de grande circulação*, além de consulta direta a universidades, a conselhos de classe, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Ordem dos Advogados do Brasil, para a indicação de profissionais ou de órgãos técnicos interessados.
> (...)
> § 5º *Na localidade onde não houver inscrito no cadastro* disponibilizado pelo tribunal, a nomeação do perito é de *livre escolha pelo juiz* e deverá recair sobre profissional ou órgão técnico ou científico comprovadamente detentor do conhecimento necessário à realização da perícia.
> Art. 157. O perito tem o dever de cumprir o ofício no prazo que lhe designar o juiz, empregando toda sua diligência, podendo escusar-se do encargo alegando motivo legítimo.
> § 1º A escusa será apresentada no prazo de 15 (quinze) dias, contado da intimação, da suspeição ou do impedimento supervenientes, sob pena de renúncia ao direito a alegá-la.
> § 2º *Será organizada lista de peritos* na vara ou na secretaria, com disponibilização dos documentos exigidos para habilitação à consulta de interessados, para que *a nomeação seja distribuída de modo equitativo*, observadas a capacidade técnica e a área

de conhecimento.
(grifos nossos)

O §2º do art. 156 fala em consulta pública e da ampla divulgação que deve ser feita com o fim de atrair o maior número possível de profissionais interessados em exercer a perícia judicial. Esse é o ponto chave para caracterizar a inexigibilidade de licitação e ratificar o instituto do credenciamento como instrumento jungido aos princípios-mãe da licitação: igualdade e impessoalidade. O número reduzido de profissionais filiados ao cadastro levanta suspeitas sobre possível direcionamento e favorecimento, o que pode caracterizar o crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93. Dessa forma, é fundamental lançar periodicamente edital com divulgação maciça na rede mundial de computadores e em jornais de grande circulação.

Outrossim, tão basilar quanto ter grande lista de credenciados é realizar método equitativo de nomeação. É o que prevê o art. 157, §2º. Não adiantaria vasto rol se apenas alguns escolhidos fossem sempre os indicados, sob pena de incorrer, também, no crime de inexigibilidade ilegal de licitação. A título exemplificativo, a Resolução nº 35/2006 do Tribunal de Justiça de Sergipe estabelece um sorteio entre os peritos cadastrados, de forma que o sorteado numa rodada não participará da seguinte. Esta metodologia de seleção oportuniza a participação de todos os credenciados, sem incorrer em tratamento privilegiado.

De volta ao art. 156, o seu §1º menciona a habilitação dos profissionais inscritos no cadastro. O Tribunal de Justiça será o responsável por editar norma acerca do credenciamento, tal qual a Resolução nº 35/2006 do TJSE. Como dito acima, lá devem estar previstos os requisitos de habilitação para se cadastrar como perito. São documentos como diploma universitário, certificado de especialista, registro no órgão técnico de fiscalização profissional, cadastro de pessoa física, dentre outros. Apesar de o objetivo ser contratar o maior número possível, a Corte judicial não pode ficar à mercê de profissionais desqualificados ou desprovidos de conhecimentos técnicos suficientes à atividade pericial. Caberá, assim, em acurado juízo discricionário, arrolar os documentos que assegurem a qualidade do futuro cadastrado, sem, no entanto, restringir demasiadamente a participação dos interessados.

O art. 95, §3º, II, transcrito linhas atrás, apresenta o último elemento

essencial para a aplicação regular do credenciamento: o tabelamento de preços. A norma interna do tribunal também deverá estabelecer os valores a serem pagos pelas perícias judiciais, conforme as especialidades cadastradas. Do mesmo modo, tal qual a Resolução nº 35/2006 do Tribunal de Justiça de Sergipe, poderá autorizar os juízes a ultrapassar a quantia fixada na tabela, sob o argumento do grau de especialização e complexidade da perícia, ou ainda em razão da sua localidade.

Frise-se que o que sustenta a fixação de tabela de honorários é a obrigação do promover o tratamento uniforme entre os contratados. Como visto, os princípios da impessoalidade e da igualdade são as balizas-mestras da licitação, de modo que em qualquer procedimento de contratação pública, mesmo nas hipóteses de inexigibilidade, eles devem ser observados na maior medida possível.

Por último, vejamos a exceção guardada pelo art. 156, §5º. Segundo o artigo, poderá o juiz nomear perito livremente, quer dizer, alheio a toda sistemática do credenciamento, quando na localidade não houver profissional cadastrado, desde que recaia "sobre profissional ou órgão técnico ou científico comprovadamente detentor do conhecimento necessário à realização da perícia", na dicção do dispositivo. Salutar a ressalva. As amarras legais, próprias do cauteloso Direito Administrativo, não poderiam impedir o magistrado de promover a justiça, seu ofício natural. Observe, contudo, a condição prevista na norma, o que impõe um limite à liberdade de escolha da autoridade julgadora.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto acima, claro está os efeitos positivos da efetivação una do ordenamento jurídico. Em tempos de especialização cada vez mais profunda dos ramos do Direito, volver os olhos à origem da matéria é atitude saudável, que pode abrir portas e solucionar problemas pontuais. A interseção entre as disciplinas jurídicas com a concessão de espaço normativo cria alternativas aos reclamos da atual vida social.

Portanto, é importante reafirmar: as normas do novel *codex* vêm ao encontro dos preceitos do Direito Administrativo, mormente àqueles voltados à licitação e à consequente contratação. O juiz não apenas pratica atos processuais, mas, também, atos administrativos. Malgrado seja um encargo dos órgãos internos das cortes judiciais, não será crível

admitir que o magistrado venha a desconhecer o processo de escolha dos peritos e a natureza administrativa ínsita ao credenciamento. Em verdade, a legislação processual demorou a editar as regras acima estudadas, permitindo a nomeação de peritos judiciais alheia aos princípios do direito público.

Antes tarde do que nunca, diz a sabedoria popular. A aplicação correta das normas esculpidas pelo novo Código de Processo Civil resultará no respeito aos princípios norteadores da Administração Pública e num consequente avanço na gestão dos bens e recursos públicos, afinal os magistrados e o próprio Poder Judiciário, representantes que são do Estado, não podem estar alheios ao imperativo de eficiência da máquina administrativa.

___

EXPERT APPOINTMENT FOR PARTY BENEFICIARY OF THE FREE JUSTICE: AN INTERSECTION BETWEEN CIVIL PROCEDURE AND ADMINISTRATIVE LAW

ABSTRACT: The new Civil Procedure Code, published in 2015, when dealing with the appointment of experts, brought different normativity of previous code. In order to promote harmonization between civil procedure and administrative law, a novel procedural legislation brings in his lyrics rules twinned with the guidelines and principles governing administrative activity, especially when the experts indication to act in lawsuits whose party is beneficiary of free justice.

KEYWORDS: Civil Procedure. Experts. Free justice. Procurement. Administrative law.

Notas

1 Acrescenta o eminente professor MIGUEL REALE: "A recíproca também é verdadeira: *ubi jus*, *ibi societas*, não se podendo conceber qualquer atividade social desprovida de forma e garantia jurídicas, nem qualquer regra jurídica que não se refira à sociedade". (*Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 18.

2 Para aprofundamento em tão vasto tema: CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Editora Fabris, 1988. Os estudos dos professores Mauro Cappelletti e Bryant Garth no consagrado opúsculo dão conta que três foram as soluções implementadas pelos países ocidentais para resolver os problemas de acesso ao Judiciário. As chamadas ondas renovatórias seguiram, mais ou menos, em ordem cronológica a começar pela "onda" intitulada "assistência judiciária para os pobres", na qual os doutrinadores analisaram os modelos de assistência judiciária de diversos países do mundo. As outras duas são,

respectivamente, "representação dos interesses difusos" e "enfoque do acesso à justiça".

3 Doutrina e jurisprudência debatem acerca do tema em razão do que diz a Lei nº 1060/50 (Art. 4º. A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, *mediante simples afirmação*, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de

advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família) e as consequências que a declaração pode gerar como a postulação aventureira de demandas judiciais pela ausência de risco pecuniário, e o custo que se reverte à toda a população.

4 Também assim entende JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO: "A interpretação que nos parece correta é a de que, firmada a regra pela qual na inexigibilidade é inviável a competição, a lei tenha enumerado situações especiais nos incisos I a III de caráter meramente exemplificativo, não sendo de se excluir, portanto, outras situações que se enquadrem no conceito básico" (*Manual de direito administrativo*, Ed. Lumern Juris, 23. ed., 2010, pp. 290/291).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Editora Fabris, 1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, Ed. Lumern Juris, 23. ed., 2010

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed., São Paulo: Dialética, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2011.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ANÁLISE ECONÔMICA DO PROCESSO

Denise Coelho de Almeida*

RESUMO: No presente artigo científico, busca-se traçar uma nova perspectiva acerca do fenômeno processual no que concerne a avaliação do alcance de suas finalidades, objetivando destacar um ponto crucial que é o aspecto econômico. A matéria em foco mostra-se interessante, pois, em razão de o Direito não ser uma ciência estática, sempre em evolução. Assim, as Leis processuais também são passíveis de evolução, eis que se constituem em parte desta ciência. Daí se extrai a relevância deste tema, exatamente, na utilização de elementos da teoria econômica para ponderar a efetividade da prestação jurisdicional. Por fim, pretende-se concluir um breve estudo sobre a Análise econômica do processo, exaltando sua importância na condução das relações jurídico-econômicas travadas na sociedade hodiernamente, visando a otimização de resultados.

PALAVRAS-CHAVE: Processo. Economia. Análise.

1 NOÇÕES PRELIMINARES

O vernáculo processo advém do latim *procedere,* cujo significado é método, sistema, conjunto de medidas adotadas para um fim, forma de agir. Assim, sua etimologia está relacionada à sequência de atos destinada a um objetivo, a maneira pela qual se desenvolve a realização de uma determinada atividade.

O Processo, criado e regulamentado pelo Direito, é o instrumento pela qual se exerce jurisdição, ferramenta para o desenvolvimento desta função do Estado. Neste aspecto, cabe fazer sua diferenciação do procedimento, que se traduz na sequência de atos necessários ao seu desenvolvimento regular e válido, e dos autos, que consistem no conjunto das peças processuais, da documentação física[1].

Ao busca um conceito doutrinário, destaca-se a análise de Vitor Rosa

* Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes, Técnica Administrativa do Ministério Público de Sergipe. Consultora e Instrutora credenciada SEBRAE/SE.

a respeito do conceito de Humberto Teodoro Júnior:

> Segundo Humberto Theodoro Junior, "processo é o método, isto é, o sistema de compor a lide em juízo, através de uma relação jurídica vinculativa de direito"[2]. Depreende-se deste conceito a clara ideia de que o processo nada mais é do que a aplicação, a instrumentalização do direito material. Por tratar-se de ferramenta instrumental, o processo, em primeiro lugar, deve ser claro e conciso; deve trazer ao juízo o conflito de forma pragmatizada e organizada, tendo como principal escopo a satisfação da parte, que se traduz na eficiência e na celeridade dos procedimentos.[3]

A todos os ramos do direito material, aplicar-se-á o processo como forma de instrumentalização, ou seja, será utilizado como uma ferramenta apta a buscar a efetividade daquele. Trata-se, portanto, do exercício do direito subjetivo com vistas ao atendimento dos fins colimados pelo direito material, solvendo conflitos de interesses, declarando a existência ou a inexistência deste, alcançado à justiça.

O exercício da função jurisdicional tem quatro escopos a serem perseguidos. O primeiro é de ordem jurídica, uma vez que se destina à aplicação concreta da vontade do direito. O segundo diz respeito à questão social, pois visa à pacificação das partes e da sociedade. No viés educacional, tem-se que as decisões proferidas são publicadas oficialmente para servir de fonte de ensino de direitos e deveres a todos. E, por fim, a finalidade política, pela qual reforça a credibilidade do Estado, constitui uma tutela a proteção às liberdades políticas e aos direitos sociais e incentiva a participação democrática por meio do processo[4].

Percebe-se, através dos escopos apresentados, que acesso à justiça constituiu um Direito Fundamental, sendo uma ferramenta essencial à busca e à tutela de direitos pelo cidadão, garantindo não só o direito subjetivo, mas atentando para a eficiência da prestação jurisdicional.

Ademais, a Constituição Federal de 1988 assegura, no teor do seu artigo 5º, o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, ao garantir àquele que sofreu lesão ou ameaça de lesão a seu direito obter do Judiciário provimento regulando a situação. Trata-se, sob a visão moderna, do "acesso à ordem jurídica justa", respaldada em quarto pilares: ampliação

do acesso ao processo, ampla participação e efetiva influência, decisão com justiça e eficácia da decisão.[5]

2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A Análise Econômica do Direito consiste num movimento de origem norte-americana voltando para a análise do direito sob a perspectiva da teoria econômica. Susan Soeiro bem expõe essa ideia:

> A convergência dos fundamentos da Economia e dos fundamentos do Direito oportuniza a compreensão do real sentido e da razão de ser da norma jurídica, pois a empresa, como agente econômico e como sujeito de relações jurídicas, assume importante papel social. A regulamentação jurídica pode influenciar empreendimentos econômicos ao fim de promover o desenvolvimento e a mudança social.
> A almejada justiça social, cuja busca encontra-se constitucionalmente traçada, insere-se na ordem econômica e na ordem social, de modo que sua realização necessariamente detém implicações econômicas e sociais.
> É o que dispõe a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 170 ao estatuir que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, e no artigo 193 ao estabelecer que a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.
> Desta forma, o Direito e a Economia detêm importantes papéis a serem cumpridos e constituem partes integrantes do processo de desenvolvimento nacional.[6]

A análise econômica do Direito toma por base a aplicação de elementos Teoria da Ciência Econômica no estudo e na interpretação daquele, com vistas à análise da realidade atual. Apesar das profundas diferenças das disciplinas, é possível estabelecer relação entre as mesmas,

uma vez que a eficiência está atribuída a agentes econômicos, enquanto a Ciência Jurídica ocupa-se com a justiça.

A ciência econômica tem como objeto de estudo comportamento humano advindo da relação entre as necessidades dos homens e os recursos disponíveis para prover as necessidades, fazendo reflexão sobre os problemas existentes e propondo soluções.

Desta forma, os métodos e as teorias da Ciência Econômica irão embasar o estudo do Direito, ponderando os custos e a efetividade, observando o impacto deste naquela. Vejamos o que diz Bernardo Aguiar em texto científico publicado:

> A economia sempre teve um papel relevante na história da humanidade, mesmo em épocas em que a sociedade tinha hábitos rudimentares. Entretanto, pode-se creditar ao desenvolvimento da sociedade industrial a ampliação dos estudos da economia, bem como a sua inter-relação com outras ciências. Como não poderia deixar de ser, com o passar dos anos, o Direito também sofreu influências da ciência da economia, tanto no ato de formulação de diplomas legais pelos legisladores, como nas interpretações e decisões do Poder Judiciário.
> Entretanto, ressalta-se que o trabalho do jurista envolve a valoração de modelos éticos e de justiça. Dessa forma, o auxílio dado pelos economistas se restringe a descrever as condutas econômicas, permitindo ao operador do direito visualizar os reflexos oriundos de mudanças.
> Neste diapasão, principalmente a partir da segunda metade do século passado, desenvolveu-se, inicialmente e com mais força nos Estados Unidos da América, uma nova corrente na teoria jurídica que combina as ciências econômica e jurídica, tendo como objetivo o estudo interdisciplinar do direito. A referida corrente denomina-se Análise Econômica do Direito (AED), ou "law and economics" para os norte-americanos.
> Richard Posner, Professor da Faculdade de Direito de Chicago e um dos maiores expoentes da Análise Econômica do Direito, em sua obra *Some Uses*

> *and Abuses of Economics in Law*, define a Análise Econômica do Direito como um movimento de pensamento cuja característica essencial é a aplicação da teoria microeconômica neoclássica à análise das principais instituições e do sistema jurídico em seu conjunto.[7]

De outra forma, na visão de Arnaldo Godoy, sem desmerecer a importância do estudo do Direito, levando em conta aspectos da Teoria Econômica, observa que há de serem ponderados aspectos positivos e aspectos negativos da análise econômica do processo. Cumpre destacar trecho do texto do autor:

> A análise econômica do direito revela-se em aspectos positivos (descritivos) e normativos. Pretende explicar e prever o comportamento dos agentes do sistema normativo (especialmente juízes, de onde o vínculo com o realismo jurídico norte-americano); ocupa-se também com aspectos procedimentais e institucionais dos sistemas normativos. No limite, há função também transformadora, no sentido de que a análise econômica do direito também se presta para melhorar o ambiente normativo. Posner constata também que a desregulamentação e o livre mercado devem muito ao empreendimento conjunto dos teóricos norte-americanos da análise econômica do direito.
>
> Posner também reconhece as críticas que o movimento recebe; a análise econômica do direito já foi identificada como arma ideológica do capitalismo, como modelo conceitual egoísta, veiculadora de concepção reducionista e não realista da motivação humana: seus adeptos seriam cínicos, pessimistas, conservadores.[8]

Ao expor os trechos acima destacados, cabe reconhecer influência da Teoria Econômica no Direito, uma vez que esta é uma Ciência Social Aplicada, concentrando seu foco nas realidades humanas sob os seus mais diversos aspectos. Assim, o fato de ter como objeto de estudo o

ser humano não impede que a utilização de métodos quantitativos e qualitativos da teoria econômica na mensuração de seus resultados e na busca por melhores alternativas.

3 ANÁLISE ECONÔMICA DO PROCESSO

Em vias da sanção do Novo Código de Processo Civil, a análise econômica do processo veio à tona, tendo em vista que essa inovação vem a atender a anseios por uma melhor e mais efetiva prestação jurisdicional. A renovação da Legislação busca aperfeiçoar os procedimentos, reduzindo os custos do processo, diminuindo o número de demandas judiciais e trazendo a resposta judicial de forma mais rápida.

Ao se buscar a via judicial para tutelar um direito, através do processo, o sujeito atua de forma a buscar a proteção do Judiciário com vistas a garantir o exercício pleno do direito, isto é, obter a máxima de vantagem possível, sua eficácia plena, sem que haja perdas injustas.

O Processo, como instrumento de materialização do direito, oferece algumas possibilidades de atuação. A escolha da estratégia processual acarretará resultado idêntico, similar, ou, na pior das hipóteses, resultando inverso ao esperado. Cabe ao Advogado, profissional habilitado a atuar na Justiça, delinear o melhor caminho a perseguir o interesse de seu cliente de forma a poupá-lo de tempo, gastos desnecessários e trazer o provimento jurisdicional esperado.

O curso do processo judicial terá considerável reflexo na AED[9], uma vez que as opções e escolhas de ritos, de procedimento, de recurso, de diligência e etc. acarretarão dispêndios não só financeiros, mas em relação ao tempo de duração, ao desgaste emocional das partes e, sobretudo, para a Sociedade. Deste modo, a Análise Econômica do Direito não se limita a calcular os reflexos financeiros do processo em si, mas, como afirmado no parágrafo anterior, consistirá na ponderação de inúmeros fatores e valores a refletir no seu estudo do Direito.

Mais uma vez, cabe destacar que a Sociedade, também, sofre os reflexos da Análise Econômica, afinal de contas, a mora e a má prestação jurisdicional prejudica-os de forma direita e indireta, trazendo prejuízo como os altos custos judiciais com processos intermináveis, a perda do objeto da ação com a morosidade, os erros judiciais e a descrença na justiça.

Ao enveredar-se pela análise dos custos, observa-se que podem ser diretos ou indiretos. Nos custos indiretos ou mediatos, há a contabilização do montante pecuniário que será dispendido com a demanda judicial e durante todo seu curso. De outra forma, nos custos diretos, imediatos ou administrativos, refere-se à expectativa de ganhos a partir do processo. Destarte, a verificação da eficiência poderá ser abstraída a partir maximização dos benefícios em detrimento à minimização dos custos[10].

Por uma questão de lógica econômica dos custos direitos e indiretos, abstrai-se o raciocínio de que, quanto maior o valor dos custos administrativos do processo, menor será a taxa de propositura de ações na Justiça, pois os altos custos da propositura de uma demanda judicial desencoraja a população a buscar o Judiciário sem que haja um motivo, realmente, justo[11].

A Lei da Assistência judiciária gratuita, Lei nº 1.060/1950, constitui prova disso, constituindo um incentivo à propositura de demandas dada a concessão da gratuidade das despesas processuais comprovando a parte que não possui meios de custear o processo sem que haja prejuízo à mantença própria e de sua família.

De outra forma, o Código de Processo Civil atual, em seu artigo 14, dispõe acerca da possibilidade de sanção processual com multa para a litigância de má-fé, ou seja, movimentação do Judiciário em vão, propositura de demandas desvestidas de fundamentação suficiente a ensejar seu ajuizamento, ou mesmo atitudes protelatórias ou cuja intenção seja tumultuar o processo. Vide texto legal *ipsi literis*:

> Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:
> I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;
> II - proceder com lealdade e boa-fé;
> III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;
> IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.
> V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

> Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.[12] (grifo nosso)

Cumpre pontuar que o supracitado artigo constitui artimanha legislativa para coibir a litigância "aventureira" ou mesmo a atuação inescrupulosa de alguns profissionais do direito. Isso tudo converge para uma melhor utilização do direito e prestação jurisdicional, contribuindo para a redução das demandas judiciais dadas as sanções impostas pelo dispositivo.

A AED, também, constitui um importante instrumento de avaliação em relação ao conteúdo decisório, ao avaliar a incidência de recursos contras as decisões proferidas e, ao final, ponderando também as reformas a estas, isso tudo, ainda, contabilizando o tempo dispendido entre os provimentos e os custos acrescidos. Essa análise serve para embasar as mudanças legislativas de forma a reformular o sistema recursal para melhor atender a população, trazendo soluções mais eficientes.

Quem bem trata do temário é Oliveira Júnior, vejamos:

> A necessidade desta investigação se mostra relevante, pois a apresentação de alternativas para solução de alguns problemas, que afligem o direito, proporcionará a possibilidade do uso racional de instrumentais que permitam a realização de uma eficiência econômica capaz de acarretar um impacto positivo para sociedade, tanto na solução de conflitos como na implementação de políticas públicas.[13]

Além disso, há de se ponderar as alternativas à litigância judicial, uma vez que é preciso considerar o fomento à autocomposição, aos mecanismos extrajudiciais de resolução dos conflitos e até mesmo à conciliação. Esses institutos são de grande valia ao direito processual, pois têm o condão de ajudar a "desafogar"[14] o Judiciário e trazer solução efetiva com a satisfação das partes.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enfim, para um processo mostrar-se eficiente, devem-se aliar os fatores da relação custo benefício, sendo que o custo há de ser válido diante do benefício a ser obtido e isto deve ocorrer em um lapso temporal razoável, sem acarretar o desgaste excessivo das partes, alcançando desta forma os fins da justiça.

Desta feita, observa-se que a finalidade primordial de fazer a análise econômica tendo como objeto o processo é verificar os resultados da atividade jurisdicional, de modo a fomentar os Juristas e Legisladores a repensarem a formatação dos procedimentos e ritos.

Indubitavelmente, a Análise Econômica do Processo deve continuar a ser explorada, reforçando que há de se investir em estatísticas reais para evidenciar os pontos fortes e as falhas do sistema, de modo a embasar as alterações legislativas, propiciando a Sociedade uma prestação jurisdicional eficiente.

Notas

1 Cabe expor que, devida ao advento do processo eletrônico, a concepção física de processo está passando por uma adequação, sendo entendido como o produto da materialização do documento virtual, conforme disposto no artigo 8º da Lei 11.419/06: "*Os órgãos do Poder Judiciário poderão desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas.*"

2 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2007. Apud ROSA, Victor da Silva. Do Sincretismo Processual. Migalhas. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI193415,31047-Do+sincretismo+processual>. Acesso em 13 de Fevereiro de 2015.

3 ROSA, Victor da Silva. *Do Sincretismo Processual.* Migalhas. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI193415,31047-Do+sincretismo+processual>. Acesso em 13 de Fevereiro de 2015.

4 NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Manual de Direito Processual Civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2012. p. 10/11.

5 NEVES, Daniel Amorim Assunção. Op, cit., p. 23/25.

6 SOEIRO, Susan Emily Iancoski. *A relação entre o direito e a economia*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12533&revista_caderno=27>. Acesso em mar 2015.

7 AGUIAR, Bernardo Augusto Teixeira de. *A análise econômica do direito*: aspectos gerais. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 110, mar 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13019&revista_caderno=27>. Acesso em mar 2015.

8 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Richard Posner e a tradição da análise econômica do Direito. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2014-set-28/embargos-culturais-richard-posner-tradicao-analise-economica-direito. Acesso em 03 de março de 2015.

9 Abreviação de Análise Econômica do Direito.

10 BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. Breves considerações acerca da Análise Econômica do Processo Judicial. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=363b688b0469919e>. Acesso em: 05 de março de 2015.

11 Ao falar em motivo justo, busca a exposição da necessidade de análise cautelosa do direito a ser perseguido com a demanda judicial, evitando o "aventureirismo" com demandas temerosas, na tentativa de tirar algum proveito de situações que prescindiam a utilização da Justiça. Assim, o trecho exposto não tem o condão de desfazer-se da convicção particular de quem utiliza o Poder Judiciário, mas de atentar para a ponderação e consequências da uma demanda judicial desvestida de fundamento justo.

12 BRASIL, Lei nº 5.869, de 17 de janeiro de 1973.

13 OLIVEIRA JUNIOR, Raimundo Frutuoso de. Aplicações da Análise Econômica do Direito. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3155.pdf> Acesso em 01 de março de 2015. p. 364.

14 Neologismo aplicado para tecer crítica a quantidade de demandas judiciais e a morosidade da solução dos conflitos.

ECONOMIC ANALYSIS OF THE PROCESS

ABSTRACT: In the present article, it seeks to draw a new perspective on the procedural phenomenon in what concerns the evaluation of the scope of its purposes, aiming to highlight a crucial point that is the economic aspect. The matter in focus is interesting because, because law is not a static science, always evolving. Thus, procedural Laws are also capable of evolution, they are part of this science. Hence the relevance of this topic is extracted, precisely, in the use of elements of economic theory to consider the effectiveness of the jurisdictional provision. Finally, it is intended to conclude a brief study on the economic analysis of the process, highlighting its importance in conducting legal-economic relations in society today, with a view to optimizing results.

KEYWORDS: Process. Economics. Analysis.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Bernardo Augusto Teixeira de. *A análise econômica do direito*: aspectos gerais. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 110, mar 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13019&revista_caderno=27>. Acesso em mar 2015.

BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. *Breves considerações acerca da Análise Econômica do Processo Judicial*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=363b688b0469919e>. Acesso em: 05 de março de 2015.

BRASIL, Lei nº 5.869, de 17 de janeiro de 1973.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Richard Posner e a tradição da análise econômica do Direito.* Revista Consultor Jurídico. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2014-set-28/embargos-culturais-richard-posner-tradicao-analise-economica-direito. Acesso em 03 de março de 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2007. Apud ROSA, Victor da Silva. Do Sincretismo Processual. Migalhas. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI193415,31047-Do+sincretismo+processual>. Acesso em 13 de Fevereiro de 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Manual de Direito Processual Civil.* 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2012.

OLIVEIRA JUNIOR, Raimundo Frutuoso de. *Aplicações da Análise Econômica do Direito.* Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3155.pdf> Acesso em 01 de março de 2015.

ROSA, Victor da Silva. *Do Sincretismo Processual*. Migalhas. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI193415,31047-Do+sincretismo+processual>. Acesso em 13 de Fevereiro de 2015.

SOEIRO, Susan Emily Iancoski. *A relação entre o direito e a economia.* In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12533&revista_caderno=27>. Acesso em mar 2015.

MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA: O PREQUESTIONAMENTO À LUZ DO CPC DE 2015

Eric Cesar Marques Ferraz*

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar brevemente a desnecessidade do prequestionamento nos recursos extraordinários e especiais quando se tratar de matéria de ordem pública que possa ser conhecida de ofício pelo juiz, desde que seja dado prévio conhecimento às partes cfr. art. 10 do CPC de 2015, em razão da sua importância para as garantias constitucionais do processo e de uma interpretação sistemática e ponderada sobre a questão. Para tanto nos dispusemos a analisar pensamentos de alguns professores de direito processual e jurisprudência no sentido de que seja permitido o conhecimento das matérias sem necessidade de prequestionamento, perfazendo uma singela análise do CPC de 73 e do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) fundamentando o presente texto nos princípios constitucionais do processo civil moderno e das novas tendências de um processo civil justo, eficiente e célere, pendente pela aplicação dos princípios da proporcionalidade e da ponderação, adotando desta feita uma interpretação mais neoconstitucional do que positivista, como encampado no novo *Codex*.

PALAVRAS-CHAVES: Prequestionamento. Matérias de Ordem Pública. Recurso Especial e Extraordinários. CPC/73 e Lei 13.105/15 Novo CPC. Novas Tendências do Processo Civil.

INTRODUÇÃO

Foi adotado no presente trabalho a linha de pesquisa científica, baseada na interpretação literal, teleológica, sistemática e histórica através do método de raciocínio lógico-indutivo, integrativo e criativo com vistas a contribuir modestamente para fomentar o debate e o conhecimento dentro da ciência processual civil.

* Advogado, Graduado e Pós-Graduado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo, Procurador do Município de SBC-SP.

A presente pesquisa teve como substrato a consulta, leitura e análise de livros, da legislação constitucional e infraconstitucional pertinentes ao tema, jurisprudência, bem como da doutrina científica e artigos especializados citados na bibliografia.

O objetivo do presente artigo é analisar sucintamente a desnecessidade do prequestionamento nos recursos extraordinários e especiais quando se tratar de matéria de ordem pública, que possa ser conhecida de ofício pelo juiz, desde que seja dado prévio conhecimento às partes cfr. art. 10 do CPC de 2015, em razão da sua importância para as garantias constitucionais do processo. Para tanto nos dispusemos a analisar pensamentos de alguns professores de direito processual e jurisprudência no sentido de que seja permitido o conhecimento das matérias sem necessidade de prequestionamento, perfazendo uma singela análise do CPC de 73 e do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) fundamentando a presente posição nos princípios constitucionais do processo civil moderno e das novas tendências de um processo civil justo, eficiente e célere, pendente pela aplicação dos princípios da proporcionalidade e da ponderação, adotando desta feita uma interpretação mais neoconstitucional do que positivista, como a encampada pelo NCPC.

Apesar da celeuma doutrinária e jurisprudencial, pensamos ser contrário a lógica do sistema imaginar que o Supremo Tribunal Federal ou o Tribunal Superior de Justiça, apesar de seu diferenciado e relevante papel, pudessem conhecer de um recurso extraordinário ou especial, se presentes os requisitos constitucionais para tanto e que passassem a julgar questão constitucional ou federal mesmo diante de óbice à existência ou validade do processo. Não nos parece razoável que estes Tribunais deixem de conhecer de matérias de ordem pública, apenas sob o argumento de que esta não teria sido alvo da devida apreciação pela instância inferior através do prequestionamento, visto que a presença dos pressupostos processuais e condições da ação é antecedente lógico do julgamento do mérito dos recursos pelo STF e STJ.

Seria um contrassenso, respaldar-se única e exclusivamente no requisito do prequestionamento, sem levar em conta uma análise ponderativa sobre a repercussão geral e social do fato em julgamento, conforme art. 5°, incs. XXXV e LXXVIII ambos da C.F., que garantem

a não exclusão do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito e a duração razoável do processo, sob a onda renovatória de acesso à justiça cristalizada pelos Professores Mauro Cappelletti e Bryant Garth, ou nos dizeres do Professor Kazuo Watabe "o direito a uma ordem jurídica justa", ademais com o advento do novo CPC em especial nos artigos 1.029 a 1.035 percebe-se que o mesmo é silente a respeito da matéria do prequestionamento, todavia o mesmo encampa alguns princípios e valores que devem ser sistematicamente e teleologicamente interpretados para afastar a obrigatoriedade do prequestionamente de matérias de ordem pública em especial com base nos art. 485 §3° do NCPC , que dispõe que o juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.

Mais uma vez, lembramos a crítica tão bem cabida do consagrado Professor Vicente Grego, apesar do mesmo se autodenominar um fatalista, temos esperança que os sucedâneos recursais sejam vistos com olhos cautelosos pelo Poder Judiciário sob pena de desvirtuar o espírito mais moderno e célere do novo código previstos principiologicamente em seus artigos 1° a 12°, enquanto pensamos que talvez uma boa forma de evitar sucedâneos procastinatórios seja acolher o posicionamento da desnecessidade de prequestionamento em matérias de ordem pública em determinados casos, que uma interpretação ponderativa opte por enfrentar a matéria sem necessidade de pré questionamento, haja vista que a repercussão geral tem neste caso maior importância do que o simples formalismo do prequestionamento.

Em atenção ao princípio da inércia da jurisdição (art. 2° do CPC/73 e do de 2015) e ao conceito de recurso, infere-se que o princípio dispositivo (art. 998 e 999 do novo CPC) aplicam-se aos recursos. Todavia faz se mister lembrar que o novo CPC traz muitas inovações sobre as normas fundamentais do processo civil , em especial os arts.1°, 6° e 8°, os quais ainda precisam chocar-se com a realidade dos fatos, para vermos a tendência jurisprudencial e doutrinária acerca deste tema.

CONSIDERAÇÕES ELEMENTARES SOBRE O TEMA

Iniciamos o singelo texto, emprestando-nos da conceituação de

recurso de renomados doutrinadores[1] como sendo:

> *"Define Barbosa Moreira recurso como remédio voluntário e idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação ou a integração de decisão judicial que se impugna.*
> *Tal conceito atende às peculiaridades do instituto para o Direito Processual Civil brasileiro, podendo ter maior ou menor extensão segundo a política legislativa adotada em cada país.*
> *Analisando ainda o conceito, temos que recurso é um remédio. Remédio que segundo Carnelutti, é um instrumento, portanto de correção, em sentido amplo".*

Segundo o consagrado Professor Moacyr Amaral dos Santos, em obra atualizada pela Professora Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen[2]: *"Recurso, é pois, o poder de provocar o reexame de uma decisão pela mesma autoridade judiciária ou por outra hierarquicamente superior, visando a obter a sua reforma ou modificação"*.

De acordo com ilustres Professores Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina[3] recursos são:

> *"os meios de impugnação às decisões judiciais previstos em Lei, que podem ser manejados pelas partes, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, com o intuito de viabilizar, dentro da mesma relação jurídico-processual, a anulação, a reforma, a integração ou o aclaramento da decisão judicial impugnada."*

Para um estudo mais aprofundado sobre a teoria geral dos recursos remetemos o leitor às Obras dos Professores Araken de Assis, *Manual dos Recursos*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. e do Professor Nelson Nery Junior, *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

O certo é que é inerente à natureza humana o inconformismo quanto à perda, seja ela material ou imaterial, como observamos na seara processual, o que leva as partes por meio dos recursos a tentarem

obter a reforma da decisão à qual sucumbiram além de ser uma garantia constitucionalmente assegurada em razão do duplo grau de jurisdição. Conforme ensinamento dos consagrados Professores, CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER[4]:

> *"A fim de que eventuais erros dos juízes possam ser corrigidos e também para atender à natural inconformidade da parte vencida diante de julgamentos desfavoráveis, os ordenamentos jurídicos modernos consagram o princípio do duplo grau de jurisdição: o vencido tem, dentro de certos limites, a possibilidade de obter uma nova manifestação do Poder Judiciário. Para que isso ocorra é preciso que existam órgãos superiores e órgãos inferiores a exercer a jurisdição.*
> *Fala-se, então, na terminologia brasileira, em juízos (órgãos de primeiro grau) e tribunais (órgãos de Segundo grau). Quer as justiças dos Estados, quer as organizadas e mantidas pela União, todas elas têm órgãos superiores ou inferiores. Acima de todos eles e sobrepairando a todas as justiças, estão o Supremo Tribunal Federal (cúpula do Poder Judiciário), e o Superior Tribunal de Justiça; a função de ambos é, entre outras, a de julgar recursos provenientes das Justiças que compõe o Poder Judiciário nacional.*

Não podemos adentrar no tema objeto deste artigo sem remeter o leitor à excelente obra da Professora Kátia Aparecida Mangone, intitulada *Prequestionamento e Questões de ordem pública no Recurso Extraordinário e Especial*, Ed. Saraiva, 2013, sob orientação do renomado Professor Cassio Scarpinella Bueno. Nesta tese de mestrado a referida Professora vai com a devida profundidade no tema em questão, no primeiro Capítulo do livro imergi em ilustres doutrinadores na busca das origens do Recurso Extraordinário, passando por Carlos Maximiniano, Pontes de Miranda, José Afonso da Silva, Pedro Lessa, Alcides de Mendonça Lima e chega a tendências conclusivas que a origem do Recurso Extraordinário advém do *writ of error*[5] dos americanos.

Em seguida passa às origens do estudo do Recurso Especial passando por nomes como Carlos Mário da Silva Velloso, Rodolfo de Camargo

Mancuso, Theotonio Negrão, Athos Gusmão Carneiro, José Carlos Barbosa Moreira, Nelson Luiz Pinto, Cássio Scarpinella Bueno e Maria Stella Villela Souto Lopes Rodrigues (pags. 34-39 da referida obra) quase que todos trazendo as origens do recurso especial na reestruturação constitucional de 1988, concluindo por fim a Professora[6]:

> *"Após a Leitura da doutrina, infere-se a importância do estudo e do enquadramento histórico desde o surgimento do recurso extraordinário, na Constituição de 1891, cujo nome se assentou no art. 102 do Regimento Interno de 1891 da Corte Suprema, observando-se o regime federativo do Brasil, assim como o surgimento do recurso especial na Carta de 1988. Nesse diapasão segue o estudo comparativo sobre as Cortes de Cassação de outros países e os Tribunais Superiores ora em análise".*

Ao analisar algumas cortes de outros países a referida Professora Kátia Aparecida Mangnone[7] traz ensinamento de José Afonso da Silva à pág. 39 " *Direito é fenômeno de cultura, reflete , pois, o espírito nacional. Por isso , não há, em dois povos, normas jurídicas idênticas; ainda que a forma de expressão, as palavras sejam idênticas, traduzidas* ipsis litteris, *o* substractum*, o conteúdo, há de ter profundas diferenças*" (SILVA, Afonso. Op. Cit., pag. 46 e 47), que o lendário Professor Enrico Tullio Liebman com a devida experiência vivida em duas culturas, já fazia a mesma advertência na introdução de sua clássica obra *Autoridade e Eficácia da Sentença.*

No transcorrer de sua obra, supracitada Professora remete-nos ao Professor Mauro Cappelletti, discípulo do discípulo de Giuseppe Chiovenda, que leciona que a Cassação nasceu na França com a revolução. Analisa algumas cortes de cassação por via reflexa como a francesa, italiana, espanhola, portuguesa às págs. 41 a 49, trazendo abalizadas lições de magistrados e doutrinados estrangeiros.

> *"No Recurso Especial e Extraordinário, há o rejulgamento da causa, quando presentes os requisitos para tanto. No Brasil, não há tribunal de Cassação, como existe na Itália e em outros países. O STF e o STJ, não se restringem a cassar a decisão*

> *recorrida, porém, eventualmente, podem anulá-la e determinar que outra seja proferida pela instância* a quo *(*error in procedendo*), o que será melhor analisado nos Capítulos III e V)".*

Nos capítulos subsequentes a Professora em tela, faz uma profunda análise sobre o prequestionamento e as matérias de ordem pública, abrindo um capítulo para cada tema, por fim faz uma análise com técnica impecável acerca da jurisprudências do STF e do STJ, nas suas diferentes turmas sobre o assunto, e acaba por concluir com respeitáveis argumentos pela necessidade do prequestionamento das matérias de ordem pública assim como a maioria jurisprudência. Posição que respeitamos, porém não concordamos como será demonstrado nas linhas abaixo.

RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIOS E O PREQUESTIONAMENTO DAS MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA

Iniciamos o segundo subitem discorrendo sobre norma[8] de ordem pública processual que é aquela que visa assegurar o correto exercício da Jurisdição, sem atenção destinada de modo direto aos interesses das partes da lide.

O Professor das arcadas Cândido Rangel Dinamarco[9] ensina que:

> *"São de ordem pública (processuais ou substanciais) referentes a relações que transcendam a esfera de interesses dos sujeitos privados, disciplinando relações que os envolvam mas fazendo-o com atenção ao interesse da sociedade, como um todo, ou ao interesse público. Existem normas processuais de ordem pública e outras, também processuais que não o são.*
>
> *Não é possível traçar conceitos muitos rígidos ou critérios apriorísticos bem nítidos para a distinção entre uma e outras. Como critério geral, são de ordem pública, as normas processuais destinadas a assegurar o correto exercício da jurisdição (que é uma função pública, expressão do poder estatal), sem a atenção centrada de modo direto ou primário*

> *nos interesses das partes conflitantes. Não o são aquelas que tem em conta os interesses das partes em primeiro plano, sendo relativamente indiferente ao correto exercício da jurisdição a submissão destas ou eventual disposição que venham a fazer em sentido diferente".*

Por sua vez o também Professor das arcadas Paulo Henrique dos Santos Lucon, leciona que as chamadas matérias de ordem pública estão relacionadas com o amplo espectro dos requisitos de admissibilidade da tutela jurisdicional. Podem e devem ser conhecidas de ofício pelo órgão jurisdicional, não se operando a preclusão (arts; 301, §4º, e 303, inc. II do CPC/73). Para o Professor a ocorrência de preclusão em determinadas situações é, em síntese, tutelar o resultado do processo. *"Na verdade, a razão de ser da possibilidade de o julgador conhecer das matérias de ordem pública nos diversos graus de jurisdição vai muito além do simples imperativo legal: diz respeito a uma diretiva superior, relacionada com o papel do juiz no processo civil moderno".* Em função da importância que tais matérias representam, o Estado-juiz está autorizado a declarar não estar disposto a exercer função jurisdicional[10].

Transposto o que vem a ser matérias de ordem pública, cuja definição é mais fácil tanto na doutrina quanto na jurisprudência, passemos agora a analisar o prequestionamento, cujo caminho é bem mais sinuoso e espinhoso.

O recurso especial e o recurso extraordinário previstos respectivamente nos artigos 541 a 546 do CPC e com respaldo na Constituição Federal artigos 102, III e 105, III, respectivamente, possuem um pressuposto de admissibilidade bastante específico e de difícil superação na prática, que é o chamado prequestionamento. Somente quando houver na decisão recorrida manifestação a respeito de lei federal ou de artigos da Constituição é que restará preenchido o requisito do prequestionamento (Cfr. Sum. 282 e 356 do STF e Súmula 98 e 211 do STJ).

Assim, por exemplo, se o tribunal não se manifesta a respeito de uma determinada questão jurídica, a qual envolve a aplicação de um determinado artigo de lei federal ou da Constituição não há prequestionamento do tema, salvo se houver a interposição de embargos de declaração, com fundamento na regra prevista do art. 535, II do CPC/73 (Cfr. MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda

Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, págs. 123 a 126).

Vejamos o que renomados Professores arguem sobre o tema:

O *"prequestionamento"*, para o Professor Cássio Scarpinella Bueno, deve ser entendido para todos os fins, como sinônimo de *"causa decidida"*, a despeito de a expressão não ser empregada na Constituição Federal, desde 1967. Com o fim de que o *"Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça desempenhem adequadamente a sua missão constitucional , de uniformizar a interpretação e aplicação do direito federal em todo o território brasileiro, é mister que eles julguem, em sede de recurso extraordinário e em sede de recurso especial, o que já foi decidido"*. Diferentemente do que insinua seu nome, o prequestionamento, segundo o autor, caracteriza-se pelo enfrentamento de uma determinada tese de direito constitucional ou de direito infraconstitucional federal na decisão a ser recorrida e não pelo debate ou pela suscitação da questão antes de seu proferimento. *"A palavra deve ser compreendida como a necessidade de o tema objeto do recurso haver sido examinado, enfrentado, decidido, pela decisão atacada."*[11]

Acerca do prequestionamento Teresa Arruda Alvim Wambier aduz que a noção de prequestionamento, como próprio vocábulo sugere, nasceu como sendo fenômeno que dizia respeito à atividade das partes. As partes é que "questionam", discutem ao longo do processo sobre a questão constitucional ou federal. A importância dessa atividade das partes sempre foi uma constante na evolução do instituto. Assim como ocorreu com as Constituições que lhe antecederam (a partir de 1946), a Constituição Federal de 1988 não mencionou expressamente o termo *"questionar"*.

> *"A noção de prequestionamento passou a referir-se, ao longo do tempo à necessidade de que constasse da decisão impugnada a questão federal ou constitucional". Prevaleceu o entendimento jurisprudencial de que o prequestionamento, como a presença da questão na decisão recorrida é imprescindível ao cabimento dos recursos extraordinário e especial. Segundo a autora, a postulação das partes perante o juízo* a quo*, embora não constitua requisito do recurso*

> *especial ou do recurso extraordinário é mecanismo muitas vezes imprescindível para viabilizar o cabimento dos referidos recursos para instâncias superiores."*

A exigência do prequestionamento decorre da circunstância de que os recursos especial e extraordinário são recursos de revisão. Revisa-se o que já se decidiu. *"São recursos que reformam decisões impugnadas, em princípio, com base do que consta das próprias decisões impugnadas"*[12].

Para o Professor Paulo Henrique dos Santos Lucon, o prequestionamento insere-se nos pressupostos de admissibilidade dos recursos endereçados aos tribunais de superposição brasileiros. Aduz que, na seara dos recursos especial e extraordinário, não há espaço para aplicação dos brocardos da *mihi facto, dabo tibi jus* ou *iura novit curia*, próprios das instâncias ordinárias. Isso em razão de que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não representam terceiro ou quarto grau de jurisdição[13].

Já para o Professor Miguel Garcia Medina o prequestionamento é um dos institutos controversos e multifacetados, sobre o qual pendem divergências. Afirma ser importante a uniformização dos entendimentos jurisprudenciais existentes sobre os requisitos de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário e em especial a configuração do prequestionamento, em todos os seus aspectos:

> *"A persistência do desacordo jurisprudencial a respeito, segundo pensamos, constitui, para aqueles que pretendem interpor recurso extraordinário ou especial, obstáculo de mais difícil superação que os próprios requisitos constitucionais dos referidos recursos. Prejudica-se, com isto, a realização de tão relevante função desempenhada no sistema jurídico pelos recursos extraordinário e especial e, consequentemente, a razão de ser das Cortes Superiores."*[14]

Entende José Miguel Garcia Medina que o prequestionamento seria ato privativo da parte, que deveria questionar previamente a matéria, isto é, invocá-la antes do julgamento. Já a questão federal ou constitucional

decidida constituiria ato privativo do tribunal, prescindindo de atividade prévia da parte. Para o doutrinador, a Constituição Federal exige apenas, para os recursos extraordinário e especial, que tenha havido questão federal ou constitucional decidida pelo tribunal, sendo desnecessário o prequestionamento, ou seja, sendo dispensável a discussão ou controvérsia prévia da matéria. José Miguel Garcia Medina aduz que, apesar de a Constituição Federal não mencionar, expressamente, o termo *"prequestionar"* como algumas das anteriores o faziam, isso não quer dizer que não há necessidade da presença da questão na decisão recorrida. O ilustre Professor conceitua o prequestionamento como sendo *"a atividade postulada das partes, decorrente da manifestação do órgão julgador (juiz ou tribunal) acerca da questão constitucional ou federal determinada em suas razões, em virtude do qual fica o órgão julgador vinculado, devendo manifestar-se sobre a questão prequestionada"*. Para o autor, *"o prequestionamento é constitucional porque não vai contra as normas constitucionais, servindo para instrumentalizar o conhecimento da questão constitucional ou federal pela decisão recorrida, decorrente da manifestação do princípio dispositivo e do efeito devolutivo perante a instância inferior"*[15].

Com o devido respeito às mais abalizadas opiniões a favor da necessidade do prequestionamento a respeito das matérias de ordem pública, tema central do presente artigo, posicionamo-nos pela desnecessidade do mesmo, haja vista: 1.) que em primeiro lugar há divergência com relação a própria conceituação do prequestionamento; 2.) em segundo não há previsão constitucional a respeito, o que via de regra não torna obrigatória o prequestionamento de matéria de ordem pública,; 3.) em terceiro lugar entendemos que há sempre ao menos, decisão implícita sobre matérias cognoscíveis *ex officio; 4.)* em quarto lugar nos casos de questões de ordem pública que, por sua natureza, não precluem e são suscetíveis em qualquer tempo e grau de jurisdição, além de serem cognoscíveis *ex officio*, o quesito do prequestionamento pode ter-se por inexigível, até em homenagem à lógica do processo e a ordem jurídica justa; 5.) em quinto lugar para fins de impugnação (efeito devolutivo), somente cabe recurso extraordinário/especial se for previamente questionada determinada questão jurídica pelo juízo recorrido. Para fins de julgamento com base no efeito translativo, entretanto, uma vez conhecido o recurso extraordinário/especial, poderá

o tribunal examinar todas as matérias que possam ser examinadas a qualquer tempo e por fim 6.) em sexto lugar temos o art. 485 §3 do Novo CPC que dispõe que o juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.

Por outro lado entendemos mais além, que o requisito de causa decidida, não necessita que a decisão enfrente neste caso a matéria de ordem pública, podendo esta ser conhecida de ofício desde que seja concedido contraditório prévio para as partes se manifestarem com fulcro no art. 10 do NCPC, para evitar ainda possíveis sucedâneos recursais ou ações autônomas de impugnação caso a matéria não seja conhecida, com o escopo de garantir um processo mais justo e eficaz, ao revés de formalista e burocrático, o que muitas vezes pode acontecer em razão da "jurisprudência defensiva dos tribunais", como podemos observar pelas Súmula 282 e 256 do STF, uma vez que há divergência jurisprudencial no STJ acerca do tema, bem como vozes doutrinária da melhor qualidade defendendo a não necessidade.

Como podemos perceber a seguir, os doutrinadores citados entendem pela possibilidade de conhecimento de questão de ordem pública, ainda que sem o prequestionamento da matéria. Parcela deles sustenta ser necessário que haja o conhecimento do recurso por outra matéria prequestionada para que se conheça da questão de ordem pública não prequestionada.

A renomada Professora Ada Pelegrini Grinover, em estudo sobre litisconsórcio necessário, leciona que, não tendo sido determinada a citação dos litisconsortes, a nulidade do processo é medida que pode e deve ser pronunciada pelo Superior Tribunal de Justiça, independetemente de prequestionamento, quando do julgamento do recurso especial interposto. Aduz que seria contrário à lógica do sistema imaginar que o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, apesar de seu diferenciado e relevante papel, pudessem conhecer de um recurso extraordinário ou especial, se presentes os requisitos constitucionais para tanto e que passem a julgar a questão constitucional ou federal mesmo diante do óbice à existência ou validade do processo. Não parece razoável à doutrinadora e no nosso entender também que, sendo o caso de conhecimento do recurso extraordinário ou especial, o STF ou o STJ deixem de conhecer de matéria de ordem pública, apenas

sob o argumento de que esta não teria sido alvo da devida apreciação pela instância inferior. *"A presença dos pressupostos processuais é antecedente lógico do julgamento de mérito e, nessa medida tais pressupostos são também antecedente lógico do julgamento do mérito dos recursos pelo STF e STJ. Às condições da ação aplica-se o mesmo raciocínio"*[16].

Para o consagrado Professor Paulo Henrique do Santos Lucon é dispensado o prequestionamento nas hipóteses em relação a matérias de ordem pública, que geram nulidade absoluta no processo, decretável até mesmo de ofício a qualquer tempo e grau de jurisdição, e às decisões proferidas nesses processos são nulas[17]. Em outra oportunidade, o autor aduz *"matérias relacionadas com as nulidades absolutas, condições da ação e pressupostos de constituição e de desenvolvimento do processo, em certos casos, vão muito mais além do que o requisito do prequestionamento"* Conclui que a violação da norma jurídica em razão da inobservância de matéria de ordem pública é de suma importância e não pode ser simplesmente desconsiderada pelo julgador nas instâncias especial e extraordinária. Cita as Súmulas 456 e 528 do STF. "*Por essa linha, estando comprovado o enfrentamento explícito dos dispositivos legais violados, nada impede que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, órgãos responsáveis pela preservação da ordem legal e constitucional, apreciem as demais violações"*[18].

O Ilustre Professor Nelson Luiz Pinto já se manifestou no sentido de que haveria sempre ao menos, decisão implícita sobre matérias cognoscíveis *ex ofício*[19].

Para o renomado Professor Rodolfo de Camargo Mancuso, nos casos de questões de ordem pública que, por sua natureza, não precluem e são suscetíveis em qualquer tempo e grau de jurisdição, além de serem cognoscíveis *ex offício*, o quesito do prequestionamento *"pode ter-se por inexigível, até em homenagem à lógica do processo e a ordem jurídica justa"*. Cita o binômio *"instrumentalidade do processo – efetividade da prestação jurisdicional"*, registrando que em algum modo se lhe agrega *"ao menos em espírito"*, o quanto vem disposto no art. 515, §3°, do CPC/73 que permite ao tribunal, nos casos do art. 267 *"julgar a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento"*[20].

De acordo com o ilustre Professor José Miguel de Garcia Medina, admitido o recurso, o Tribunal Superior deve se manifestar sobre a

ausência das condições da ação, por exemplo, o direito à espécie. Ressalta que tal orientação não dispensa a necessidade de prequestionamento para que o recurso seja conhecido. Exemplifica que não se admite recurso especial fundado em falta de condição da ação se esse tema não tiver sido enfrentado pela decisão recorrida. Entretanto, para o autor, interposto e conhecido o recurso especial com base em outro fundamento, a ausência da condição da ação poderá ser examinada de ofício pelo STJ[21].

Para o vanguardista Professor Fredie Didier Junior, se o recurso extraordinário ou especial for interposto por outro motivo e for conhecido (examinado ou admitido), poderá o STF ou STJ, ao julgá-lo, conhecer *ex officio* ou por provocação de todas as matérias que podem ser alegadas a qualquer tempo. Com o juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário, a jurisdição do tribunal superior é aberta. É assim que se deve entender a menção a *"qualquer tempo ou grau de jurisdição"* (art. 267, §3° do Código de Processo Civil de 73). Entende que a solução do problema passa pelo correto entendimento sobre o Enunciado 456 da Súmula da jurisprudência predominante do STF. Poderá o STF/STJ analisar a matéria que não fora examinada na instância *a quo,* porque o prequestionamento refere-se apenas ao juízo de admissibilidade. Para fins de impugnação (efeito devolutivo), somente cabe recurso extraordinário/especial se for previamente questionada determinada questão jurídica pelo juízo recorrido. Para fins de julgamento (efeito translativo), entretanto, uma vezconhecido o recurso extraordinário/especial, poderá o tribunal examinar todas as matérias que possam ser examinadas a qualquer tempo.[22]

Há sérias divergências, no entanto, quanto à necessidade de prequestionamento das chamadas "matérias de ordem pública", como por exemplo, as condições da ação e os pressupostos processuais já com o Código de Processo de 73 (Cfr. BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Introdução ao processo civil moderno*. 1 ª ed. São Paulo: Lex Editora, 2010, pag. 197). Por um lado se tais matérias podem ser conhecidas de ofício pelo juiz a qualquer tempo ou grau de jurisdição (art. 267, par. 3 do CPC/73) nada impediria a interposição de recurso especial ou recurso extraordinário tratando, por exemplo, da legitimidade de alguma das partes mesmo que o acórdão recorrido nada houvesse mencionado a respeito (Cfr. Tucci, José Rogério Cruz e, In *Lineamentos da Nova Reforma do CPC/73*, 2ª Ed, SP, RT, 2002, pag. 100 a 102) no

mesmo escólio Rodolfo de Camargo Mancuso , admite nesse caso a aplicação da regra prevista no art. 515, parágrafo terceiro do CPC/73 (In Rec. Ext. e Rec. Esp, 10 ed. SP, RT, 2007, pag. 312). Sobre o tema ver também, Rogério Licastro Torres de Mello em R. Esp. e Matéria de Ordem pública, (in: Rec. Exp. e Rec. Ext: Repercussão Geral e atualidades, Coord, de Rogério Licastro Torres de Mello, SP, método, 2007, p. 231.). Na Jurisprudência conferir o acórdão proferido pelo STJ, nos autos do RESP 734.904-CE, 1 ª Turma, rel Min. Teori Zavascky, D.J. 19/09/2005.

Porém, ao contrário do que tem afirmado a doutrina, a jurisprudência majoritária dos tribunais superiores, não admite a ausência de prequestionamento em hipótese alguma, mesmo que se trate de matéria de ordem pública (STJ. 1ª T. EARESP. 326.097-CE, rel. Min. Denise Arruda, j. 27/04/04, DJ. 24/05/04, STJ, 3ª T, ED. No AGA 377.285-PR, rel. Min. Ari Pargendler DJ. 02/09/02; STJ, RESP. 117.846 rel. Min. Adhemar Maciel, DJ. 01/09/97, STJ, Ag. Rg. no Ag 429.445 rel. Min. Menezes Direito, DJ. 26/08/02).

No entanto em razão de uma interpretação mais ponderada vem sendo admitido, que o tribunal de ofício possa tratar de matéria de ordem pública que não tenha sido prequestionada, no curso de um julgamento de um recurso especial ou recurso extraordinário que não trate de matérias de ordem pública em virtude do chamado efeito translativo que os recursos em geral possuem (MANCUSO, Rodolfo de Camargo; In. Rec. Ext. e Rec. Esp, 10 ed. SP, RT, 2007, pag. 314, MELLO, Rogério Licastro Torres de, Rec. Esp. E Matéria de Ordem Pública. In: Rec. Esp e Rec. Ext. Repercussão Geral e atualidades, Coord. Rogério Licastro Torres Mello, São Paulo, método, 2007, pag. 237) e STJ, 1ª T, Resp. 609.144 rel. min. Teori Zavascky, DJ. 24/05/04, STJ. Resp. 485.986, rel. Min. Eliana Calmon, j. 11/11/03, STJ. R. Esp. 655.479, rel. Min. Eliana Calmon, j. 04/05/2006.

Com relação ao posicionamento de consagrados doutrinadores destacamos que para o Professor Marcelo Magalhães Bonício:

> "*As matérias de ordem pública são muito valorizadas pelo sistema processual civil brasileiro, inclusive porque aumentam os poderes de atuação do juiz*" (BONÍCIO, Marcelo José Magalhães, In. Proporcionalidade e Processo, SP, Atlas, 2006, pag. 75).

> *"No entanto paradoxalmente, o mesmo sistema deixa de dar importância a essas matérias quando de forma rigorosa, exige o prequestionamento desse tema para admissão de rec. Esp. e R. Extr., como se de repente o interesse público deixasse de existir"* (Cfr. BONÍCIO, Marcelo J. M. Processo Civil Moderno, LEX editora, 2009, pag. 198).

De acordo com o Professor Rodolfo de Camargo Mancuso: "No modelo jurídico-político brasileiro nossos órgãos judiciais colegiados operam, em princípio, como cortes de revisão, podendo, em certos casos, atuar como instâncias de cassação: nesta última hipótese, agindo numa sorte de *custos legis* procedem a um contraste objetivo de legalidade acerca da estrutura formal do processo e da validade técnico jurídica do julgado, delibação essa que pode levar ao descarte da decisão recorrida, reenviando-se os autos ao juízo *a quo*. Aliás, bem por isso, os aspectos concernentes à existência e validade do processo, e às condições da ação, são cognoscíveis de ofício, a qualquer tempo e grau de jurisdição (CPC/73 , arts. 243 a 250; 267, §3°, 475, §3°, 515§§ 3° e 4 (*Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, e Ed. Ver. Atul. Ampl. São Paulo: RT. 207, pags. 21 e ,213.

Com relação ao efeito translativo como nos ensinam os renomados professores Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina:

> *"A possibilidade de o órgão* ad quem *examinar de ofício as questões de ordem pública não é decorrência do efeito devolutivo dos recursos em sentido estrito, nem da atuação do princípio dispositivo, mas do efeito translativo: o poder dado pela lei ao juiz para, na instância recursal, examinar de ofício as questões de ordem pública não arguidas pelas partes não se insere no conceito de efeito devolutivo em sentido estrito, já que isso se dá pela atuação do princípio inquisitório e não pela sua antítese, que é o princípio dispositivo, de que é corolário o efeito devolutivo dos recursos. Mesmo porque o feito devolutivo pressupõe ato comissivo de interposição do recurso, não podendo ser caracterizado quando há omissão da parte ou interessado sobre determinada questão não*

> *referida nas razões ou contrarrazões do recurso. Esta é a razão pela qual é perfeitamente lícito ao tribunal, por exemplo, extinguir o processo sem julgamento de mérito interposta apenas pelo autor, não ocorrendo aqui a reformatio in pejus proibida: há, em certa medida, reforma para pior, mas permitida pela lei, pois o exame das condições da ação é matéria de ordem pública a respeito da qual o tribunal deve pronunciar-se ex officio, independentemente de pedido ou requerimento da parte ou interessado (art. 267, VI e par. 3º, CPC). Dizemos em certa medida porque, na verdade, nem se poderia falar da reformatio in pejus, instituto que somente se coaduna com o princípio dispositivo, que nada tem a ver com as questões de ordem pública transferidas ao exame do tribunal destinatário por força do efeito translativo do recurso" (Cfr. MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recursos e ações autônomas de impugnação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013 , págs. 151 e 152).*

Sendo em síntese o efeito translativo como aquele que admite apesar do efeito devolutivo, que algumas matérias, poderão ser conhecidas de ofício, independentemente de requerimento ou arguição da parte, vide art. 267, par. 3º e 301 par. 4º, do CPC/73 e art 10. c.c. art. 485 §3º do NCPC, o que entendemos se aplica com a devida coerência aos Recursos Extraordinário e Especial, para conhecer matéria de ordem pública sem que estas sejam prequestionadas, sendo em nosso sentir a interpretação mais ponderada e mais condizente com os princípios do processo civil moderno. Remetemos ainda ao leitor a clássica obra da professora Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades do Processo e da Sentença*, onde o tema matérias de ordem pública é profundamente abordado.

Lembramos ainda que o efeito translativo não se confunde com o efeito expansivo ou extensivo, pois em decorrência deste efeito consideram-se sem efeito os atos ou decisões dependentes da decisão recorrida, naquilo em que forem incompatíveis com o julgamento do recurso. É decorrência do princípio da causalidade. Se o julgamento do recurso afetar outras decisões que não a recorrida, estar-se-á diante do efeito expansivo externo, se, porém o recurso fizer referência apenas

a um dos capítulos da sentença, que examina questão preliminar ou prejudicial, e o acolhimento do recurso repercutir no capítulo relacionado à questão subordinada estar-se-á diante de efeito expansivo interno, como no julgamento de agravo pendente de apelação.

BREVE ANÁLISE SOBRE O TEMA COM O ADVENTO DO NOVO CPC (LEI 13.105/15)

Observa-se que o novo código de processo civil é silente com relação a necessidade de prequestionamento, sendo assim entendemos que o mesmo perdeu uma boa oportunidade de disciplinar a material e dar maior coerência ao sistema recursal, em especial com relação a necessidade do prequestionamento de matérias de ordem pública para conhecimento em Rexp e Resp.

Já na Lei 13.105, do Novo Código Civil, o Recurso Extraordinário e Especial encontram-se previstos nos artigos 1.029 e seguintes. Percebemos ainda uma tendência do novo código de tentar descongestionar o STF e o STJ adotando o incidente de resolução de demandas repetitivas, conforme previsto do art. 1.029 do §4° que prevê a possibilidade considerando razões de segurança judicial ou excepcional interesse social, estender a suspensão a todo o território nacional, até ulterior decisão do recurso extraordinário ou do recurso especial interposto.

Observamos que o novo CPC absorveu bem novas tendências do direito processual que vêm sendo desenvolvidas em países da Europa e da América, em torno do que se convencionou chamar "acesso à justiça", sendo relevantes, a respeito, os sucessivos trabalhos publicados por Mauro Cappelletti , Bryant Garth, Luigi Paolo Comoglio e Vittorio Denti com relação ao acesso à justiça.

A concepção individualista do processo ficou superada, mostrando-se insuficiente para atender às exigências dos tempos modernos, de uma sociedade de massa cada vez mais consciente dos seus direitos, embora a grande maioria de seus membros, na prática, impossibilitada de executá-los pela dificuldade de acesso aos órgãos componentes do sistema judiciários. Daí o surgimento do fenômeno da litigiosidade contida (Ref. Prof. WATANABE, Kazuo, Acesso à justiça e sociedade moderna: In: *Participação e processo*. Coord. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 1988), ou, até mesmo,

cada dia mais o descrédito do Poder Judiciário é o surgimento de revolta dos cidadãos, que optam muitas vezes por usos próprios da violência, próprio de sociedades primitivas, o que é forçoso nos fazer repensar os mecanismos processuais de efetividade do processo.

Em suma, o que pretende essa corrente de pensamento é a abertura da ordem processual aos menos favorecidos da fortuna e à defesa de direitos e interesses supraindividuais, com a racionalização do processo, para que o mesmo seja um processo de resultados, não um processo de conceitos extremamente formal e burocratizado. O que se busca é a efetividade do processo, sendo indispensável para isso, pensar no processo como algo dotado de bem definidas destinações institucionais e que deve cumprir os seus objetivos sob pena de ser menos útil e tornar-se socialmente ilegítimo. Nesta revolução trazida à tona por esta recente doutrina, que foi bem digerida pelo NCPC, surge em tempos mais atuais em momento fértil para tanto, uma nova corrente de pensamento que está muito em discussão no meio acadêmico denominado neoconstitucionalismo que reflete diretamente no direito processual, o que alguns já têm intitulado de neoprocessualismo ou formalismo valorativo, haja vista absorção literal dos princípios e normas constitucionais como podemos observar no NCPC em seus arts. 1 a 12.

No capítulo VI, dentro do Título dos recursos do NCPC, são analisados os recursos para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça. Sendo que o primeiro destes recursos é o recurso ordinário previsto no art. 1027 do novo *Codex*, com o advento da Constituição Federal de 1988 e a criação do Superior Tribunal de Justiça, alterações ocorreram para análise dos recursos ordinários tirados contra denegações de *writs* em processo de competência originária dos tribunais, como os previstos no art. 1.027, incisos I e II, a do novo diploma processual e também com previsão constitucional nos arts. art. 102, II (Hipóteses de julgamento de Recurso Ordinário pelo STF) e art. 10, II (hipóteses de julgamento do Recursos Ordinário pelo STJ). Tem o recurso ordinário eminentemente finalidade de garantir o duplo grau de jurisdição nesses processos, diretamente ajuizados em instâncias superiores. Este recurso funciona também como uma apelação cível contra decisão proferida em processos existentes entre Estados estrangeiros ou Organismos internacionais e municípios ou pessoas domiciliadas ou residentes no Brasil (Cfr. art. 1.027, inc. II, letra b do

novo CPC).

Aos recursos ordinários é aplicável a mesma disciplina da apelação, quanto ao procedimento e aos pressupostos de admissibilidade como se observam nos arts. 1027, § 2° e 1.028 do CPC/15. Diante de tal previsão, não podemos negar cabimento de recurso adesivo aos recursos ordinários, similares em cabimento, procedimento e pressupostos da apelação.

Já na sessão II do supracitado capítulo VI o novo diploma processual civil trata dos Recursos Extraordinário e Especial. Estabelecendo Disposições gerais sobre os mesmos nos arts. 1.029 a 1.035, regulamentando o julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos nos arts. 1.036 a 1041 e na seção III, no art. 1.042 trata do Recurso de Agravo em Recurso Especial e em Extraordinário.

A definição das hipóteses de cabimento do Recurso Extraordinário e Especial, estão previstas respectivamente na Constituição Federal, nos arts. 102, II e 105, III. A finalidade do Recurso Especial é manter a integridade da legislação infraconstitucional, já a do extraordinário é manter a integridade das normas constitucionais. O novo CPC tenta traçar disposições gerais sobre os mesmos, dispondo que estes recursos nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão: a exposição do fato e do direito; a demonstração do cabimento do recurso interposto; as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão recorrida. O recorrido será intimado também para apresentar resposta em petição distinta. Estes recursos poderão ter efeito suspensivo, desde que requerido e concedido nos termos do art. 1.029 §5°. Recebida a petição do recurso pela secretaria do Tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 dias, findo o qual os autos serão remetidos ao Tribunal. A remessa ao Tribunal, dar-se-á independentemente de juízo de admissibilidade. Na hipótese de interposição conjunta dos referidos recursos, os mesmos serão remetidos primeiramente para o STJ detentor de prioridade.

Nos arts. 1.031 a 1.034, dispõe o NCPC sobre a interposição conjunta dos referidos recursos, e os possíveis conflitos de entendimento entre os respectivos tribunais no caso de julgamento e suas soluções. Por sua vez sendo admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao Tribunal Superior o conhecimento dos

demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado.

Para a interposição de ambos os recursos é necessário o prequestionamento, conforme podemos observar pelas Súmulas 320 do STJ e 735 do STF, posicionamento que não concordamos em razão de todo o exposto acima. Com relação às turmas recursais dos juizados especiais, só é possível interposição de recurso extraordinário e não de especial, conforme Súmula 640 do STF.

Ou ponto interessante regulamentado pelo NCPC diz respeito à repercussão geral a ser reconhecida pelo STF, para conhecimento do Recurso Extraordinário, sendo que para o efeito da repercussão geral será considerado a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo (art. 1035 §1°). O recorrente deverá demonstrar a repercussão geral, para apreciação exclusiva do STF, lembrando que desta decisão não cabe qualquer recurso. De outro canto o próprio NCPC no art. 1.035, § 3°, menciona os casos em que sempre haverá repercussão geral que ocorrem quando o acórdão contrarie súmula ou jurisprudência dominante do STF ou tenha sido proferido em julgamento de casos repetitivos e por fim quando tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da C.F.

Sendo que reconhecida a repercussão geral, o relator do Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional. O recurso que tiver repercussão geral reconhecida deverá ser julgado no prazo de um ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e pedido de *habeas corpus.* Outra importante regulamentação trazida pelo CPC de 2015 diz respeito ao Julgamento de Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos previstos nos arts. 1.036 a 1.041, visto que sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições da Subseção II , que trata do julgamento dos Recursos Extraordinário e Especiais repetitivos, sobre os quais não nos alongaremos visto que perderíamos o foco do presente artigo, mas fica aqui novamente o comentário de que o novo CPC, vem acertadamente regulamentado tais questões o que mais uma vez prova a busca pelas mais modernas tendências processuais civis com o escopo

de um processo justo, eficiente e célere.

Nesse contexto segundo o ilustre Professor Humberto Dalla Bernardina de Pinho[23]:

> *"Ao dizer que o Código será disciplinado de acordo com os valores e princípios, o legislador está adotando, expressamente, a teoria do direito processual constitucional. Grandes expoentes do direito processual (Merecem destaque, entre tantos doutrinadores, os seguintes: Trocker (1974); Capelletti e Tallon (1973); Comoglio, Ferri e Taruffo (1998); Morello (1988), já sedimentaram a teoria segundo a qual o direito constitucional é tronco da árvore e o direito processual é um de seus ramos. (...)*
> *A edição de novos Códigos é um sinal de ruptura com a modernidade, reduzindo o abismo antes existente entre o direito constitucional (e a interpretação ativa que vem sendo feita de suas normas), e o direito infraconstitucional. (...)*
> *O texto do art. 8° do CPC/2015 (art. 8°: ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.) É o fim da hermenêutica tradicional, baseada no silogismo: a norma é a premissa maior e o fato a menor. Nessa concepção, caberia ao juiz fazer o exame deste, em acordo com aquela. Para tanto seriam usados métodos como a interpretação literal, sistêmica, teleológica e comparativa.*
> *Agora a hermenêutica passa a ser neoconstitucional, pressupondo que as normas podem assumir a feição de regras ou princípios. As regras devem ser interpretadas de acordo com os Princípios. Havendo colisão de regras, usa-se a hermenêutica tradicional. Havendo uma contraposição de princípios, é preciso recorrer à técnica da ponderação, buscando ou uma composição destes ou a solução que melhor se adéque ao espírito constitucional.*
> *É bem verdade que essa nova hermenêutica*

aumenta, e muito, os poderes do juiz. Os mais alarmistas falam em ditadura do juiz. Cria-se portanto a necessidade de uma fundamentação mais profunda nas decisões judiciais. Uma fundamentação analítica, como assevera Marinoni. É o que chamamos do "fundamento do fundamento": as partes têm o direito de saber quais as premissas que o juiz levou em consideração para tomar aquela decisão.

Igualmente, embora já constitua um grande avanço, não é por si só suficiente. Há enorme discussão sobre a natureza da atividade hermenêutica, sobretudo a dificuldade da separação das fases da interpretação da aplicação, bem como os preconceitos que influenciam internamente o juiz.

É sem dúvida, o sinal de uma nova era, que merece portanto, um novo Código. (...)

Pensar em uma medida de urgência de ofício, envolvendo menores, idosos, hipossuficientes, ou ainda em hipóteses com grande dano a direito indisponível ou da própria coletividade é perfeitamente aceitável.

Porém, em litígios que envolvam partes maiores e capazes, e direitos patrimoniais, parece-me que a postura ativa do magistrado é de todo, desaconselhável.

Pelo menos essa restrição poderia ter sido incluída no texto, adotando-se, assim, um critério híbrido (meio ope legis*, meio* ope iudicis*).*

Nunca é demais lembrar que o juiz que age de ofício deve ter um extremo cuidado para que, mesmo involuntariamente, não venha a se aproximar das partes, ferindo a imparcialidade que deve nortear sua conduta na condução do processo.

Vulnerada a imparcialidade, comprometida também estará a isonomia, salvo se o juiz fundamentar analiticamente sua decisão, de modo a demonstrar que está garantida a igualdade no sentido material. (...)

Por outro lado, o novo CPC vai abrir uma nova perspectiva de contraditório, como se observa no

texto do art. 9º:
"Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.
Parágrafo único. O dispositivo no caput não se aplica:
I- à tutela provisória de urgência;
II- às hipóteses de tutela de evidência previstas no art. 311, incisos II e III
III- à decisão prevista no art. 701.
Importante observar que tal princípio terá aplicação específica e de grande importância em pelo menos duas situações reguladas pelo projeto.
A primeira diz respeito às decisões de inversão do ônus da prova que em hipótese alguma deve gerar surpresa para a parte atingida.
A segunda se refere aos provimentos de urgência solicitados, nos quais a efetividade depende exatamente da não comunicação à parte contrária. O juiz, num exame de ponderação de interesses entre acesso à Justiça e o contraditório, vai avaliar, no caso concreto, qual deles deve prestigiar. Em sendo deferida a media inautida altera pars, *ocorrerá o fenômeno do contraditório diferido ou postergado, que só é admitido em casos excepcionais e acompanhado da devida fundamentação analítica, como lembra Marinoni.*
Ainda sobre o princípio do contraditório, o art. 10 revela uma das grandes inovações do novo CPC:
Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobrem a qual deva decidir de ofício.
No CPC de 1973, o art. 128 dispõe que o juiz deve decidir a ação "nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa das partes".
Diante da restrição do atual art. 128, que se refere apenas às questões, a doutrina clássica invoca aqui o adágio iura novit curia, *segundo o qual o juiz seria livre na escolha e na aplicação dos fundamentos*

jurídicos.

Nesse sentido, José Rogério Cruz e Tucci entende que não existe impedimento para que o juiz requalifique juridicamente a demanda, enquadrando-a em outros dispositivos legais. (...)

Leonardo Greco propõe uma orientação mais restritiva, atentando para a liberdade das partes e também ao princípio da demanda, que atribui ao autor o poder de fixar seus limites objetivos e subjetivos. Nesse sentido, não se pode negar que a vontade do autor é fator essencial na definição dos limites do objeto litigioso e, por isso mesmo tem que ser respeitada. (...)

Em nossa visão, entre duas possíveis soluções extremadas, ou seja :

(1) manter o sistema atual segundo o qual o juiz pode alterar a seu bel-prazer os fundamentos jurídicos, ainda que sob o disfarce de modificar a norma aplicável; ou

(2) exigir que o juiz fique absolutamente adstrito aos fundamentos invocados pelas partes, ainda que vislumbre outro, mais adequado andou muito bem a Comissão ao buscar uma solução intermediária ou salomônica.

Pela leitura do dispositivo, vê-se que o juiz traz para os autos um fundamento que não havia sido alegado pelas partes, mas deve propiciar a manifestação destas antes de decidir.

Nessa hipótese quando o juiz traz para os autos um fundamento que não havia sido alegado, não está muito claro ainda quando, até que momento e de que forma fará ele essa inserção.

Por outro lado é preciso se atentar para a enorme mudança que será ocasionada pela parte final do novel dispositivo, quando determina que tal providência deverá ser tomada pelo juiz, ainda que a matéria possa ser examinada de ofício.

Doutrina e jurisprudência vêm caminhando no sentido de que tais matérias, hoje a partir da interpretação do art. 267, §3°, do CPC/1973, seriam condições para o regular exercício do direito de

> *ação, pressuposto processuais e as hipóteses de nulidade absoluta. São em verdade, os mesmos casos que autorizam a utilização da objeção de pré-executividade, na visão da orientação que prevalece no Superior Tribunal de Justiça".*

Parece nos que será um bom momento da jurisprudência e das súmulas dos Tribunais Superiores serem revistas em relação ao prequestionamento das matérias de ordem pública, haja vista o advento do novo CPC e as encampação de mudanças estruturais fundamentais no processo civil. Sendo assim vê-se no tema em discussão doutrinas em ambos os sentidos bem como posicionamento dos tribunais superiores a respeito do tema. Porém talvez seja hora de serem revistas Súmulas e Jurisprudências, para dar um pouco de coerência ao sistema, talvez uma solução híbrida possa ser adotada pelos Tribunais Superiores, para permitir o cabimento de Recursos para os Tribunais Superiores sem que haja sido realizado o prequestionamento de matérias de ordem pública do mesmo, podendo este prequestionamento por economia processual, ser diferido ou postergado para o próprio Tribunal Superior, desde que preenchidos os outros requisitos legais para a interposição do Recurso, com fulcro no art. 10 do novo CPC, trazendo assim uma solução mais harmônica e híbrida, a qual poderá ser decidida caso a casa pelo Tribunal Superior, evitando-se também a jurisprudência defensiva dos Tribunais, e atendendo aos princípios de um processo justo e eficaz. Tais matérias de ordem pública deverão ser ponderadas pelo Tribunal, sob eterna dicotomia entre a segurança jurídica e a efetividade da justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vem a luz o novo Código de Processo Civil, Lei n° 13.105/15, observando os princípios e novas tendências do processo civil moderno, no almejar de um processo justo e eficaz conforme prelecionam os processualistas modernos, bem como mais célere como já previsto em nossa CF. art. 5°, LXXVIII.

A pesquisa deste arquivo foi realizada concebendo-se o Direito como um sistema de acordo com o modelo constitucional do Processo, enfocando o Novo Código de Processo Civil diante da Constituição Federal, com fulcro em abalizada doutrina e jurisprudência.

O prequestionamento, visto como a presença de causa decidida na decisão recorrida há de ser relativizado como demonstrado argumentativamente abaixo em relação a matérias de ordem pública, que é toda aquela questão, que embora não especificada em rol taxativo pelo legislador, apresenta característica de interesse público, visando a proteção do sistema e da coletividade, e não especificamente aos interesses individuais das partes. Deve ser analisada em qualquer tempo e grau de jurisdição, sendo sua observância um ditame imperativo irrenunciável.

A partir das colocações feitas, consta-se que não existe posição pacífica sobre o tema tratado, sequer na doutrina, sequer na jurisprudência, acerca do prequestionamento das questões de ordem pública, ressaltando-se a importância do estudo pela ausência de uniformidade, o que gera dificuldades aos operadores do Direito. Ainda o conceito de prequestionamento não é o mesmo para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça, em especial observando-se o enunciado das Súmulas 282 e 356 do STF e 98 e 211 do STJ, bem como há divergência doutrinária a respeito.

Defendeu-se neste texto a desnecessidade de prequestionamento de matérias de ordem pública em Recurso Extraordinário e Especial, podendo as mesmas serem decididas de ofício pelo STF ou STJ, desde seja concedido contraditório prévio entre as partes, ainda que a mesma não tenha sido decidida na decisão recorrida. Ressalta-se que existem respeitadíssimas posições doutrinárias em sentido contrário a este posicionamento, e que a jurisprudência majoritária do STF e do STJ é na posição contrária a defendida neste artigo. Sendo que existe posicionamento jurisprudencial mais recente relativizando a rigidez da observância do prequestionamento de matéria de ordem pública. Nesse sentido a primeira Seção do STJ, em julgamento de Ação Rescisória em maio/2009, por maioria, que se aplicou o direito a espécie (Súmula 456/STF, por analogia), reconhecendo a falta de interesse de agir da ré na ação indenizatória originária por tratar-se de imóvel adquirido após implementação da restrição administrativa. Considerando que em sede de recurso especial é admitido o conhecimento de matéria de ordem pública, desde que a instância tenha sido aberta por outra questão, entendeu-se que esse entendimento deve ser adotado mo julgamento da Ação Rescisória, na qual o âmbito cognitivo do STJ é

muito mais amplo (R 2.075//PR, Rel. Denise Arruda, Rel. para Acórdão Jumberto Martins, julgado em 27/05/2009). A segunda turma do STJ em 17/09/2009, Rel. Mauro Campbell Marques, Resp. 765.970/RS, entendeu que, apesar da ausência de prequestionamento, por se tratar a alegação de ilegitimidade passiva da matéria de ordem pública, considerando que a instância especial foi aberta por outros argumentos, haverá apreciação da controvérsia, ainda que para dela não conhecer.

O presente artigo teve como objetivo analisar sucintamente a desnecessidade do pré-questionamento nos recursos extraordinários e especiais quando se tratar de matéria de ordem pública, e que possa ser conhecida de ofício pelo juiz, desde que seja dado prévio conhecimento às partes cfr. art. 10 do CPC de 2015, em razão da sua importância para as garantias constitucionais do processo. Para tanto nos dispusemos a analisar pensamentos de alguns professores de direito processual no sentido de que seja permitido o conhecimento das matérias sem necessidade de prequestionamento, perfazendo uma singela análise do e CPC de 73 e do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) fundamentando o presente nos princípios constitucionais do processo civil moderno e das novas tendências de um processo civil justo, eficiente e célere , pendente pela aplicação dos princípios da proporcionalidade e da ponderação, adotando desta feita uma interpretação mais neoconstitucinal do que positivista.

Com o devido respeito às mais abalizadas opiniões em favor da necessidade de prequestionamento a respeito das matérias de ordem pública, tema central do presente artigo, posicionamo-nos pela desnecessidade do mesmo, haja vista que: em primeiro lugar há divergência com relação a própria conceituação do prequestionamento; em segundo não há previsão constitucional a respeito, o que via de regra não torna obrigatória o prequestionamento de matéria de ordem pública; em terceiro lugar entendemos que que há sempre ao menos, decisão implícita sobre matérias cognoscíveis *ex oficio;* em quarto lugar nos casos de questões de ordem pública que por sua natureza, não precluem e são suscetíveis em qualquer tempo e grau de jurisdição, além de serem cognoscíveis ex offício, o quesito do prequestionamento pode ter-se por inexigível, até em homenagem à lógica do processo e à ordem jurídica justa; em quinto lugar para fins de impugnação (efeito devolutivo), somente cabe recurso extraordinário/especial se for previamente

questionada determinada questão jurídica pelo juízo recorrido já para fins de julgamento (efeito translativo), entretanto, uma vez conhecido o recurso extraordinário/especial, poderá o tribunal examinar todas as matérias que possam ser examinadas a qualquer tempo; em sexto lugar o art. 485 §3° que dispõe que o juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX do caput, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.

Por outro lado entendemos mais além, que o requisito de causa decidida, não necessita que a decisão enfrente neste caso a matéria de ordem pública, podendo esta ser conhecida de ofício desde que seja concedido contraditório prévio para as partes de manifestarem com fulcro no art. 10 d novo CPC, para evitar ainda possíveis sucedâneos recursais ou ações autônomas de impugnação caso a matéria não seja conhecida, com o escopo de garantir um processo mais justo e eficaz, ao revés de formalista e burocrático, o que muitas vezes pode acontecer em razão da "jurisprudência defensiva dos tribunais", como podemos observar pelas Súmula 282 e 256 do STF, uma vez que há divergência jurisprudencial no STJ acerca do tema, bem como doutrinária da melhor qualidade.

___

MATTERS ABOUT PUBLIC ORDER: THE PREQUESTIONING ABOVE THE LIGHT OF 2015 CPC

ABSTRATCT: This article aims to briefly analyze the unnecessary prequestioning the extraordinary and special features when it comes to matters of public order, it can be known *ex officio* by the judge, provided it is given prior notice to the parties cfr. art. 10 of 2015 CPC, because of their importance to the constitutional guarantees of the process and a systematic thoughtful interpretation of the question. For both set out to analyze the thoughts of some procedural law professors and jurisprudence in the sense that it allowed the knowledge of the subjects without prequestioning, making a simple analysis about the CPC 73 and the New Civil Procedure Code (Law 13.105/15) basing this on the constitutional principles of modern civil procedure and new trends of a just civil, efficient and speedy, pending the application of the principles of proportionality and balance, this time adopting a more neoconstitucional interpretation than the positivist, as well the new *Codex* has absorved, .

KEYWORDS: Prequestioning. Matters of Public Order. Special and Extraordinary Appeal. CPC / 73 and Law 13.105/ 15 New CPC. New Trends of Civil Procedure.

Notas

1 GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Vol. 2 , ed. Saraiva, ano 2.000, pag. 263.

2 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. Vol. 3., 27 ed. 2011, Saraiva. Pag. 104.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, págs. 36

3 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed., São Paulo, Malheiros, 2012.

4 MANGONE, Kátia Aparecida. Coordenação Cassio Scarpinella Bueno. P*requestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial*. 2013, Ed. Saraiva. pags. 24 a 29

5 Idem pag. 39 .

6 MANGNONE, Kátia Aparecida. *Prequestionamento e Questões de ordem pública no Recurso Extradordimário e Especial*. Ed. Saraiva, 2013, pag. 48.

7 O Professor Miguel Reale , em clássica obra ensina sobre a estrutura tridimensional do Direito, a demonstração de três aspectos básicos sobre diversos sentidos das palavra Direito: um aspecto normativo (o Direito como ordenamento e sua respectiva ciência); um fático (o Direito como fato, ou em sua efetividade histórica e social); e um sociológico (o Direito como valor de Justiça). O autor adverte que existe em toda regra um juízo de valor, cuja estrutura principal é esclarecer, estando no cerne da atividade do juiz ou do advogado. Fatos, valores e normas se implicam e se exigem reciprocamente, coexistindo em uma unidade concreta, refletindo na interpretação de uma norma para dar-lhe aplicação (*Lições preliminares de Direito*, 24 ed. 2. Tiragem. São Paulo, Saraiva. 1999, p. 34 e 64-66).

8 Para Cândido Rangel Dinamarco,"*Há normas processuais sobre competência que se relacionam intimamente com a estrutura do Poder Judiciário e cujo cumprimento é reputado essencial para a manutenção da ordem idealizada pelo constituinte e pelo legislador; tais normas estabelecem a competência absoluta, que não deve ser violada em hipótese alguma (v.g., competência da Justiça Federal ou das estaduais comuns: Const. Art. 109). Mas há também normas sobre competência que correspondem a meros critérios pragmáticos, às vezes visando facilitar a defesa de uma das partes e que, se violadas, nem por isso se compromete a qualidade do serviço jurisprudencial ou a estrutura judiciária (v.g., a competência do foro em que o réu tem domicílio: CPC art. 94); é por isso que a competência nesses casos, diz-se relativa e em certas circunstâncias pode ser alterada pela vontade das partes. Outro exemplo são as nulidades, que se dividem em absolutas e relativas segundo critérios substancialmente coincidentes com esses descritos (CPC, arts. 84, 246, 398 etc.)"* (Instituições de direito processual civil. 4. ed. ver. Atual. São Paulo: Malheiros. 2004, v. I, p. 69-70).

9 O consagrado Professor leciona ainda que " *Há sempre uma relação de legítima adequação entre as diversas situações jurídicas que levam o sujeito a valer-se do Poder Judiciário e as técnicas mediante as quais, segundo a ordem jurídico- processual, o serviço jurisdicional deve ser realizado. Essa relação tem forte conotação de ordem pública, porque as inúmeras variáveis processuais são instituídas também com a finalidade de propiciar ao Estado-Juiz a possibilidade de exercer seu mister de modo eficiente e em benefício da comunidade em geral – e não somente para beneficiar o sujeito concretamente necessitado da tutela jurisdicional"* (Instituições de

direito processual civil. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros. 2004m v. II, p. 39).

10 Paulo Henrique dos Santos Lucon afirma que *"exatamente para que isso não se torne regra e impeça a solução final do processo, para que o fenômeno da preclusão para as partes não ocorra é preciso que haja expressa previsão legal. Daí a razão, eminentemente de caráter metodológico, que justifica a existência do parágrafo 3° do art. 267 do Código de Processo Civil. Para o juiz, a preclusão não pode ser causa de perpetuação de injustiças. Em determinadas situações excepcionais, e dentro dos poderes que lhe são assim denominadas matérias de ordem pública, também conhecidas por objeções, autoriza-se a sua análise a qualquer tempo e grau de jurisdição ordinários"* (Recurso especial: ordem pública e prequestionamento. Revista da Procuradoria Geral de São Paulo, n. especial: 30 anos do Código de Processo Civil. Jan-Dez. 2003, p. 315-318).

11 SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. 2. ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2010. V. 5, p. 274 e 275.

12 MANGONE, Kátia Aparecida. Coordenação Cassio Scarpinella Bueno. *Prequestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial.* 2013, Ed. Saraiva. págs. 88.

13 LUCON, Paulo Henrique Santos. Repercussão Geral (ausência) Prequestionamento (ausência). Ofensa Indireta à Constituição Federal. Má-fé e ignorância. Danos decorrentes da demora do processo. *Revista de Processo*. n. 157/345, março 2008, p. 2008, p. 357 e 358.

14 MEDINA, José Miguel Garcia. Variações jurisprudenciais recentes sobre a dispensa do prequestionamento. *in* NERY jUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. São Paulo: RT. 2005. V.8, p. 281-287.

15 MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento. 3. ed. São Paulo. RT. 2002, p. 200-210 e 407 a 409.

16 Segundo Ada Pelegrini Grinover, o teor da Súmula 456 do STF *"aplicar o direito a espécie"* significa que sem qualquer margem de dúvida, passar pelo exame de matérias de ordem pública, observando não ser necessário o reexame de prova e não existindo qualquer óbice ao conhecimento do recurso especial. Quanto às Súmulas 528 e 292 do STF, entende que também são aplicáveis ao STJ e que reconhecem a nulidade do julgamento perante aqueles tribunais e autorizam que a admissão do extraordinário ou do especial por um fundamento, ou relativamente a uma parte autônoma do acórdão recorrido, enseje o exame do recurso pelos demais fundamentos ou com respeito aos demais capítulos do acórdão (Litisconsórcio necessário e efeito devolutivo do recurso especial. In: *O processo*: estudos e pareceres. São Paulo: DPJ Editora. 2006, p. 100-104).

17 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Repercussão Geral (ausência). Prequestionamento (ausência). Ofensa Indireta à Constituição Federal. Má-fé e ignorância. Danos decorrentes da demora do processo. *Revista de Processo.* n. 157/345, março 2008, p. 359.

18 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Recurso especial: ordem pública e o prequestionamento. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. N. especial: 30 anos do Código de Processo Civil, Jan-Dez. 2003, p. 326 e 237.

19 PINTO, Nelson Luiz. *Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça (Teoria Geral e admissibilidade).* 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros 1996, p. 182.

20 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT. 2007, p. 311 e 312.

21 MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral*: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário. 5. ed. rev. e atual. São Paulo, RT 2009, p. 96-97.

22 DIDIER JUNIOR, Fredie. Alegação de prescrição ou decadência em recurso extraordinário:

notas ao Código Civil de 2002. In: NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outros meios de impugnação às decisões judiciais.* São Paulo. RT. 2005. v.8, p. 119 e 120.

23 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo, Teoria Geral do Processo.* Vol. 1, 6. ed., São Paulo, editora Saraiva, 2015 , pags. 123 – 130.

REFERÊNCIAS

BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Introdução ao processo civil moderno*. 1. ed. São Paulo: Lex Editora, 2010.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo*: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed., São Paulo, Malheiros, 2012.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Alegação de prescrição ou decadência em recurso extraordinário: notas ap Código Civil de 2002, in NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo. RT. 2005. v.8,.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. Ed. ver. Atual. São Paulo: Malheiros. 2004, v. I.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. v. 1,2,3. São Paulo: ed. Saraiva, 2000.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Litisconsórcio necessário e efeito devolutivo do recurso especial. In: *O processo*: estudos e pareceres. São Paulo: DPJ Editora. 2006.

JUNIOR, Nelson Nery Junior e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coordenação). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e Assuntos Afins*, 2001, Ed. Revista dos Tribunais.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Recurso especial: ordem pública e prequestionamento. *Revista da Procuradoria Geral de São Paulo*, n. especial: 30 anos do Código de Processo Civil. Jan-Dez. 2003.

LUCON, Paulo Henrique Santos. Repercussão Geral (ausência). Prequestionamento (ausência). Ofensa Indireta à Constituição Federal. Má-fé e ignorância. Danos decorrentes da demora do processo. *Revista de Processo*, n. 157/345, março, 2008, p. 357 e 358.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10 ed. rev. ampl. E atual. São Paulo: RT. 2007, p. 311 e 312.
MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, e Ed. rev. Atul. Ampl. São Paulo: RT. 207.
MANGONE, Kátia Aparecida. Coordenação Cassio Scarpinella Bueno. *Prequestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial*, 2013, Ed. Saraiva.
MARINONI, Luiz Guilherme. *A Transformação do civil Law e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasi*l. Disponível em : www.professormarinoni.com.br.
MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
MEDINA, José Miguel Garcia. Variações jurisprudenciais recentes sobre a dispensa do prequestionamento. In NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. São Paulo: RT. 2005. V.8, p. 281-287.
MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento. 3. ed. São Paulo. RT. 2002.
MELLO, Rogério Licastro Torres de. R. Esp e Matéria de Ordem pública. In: *Rec. Exp. e Rec. Ext: Repercussão Geral e atualidades*, Coord. de Rogério Licastro Torres de Mello, SP, método, 2007, p. 231
PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*: Teoria Geral do Processo, vol. 1, 6. ed. , São Paulo, editora Saraiva, 2015.
PINTO, Nelson Luiz. *Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça (Teoria Geral e Admissibilidade)*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.
REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 24. ed. 2. Tiragem. São Paulo, Saraiva. 1999.
SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. vol. 1, 2 e 3., 27 ed. 2011, Saraiva.
SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. 2. Ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2010. V. 5, p. 274 e 275.

POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Grace Vieira de Souza Lins*

RESUMO: O presente trabalho pretende analisar a possibilidade jurídica de adoção por casais homoafetivos, apresentar em seu desenvolvimento o conceito de adoção, fomentar uma reflexão sobre o reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar. Serão ainda abordados alguns princípios constitucionais norteadores da possibilidade jurídica de adoção por casais homoafeitvos, como dignidade da pessoa humana, igualdade e melhor interesse da criança.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios constitucionais. Direito de família. Adoção. União Homoafetiva.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, a adoção por homoafetivos tem tido grande relevância por se tratar de um assunto de extensa peculiaridade, de uma delicadeza ímpar e de um expressivo valor para a sociedade contemporânea, enquanto priorização dos direitos das crianças e adolescentes.

Dito isto, é de suma importância a análise do tema, possibilidade jurídica de adoção por casais homoafetivos, pois, baseados na relação de afeto, estes tem o direito de constituir família e não podem ser excluídos, nem discriminados pela sociedade, merecendo assim proteção do Estado.

Ante a inexistência de regulamentação expressa na legislação brasileira sobre adoção por casais homoafetivos, surge o seguinte questionamento: existe possibilidade juridica de adoção por casais homoafetivos?

O presente trabalho de conclusão de curso terá por objetivo analisar a possibilidade jurídica de adoção por casais homoafetivos, um tema atual e polêmico que por não estar previsto em lei traz restrições à vida de algumas pessoas e é objeto de discussão pela sociedade e pelo direito.

* Graduada no curso de Educação Física na Universidade Federal de Sergipe - UFS/SE; Pós-graduada em Didática do Ensino Superior pela Faculdade São Luís de França/SE; Graduada no curso de Direito na Estácio FASE/SE; Servidora Pública no Tribunal de Justiça em Sergipe.

Sendo assim, o artigo aponta os aspectos sobre a entidade familiar, apresentando a sua diversidade na atual Constituição Federal Brasileira; trata sobre conceito jurídico de adoção; analisa as consequências do reconhecimento da união estável como entidade familiar; e por fim aborda princípios constitucionais norteadores da possibilidade da adoção por casais homoafetivos.

A metodologia aplicada no presente artigo pauta-se em pesquisa bibliográfica, através de livros, artigos e pesquisas que tratam da matéria, buscando, dessa forma, consubstanciar o mesmo, com a opinião de ilustres doutrinadores, assim como, em pesquisas jurisprudenciais, visando corroborar a tese da possibilidade jurídica da adoção por casais homoafetivos.

2 CONCEITO JURÍDICO E SOCIAL DA ADOÇÃO

Durante muitos anos, prevaleceu de forma única no Brasil um modo de adoção baseado no Código Civil de 1916, que tinha como prerrogativa dar filhos aos casais que não os podia ter, sem se preocupar muito com os direitos dos menores adotados.

Neste Código, era nítido o caráter contratual do instituto, pois era negócio jurídico bilateral e solene, uma vez que se realizava por escritura pública, mediante o consentimento das partes. O filho adotivo não quebrava o elo com sua família biológica, ou seja, o Código Civil de 1916 não integrava o adotado totalmente a sua nova família. (GONÇALVES, 2012).

A partir da Constituição Federal de 1988 (CF), o instituto da adoção passou a constituir-se por ato complexo e a exigir sentença judicial (GONÇALVES, 2012).

Com a sua ampliação esculpida no artigo 227, §6°, da CF, fixou-se o dever de um tratamento igualitário, indistinto para com a prole, seja biológica ou socioafetiva. Este parágrafo diz que filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos ou qualificações (BRASIL, 2015).

Já o artigo 227, §5° da CF, determina que a adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, ou seja, é dever do Estado garantir as crianças e adolescentes uma criação condigna, que lhes garanta o desenvolvimento de todas as suas aptidões em um ambiente de amor,

confiança, respeito, valores que configurem uma vida digna, logo, o Estado deve garantir a elas o direito a serem adotadas, quando estas não dispuserem de família consanguínea (VECCHIATTI, 2012).

Dessa forma a CF, juntamente com o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) - Lei 8.069/90, trouxe significativos avanços aos direitos menoristas, buscando o melhor interesse da criança, devendo sempre atender aos fins sociais e ao bem comum por tratar-se de direitos e interesses daqueles que se encontram em fase de desenvolvimento, ou seja, crianças e adolescentes (BETTIO, 2012).

Podemos perceber esse avanço no artigo 41 do ECA "a adoçao atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais", bem como no artigo 43 do ECA, "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e findar-se me motivos legítimos" (BRASIL, 2015, p. 927).

Imperioso ressaltar que a adoção no Brasil foi reformulada pela nova Lei da Adoção (12.010/2009), que introduziu inúmeras alterações no ECA e revogou expressamente alguns artigos do Código Civil de 2002 (CC) relativos a adoção, com o intuito de buscar o melhor para o adotando, criando laços de filiação e paternidade, com direitos e obrigações dali decorrentes (BETTIO, 2012).

O que se percebe em matéria de adoção, é que está passou então a ser consolidada pelo Estatuto da Criança e Adolescente, com alterações dada pela Lei da Adoção, trazendo em seu artigo 39, § 1°o seguinte conceito, "adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa" (BRASIL, 2015, p.927).

Diante dos requisitos para se efetuar a adoção, baseado no art. 42 do ECA, é possível perceber a inexistência no ECA e na Lei da Adoção critério impeditivo de adoção por causa da orientação sexual do adotante.

Como se vê, a adoção é uma medida de proteção e uma instituição de caráter humanitário, que tem por um lado, dar filhos àqueles a quem a natureza negou e por outro lado uma finalidade assistencial, constituindo um meio de melhorar a condição moral e material do adotado.

A adoção é modalidade de filiação constituída no amor, gerando

vínculo de parentesco por opção (DIAS, 2007).

Importa salientar que tal instituto é caracterizado por uma relação eminentemente de cunho afetivo, que faz com que o adotante passe a gostar de uma criança que não saiu do seu ventre, por tanto, o adotado, passa a ter status de filho independente de uma relação biológica.

Desse modo, a finalidade da adoção é oferecer um ambiente familiar favorável ao desenvolvimento de uma criança que por algum motivo ficou privada da sua família biológica. É dar a ela uma família na qual se sinta segura e amada, independente da orientação sexual dos seus pais.

3 ENTIDADE FAMILIAR E SUAS DIVERSIDADES ATUAIS

3.1 CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS

A luz do Código Civil de 1916, o conceito jurídico de família era limitado ao casamento, reconhecendo tão somente as famílias originadas do matrimônio, onde era admitido o sacrifício da felicidade pessoal dos membros de tal entidade, em manutenção do vínculo matrimonial, por isso era proibido o divórcio (GOMES, 2014).

Com o advento da Costituição Cidadã (1988), foi dado um amplo conceito a família, abrangendo os diversos modos de formação familiar, sendo geradas pelo afeto. Nessa linha, a proteção ao núcleo familiar deverá estar atrelada a tutela da dignidade da pessoa humana através de princípios gerais, sendo priorizada na doutrina e jurisprudência (GOMES, 2014).

O texto constitucional reconheceu expressamente, além da família tradicional, o princípio da pluralidade familiar. A família passou a receber proteção estatal, conforme preceitua o artigo 226 da CF de 1988 "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado"; tal proteção não é somente para aquela originada através do casamento, mas também para as múltiplas possibilidades de arranjos familiares fundadas no afeto (RODRIGUES, 2009).

Afirmado o afeto como base fundamental do Direito de Família atual, vislumbra-se uma variação inevitável, apresentando-se sobre tantas e diversas formas, quantas sejam as possibilidades de se relacionar e expressar o amor (RODRIGUES, 2009).

É inegável que a multiplicidade e variedade de fatores não permitem

fixar um modelo familiar uniforme, sendo mister compreender a família de acordo com os movimentos que constituem as relações sociais ao longo do tempo (FARIAS; ROSENVALD, 2013).

Prioriza-se, portanto, a família socioafetiva à luz da dignidade da pessoa humana, e seu fundamento passou a repousar sobe o afeto, na busca da realização pessoal dos seus membros, valorizando a dignidade de cada um deles, concebendo uma igualdade substancial ao casal, aos filhos e a todos que integram este ambiente doméstico e familiar (GOMES, 2014).

Este instituto passou a ser tratado como meio pelo qual a satisfação dos seus membros é fundamental, mantendo seguro os laços afetivos entre os mesmos. Essa afetividade deve ser aplicada como princípio em todas as entidades familiares.

Assim, com a constitucionalização do Direito Civil, a família adquiriu um conceito que está de acordo com Estado Democrático de Direito, sendo baseado no afeto e solidariedade, se justificando pela liberdade e afetividade dos seus membros. Essa ligação baseada no afeto, amor e felicidade é de extrema importância para o indivíduo, seja quanto à sua dignidade, seja quanto à sua personalidade (RODRIGUES, 2009).

3.2 UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR

O Código Civil de 1916 somente reconhecia o casamento como entidade familiar. Naquela ambientação, o casamento era a única forma de constituição da chamada família legítima, sendo ilegítima toda e qualquer outra forma de entidade familiar, ainda que marcada pelo afeto (RODRIGUES, 2009).

Hoje, o texto constitucional reconhece expressamente, além do casameto, a união estável como entidade familiar. Essa união decorre da convivência entre homem e mulher, com intuito de constituir família, despida das formalidades exigidas para o casamento (RODRIGUES, 2009).

Logo, para que exista a união estável é necessário que a relação afetiva seja pública, sendo preciso que os conviventes mantenham um comportamento notório, apresentando-se aos olhos de todos como se casados fossem, sendo reconhecidos como uma família perante a

sociedade.

Neste sentido, o intuito de constituir família é o requisito principal para caracterização da união estável, merecendo especial tutela estatal, pois a Constituição Federal confere status de entidade familiar à união estável já que existe ali a intenção de viver como se casado fosse (RODRIGUES, 2009).

Em relação a união estável homoafetiva, após anos de debates controvertidos na doutrina e jurisprudência, as mesmas, foram reconhecidas como entidade familiar pela decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no bojo da ADPF nº 132/DF e da ADI nº 4277/RJ, aplicando-se a ela, por analogia, todo o regramento legal destinado às uniões estáveis, de modo a suprir a lacuna da lei (GOMES, 2014).

No julgamento, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, julgada em maio de 2011, se faz relevante pontuar um trecho da ementa:

> 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO "FAMÍLIA" NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SOCIOCULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão "família", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma

> necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e vida privada" (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. (ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219- PP-00212)

Com essa decisão, foi atribuída ao artigo 1.723 do CC/02 uma interpretação conforme a CF, para excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento de uma união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar. Vejamos um tópico da ementa da ADI 4277, de maio de 2011, referente a esse assunto:

> 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA "INTERPRETAÇÃO CONFORME"). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou

> discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219- PP-00212).

Ademais, pacificando a controvérsia, em 16 de maio de 2013 o CNJ publicou a resolução nº 175 que obriga todos os cartórios a realizarem o casamento homoafetivo. Obriga também a conversão da união estável em casamento.

Interpretando a Constituição Federal, esta, não restringiu a família como decorrente da união amorosa formada por pessoas de sexo oposto e nem definiu o casamento civil como regra de família a ser seguida. Isso porque a CF não conceituou família, apenas fala que família é a base da sociedade, e também não proibiu as uniões homoafetivas (VECCHIATTI, 2012).

Atualmente, a afetividade é elemento essencial da família. Mesmo que não haja previsão legal para o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, devem ser respeitados os princípios e garantias fundamentais da Constituição, um sistema aberto de princípios e regras que deve ser mantido vivo, conforme a evolução da realidade social, sendo vedado qualquer tipo de discriminação (RODRIGUES, 2009).

Nessa linha de raciocínio dispõe Vecchiatti (2012), que em decorrência da interpretação extensiva ou analogia, uma vez reconhecida a entidade familiar decorrente das uniões amorosas entre pessoas de sexo diversos, deve ela ser igualmente reconhecida naquelas uniões formadas por pessoas do mesmo sexo, uma vez que o amor familiar existente nos dois casos é idêntico, visando a comunhão plena

de vida, em caráter estável, público, contínuo e duradouro, ou seja, visando a constituição de uma família.

O afeto passou a ter grande relevância e repercussão nas relações sociais familiares, na medida em que a sociedade e a legislação tem primado pela valorização do ser humano, tornando-se o vínculo familiar, algo além do vínculo meramente biológico.

É visivel a grande importância dada ao princípio da afetividade consagrado na CF/88, tendo em vista que foi por meio deste que se operaram as principais mudanças no âmbito do direito de família (DIAS, 2013).

A natureza afetiva do vínculo em nada a diferencia das uniões heterossexuais, merecendo ser identificada como união estável. Pois, preconceitos de ordem moral e a ausência de leis não podem levar à omissão do Estado, e nem o conservadorismo do Judiciário servem de justificativa para negar direitos aos relacionamentos afetivos que não têm a diferença de sexo como pressuposto (DIAS, 2007).

Estas uniões entre pessoas do mesmo sexo, ainda que não-previstas expressamente na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, fazem jus à tutela jurídica, já que se impõe que as uniões homoafetivas sejam identificadas como entidades familiares no âmbito do Direito das Famílias (DIAS, 2007).

4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE NORTEIAM A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Por não existir uma lei que regulamente a adoção por casais homoafetivos, por mais que seja reconhecida entre eles a união estável como entidade familiar, se faz necessário pautar-se nos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, igualdade e melhor interesse da criança para justificar o direito do casal homoafetivo em adotar e o direito das crianças e adolescentes serem adotadas.

Muito embora o princípio da dignidade da pessoa humana possua considerável relevância em relação aos demais, além dele, outros também se destacam, como sendo de louvável importância para a evidenciação da adoção por casais homoafetivos, como é o caso do princípio da igualdade e melhor interesse da criança. Estes princípios serão mais explorados a seguir.

4.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana é o mais universal de todos os princípios. É um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade (DIAS, 2013).

A valorização da pessoa humana e a sua proteção acima de qualquer outro valor visa proteger o ser humano do próprio ser humano, com isso a visão patrimonialista ensejou a preocupação do Direito com os valores que efetivamente trazem a felicidade às pessoas. Isso deixa claro que o ordenamento jurídico brasileiro passou a dar mais importância ao amor, afinal reconheceu-se a união estável unicamente pelo amor (VECCHIATTI, 2012).

Não há como negar que o Direito Brasileiro alçou a dignidade da pessoa humana a valor máximo de seu ordenamento jurídico, colocando-a como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Não obstante a inexistência de regulamentação expressa das relações homoafetivas, tem-se como princípio geral do direito que aquilo que não é expressamente proibido é permitido. Como a lei não proíbe expressamente as uniões homoafetivas, tem-se que o não reconhecimeto dos efeitos jurídicos a estas, caracteriza uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana (VECCHIATTI, 2012).

Em se aderindo à tese da proibição implícita da união estável a casais homoafetivos, estaria vedando a eles de maneira implícita os direitos e a dignidade conferidos às uniões heteroafetivas pela não extensão dos benefícios do direito de família (VECCHIATTI, 2012).

Diante disso, pode-se compreender que o princípio da dignidade da pessoa humana está ligado diretamente à liberdade das pessoas em constituírem suas famílias. Assim, sendo o princípio da dignidade da pessoa o alicerce à liberdade de escolha, inclui-se, neste contexto, o direito subjetivo da liberdade de orientação sexual, na concepção dos novos moldes familiares.

A formação da união homo ou heteroafetivas são fundamentadas no mesmo elemento, ou seja, o amor. Ambas são dignas de proteção de igual forma, pois pelo simples fato de serem pessoas humanas dotadas das mesmas capacidade, merecem que seja garantido o respeito a sua

dignidade (VECCHIATTI, 2012).

Para a concessão da adoção, o magistrado deve analisar as condições que vivem os casais homoafetivos, se estes mantém uma relação pública e ininterrupta, boa conduta moral e que tenham condições financeiras e psicológicas para adotar uma criança, presentes esses requisitos, não tem porque indeferir o pedido de adoção.

Negar a adoção para esses casais homoafetivos, que tem intuito de constituir famílila, seria tratamento preconceituoso, pois a própria CF/88, proíbe qualquer tipo de discriminação ou tratamento diferenciado.

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana garante a todos o mesmo respeito e a mesma dignidade pelo simples fato de serem pessoas humanas, sendo absolutamente irrelevantes quaisquer condições externas nesse contexto (VECCHIATTI, 2012).

4.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade foi recepcionado de forma expressa pela CF/88 em vários dispositivos, isso significa que juntamente com a aplicação desse princípio deve-se concretizar o combate aos meios discriminatórios existentes na sociedade.

Apresenta-se como direito à igualdade dirigido a todos os cidadãos, ou como princípio inserido no sistema constitucional brasileiro, cuja finalidade é uniformizar o regime das liberdades individuais.

Este princípio não se exaure no enunciado básico de que todos são iguais perante a lei, pois tal enunciado tende a desviar a atenção das diferenças, ignorando as variações interpessoais. Desse modo, a igualdade meramente formal poderia prejudicar os direitos homoafetivos, deixando de lado as diferenças que cada pessoa possui individualmente (CUNHA, 2010).

A principal diferença entre a igualdade formal e material, é que a primeira é a igualdade perante a lei, como podemos observar no artigo 5º da CF "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]", proibiu a discriminação com base no sexo, raça, credo religioso, trabalho e convicções políticas, conforme afirma o art. 3º, IV, CF que dispõe dos objetivos fundamentais da República Federativa: "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e

quaisquer outras formas de discriminação" (CUNHA, 2010).

Já a segunda é a isonomia na lei, ou seja, a exigência de um tratamento de igualdade a casos iguais, bem como a diferença em casos que necessitem de diferenciação. Está ligada à ideia de justiça social e distributiva, visa garantir a concretização real deste princípio (CUNHA, 2010).

Dessa forma, o princípio da igualdade exige a qualidade de sujeito de direito, ou seja, que se reconheça em todos, independentemente da orientação homo ou heterossexual, essa qualidade de sujeito de direito.

O princípio da igualdade serve como base de proteção da livre orientação sexual, que não pode ser vista como forma de discriminação, devendo todas as pessoas exigir respeito ao livre exercício da sexualidade.

Neste diapasão, não tem como impedir que casais homoafetivos não adotem uma criança ou adolescente por terem eles uma orientação sexual diversa da heterossexual, tendo em vista que os princípios constitucionais da dignidade e igualdade asseguram tal direito (CUNHA, 2010).

Diante de tal posicionamento, se consagra que o princípio da igualdade deve ser considerado, também, fundamento para o reconhecimento de direitos havidos entre casais homoafetivos, transpondo-se, no mesmo sentido, como embasamento garantidor do reconhecimento da possibilidade jurídica de adoção.

Além do que, a adoção está ligada a relação de afeto, amor, respeito, confiança, devendo ter em vista sempre o bem-estar da criança, e a sexualidade não pode servir de pretexto para o indeferimento da adoção.

Os casais homoafetivos possuem direitos reconhecidos constitucionalmente que lhe são inerentes, e não havendo por parte da Constituição restrição expressa acerca da adoção por casais do mesmo sexo, não poderão os mesmo ter tal direito restringido tendo em vista sua orientação sexual.

Por tanto, vincular a orientação sexual do adotante para deferimento da adoção por casais do mesmo sexo é inconstitucional, ferindo o princípio da igualdade previsto na CF/88.

4.3 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Os direitos da criança e do adolescente são universalmente reconhecidos, a previsão contida no ECA, ampara todos os menores

de 18 anos pois, estes necessitam de uma específica atenção por serem sujeitos em desenvolvimento, sendo dever do Estado garantir a integral proteção delas.

A possibilidade de serem adotadas quando não dispuserem de nenhum familiar consanguíneo vivo ou que não esteja apto a desenvolver tal função é dever do Estado (Vecchiatti, 2012).

O artigo 3º do ECA, diz que as crianças e os adolescente são conferidos todos os direitos fundamentais essenciais ao ser humano, sem que haja dano a sua proteção integral.

A Constituição Federal de 1988 trouxe a materialização do princípio do melhor interesse da criança como prioridade absoluta, assegurando ao adotando uma vida digna, atendendo as suas necessidades básicas (BETTIO, 2012).

Dessa forma, dispõe o artigo 227, *caput*, da CF os direitos fundamentais "à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar" (BRASIL, 2015, p.72).

O pedido de adoção deve sempre levar em consideração se o interesse do menor está realmente protegido. Deve sempre ser observada a condição da futura família de maneira ampla, compreendendo fatores de cunho econômico, social, cultural e sobretudo afetivo.

Para que se decida um processo de adoção, é prioritário observar se o candidato reúne certas características, tais como: equilíbrio emocional, estabilidade profissional, maturidade, disponibilidade afetiva para educar e criar uma criança, capacidade para amar, consciência do papel que irá desempenhar e ambiente familiar saudável. Todas essas características podem ser encontradas numa família homoafetiva.

Em observância aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da ampla proteção à família e no melhor interesse da criança e do adolescente, será considerada a possibilidade de adoção a casais homoafetivos, utilizando-se de regra extensiva quanto ao reconhecimento de entidade familiar.

Percebe-se que o mais importante em relação à decisão que defere o pedido de adoção é a capacidade do requerente de proporcionar à criança um ambiente familiar onde lhe seja concedido e ensinado valores de amor, carinho, respeito, confiança, desenvolvimento pleno e todos os demais que configurem uma vida digna (VECCHIATTI, 2012).

Ademais, a manutenção de crianças e adolescentes em abrigos ao argumento de que a adoção por casais homoafetivos não encontra previsão legal, lesiona o sistema jurídico constitucional e infraconstitucional como um todo, na medida em que fere frontalmente direitos e princípios consagrados, quer seja no que tange aos homoafetivos que não têm seus direitos efetivamente assegurados, quer seja em relação à manutenção de crianças e adolescentes aptos à adoção que ficam privados de inserção em uma família (VECCHIATTI, 2012).

Uma questão bastante levantada é sobre o prejuízo que uma cirança possa ter ao ser adotada por casais homoafetivos. Alguns dizem que esse tipo de adoção põe em risco o livre desenvolvimento da sexualidade do menor, que este seria influenciado por seus pais adotivos a seguir uma orientação diversa da que prevalece na sociedade.

Esse questionamento não merece prevalecer, pois, vários estudos foram feitos por psicólogos e psicanalistas nos últimos anos, afirmando que a orientação sexual dos pais em nada influencia o comportamento dos filhos (BETTIO, 2012).

Além do que, se realmente fosse indispensável para a heterossexualidade de um indivíduo que ele fosse criado por um casal hetero, como explicar o fato de aquelas crianças criadas por estes casais venham a se tornar homoafetiva, já que foram criadas em um ambiente considerado "adequado"[?] (VECCHIATTI, 2012).

Ante o exposto, vale citar a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerias, que concedeu a adoção ao casal homoafetivo, alegando principalmente o interesse do menor:

> APELAÇÃO CÍVEL. DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. ABANDONO DA CRIANÇA PELA MÃE BIOLÓGICA. ADOÇÃO POR CASAL DO MESMO SEXO QUE VIVE EM UNIÃO ESTÁVEL. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. REGISTRO DE NASCIMENTO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I - A destituição do poder familiar é medida extrema, só devendo ser concretizada se comprovada a impossibilidade de permanência do menor com os pais. II - Sempre que se tratar de interesse relativo às crianças e adolescentes, o magistrado deve se ater ao interesse do menor, considerando, para tanto, primordialmente, o

> seu bem-estar. III - O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceu a existência de entidade familiar quando duas pessoas do mesmo sexo se unem, para constituição de uma família. IV - A vedação à discriminação impede qualquer interpretação proibitiva de que o casal homoafetivo, que vive em união estável, adote uma criança. V - Demonstrado nos autos que a genitora, com histórico de conduta agressiva e envolvimento com prostituição, abandonou a menor entregando-a aos cuidados das requerentes, e que a convivência com o casal homoafetivo atende, de forma inequívoca, o melhor interesse da criança, a destituição do poder familiar é medida que se impõe, nos termos do artigo 1.638, II e III, do Código Civil. VI - O pedido de adoção deve ser deferido em nome de ambas as autoras, sob pena de prejuízos à menor de ordem material (direito de herança, alimentos, dentre outros). (TJMG - Apelação Cível 1.0470.08.047254-6/001, Relator(a): Des.(a) Bitencourt Marcondes, 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 02/02/2012, publicação da súmula em 13.02.2012)

Logo, podemos afirmar que a orientação sexual do indivíduo em nada influencia o menor, o que deve prevalecer em uma família é o amor, principal laço afetivo, que da à criança a capacidade de um desenvolvimento digno e feliz.

5 DESAFIOS ATUAIS E INCOMPREENSÕES QUE PERSISTEM

Mesmo depois do julgamento da ADPF nº 132/DF e da ADI nº 4277/RJ, bem como a Resolução 175 do CJN, que garante o reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar, uma parte da sociedade critica o relacionamento homoafetivo, discriminam e julgam esse novo tipo de família.

Apesar das várias transformações pela qual a sociedade vem passando, em especial a constituição de novas famílias, percebe-se que a mesma não

vê com bons olhos o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo e nem a adoção por casais homoafetivos, por achar que pais homoafetivos irão passar orientação sexual para as crianças, que haveria uma identificação destas com o modelo dos pais, o que as disvirtuariam, e isso não existe (BETTIO, 2012).

A sociedade não tem condições intelectuais nem tão pouco legais de se posicionar em relação ao tema, principalmente pelo conservadorismo que carregam até os dias atuais.

Com o tempo, a homoafetividade vem adquirindo transparência, sendo de suma importância que a legislação acompanhe as mudanças sociais. Cada vez mais casais homoafetivos estão assumindo sua orientação sexual e buscando a realização do sonho de estruturar uma família com a presença de filhos. A tentativa de negar ao par o direito à convivência familiar ou deixar de reconhecer a possibilidade de crianças viverem no seio dessas novas famílias perde cada vez mais espaço.

As garantias e princípios fundamentais devem ser respeitados e colocados em prática, a dignidade do ser humano deve estar à frente de todo o preconceito existente, direito de ser tratado igualmente, de ser respeitado como diferente em tudo é a individualidade de cada um e a sociedade precisa aceitar e passar a enxergar com a mente mais aberta os novos tipos de família que estão surgindo, principalmente a união entre pessoas do mesmo sexo.

Todas essas incompreensões e preconceitos atingem principalmente a construção de novas famílias, laços baseados no afeto. Isso faz com que muitas crianças sejam privadas de ter um lar, amor, carinho, educação e continuem desamparadas em abrigos.

Para se ter uma vida digna precisa-se que seja rompida essa discriminação e que seja aprovada a adoção por casais homoafetivos pela sociedade, pois a Justiça Brasileira já dá reconhece a união homoafetiva como entidade familiar.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legislação brasileira ainda é omissa quanto à regulamentação das relações homoafetivas e dos direitos que possuem essas famílias, especialmente no que tange ao instituto da adoção. Por isso, esse trabalho teve como objetivo analisar a possibilidade jurídica da adoção por casais homoafetivos, sendo certo que esse assunto não se esgotou.

Verificou-se através do primeiro tópico do desenvolvimento, o conceito jurídico e social da adoção, que a Lei da Adoção e o ECA não trazem critérios impeditivos de adoção por causa da orientação sexual do adotante.

Dando seguimento, foi abordado conceitos e características da entidade familiar, e através deste tópico se pôde perceber que foi reconhecida a união estável homoafetiva como entidade familiar, e com isso esses casais passaram a ter os mesmos direitos de uma união estável heteroafetiva, inclusive o de adotar uma criança.

Na sequência foi explanado os princípios que norteiam a possibilidade jurídica da adoção pelos casais homoafetivos que preencherem os requisitos da união estável, cujo vínculo familiar duradouro, público e notório, repousa na afetividade. Tais princípios como dignidade da pessoa humana, da igualdade, do melhor interesse à criança e ao adolescente, é que garantem essa possibilidade.

A jurisprudência vem demonstrando que é perfeitamente possível a adoção por casais homoafetivos e deixar de proteger tal direito seria uma flagrante discriminação com base na orientação sexual do indivíduo e um afronte ao princípios constitucionais.

Convém, por fim, registrar que a presente abordagem não tem a pretensão de ser definitiva, mas apenas o começo da discussão, pois toda mudança que acontece na sociedade precisa de uma proteção maior do Estado, para que os conflitos sejam resolvidos da melhor maneira possível.

LEGAL POSSIBILITY OF ADOPTION BY HOMOAFFECTIVE COUPLES

ABSTRACT: The present work intends to analyze the juridical possibility of adoption by homoaffective couples, to present in its development the concept of adoption, to encourage a reflection on the recognition of homoaffective civil union as family entity. It will still be covered some constitutional principles guiding the juridical possibility of adoption by homoaffective couples, such as human dignity, equality and best interests of the child.

KEYWORDS: Constitutional principles. Family Law. Adoption. Homoaffective Civil Union.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988). *Vade Mecum Saraiva*. Colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 13. ed. atual.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Vade Mecum Saraiva*. Colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 13. ed. atual.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Vade Mecum Saraiva*. Colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 13. ed. atual.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Lei n. 12.010, de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre Lei da Adoção e altera o Estatuto da Criança e Adolescente. *Vade Mecum Saraiva*. Colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 13. ed. atual.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277*. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277 Acesso em: abril de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível n° 1.0470.08.047254-6/001*. Relator(a): Des.(a) Bitencourt Marcondes , 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 02/02/2012, publicação da súmula em 13.02.2012

BETTIO, Carla Luciane. *A Possibilidade Jurídica de Adoção por Casais Homoafetivos*. Abril de 2012. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/A%20possibilidade%20jur%C3%ADdica%20da%20ado%C3%A7%C3%A3o%2002_04_2012.pdf Acesso em janeiro de 2015.

CUNHA, Anna Mayara Oliveira. *Adoção por casais homoafetivos*: Do preconceito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 79, ago 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8165>. Acesso em abr 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013.
DIAS, Maria Berenice. *A Família Homoafetiva e seus Direitos*. Revista do Advogado, São Paulo, v. 27, n. 91, p. 103- 111, maio 2007.
FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: Direito das Famílias. 5. ed., rev., ampl. e atual. Salvador, BA: Jus Podivm, 2013. v.6.
GOMES, Nelci. *A Pluralidade das Entidade Familiares*. Março de 2014. Disponível em:<http://nelcisgomes.jusbrasil.com.br/artigos/113890796/a-pluralidade-das-entidades-familiares Acesso em março de 2015.
GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: Direito de Família. 9. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2012. v.6.
RODRIGUES, Patrícia Matos Amatto. A nova concepção de família no ordenamento jurídico brasileiro**.** In**:** *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 69, out. 2009. Disponível em: http://www.ambito-Juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos. Acesso em nov. 2014.
VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da Homoafetividade*: possibilidade jurídica do casamento civil, união estável e adoção por casais homoafetivos. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, Método, 2012.

UMA REFLEXÃO ACERCA DO ESTADO COMO GARANTIDOR DOS DIREITOS BÁSICOS DAS PESSOAS TRANS

Guilherme Sampaio Dantas; Letícia Raquel Costa Rocha; Matheus Augusto Silva Dantas*

Cláudia Lais Costa da Silva Campos**

RESUMO: A análise apresentada nessa revisão considera que a transexualidade não deve ser definida pelo binarismo de gênero. Portanto, o foco da discussão se propõe a elaborar uma concepção a cerca da pessoa trans abrangendo mulheres e homens transexuais, travestis e pessoas trangêneros e identificar as alterações jurídicas e sociais para mudança de registro e uso do nome social. Contudo, o tema ainda necessita superar muitos desafios como o respeito da sociedade e a ausência do Estado na efetivação de direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Estado. Igualdade. Nome Civil. Nome Social. Pessoas trans.

1 INTRODUÇÃO

Quando se trata de justiça social, logo se lembra de quem a promove: o Estado. Percebe-se que a grande obra de Jean Jacques Rousseau, *Do Contrato Social*, aplica-se até os dias de hoje. Antes do nascimento automaticamente é realizado um contrato social entre o indivíduo e o Estado. Quando o produto da concepção torna-se indivíduo com plenos direitos e deveres, o Estado é obrigado, mediante tributos e impostos pagos, a garantir a inviolabilidade à vida, à saúde e integridade do cidadão; promover o acesso ao sistema de saúde, educação, oportunidade no mercado de trabalho, segurança, meio ambiente, saneamento básico,

* Alunos da Graduação em Direito da Universidade Tiradentes. Contato via e-mail: leti_costa_rocha@hotmail.com.

** Prof. Orientadora da Graduação em Direito da Universidade Tiradentes. Contato via e-mail: cacau_lais@hotmail.com.

moradia, arte e cultura.

Faz parte da égide do Estado, estabelecer a igualdade de gênero e propiciar a laicidade, visto que o regime político do país é a democracia. Nada é mais democrático que uma população mista como a brasileira tenha as mesmas oportunidades na vida, independente de gênero, cor, condição sexual ou religião, como diz o artigo 5º da Constituição Federal de 1988. É possível observar que o legislador sob o anseio da sociedade preocupou-se em proteger o cidadão e sua integridade, atribuindo para o Estado à obrigação de promover igualdade por via de políticas públicas. Contudo, é necessário que façamos alguns questionamentos: por que homens e mulheres possuem desigualdades salariais, profissionais e educacionais? Por que as pessoas transexuais são visivelmente discriminadas por setores diversos?

O Brasil possui uma democracia recém-formada pós-golpe militar datada em 1964, que durou 21 anos. Logo, pode-se encontrar algumas respostas para os questionamentos acima. A desigualdade brasileira entre homens e mulheres decorre da cultura machista e do patriarcado que insistia, e ainda persiste, em tentar estabelecer que a mulher seja apenas objeto sexual, sem liberdade ou independência. Possivelmente o preconceito que as pessoas transexuais suportam pode ser associado à essa cultura que estabelece a heteronormatividade como regra e tudo que se relacionar com o feminino será tido como inferior. Portanto, o presente artigo tem como objetivo analisar na esfera do ordenamento jurídico brasileiro, a burocratização dos Direitos Civis concedidos à pessoa transexual.

2 REVISÃO DA LITERATURA

2.1 MUDANÇA DE NOME COMO DIREITO INERENTE À PERSONALIDADE

A palavra nome deriva do *latim nomen*, do verbo *noscere* ou *gnoscere (*conhecer ou ser conhecido). Todavia, elenca o artigo 16 do Código Civil que toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome. Desse modo, o nome é a marca que individualiza o indivíduo no meio familiar e na sociedade, diferenciando-se dos outros elementos nos demais grupos.

No ordenamento jurídico brasileiro, a mudança de nome no registro civil está prevista para todos os cidadãos, somente quando ocorrer constrangimento e exposição ao ridículo mediante o nome, erros de grafia, homonímia (quando houver pessoa de nome e sobrenome idêntico ao seu), por adoção ou por meio de mudança de sexo. Nesta última, a alteração do nome não foi aceita durante um grande lapso temporal, mas atualmente há decisões e jurisprudências favoráveis a este tipo de procedimento.

Destarte, a Lei 6.015/73 define que os oficiais do registro civil não aceitem prenomes que possam expor as pessoas ao ridículo. Se houver insistência dos pais, o caso pode ser submetido à decisão judicial. A Lei também disponibiliza que, no primeiro ano depois de atingir a maioridade civil (18 anos), a pessoa poderá alterar o prenome, desde que não sejam modificados os sobrenomes. A cerca do direito ao nome, Roxana Cardoso Brasileiro Borges, assegura: "O prenome é considerado imutável. Embora a retificação seja possível, a regra é a de que não há mudança de nome, mas apenas a correção de um erro." (p.222).

Assim, pode-se afirmar que nesse procedimento se faz necessário provar que a mudança no nome não será usada a fim de evitar compromissos jurídicos, financeiros e etc. A colheita de provas poderá ser realizada através de certidões negativas da Justiça Federal, Justiça Estadual, Juizados Especiais, Cartório e distribuidor de protestos.

2.2 O PROCESSO DE PATOLOGIZAÇÃO QUANTO A MUDANÇA DE NOME DA PESSOA TRANS

Ao fazer análises simultâneas na forma de mudar o nome no registro civil através da Lei 6.015/73, percebe-se que tal mudança será feita mediante o constrangimento da pessoa detentora do nome. Trazendo a possibilidade de mudança de nome no registro civil sob a égide da transexualidade, questiona-se: o constrangimento é realizado quando a pessoa é submetida a um nome que não é aceito em determinada cultura, no entanto, a pessoa trans que não consegue de forma célere alterar o nome no registro civil, sendo constantemente submetida a situações desconfortáveis, nesse caso, não teria características suficientes para demonstrar constrangimento?

Imaginemos, por exemplo, uma mulher trans que vive há anos com

a imagem que sempre achou inerente a sua personalidade, profissional autônoma, paga impostos e tributos ao Estado como qualquer outro cidadão, possui família, amigos, cônjuge, clientes. Existe uma situação muito constrangedora quando essa pessoa se dirige ao Correios para buscar correspondências e nesse momento o funcionário se depara com pessoa Y e foto e nome na identidade X, causando desconforto para essa pessoa. Ou um homem trans que vai a uma loja de eletrodomésticos a fim de adquirir uma televisão, prestes a realizar um contrato de compra e venda com a empresa, é feito um cadastro para a realização do contrato, e mais uma vez a pessoa se depara com a situação e a sina de ter sempre que se explicar e afirmar a sua identidade.

Silvio Rodrigues traz um posicionamento da doutrina civilista brasileira à cerca da pessoa trans: "Um indivíduo de extrema inversão psicossexual, circunstância que o conduz a negar o seu sexo biológico e a exigir a cirurgia de reajuste sexual, a fim de poder assumir a identidade de seu verdadeiro gênero que não condiz com seu sexo anatômico." (p.330).

No que concerne a readequação de sexo para as pessoas trans, o Estado já a possibilita pelo SUS (Sistema Único de Saúde). Logo, os magistrados poderiam seguir o seguinte raciocínio: se é autorizada a mudança que transforma homem em mulher e vice-versa, o Estado também deve e pode permitir a mudança de nome e de sexo no registro de nascimento. Contudo, a questão da mudança de nome no registro civil para pessoas trans ainda é divergente e polêmica.

O Código Civil de 2002 dispõe no artigo 13 que: "salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes." Percebe-se, no entanto, que é justamente pelo envolvimento de supostos bons costumes (que está intimamente ligado ao machismo e patriarcado), que este dispositivo representa um obstáculo na vida da pessoa trans, tanto na mudança de nome no registro civil, quanto na cirurgia de adequação ao sexo. Faz-se mister saber, que o direito não pode ser excludente, a ponto de marginalizar minorias, assim como o Poder Judiciário não pode ser a ditadura das mesmas.

Em outras palavras, percebe-se como o Estado é incoerente com os princípios trazidos na Constituição Federal de 1988, a saber, o princípio da igualdade, no artigo 5º que prevê: "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."

Nesse momento questiona-se o papel do Estado na vida desses cidadãos quando este possui um princípio norteador de igualdade tão intenso e ao mesmo tempo esclarecedor, onde é cabível a esta instituição adotar políticas públicas com o intuito de não lesionar a integridade psíquica dessas pessoas.

No que concerne a mudança de nome e gênero no registro civil, há jurisprudências que reconhecem que não é preciso realizar a mudança de resignação de sexo, para haver a alteração no registro civil, visto que a cirurgia é tida apenas como complementação da identidade da pessoa trans, no entanto, existe um processo judicial burocrático, onde essas mesmas pessoas têm que enfrentar que é a chamada patologização da mudança de nome. Para melhor compreensão desse processo patologizador, verifica-se abaixo parte da ementa de apelação ao Tribunal de Justiça de São Paulo:

RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. TRANSEXUAL QUE PRESERVA O FENÓTIPO MASCULINO. REQUERENTE QUE NÃO SE SUBMETEU À CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO, MAS QUE REQUER A MUDANÇA DE SEU NOME EM RAZÃO DE ADOTAR CARACTERÍSTICAS FEMININAS. POSSIBILIDADE. ADEQUAÇÃO AO SEXO PSICOLÓGICO. LAUDO PERICIAL QUE APONTOU TRANSEXUALISMO. Na hipótese dos autos, o autor pediu a retificação de seu registro civil para que possa adotar nome do gênero feminino, em razão de ser portador de transexualismo e ser reconhecido no meio social como mulher. Para conferir segurança e estabilidade às relações sociais, o nome é regido pelos princípios da imutabilidade e indisponibilidade, ainda que o seu detentor não o aprecie. Todavia, a imutabilidade do nome e dos apelidos de família não é mais tratada como regra absoluta. Tanto a lei, expressamente, como a doutrina buscando atender a outros interesses sociais mais relevantes, admitem sua alteração em algumas hipóteses. Os documentos juntados aos autos comprovam a manifestação do transexualismo e de todas as suas características, demonstrando que o requerente sofre inconciliável contrariedade pela identificação sexual masculina que tem hoje. O autor sempre agiu e se apresentou socialmente como mulher. Desde 1998 assumiu o nome de "Paula do Nascimento". Faz uso de hormônios femininos há mais de vinte e cinco

anos e há vinte anos mantém união estável homoafetiva, reconhecida publicamente. Conforme laudo da perícia médico-legal realizada, a desconformidade psíquica entre o sexo biológico e o sexo psicológico decorre de transexualismo. O indivíduo tem seu sexo definido em seu registro civil com base na observação dos órgãos genitais externos, no momento do nascimento. No entanto, com o seu crescimento, podem ocorrer disparidades entre o sexo revelado e o sexo psicológico, ou seja, aquele que gostaria de ter e que entende como o que realmente deveria possuir. A cirurgia de transgenitalização não é requisito para a retificação de assento ante o seu caráter secundário. A cirurgia tem caráter complementar, visando a conformação das características e anatomia ao sexo psicológico. Portanto, tendo em vista que o sexo psicológico é aquele que dirige o comportamento social externo do indivíduo e considerando que o requerente se sente mulher sob o ponto de vista psíquico, procedendo como se do sexo feminino fosse perante a sociedade, não há qualquer motivo para se negar a pretendida alteração registral pleiteada. A sentença, portanto, merece ser reformada para determinar a retificação no assento de nascimento do apelante para que passe a constar como "Paula do Nascimento". Sentença reformada. Recurso provido.

(TJ-SP - APL: 00139343120118260037 SP 0013934-31.2011.8.26.0037, Relator: Carlos Alberto Garbi, Data de Julgamento: 23/09/2014, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/09/2014)

Desse modo, verifica-se que a pessoa trans precisa pleitear a apelação para retificação do nome, contudo, o juiz deverá solicitar laudos médicos e psicológicos, bem como buscar depoimento de testemunhas que convivem com a pessoa a fim de obter informações as quais os magistrados julgam necessárias. Porém, nesse trâmite é ignorado um princípio básico que é o da economia processual, onde o processo deve obter maior resultado com o mínimo de esforço.

2.3 O NOME SOCIAL: CARACTERÍSTICAS SINGULARES

O nome social pode ser definido como o nome pelo qual as pessoas trans e travestis se reconhecem, fazendo um contraste com o registrado em cartório que não revela sua identidade de gênero. Segundo, Rodrigo Mendes Cerqueira – Procurador Chefe da Fundação Cultural do Pará –

e valendo-se da legislação paraense, o nome social diverge-se do nome civil nos seguintes aspectos:

(a) só pode ser utilizado por travestis e transexuais (atenção, o nome social não é utilizado por homossexuais);

(b) só pode ser adquirido posteriormente ao nome civil;

(c) é livremente escolhido, devendo ser fruto, também, do reconhecimento de uma alcunha notoriamente atribuída a um sujeito;

(d) deve ser aceito pelo seu usuário;

(e) não pode ser alterado;

(f) goza de preferência sobre o nome civil, devendo ser utilizado sempre que o uso do nome civil não seja obrigatório nos termos de qualquer outra legislação.

Além dessas características, outras duas são de extrema relevância para, sendo elas a que o indivíduo deve ter 18 anos completos, ou seja, ser maior de idade e que deve ser uma escolha pessoal deste. Atentando-se a estes últimos é necessário esclarecer que a legislação brasileira, segundo o Art. 4º do Código Civil, declara o menor de 18 (dezoito) anos incapaz legalmente, logo não possui a capacidade de exercer todos os seus direitos. Tendo em vista isto, é chegada a conclusão de inviabilidade de um menor escolher seu nome social, sendo que o mesmo o acompanhara de forma vitalícia e, em caso de arrependimento, não há previsão para numa nova mudança. De forma parecida, não cabe aos pais ou tutores escolher o nome social para o indivíduo, pois os mesmos estariam declarando a pessoa como tras, escolhendo novamente a sexualidade deste. Para Rodrigo Cerqueira, o nome social é, justamente, uma forma célere de se tentar substituir, para as relações cotidianas, o nome civil que foi escolhido pelos pais e se revelou incompatível com a identificação sexual do seu usuário. Contudo, são feitos alguns questionamentos sobre o tema, como: é cabível ao governo e outros órgãos públicos e/ou privados sua aceitação?

2.4 NOME SOCIAL SOB A ÓTICA LEGAL

Atualmente no Brasil, mais do que nos outros anos, o número de pedidos por parte de indivíduos transexuais e travestis para alterar seus nome civis vem aumentando. Tais pedidos fizeram com que instituições públicas e provadas em todo o território nacional passassem a utilizar o

nome social de pessoas transexuais e travestis. Outro fato que também representa um grande avanço, foi o ocorrido no dia 28 de maio de 2016. A então presidenta Dilma Rousseff assinou um decreto que permite que os portadores de nomes sociais o utilizem em órgãos do Poder Público Federal, tais como: Sistema Único de Saúde (SUS), ministérios, empresas estatais, etc. Contudo o nome social ainda não pode ser usado para registro em documentos, pois para isso se faz necessária a aprovação de uma lei. Nas palavras de Rogério Sottili,

> *"Este é um instrumento de cidadania, de reconhecimento do outro. É tirar da invisibilidade pessoas que querem ser reconhecidas com a identidade que ela escolheu para viver o resto da vida. Isso* não existia no Poder *Público federal. Não é ainda o sonho nosso. O sonho é que tenha uma lei que, de fato, possibilite de forma ágil, barata, para todo mundo a mudança de nome".*

2.5 IMPORTÂNCIA DO NOME SOCIAL PARA POPULAÇÃO BRASILEIRA

Longe de ser apenas mais um ato legislativo – sem, contudo, menosprezar sua extrema importância legal – o nome social é um avanço no combate e principalmente na aceitação de pessoas as quais simplesmente não se reconhecem da maneira como nasceram.

Visto sob a ótica social, este avanço significa mais pessoas capacitadas em vários setores da sociedade, mais incentivadas a prestar seus serviços à comunidade, do ponto de vista psicológico o(a) cidadão(ã) sentir-se-á melhor consigo mesmo e mais confortável com aqueles que o cercam e sob a visão jurídica, é uma clara evolução do Direito brasileiro, visto que é um passo na direção da igualdade social.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através de pesquisas bibliográficas e conteúdos da internet foi constatada a dificuldade para mudança do nome civil e gênero para o social, devido a várias questões burocráticas, sociais e governamentais. Contudo, inegavelmente o uso do nome social se faz necessário para

assegurar o direito à personalidade e dignidade da pessoa humana, tornando-se assim uma das maiores conquistas desse grupo.

REFERÊNCIAS

AUMENTA o uso do nome social em escolas públicas de São Paulo. Disponível em: http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2016/06/aumenta-o-uso-do-nome-social-em-escolas-de-sao-paulo-1720.html.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos da personalidade e autonomia privada*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CERQUEIRA, Rodrigo Mendes. *Nome social*: propósito, definição, evolução histórica, problemas e particularidades. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/45219/nome-social-proposito-definicao-evolucao-historica-problemas-e-particularidades.

CONSELHO LGBT garante uso do nome social em escolas e instituições. Disponível em: http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/03/conselho-lgbt-garante-uso-do-nome-social-em-escolas-e-instituicoes.

OAB aprova uso de nome social em carteira da entidade. Disponível em: http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/05/oab-aprova-uso-de-nome-social-em-carteira-da-entidade.html.

RODRIGUES, Gustavo. *Nome Civil X Nome Social*. Disponível em: http://gustavorodriguesgr18.jusbrasil.com.br/artigos/111988247/nome-civil-x-nome-social.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Apelação Cível disponível em: http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141603228/apelacao-apl-13934312011826003 7-sp-0013934-3120118260037

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social.* Tradução de Ricardo Rodrigues da Gama. 1. ed. São Paulo: Russel, 2006.

TRANSEXUAIS e travestis poderão usar nome social no serviço público federal. Disponível em: http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/04/dilma-autoriza-gays-usar-nome-social-no-servico-publico-federal.html.

O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: UM INSTRUMENTO PARA CONCRETIZAR O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Luan Carlos Barros Santos*

RESUMO: Uma das inovações do Código de Processo Civil de 2015 é a ampliação do rol, bem como a sistematização dos precedentes judiciais obrigatórios. Trata-se de um instituto cuja origem está nos países que aderiram à tradição do *common law*, cujo escopo é proporcionar maior segurança jurídica e isonomia aos jurisdicionados. Com isso, pretende o legislador obter maior uniformidade jurisprudencial, de modo a evitar julgamentos distintos para casos idênticos, como também garantir maior previsibilidade das decisões judiciais. Essa forma de argumentação jurídica pautada nos precedentes é um divisor de águas na cultura jurídica brasileira, na medida em que exige novas formas de operacionalização do sistema, e uma linha argumentativa com a qual o brasileiro ainda é pouco familiarizado. Isso pode, contudo, propiciar um aprimoramento da prestação jurisdicional no país.

PALAVRAS-CHAVE: Precedentes judiciais. Segurança jurídica. Previsibilidade.

1 INTRODUÇÃO

Historicamente a porção ocidental do planeta foi marcada pelo surgimento de duas grandes tradições jurídicas. Uma, o *common law*, teve origem nos países anglo-saxões e têm na jurisprudência a fonte primeira do direito, tendo ocorrido nesses países o desenvolvimento do sistema de precedentes judiciais. De outro lado, a *civil law*, que encontrou terreno fértil na Europa continental e caracteriza-se no primado da lei.

Atualmente, porém, assiste-se ao fenômeno da mundialização do direito, em que a troca de informações entre as diferentes culturas é intensa. Esse ambiente tem servido para que soluções jurídicas

* Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Ex-estagiário do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

desenvolvidas dentro de determinadas tradições sejam aplicadas em outras, o que representa uma das várias facetas da globalização. Nesse contexto, o ordenamento brasileiro desenvolveu um microssistema próprio de precedentes vinculantes, sob a influência do que se construiu ao longo de anos nos países seguidores da *common law*.

Ao longo da história, o direito brasileiro tentou estabelecer alguma intimidade com o sistema de precedentes, especialmente quando vigoravam os assentos da Casa de Suplicação e os prejulgados. Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, assiste-se a uma intensa produção legislativa que vem incorporando progressivamente institutos ligados aos precedentes com força vinculante, conforme anota Thomas da Rosa de Bustamante:

> Com efeito, desde a promulgação da Constituição de 1988, testemunhamos no Brasil um vasto número de leis e emendas à Constituição destinados especificamente a promover a "Reforma do Poder Judiciário", cuja tônica foi e é, ainda, a ampliação da força vinculante dos precedentes dos tribunais superiores e a criação de um modelo processual pautado pelos princípios da 'celeridade' e da 'eficiência.'[1]

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, a valorização da força normativa dos precedentes adquire uma nova roupagem: amplia-se o rol de precedentes judiciais cujos efeitos passam a ser dotados de força vinculante e adota-se um sistema adequado de operacionalização, inspirado na prática consolidada nos países anglo-saxões.

O escopo da nova legislação é garantir isonomia e segurança jurídica ao jurisdicionado, impedindo que o pessoalismo interfira nas decisões judiciais. É prudente, portanto, afastar a ideia de que o sistema de precedentes é uma afronta à autoridade dos juízes e um fator inibitório da evolução do direito.

Deve-se compreender que o *staredecisis* enaltece a unidade da jurisdição, a segurança jurídica e a igualdade. Diante dessas razões, é fundamental que haja deferência aos precedentes vinculantes dentro de um Estado Democrático de Direito. A corroborar com essa linha de pensamento, Luiz Guilherme Marinoni leciona o seguinte:

> O juiz e os órgãos são peças dentro de um sistema de distribuição de justiça. Para que este sistema possa realmente funcionar em um Estado de Direito, cada um dos juízes deve se comportar de modo a permitir que o Judiciário realmente possa se desincumbir dos seus deveres perante os cidadãos, prestando a tutela jurisdicional de forma isonômica e com coerência. Deveria ser evidente, mas não é, que o cargo de juiz não existe para que aquele que o ocupa possa proferir "a sua decisão", mas para que ele possa colaborar com a prestação jurisdicional – para o que a decisão, em contraste com o precedente, nada representa, constituindo, em verdade, um de serviço.[2]

O Código de Processo Civil de 2015 apresenta em seu artigos 926, 927 e 928 as regras básicas relativas ao sistema de precedentes judiciais vinculantes, objetivando consagrar os princípios da segurança jurídica e da isonomia. Inaugura-se com isso uma nova fase na história do direito brasileiro, em que a legislação processual intenta tornar a jurisprudência brasileira mais estável e previsível, bem como incentivar um aprimoramento na forma de argumentação jurídica em postulações e decisões.

2 CONCEITO E A ESTRUTURA DO PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE

A construção do conceito de precedente judicial não é tarefa fácil. Trata-se de elemento atinente à Teoria Geral do Direito, cujo conhecimento é basilar para a compreensão do funcionamento do sistema jurídico como um todo. Dessa forma é interessante examinar o significado de precedente, que, segundo Lucas Buril de Macêdo, em referência a Duxbury, *é um evento passado que serve de guia para a ação presente*.[3] Dessa forma, o precedente tem implicações em diversos campos do saber, até mesmo no dia-a-dia, pois consiste numa forma racional de tomada de decisões.[4] Este trabalho, porém, foca o estudo do precedente no universo jurídico, razão pela qual é o conceito de precedente judicial que ora se investiga.

Lucas Buril de Macêdo, fazendo alusão à Karl Larenz, defende que precedentes judiciais "*são resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que decidir novamente, já foi resolvida uma vez por um tribunal noutro caso*".[5]

Na doutrina de Fredie Didier Jr., Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, precedente em sentido *lato* é "*a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos*."[6]

A decisão que constitui um precedente judicial é composta por dois elementos básicos, quais sejam, as circunstâncias fáticas do caso e a *ratiodecidendi*. O primeiro consiste em todos os elementos caracterizadores do fato levado a juízo, de modo que guarda consigo elevada importância, uma vez que a sua análise é indispensável para a correta operacionalização dos precedentes. Isto porque ao aplicar um precedente para a resolução de um caso concreto, necessário é contrastar as circunstâncias fáticas deste com as daquele, a fim de evidenciar se os fatos materiais, isto é, os relevantes para a tomada de decisão, coincidem. Trata-se de uma técnica indutiva denominada *"case to case"*.

A *ratiodecidendi*, também chamada de *holding*, é de onde surge o efeito vinculante do precedente obrigatório, fazendo com que a solução dada ao caso paradigma irradie-se para os casos semelhantes posteriores. Sua essência é extraída do exame dos elementos que constituem a decisão (circunstâncias fáticas, fundamentação jurídica e dispositivo). Nas palavras de Marinoni:

> Nesta dimensão fica claro que um precedente não é somente uma decisão que tratou de dada questão jurídica com determinada aptidão, mas também uma decisão que tem qualidades externas que escapam ao seu conteúdo. Em suma, é possível dizer que o precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delineia, deixando-a cristalina.[7]

Sendo um enunciado extraído do interior de uma decisão judicial, é necessário expor as formas de identificação do elemento normativo do precedente. Frise-se que eventualmente o precedente pode conter elementos que não são circunstâncias fáticas, tampouco assumem caráter

normativo. Isto é denominado *obter dictum* e deve ser dissociado da porção que tem força vinculante. Para tanto, convém o exame acurado dos conceitos de *ratiodecidendi*, diferenciando-a de *obter dictum*.

A *ratiodecidendi* é a tese jurídica, isto é, a interpretação da norma que emana de decisão, resultado do exame das circunstâncias fáticas, fundamentação e dispositivo da sentença. Observa-se que a *holding* não se confunde com nenhum dos elementos estruturais da sentença, sendo, em verdade, o significado deles extraída, que passa a vincular casos análogos futuros.

Frente às dificuldades para se delimitar a *ratiodecidendi* de um precedente, ao longo da história foram desenvolvidos métodos de identificação. Segundo Lucas Buril, em alusão a Karl Llewellyn, existem cerca de sessenta e quatro diferentes métodos elaborados para a identificação do elemento normativo do precedente, e nenhum desses mostrou-se conclusivo[8]. Entretanto, são os métodos de Wambaugh, o de Goodhart os mais conhecidos. Por esse motivo, merecem ser apresentados, ainda que de forma sumária.

De acordo com a tese de Wambaugh, *ratiodecidendi* é *uma regra geral em cuja ausência o caso seria decidido de outra forma* [9]. Por conseguinte, a técnica a ser utilizada consistiria em identificar uma proposição da decisão e alterar o seu significado. Com isso, se a mudança na proposição implicar solução diversa para a lide, tem-se uma *ratiodecidendi*. Do contrário, a proposição seria *obter dictum*. O problema desse teste reside nas hipóteses em que o caso se baseia em dois elementos que, isoladamente, podem levar a mesma decisão. Se aplicado a esses casos, resultaria que todas as proposições seriam *obter dicta*, já que a decisão final não seria jamais alterada com a supressão de uma das razões.[10]

Em linha de intelecção diversa, Goodhart sugere a análise dos fatos considerados determinantes pela óptica do juiz. Em outras palavras, seria necessário dissociar os fatos tidos como materiais e os considerados imateriais. Neste ponto há uma grande obstáculo, posto que nem sempre é fácil tal identificação. Explica-se: não necessariamente o juiz deixa expresso os fatos que teria considerados materiais. Para atenuar o problema, Goodhart sugere que fatos relacionados à pessoa, tempo, lugar, gênero e quantidade são presumivelmente imateriais, a menos que declarados materiais. A outro giro, os argumentos e razões da Corte, assim como a declaração da regra de direito que está sendo aplicada,

constituem fatos materiais.[11] O mérito de Goodhart, porém, foi criticado por dar menor importância à fundamentação.

Embora tenham falhas, as teorias de Wambaugh e Goodhart foram muito prestigiadas, sendo assim merecem ser relembradas. Contudo, mais importante que encontrar a tese que melhor define como identificar a *ratio decidendi*, é atentar para o fato de que esta não se confunde com precedente, uma vez que constitui o seu elemento normativo deste. Nesse sentido, é perfeitamente possível a existência de decisão sem *ratio decidendi*, ou com várias delas. O primeiro caso pode ser exemplificado pela hipótese em que a decisão é desprovida de fundamentação ou quando não houver um fundamento vencedor em caso de decisões colegiadas. No segundo caso, é possível que cada capítulo da sentença tenha sua própria *ratio decidendi*, ou até mais de uma.[12]

Ao lado da *ratio decidendi*, imperioso é observar o significado de *obter dictum*. Este representa as questões laterais, dispensáveis para se chegar à decisão no caso em análise. Impende ressaltar, contudo, que embora não haja efeito vinculante emanado do *obter dictum*, não raramente é possível extrair deles uma aptidão para persuadir.

Essa distinção nunca despertou de grande inquietude nos países de *civil law*, na medida em que não havia o interesse prático em identificar a fundamentação, pois esta seria apenas uma ponte entre os fatos e a fundamentação. Hoje, porém, é necessário a familiarização com esses termos. Com isso, de grande valia é também a técnica sugerida por Marinoni:

> Para se compreender o significado de *obter dictum*, ainda que na dimensão do *common law*, torna-se necessário sublinhar que a *ratiodecidendi* seria um passo necessário ao alcance da decisão. Isso foi fundamentalmente porque, quando se olha para uma questão perguntando-se se ela constitui *ratiodecidendi* ou *obter dictum*, indaga-se sobre a necessidade ou não de seu enfrentamento a fim de chegar à decisão.[13]

Delineados os aspectos estruturantes de um precedente judicial, cumpre-nos apresentar a forma como se opera o sistema de precedentes por meio dos mecanismos de distinção e superação. A importância de

conhecer esses métodos reside na necessidade constante de evolução do direito e da promoção da justiça no caso concreto.

3 MECANISMOS DE OPERACIONALIZAÇÃO

3.1 TÉCNICA DA DISTINÇÃO

A lógica do sistema de precedentes, de acordo com o que já foi exposto, é a manutenção da estabilidade da jurisprudência com o fito de promover a isonomia e a segurança jurídica. Essa característica é tão marcante, que no próprio Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 489, §1º, inciso VI, está previsto que carente de fundamentação é a decisão que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Isso evidencia que existe a possibilidade de não aplicação do precedente, fulminando o discurso segundo o qual o juiz no *staredecisis* seria transformado em um autômato. Em verdade, o sistema de precedentes prestigia a ideia de justiça e, a fim de consagrá-la, prevê mecanismos que autorizam decisões diversas do precedente firmado, desde que em restritas hipóteses, evidenciadas circunstâncias fáticas distintas e com base em substancial argumentação. Desse modo, não há falar em engessamento do sistema jurídico.

Quando se está diante de uma demanda, primeiro deve o julgador se ater à comparação entre as circunstâncias fáticas do caso paradigma, bem como as do caso em exame. Se coincidentes, na segunda etapa impõe-se a aplicação da mesma *ratiodecidendi*.[14] Se, contudo, na primeira fase não houver a coincidência dos aspectos fáticos materiais, de modo que a aplicação do precedente cause uma injustiça, deve o julgador aplicar a técnica da distinção. Prestigia-se, com isso, a segurança jurídica, a igualdade e a integridade, de maneira a ser manejável por qualquer magistrado, na aplicação de qualquer precedente, conforme Enunciado nº 306 do Fórum Permanente de Processualistas Civil - FPPC[15].[16]

É curioso perceber que a aplicação da técnica de distinção não implica a revogação do precedente. Não se aponta para a incongruência da decisão paradigma com a realidade social do momento. Em verdade, busca-se apenas informar que o precedente não é aplicável para o caso sob exame, dadas as peculiaridades fáticas deste.

Nessa senda, a linha argumentativa do juiz e dos postulantes deve girar em torno do enquadramento, ou não, do caso ao entendimento consolidado. Como resultado do *distinguishing* é possível a aplicação de outro precedente ou a elaboração de uma regra particular para aquele caso, o que revela uma nova *ratiodecidendi*. Possível também é a utilização dessa técnica tão somente para a ampliação ou restrição do alcance da decisão paradigma, caso em que se terá respectivamente a distinção ampliativa e a restritiva.[17]

A consubstanciar a ideia de que o *distinguishing* é técnica essencial ao sistema de precedentes e para a própria evolução do direito, Luiz Guilherme Marinoni traça o seguinte comentário:

> É interessante perceber que o sistema de precedentes, quando visto a partir da técnica da distinção, sem perder a sua função de preservação da estabilidade, torna-se maleável e capaz de permitir o desenvolvimento do direito, dando conta das novas realidades e das situações que, embora antigas, não foram anteriormente tratadas, sem que, com isso, seja preciso o rompimento do sistema ou a revogação do precedente que ainda é necessário e suficiente para tratar das situações que contemplou desde a sua origem. Portanto, realizar a distinção para aplicar ou deixar de aplicar um precedente é algo que milita, a um só tempo, para a estabilidade e para o desenvolvimento do direito.[18]

Entende-se da passagem acima transcrita que a técnica da distinção não vai de encontro à proposta de estabilidade preconizada pelo sistema de precedentes. Trata-se, em verdade, de um mecanismo apto a preservar o próprio sistema e mantê-lo em consonância com as transformações sociais e os novos questionamentos que surgem com o passar do tempo. Nesse toar, o *distinguishing* é fundamental à evolução do direito no sistema de precedentes.

3.2 SUPERAÇÃO DE PRECEDENTE

Muito embora seja pressuposto do *stare decisis* exigir a aplicação do precedente para solução do caso, há uma intensa preocupação com a

evolução do direito e o dever de fazer justiça. Para tanto, a fim de evitar o engessamento do sistema, prevê-se o mecanismo de superação, cuja terminologia inglesa é *overruling*.

No Código de Processo Civil de 2015, o §4º do art. 927 prevê expressamente a superação do precedente, que deve ser feito pelo tribunal que o editou, mediante uma fundamentação qualificada. Isso implica dizer que a superação é uma que deve ocorrer de forma excepcional e muito bem justificada.

Nesse aspecto, interessante frisar que os tribunais e juízes inferiores não têm o poder para exercer a superação. Sendo assim, diante do julgamento de um caso concreto, têm eles o dever de aplicá-lo. Isso é traduzido no dever de autorreferência, segundo o qual é necessário cotejar o caso concreto com o precedente, seja para aplicá-lo, seja para apontar distinções que autorizem a não aplicação. O que não cabe ao tribunal *a quo* ou juízo, em princípio, é superar o precedente, tarefa que compete ao tribunal do qual ele emanou.[19]

Acerca das circunstâncias que autorizam a revogação de precedentes, Marinoni disserta:

> "um precedente está em condições de ser revogado quando deixa de corresponder aos padrões de congruência social e consistência sistêmica e, ao mesmo tempo, os valores que sustentam a estabilidade – basicamente os da isonomia, da confiança justificada e da vedação da surpresa injusta – mais fundamentam a sua revogação do que a sua preservação."[20]

Quando o precedente perde consistência, isto é, não se mostra mais apto a atender ao que a concepção moral, política e de experiência da sociedade espera, tampouco acompanhar os avanços tecnológicos, é salutar a sua revogação. Para tanto, é possível auferir a partir da crítica doutrinária e judicial que o precedente já não mais possui a robustez que tivera outrora. Dessa maneira, o *overruling* não deve implicar uma surpresa, uma revogação brusca do precedente, mas o resultado do processo de perda de sustentação da tese outrora consagrada.[21]

Nesse sentido, o art. 927, §2º, do Código de Processo Civil de 2015 institui que a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de

súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. Isso demonstra o grau de preocupação dispensado pela nova legislação processual à segurança jurídica e a repulsa às bruscas mudanças de entendimento, tão comuns na jurisprudência brasileira atual.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, no julgamento da ADIN 4.071 estabeleceu:

> "A mudança no entendimento jurisprudencial "pressupõe a ocorrência de significativas modificações de ordem jurídica, social ou econômica, ou, quando muito, a superveniência de argumentos nitidamente mais relevantes do que aqueles antes prevalecentes"[22]

No mesmo sentido, o Enunciado nº 322 do Fórum Permanente de Processualistas Civis[23] fixa o entendimento segundo o qual a superação de precedentes pode fundar-se na revogação ou modificação da lei em que este se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida.

Interessante frisar que na hipótese em que uma nova lei contrapõe-se ao entendimento jurisprudencial firmado em precedente, não ocorre propriamente um *overruling* pois sua revogação independe do procedimento técnico de superação. Dessa forma, dispensa-se a argumentação qualificada e permite-se que qualquer magistrado o faça, ressalvado o caso em que a lei é inconstitucional, conforme se depreende do Enunciado nº 322[24] do Fórum Permanente de Processualistas Civis.[25]

É fundamental frisar que não basta uma nova concepção pessoal para lastrear a revogação do precedente, de maneira que a posição isolada de um juiz ou doutrinador não tem esse condão. Relevante, nesse caso, é a consolidação das críticas em sede doutrinária e até mesmo nos debates encampados nos tribunais.

Caso não haja uma substancial argumentação para a mudança de entendimento, nula estaria a decisão que superou o precedente. Portanto, não basta uma fundamentação simples, mas uma articulação aprofundada de motivos que inspirem a revogação. Essa necessidade existe devido à valorização da estabilidade jurisprudencial, que decorre

dos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

As formas pelas quais pode ocorrer o *overruling* no direito brasileiro são basicamente duas: difuso e concentrado. O primeiro ocorre quando um processo que chega ao tribunal inspira em sua resolução a superação do precedente. A segunda ocorre quando é aberto um procedimento específico para tratar da superação, semelhante ao que ocorre com o pedido de revisão e cancelamento de súmula vinculante (art. 3º da Lei nº 11.417/2006) e com o pedido de revisão da tese firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 986 do Código de Processo Civil).[26]

Quanto ao efeito do *overruling*, é possível que haja a modulação. Dessa forma, por ser tão cara ao sistema de precedentes a segurança jurídica, torna-se possível a sua superação prospectiva, isto é, com efeitos modulados para serem produzidos em dado momento do futuro. Trata-se de uma técnica utilizada para amortizar a transição entre um entendimento obsoleto e um novo, e que está insculpida no art. 927, §3º do Código de Processo Civil de 2015.

Merece destaque ainda a modalidade especial de superação denominada nos países anglo-saxões de *antecipatory overruling,* que nada mais é do que um mecanismo originário da Corte de Apelação Americana que autoriza a não aplicação de determinado precedente pelo juízo inferior, quando a força vinculante vem progressivamente se esvaziando e as circunstâncias apontam que o seu destino inexorável é a revogação. Seria, em outras palavras, a antecipação dos efeitos da futura revogação de um precedente que já apresenta inconsistências, logo, carência de autoridade.

Num primeiro momento, este instituto apresenta-se de forma paradoxal, na medida em que admite a não observância de precedente vinculante ainda não revogado. Contudo, explica Luiz Guilherme Marinoni:

> É preciso deixar claro que o *antecipatory overruling* não se presta a permitir à Corte de Apelação criticar os precedentes da Suprema Corte. Nem muito menos se destina a forçar ou a compelir a Suprema Corte a voltar a decidir sobre a questão posta no precedente.

> Por paradoxal que possa parecer, a legitimidade do *antecipatory overruling* advém do dever de a Corte de Apelação se comportar de acordo com a Suprema Corte. Em outros termos, a Corte de Apelação deve não só seguir os passos, mas também poder proclamar, quando já iniciados os trabalhos de pavimentação do caminho, o rumo que será seguido pela Suprema Corte.[27]

Nessa mesma linha de intelecção, o festejado autor aponta diversos fundamentos que lastreiam a utilização do *antecipatory overruling*: i) o desgaste do precedente pelas próprias decisões da Suprema Corte; ii) as novas tendências da Suprema Corte; iii) a consciência de que a Suprema Corte está aguardando um caso apropriado para a revogação do precedente.[28] Acrescenta, o autor, que esses motivos podem ser associados aos seguintes: i) alteração na composição da Suprema Corte ou mudança do ponto de vista pessoal dos *Justices*; ii) inconsistência do precedente em relação às decisões anteriores da Corte, a identificar provável equívoco; iii) percepção de que o precedente não surtiu, em termos práticos, o efeito que dele se esperava.

Diferente do *overruling* é o *overriding*, procedimento em que ocorre apenas uma limitação do âmbito de incidência da norma extraída do precedente, sem que haja a sua revogação, em função de uma mudança na tese firmada. Frise-se que não se confunde *overriding* com *distinguishing*, na medida em que este se funda numa diferença existente no plano fático, e não na fundamentação.[29]

No mesmo quadrante, surge a discussão que gira em torno da superação implícita e da *transformation*. A primeira seria uma revogação de precedente sem que houvesse uma indicação formal desse fato. A segunda, embora também consista na formação de novo precedente de maneira não expressa, é caracterizada pela tentativa de compatibilização do entendimento novo com seu antecessor, motivo pelo qual é também denominada de superação implícita ao quadrado.[30]

A superação implícita e a *transformation* foram mencionadas, pois são conhecidas nos ordenamentos em que o sistema de precedentes é utilizado, mas são duramente criticadas pela ausência de clareza e precisão, o que dificultaria o trabalho dos tribunais e juízes. Ademais, desnecessário o seu uso, na medida em que existem outras técnicas, tais

como a superação com efeitos prospectivos, que podem atingir o mesmo fim sem causar uma desestabilização no sistema.[31]

Nesse contexto, é oportuno observar a um só tempo a técnica da sinalização, que funciona como um alerta para futura mudança de entendimento jurisprudencial da Corte. O Fórum Permanente de Processualistas Civis, ao editar o enunciado nº 320[32], estabeleceu doutrinariamente a possibilidade de se valer da técnica da sinalização no direito brasileiro ao instituir que os tribunais poderão sinalizar aos jurisdicionados sobre a possibilidade de mudança de entendimento da corte, com a eventual superação ou a criação de exceções ao precedente para casos futuros.

3.3 RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

Visando efetivar a força normativa dos precedentes judiciais, o art.988 do Código de Processo Civil institui a reclamação como um sucedâneo recursal, cujo cabimento se dá quando desrespeitados precedentes originários de controle concentrado de constitucionalidade, súmulas vinculantes, incidente de resolução de demandas repetitivas, de assunção de competência e de recursos especiais e extraordinários repetitivos. Portanto, nem todo precedente desrespeitado enseja a propositura de reclamação constitucional, pois fora desse âmbito estão os enunciados de súmulas do STF e STJ, orientações do plenário ou de órgão especial de tribunal.

Observa-se, porém, que durante a *vacatio legis* do Código de Processo Civil de 2015, que durou um ano, o Projeto de Lei nº168/2006, convertido na Lei nº 13.256/2016, imprimiu uma série de alterações, inclusive tocando no regime jurídico da reclamação constitucional. A alteração foi realizada com a inclusão do inciso II, §5º, do art. 988, cuja redação passou a exigir o esgotamento das instâncias para, só então, possibilitar o uso da reclamação em caso de decisão que desrespeita precedente de repercussão geral ou de recurso especial ou extraordinário repetitivos.[33]

Com essa alteração, pode-se dizer que os precedentes apresentam-se com diferentes graus de força obrigatória. Dessa maneira, os originários de controle concentrado de constitucionalidade, súmulas vinculantes, incidente de resolução de demandas repetitiva e de assunção de competência são qualificados como de obrigatoriedade forte, pois se não

observados desafiam a interposição de reclamação. Os de repercussão geral ou de recurso especial ou extraordinário repetitivos passam, então, a ter obrigatoriedade mediana, pois deles somente cabe a reclamação se esgotadas as instâncias. Por fim, as súmulas do STF e do STJ e, por fim, as orientações do plenário ou de órgão especial dos tribunais têm eficácia vinculante menor, pois, ainda que não observados, não cabe reclamação, mas apenas recursos.[34]

4 O SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES COMO FORMA DE CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

É notório que a jurisprudência brasileira é marcada por forte instabilidade, o que leva o jurisdicionado a contar com a sorte para obter êxito na sua demanda. Isso porque lamentavelmente muitos juízes sentem-se livres para decidir sobre a procedência dos pedidos segundo o seu íntimo convencimento e compreensão acerca do direito, ignorando o que é consenso nas cortes de vértice.

Sob o vigência do Código de Processo Civil de 1973, nem mesmo súmulas editadas pela mais alta Corte tinham o condão de fazer com que os magistrados de primeiro grau fossem obrigados a aplicá-las, salvo aquelas poucas súmulas vinculantes, cuja elaboração deveria observar um rigoroso procedimento formal previsto na Constituição Federal. Os precedentes judiciais, até então, assumiam efeito meramente persuasivo, e ainda assim, diante da falta de coesão, pouco serviam como fonte de argumentação.

Nesse cenário, observa-se uma nítida desigualdade, o que certamente vai de encontro à Constituição Federal, que preconiza a igualdade formal e substancial. Basta observar os inúmeros casos em que um indivíduo ajuíza ação judicial idêntica a de outro, mas obtém provimento jurisdicional com solução totalmente diversa daquele outro que ingressou com demanda idêntica. Ora, não há nada que justifique tamanha desigualdade num Estado Democrático de Direito, opinião esta que corrobora com o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni:

> Vê-se a partir daí, uma grave lacuna. Em que local está a igualdade diante das decisões judiciais? Ora, o acesso à justiça e a participação adequada no

> processo só tem sentido quando correlacionados com a decisão. Afinal, esta é o objetivo daquele que busca o Poder Judiciário e, apenas por isso, tem necessidade de participar do processo. Em outros termos, a igualdade de acesso, a igualdade à técnica processual e a igualdade de tratamento no processo são valores imprescindíveis para a obtenção de uma decisão racional e justa.[35]

Entre outras consequências da "jurisprudência lotérica", pode-se mencionar o pesado ônus que recai sobre a parte que precisa interpor recursos extremos quando o entendimento do tribunal *a quo* é dissonante daquele consolidado nas cortes de vértice. Isso onera o jurisdicionado, e faz com que se perca um tempo desnecessário, pois posterga um resultado final que já era esperado. De maneira incisiva, Luiz Guilherme Marinoni formula sua crítica em torno da questão:

> Ora, seria pouco mais do que irracional admitir o processamento de uma causa em tribunais que pudessem decidir sem considerar as decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Isso significaria um castigo à parte que tem razão perante o tribunal superior, pois a penalizaria com a necessidade da interposição de recurso, com o consequente consumo de tempo e dinheiro, para chegar à decisão que, desde o início, se sabia – ou ao menos se pressupunha – que prevaleceria.[36]

No mesmo grupo de problemas está a dificuldade que os advogados enfrentam no momento de orientar juridicamente o seu cliente, na medida em que, por diversas vezes não lhes restam alternativas senão dizer ao constituinte que a decisão final pode variar de acordo com o entendimento do juiz.

Há um farto manancial de problemas causados pela falta do respeito dos precedentes judiciais, justamente por ter o Brasil se filiado ao sistema *civil law* com a falsa ilusão de que esse sistema, por si só, garantiria a efetivação do princípio da isonomia e, sobretudo, da segurança jurídica, que é o objeto deste trabalho. Necessário, pois, é compreender a acepção deste princípio para, dessa forma, expor como a previsão do sistema de

precedentes judiciais vinculantes no Código de Processo Civil de 2015 representa uma importante ferramenta para a sua concretização.

Neste sentido, Ravi Peixoto trata dos elementos de definição da segurança jurídica dividindo-os em aspectos materiais e objetivos, sendo aqueles divididos em estático e dinâmico.

O aspecto material estático, consoante o referido autor, confunde-se com a cognoscibilidade, isto é, conhecimento do direito por quem a ele esteja submetido. Com isso, espera-se que o destinatário possa ter acesso facilitado às normas (cognoscibilidade formal) e a um só tempo compreendê-las (cognoscibilidade material). Para que se possa garantir esse aspecto da segurança jurídica, é imprescindível a publicidade das normas e a sua escrita de forma clara.[37]

Nessa esteira, Peixoto trata do aspecto material dinâmico, cujos elementos são a calculabilidade e a confiabilidade. Esta representa a necessidade de se manterem preservadas as conquistas do passado, enquanto aquela, confundindo-se com a previsibilidade, inspira um foco na transição entre o presente e o futuro, com a forma e o ritmo das mudanças. Sendo assim, o aspecto dinâmico da segurança visa conciliar a estabilização de tudo que já se construiu, sem impedir a evolução do direito, que deve ocorrer sob certos cuidados, de moda a evitar que a previsibilidade seja afetada por mudanças bruscas.[38]

Sobre a necessidade de zelar pela previsibilidade das decisões judiciais, assevera Luiz Guilherme Marinoni o seguinte:

> A previsibilidade, além de evitar surpresas, permite ter confiança nos direitos. Sabe-se, dessa forma, que a opção por uma conduta não só não acarretará algo imprevisto, como também se tem a garantia de que, diante de determinada situação, decorrerá um direito que não poderá ser contestado e, assim, poderá ser plenamente exercido.[39]

No tocante ao aspecto objetivo, indaga-se quem são os sujeitos da segurança jurídica, o que deve ser preservado, como consolidar a segurança jurídica e em que medida. Em relação aos seus destinatários, entende-se que estes são os sujeitos de direito, o que inclui não só os cidadãos, mas todos os indivíduos, inclusive, entes públicos. Todos eles necessitam de segurança jurídica para que possam prever suas atuações.

Quanto ao objeto, por sua vez, explica Peixoto:

> A referência ao aspecto objetivo da segurança jurídica está relacionada com a capacidade de previsão da ação ou inação de um terceiro como conseqüência de um ato ou fato comissivo ou omissivo do sujeito de direito e que seja juridicamente relevante. Essa ação ou inação pode ser uma decisão, um ato administrativo, um texto normativo, qualquer ato que possa vir a violar a segurança jurídica, seja ela em seu aspecto objetivo, quando atinge um sem número de pessoas, como de uma pessoa determinada, em determinado caso.[40]

Com essas ponderações, verifica-se que a segurança jurídica funciona como inibidor de eventuais decisões ou atos arbitrários e nesse mesmo espectro responde-se à indagação relativa ao modo de previsão, que deve ter aptidão para aumentar as chances de certeza do resultado.[41]

Do ponto de vista quantitativo, é possível se identificar uma perspectiva vertical e outra horizontal. A primeira é composta pela atendibilidade, que consiste na inserção da consequência dentro de uma gama de possíveis resultados, e a acurácia, que representa a amplitude dessa gama, e extensão no tempo das previsões, que seria o período pelo qual aquela previsão poderia ser feita da mesma forma. A perspectiva horizontal, por sua vez, representa o quão difusa é a previsibilidade no grupo que esteja em observação, de modo que quanto mais difundida, maior a segurança jurídica.[42]

O princípio em estudo é consagrado pela Constituição Federal do Brasil como um dos direitos fundamentais. A importância que lhe é conferida é tanta, que até mesmo no preâmbulo da Carta Magna já se identificam as alusões a tal princípio. Vejamos o que reza o preâmbulo:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça

> como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (grifo nosso).

O art. 5º, caput, por sua vez, ao enunciar a proteção aos direitos fundamentais, elege a segurança como uma dos mais valiosos direitos pertencentes ao patrimônio jurídico do brasileiro:

> **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:

Nesse ponto, embora pareça ambíguo, o vocábulo "segurança" expresso no dispositivo citado abrange o conceito de segurança jurídica.

Da mesma maneira, podemos extrair do art. 5º, II, CF o princípio da legalidade, que promove a ideia de cognoscibilidade da norma. Agrega-se ao rol de dispositivos o art. 5º, XXXV, que trata do acesso à justiça; o art. 5º, LIV, em que foi insculpido o princípio do devido processo legal e o art. 5º, LV, de onde se extraem os princípios do contraditório e da ampla defesa.

O art.5º, XXXVI, CF, por sua vez, representa outro dispositivo constitucional que, ao garantir a proteção ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito, mais uma vez manifesta a preocupação do constituinte com a segurança jurídica. Nesse ponto, contudo, merece destacar que se trata de uma visão clássica em torno do princípio. Essa concepção, porém, mostra-se hoje insuficiente, na medida em que mesmo respeitados esses elementos, ainda há a falta de uniformidade e previsibilidade na jurisprudência, o que impede a plena efetivação do princípio em estudo.

O princípio da segurança jurídica pode ser identificada também ao se prever no art.1º, *caput*, que o Brasil é um Estado Democrático de

Direito, isto é, um Estado em que a autoridade é exercida de acordo com as normas, sendo composto por diversos elementos que são bem delineados pelo constitucionalista Alexandre de Morais:

> O Estado de Direito caracteriza-se por apresentar as seguintes premissas: (1)primazia da lei; (2) sistema hierárquico de normas que preserva a segurança jurídica e que se concretiza na diferente natureza das distintas normas e em seu correspondente âmbito de validade; (3)observância obrigatória da legalidade pela administração pública (4)separação de poderes como garantia da liberdade ou controle de possíveis abusos; (5) reconhecimento da personalidade jurídica do Estado, que mantém relações jurídicas com os cidadãos; (6)reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais incorporados à ordem constitucional; (7) em alguns casos, a existência de controle de constitucionalidade das leis como garantia ante o despotismo do Legislativo.[43]

Dessa forma, não há falar em segurança por parte do jurisdicionado num ambiente de sucessivas guinadas jurisprudenciais e desigualdade entre decisões que tratam de casos idênticos. Nasce desse problema a necessidade de segurança em um novo sentido, cuja preocupação, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, vai além da segurança no processo, e exige a segurança pelo processo. Nesse sentido:

> Mas não basta obviamente estruturar o processo para que nele haja segurança. Em uma perspectiva geral, de bem pouco adianta um processo seguro se não houver segurança pelo processo, isto é, segurança no resultado da prestação jurisdicional. E por essa razão é que é imprescindível ao Estado Constitucional o respeito ao precedente judicial. A segurança jurídica, a igualdade e a necessidade de coerência da ordem jurídica impõem respeito aos precedentes judiciais. Vale dizer: a Constituição impõe respeito aos precedentes. A tarefa do legislador infraconstitucional, portanto, não

> está em determinar a vinculação aos precedentes judiciais, já que essa vinculação advém da própria Constituição, mas sim em prever técnicas processuais idôneas para reconhecimento e aplicação dos precedentes judiciais em juízo. A obrigação do Poder Judiciário de seguir precedentes é oriunda da Constituição. Trata-se de imposição do Estado Constitucional.[44]

O prestígio dedicado à segurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro é, como se pode observar, de uma dimensão tal que não se pode mais admitir tamanha instabilidade jurisprudencial, pois esse fenômeno ofende os princípios constitucionais, bem como o direito fundamental à segurança. Não é por outro motivo que ao instituir o sistema de precedentes vinculantes, o legislador do novo Código de Processo Civil demonstrou preocupação nesse sentido.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema de precedentes judiciais vinculantes surge em boa hora no ordenamento jurídico brasileiro, visando uniformizar a jurisprudência e garantir maior previsibilidade e segurança aos jurisdicionados, que diante da inobservância das novas regras podem mover a reclamação constitucional na forma do art. 988 do Código de Processo Civil de 2015.

Por fim, não há qualquer comprometimento em relação à justiça no caso concreto, tampouco à evolução do direito, na medida em que são previstas as técnicas da distinção e da superação dos precedentes, cujos efeitos podem ser modulados para preservar a estabilidade das decisões.

THE BINDING JUDICIAL PRECEDENTE SISTEM IN 2015 CIVIL PROCEDURE CODE: A MECHANISM TO REALISE THE LEGAL SAFETY

ABSTRACT: One of the innovations of the Civil Procedure Code of 2015 is the expansion of the list and the systematization of binding judicial precedents. It is an institute whose origin is in the common law tradition.Itintends to provide security and equality to citizens. Thus, the legislator intends to achieve greater jurisprudential uniformity, avoiding

different solutions for similar cases and ensuring greater predictability of judicial decisions. This form of legal reasoning guided the preceding is something new in Brazilian legal culture, that requires new ways of operation of the system, and a line of argument with which the Brazilian is still unfamiliar, but which can effectively help improve judgment in the country.

KEYWORDS: Judicial precedents. Legal certainty and predictability.

Notas

1 BUSTAMANTE, T.R. *A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC*. In: DIDIER, F. e outros. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 294.

2 MARINONI, L.G. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 204.

3 DUXBURY, N. *The nature and authority of precedent.*Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p.1. *apud* MACÊDO, L.B. Precedentes *Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 88.

4 MACÊDO, L.B. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015.p.88.

5 LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*. 5. ed. Lisboa: CalousteGuilbenkian, 2009, p. 611. *apud* MACEDO, L.B. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 89.

6 DIDIER Jr., F.; BRAGA, P.S.; OLIVEIRA, R.A. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 441.

7 MARINONI, L.G. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 214.

8 LLEWELLYN, K.N. *The common law tradition*. Boston: Little, Brown and Company, 1960 *apud*. MACÊDO, L.B. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 317.

9 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.p. 222.

10 PEIXOTO, R. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 173.

11 CROSS, Rupert. Op. Cit. P.71. *apud*MARINONI, L.G.. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 226.

12 MACÊDO, L.B. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015.

13 MARINONI, L.G. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 232.

14 DIDIER Jr., F.; BRAGA, P.S.; OLIVEIRA, R.A. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 491.

15 Enunciado nº 306 do FPPC: (art. 489, § 1º, VI). O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa. (Grupo: Precedentes)

16 DIDIER Jr., F.; BRAGA, P.S.; OLIVEIRA, R.A. *Curso de direito processual civil*. 10. ed.

Salvador: Juspodivm, 2015. p. 492.
17 PEIXOTO, R. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 215.
18 MARINONI, L.G. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.p.331.
19 PEIXOTO, R. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 198.
20 MARINONI, L.G. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 389.
21 MARINONI, L.G. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 399.
22 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4071, Pleno, Rel. Min. Menezes Direito. DJe-195. 16/10/2009.
23 Enunciado nº 322 do FCCP: (art. 927, §4º). A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida. (Grupo: Precedentes)
24 Enunciado nº 322 do FCCP: (art. 927, §4º). A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida. (Grupo: Precedentes)
25 DIDIER Jr., F.; BRAGA, P.S.; OLIVEIRA, R.A. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 498.
26 DIDIER Jr., F.; BRAGA, P.S.; OLIVEIRA, R.A. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 496.
27 MARINONI, L.G. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 408.
28 MARINONI, L.G. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 403.
29 DIDIER Jr., F.; BRAGA, P.S.; OLIVEIRA, R.A. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 507.
30 DIDIER Jr., F.; BRAGA, P.S.; OLIVEIRA, R.A. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 495.
31 PEIXOTO, R. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 199.
32 Enunciado nº 320: (art. 927). Os tribunais poderão sinalizar aos jurisdicionados sobre a possibilidade de mudança de entendimento da corte, com a eventual superação ou a criação de exceções ao precedente para casos futuros.
33 NEVES, D.A.A..*Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1941.
34 NEVES, D.A.A.*Manual de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1311
35 MARINONI, L.G. *Precedentes Obrigatórios*.3.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 142.
36 MARINONI, L.G. *Precedentes Obrigatórios*.3.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 166.
37 PEIXOTO, R. *Superação do Precedente e Segurança Jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 53.
38 PEIXOTO, R. *Superação do Precedente e Segurança Jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 56.
39 MARINONI, L.G. *A Ética dos Precedentes: justificativa do novo CPC*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 110.

40 PEIXOTO, R. *Superação do Precedente e Segurança Jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 65.
41 PEIXOTO, R. *Superação do Precedente e Segurança Jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 70.
42 PEIXOTO, R. *Superação do Precedente e Segurança Jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 71.
43 MORAES, A. *Direito Constitucional.* 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 5.
44 MARINONI, L.G. *Curso de Processo Civil*. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 517.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Os Assentos no Direito Processual Civil, in Justitia – Órgão do Ministério Público de São Paulo,* nº 74, São Paulo, jul./set. 1971. Online. Disponível em <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/y6y179.pdf>. Acesso em 10 jan.2016

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC*. In: DIDIER, F. e outros. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, vol.3. Salvador: ed. Juspodivm, 2015.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015

DRUMMOND, Paulo Henrique Dias e CROCETTI, Priscila Soares. *Formação Histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de common law e civil law*. In: MARINONI, L.G.; *A Força dos Precedentes.* 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. E-book.

MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2015.

MARINHO, Hugo Chacra Carvalho e. *A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes*. In: DIDIER JR, Fredie. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil.v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016.
NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2016
ORTOLAN, Marcel Augusto Biehl. *Common Law, judicial review e staredecisis: uma abordagem histórica do sistema de controle de constitucionalidade anglo-americano em perspectiva comparada com o sistema brasileiro*. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *A Força dos Precedentes.* 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.
PEDRETE, Bernardo do Amaral. *Dos Assentos da Casa de Suplicação à Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal: implicações para a independência do Poder Judiciário*. In: *Trabalhos Vencedores do I Concurso de Monografia do Supremo Tribunal Federal.* Brasília: Judiciário Independente do Brasil, 2008.
PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015.
REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, 27. ed. São Paulo: Saraiva 2004.
SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
SILVA, Ticiano Alves e. Jurisprudência "banana boat". In: *Revista de Processo*, v.37, n. 209. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.
STRECK, Lênio Luiz. *Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades.> Acesso em 15 mar. 2016.
TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DA ALTERAÇÃO DE PRENOME E GÊNERO SEM MUDANÇA DE SEXO

Ivana Assis Cruz dos Santos*

RESUMO: O presente artigo tem por escopo apresentar uma defesa aos direitos de quem pretende modificar o prenome e gênero sem que seja necessário se submeter a um procedimento invasivo de mudança de sexo. No Brasil, quem não tem condição financeira ou interesse em se sujeitar a uma intervenção médica vem passando por sérias dificuldades para garantir seus direitos. Sem a pretensão de esgotar a matéria, o estudo será eminentemente teórico. Seu fundamento de validade será a legislação alienígena, o Projeto de Lei nº 5002/2013 e a jurisprudência nacional, que já vem se posicionando favoravelmente a essa alteração.

PALAVRAS-CHAVE: Prenome. Gênero. Mudança de Sexo. Legislação. Jurisprudência.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade dita um padrão a ser seguido, seja de cultura, beleza, moda etc. e quem não se enquadra nesse conceito é excluído e consequentemente sofre maiores dificuldades para salvaguardar seus direitos. Contudo, essa mesma sociedade ditadora vem alargando e modificando seu ponto de vista nos mais variados assuntos. No que concerne as pessoas e suas inúmeras maneiras de se relacionar, vem sendo adotada uma postura mais liberal, aceitando e apoiando a diversidade sexual.

Nesse contexto, emerge o direito a identidade de gênero. Como se verificará mais adiante, trata-se do sexo psicológico e o direito de autorreconhecimento, ou seja, se um indivíduo não se reconhece com o sexo de nascimento terá o direito de alterar prenome e gênero, a fim de adequar com sua verdadeira identidade pessoal. Para entender a matéria

* Bacharela em Direito pela Universidade Católica do Salvador (2010). Pós-graduada em Direito Público pelo Instituto de Ensino Superior Unyahana (2012). Advogada militante em direito civil. E-mail: iacs.adv@hotmail.com.

será imprescindível definir cada elemento que forma uma personalidade humana, ou seja, é preciso diferenciar entre sexo, gênero, orientação sexual e as vertentes acerca do prenome.

Ainda, não se pode olvidar do papel do Estado frente à opinião religiosa que tanto influencia a população. Passando deste ponto, se fará uma análise do posicionamento de outras nações que admitem a correção no registro civil do prenome e gênero, sem a necessidade de se fazer uma cirurgia, verificando também quais foram os passos legislativos que já foram dados no Brasil e, por fim, como o Poder Judiciário vem decidindo acerca do tema.

2 ELEMENTOS IDENTIFICADORES DA IDENTIDADE PESSOAL

A identidade pessoal é um atributo da personalidade humana e consiste na soma de caracteres físicos, psicológicos e sociais. Para sua compreensão, se faz necessário explicar e distinguir cada uma das partes que a compõe, conforme os novos ditames sociais.

2.1 SEXO, GÊNERO E ORIENTAÇÃO SEXUAL

O sexo é um termo empregado pela medicina, pois parte de pressupostos genéticos que diferenciam homem e mulher, dependendo exclusivamente de elementos da anatomia humana, tais como os órgãos genitais, o aparelho reprodutor e os efeitos ocasionados pelos hormônios testosterona e progesterona.

Já o gênero é um critério que divide-se em feminino ou masculino, é subjetivo e moldado por variadas circunstâncias, como a cultura, família, educação. É ele quem dita a forma pela qual alguém vê a si mesmo e é visto no meio em que vive.

A orientação sexual, por outro lado, **é pautada em uma construção que se faz ao longo das experiências. C**ompreende o heterossexual, cujo interesse afetivo e sexual é direcionado ao gênero oposto; o homossexual pelo semelhante; o bissexual pelos dois tipos e o assexual que não se envolve sexualmente com ninguém, podendo desenvolver um relacionamento afetivo com homem e/ou mulher.

Desse modo, em um contexto tradicional e conservador, ou será homem e o **gênero masculino ou** será mulher e o **gênero** feminino.

Conquanto, essa dicotomia caiu por terra, cite-se o caso de quem tenha nascido com o sexo biológico de homem, mas seu gênero psicológico é feminino, tendo orientação assexual, será considerada uma mulher assexual. Destarte, pode-se dizer que o gênero psíquico **é quem** define a identidade (PINHEIRO, 2015).

2.2 PRENOME

O nome também faz parte da identidade, é direito da personalidade previsto no Código Civil de 2002, particularmente no artigo 16, que é categórico ao afirmar que todos têm direito a um nome, que corresponde ao prenome e sobrenome.

O prenome é alusivo ao gênero, sendo masculino ou feminino e manifesta como o indivíduo será reconhecido em seu meio familiar e social. Trata-se, de predicado que irá constituir a personalidade por toda a vida.

Não existe uma pessoa sem nome, ainda que não tenha sido registrada, pois é próprio da natureza humana nomear coisas. Isto posto, para assegurar que todos terão direito a um nome é que a Lei nº 6.015/73, denominada Lei de Registro Público (LRP), no artigo 54, item 4º, ordena a indicação de um prenome no assento de nascimento.

Logo, a certidão de nascimento, documento este emitido pelo competente Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, conterá um prenome e sobrenome, sendo o último composto pelo apelido de família de ambos ou de um dos pais.

Na esteira do entendimento, a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica dispõe, no artigo 18, que um indivíduo não pode ficar sem nome e, se preciso for, serão criados nomes fictícios.

Outrossim, não basta possuir um nome, é indispensável que outras prerrogativas sejam atendidas, entre elas, a de ter um prenome que não cause nenhum tipo de constrangimento. O artigo 55 da LRP, é expresso ao afirmar que aos oficiais do registro civil é permitido recusar o assentamento de "prenome suscetível de expor ao ridículo os seus portadores".

Todavia, o dispositivo acima citado não traz a noção e nem exemplifica essas situações, dando margem a inúmeras interpretações. Nesse sentido,

se inclui a hipótese daqueles que, por não se identificarem com o seu sexo biológico, sentem uma enorme vergonha, angústia e dor ao serem chamados pelo nome de batismo e, por isso, anseiam modificar o prenome a fim de amoldar ao gênero psicológico.

3 O PAPEL DO ESTADO DIANTE DA RELIGIÃO

Não se pode falar na história da humanidade sem mencionar a religião. Nas mais diversas manifestações sociais ela está presente, seja formando ou influenciando opiniões. Contudo, a liberdade de professar a fé deve ter limites, pois a crença de uma pessoa não pode impedir a concretização do direito de alguém.

Religião e ciência sempre estiveram em lados opostos, mas uma não pode se sobrepor a outra. Ocorre que, na prática, a primeira vem oprimindo a segunda, principalmente em temas polêmicos como a diversidade sexual e o direito a identidade de gênero.

A visão da igreja, sobretudo, a Católica e a Evangélica, é que Deus criou o homem e a mulher para juntos constituírem uma família, ou seja, a manifestação da sexualidade só pode haver entre indivíduos de sexos opostos.

Entretanto, no mundo não existem apenas pessoas heterossexuais. Dessa maneira, mesmo que a religião afaste uma pessoa por causa de sua orientação sexual, o papel do Estado é de agente garantidor de direitos, devendo resguardar o interesse de todos os cidadãos, independente de credo ou condição sexual.

4 DA ALTERAÇÃO DO PRENOME E GÊNERO NO MUNDO E NO BRASIL

Este capítulo é dedicado a análise do direito a alteração do prenome e gênero, sem a mudança de sexo, sob uma perspectiva do que acontece no mundo e no Brasil. Tem por proposta incentivar a produção de uma norma, tomando como exemplo as legislações alienígenas, bem como estimular que mais decisões judiciais sejam favoráveis à matéria.

4.1 LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

Muitas nações vêm aderindo ao conceito de identidade de gênero.

Em especial, duas se destacam, a mais recente é Malta. Esse país integra a comunidade europeia, sendo praticamente desconhecido no mundo. Porém, nesse ano, ganhou visibilidade internacional, ao editar uma norma em prol do direito a identidade de gênero. Os parlamentares desse arquipélago tiveram uma atitude arrojada ao permitirem a mudança de gênero sem submissão a cirurgia, sendo o suficiente uma declaração em cartório (CAPIRACA, 2015).

A Argentina, por sua vez, é referência na América Latina. No ano de 2012, publicou a Lei de Identidade de Gênero, que assegura o direito à autodeterminação do gênero, autorizando a retificação no registro civil. Melhor dizendo, para alterar o nome e o gênero os cidadãos não carecem recorrer ao aval da justiça, basta manifestar a intenção. Esse avanço é tanto que se estendeu até aos estrangeiros residentes nesse país (G1, 2012).

4.2 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

No Brasil não existe uma lei que regule a identidade de gênero. A LRP, perante o sistema normativo nacional, é a responsável pelo registro do prenome e gênero de uma pessoa em cartório de Registro Civil. Ela usa como parâmetro o sexo biológico, que já se demonstrou falho, para definir o prenome e gênero a ser declarado na certidão de nascimento e demais documentos que se seguirão na vida de uma pessoa.

Essa norma é extremamente restritiva e admite a substituição de prenome somente em algumas disposições. O artigo 58, por exemplo, consente que seja acrescentado ou suprimido o nome por apelidos públicos notórios, é o caso das celebridades e dos políticos, bem como, admite a permuta visando a segurança de quem tenha sido ameaçado ou coagido em face de colaboração com a investigação criminal.

Sucede que da década de 70 adiante, período da publicação da LRP, poucas foram as inserções feitas na mencionada lei. Assim, no esforço de suprir suas lacunas e conciliar com a atual realidade social, surgiu o Projeto de Lei nº 5002/2013, de autoria dos deputados federais Jean Wyllys e Érika Kokay, a denominada Lei João W. Nery (PROJETO DE LEI).

Esse projeto pretende conferir a todo ser humano o direito a identidade de gênero. Entendida, consoante artigo 2º, como "a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, que pode

corresponder ou não com o sexo atribuído após o nascimento, incluindo a vivência pessoal do corpo".

Ademais, o artigo 4º, parágrafo único, é claro ao possibilitar a mudança do prenome e gênero nos documentos pessoais, com ou sem cirurgia de mudança de sexo. Essa iniciativa representa um progresso social, já que o Estado não pode obrigar uma pessoa a passar por uma intervenção cirúrgica para ter acesso a seus direitos.

4.3 JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

As transformações sociais clamam por modificações nas leis e tal não poderia ser diferente com a identidade de gênero. É cediço que a legislação é o alicerce para as decisões judiciais. Ocorre que o regramento legislativo muitas vezes é omisso e tantas outras defasado. Nesses casos, o Poder Judiciário mesmo sem lei tem que julgar e o socorro terá de vir de institutos como o direito comparado e os princípios gerais do Direito.

Nesse contexto, a alteração de prenome e gênero sem a imposição de cirurgia é medida de promoção a igualdade social, baseada em valores supremos como o da dignidade da pessoa humana. Dispondo sobre este princípio, tem-se que:

> A dignidade da pessoa humana é o valor-base de interpretação de qualquer sistema jurídico, internacional ou nacional, que possa se considerar compatível com os valores éticos, notadamente da moral, da justiça e da democracia. Pensar em dignidade da pessoa humana significa, acima de tudo, colocar a pessoa humana como centro e norte para qualquer processo jurídico de interpretação, seja na elaboração da norma, seja na sua aplicação (GARCIA; LAZARI, 2015, p. 97).

Diante desse enunciado, depreende-se a relevância do direito a identidade de gênero. Não pode o Estado negar a alteração de prenome e gênero baseando-se em critérios puramente genéticos, haja vista a superação da antiga distinção homem, gênero masculino *versus* mulher, gênero feminino.

Para argumentar esse nova percepção acerca da identidade pessoal,

colaciona-se algumas posições adeptas a alteração de prenome e gênero sem mudança de sexo. Segue abaixo transcrito um trecho dos acórdãos dos Estados do Piauí e de Sergipe, respectivamente (DIREITO HOMOAFETIVO, 2015):

> Apelação cível. Ação de modificação de registro civil. Transexualismo**. Modificação do prenome sem a realização de cirurgia de transgenitalização. Dignidade da pessoa humana. Direito à identidade pessoal**. Reforma da sentença. Recurso provido. **Suficientemente demonstradas que as características da parte autora, físicas e psíquicas, não estão de acordo com os predicados que o seu nome masculino representa para si e para a coletividade, tem-se que a alteração do prenome é medida capaz de resgatar a dignidade da pessoa humana, sendo desnecessária a prévia transgenitalização**. Decisão unânime, de acordo com o parecer ministerial superior. (TJPI, AC 2012.0001.008400-3, 2ª C. Esp. Cível, Rel. Des. Brandão de Carvalho, p. 22/01/2014). Grifo da autora.

> Apelação cível. Ação de retificação de registro civil. Pedido realizado por transexual - Inclusão de prenome feminino no registro civil - Cabimento. **A incoincidência da identidade do transexual provoca desajuste psicológico, não se podendo falar em bem-estar físico, psíquico ou social. Assim, o direito à adequação do registro é uma garantia à saúde, e a negatividade modificação afronta imperativo constitucional, revelando severa violação aos direitos humanos**. Sentença reformada. Recurso do autor conhecido e provido. Recurso do Ministério Público conhecido e parcialmente provido. Decisão unânime. (TJSE, AC 5751/2012, Rel. Des. Ricardo Múcio Santana de Abreu Lima, j. 30/10/2012). Grifo da autora.

Por fim, a incumbência de solucionar os conflitos gerados em

decorrência da ausência de norma fica a cargo do Judiciário, que deve ponderar valores, princípios e buscar no Direito estrangeiro uma referência para suas decisões.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tendência universal é o reconhecimento da identidade de gênero, nela compreendido o direito de retificar o prenome e gênero no registro civil, sem que seja necessário recorrer a subterfúgios como a cirurgia para a mudança de sexo.

O Brasil tende a acompanhar esse raciocínio e o ápice dar-se-á com a aprovação do Projeto de Lei nº 5002/2013. Acontece que a aceitação desse projeto está diretamente concatenada com a opinião popular que, infelizmente, se deixa conduzir pela atitude de alguns fundamentalistas religiosos que são contrários a promulgação da lei.

Nesse meio termo, enquanto não for aprovado o projeto, o Judiciário pátrio julgará os casos postos a seu crivo, valendo-se de princípios e do estudo do Direito comparado. Por derradeiro, apesar de não existir uma uniformidade nas decisões, a Justiça brasileira tem apreciado acertadamente em prol do direito a identidade de gênero, consentindo na alteração de prenome e gênero, ainda que não tenha sido realizada uma intervenção médica.

___

OF CHANGING FIRST NAME WITHOUT SEX GENDER CHANGE

ABSTRACT: This article has the scope to make a defense of the rights of those who want to change the first name and gender without the need to undergo an invasive procedure of change of sex. In Brazil, those who have no interest in financial condition or be subject to a medical intervention is going through serious difficulties to ensure their rights. Without claiming to exhaust the subject, the study will be eminently theoretical. The foundation of validity shall be the alien legislation, the draft law nº 5002/2013 and national jurisprudence, which has been positioning itself favorably to this change.

KEYWORDS: First name. Gender. Sex change. Legislation. Jurisprudence.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil (2002).* Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 5002/2013*. Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o artigo 58 da Lei 6.015 de 1973. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0F5ADA28E5D65A3B67D87D10C891BF0E.proposicoesWeb1?codteor=1059446&filename=PL+5002/2013>. Acesso em: 03 out. 2015. Texto original.

BRASIL. *Lei n. 6.015 de 31 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPIRACA, Márcio. *Mesmo católico, Malta aprova a lei de identidade de gênero mais progressista do mundo*, 2 abr. 2015. Disponível em: <http://www.ladobi.com/2015/04/malta-lei-identidade-genero>. Acesso em: 02 out. 2015.

CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos. 22 nov. 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 01 out. 2015.

DIREITO HOMOAFETIVO. *Jurisprudência - Transexualidade - Mudança de nome sem cirurgia*. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Apelação cível nº 2012.0001.008400-3, 2ª Câmara Especial Cível, Relator: Desembargador Brandão de Carvalho, p. 22 jan. 2014. Disponível em: <http://direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=26&s=30> Acesso em: 05 out. 2015

_____. *Jurisprudência - Transexualidade - Mudança de nome sem cirurgia*. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Apelação cível nº 5751/2012, Relator: Desembargador Ricardo Múcio Santana de Abreu Lima, j. 30 out. 2012. Disponível em: <http://direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=26&s=30&p=2#t> Acesso em: 05 out. 2015

GARCIA, Bruna Pinotti; LAZARI, Rafael de. *Manual de Direitos Humanos.* v. único. 2. ed. Salvador, BA: Jus Podivm, 2015, pg. 97.

G1. *Congresso da Argentina aprova lei de identidade de gênero.* São Paulo, 10 maio 2012.
Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2012/05/

congresso-da-argentina-aprova-lei-de-identidade-de-genero.html>. Acesso em: 05 out. 2015.
PINHEIRO, Lívia R. *Entenda Identidade de Gênero e Orientação Sexual.* Disponível em: <http://www.plc122.com.br/orientacao-e-identidade-de-genero/entenda-diferenca-entre identidade-orientacao/#axzz3nDOZHZ37>. Acesso em: 30 set. 2015.

A INFLUÊNCIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS DO DIREITO NORTE-AMERICANO NO SISTEMA JURÍDICO PROCESSUAL-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Antonio Vinícius Souza Andrade*

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo expor o papel dos precedentes judiciais do direito inglês e norte-americano, traçando seus pontos de interseção e analisando a sua aplicabilidade no sistema jurídico Processual-Constitucional brasileiro. Além disso, pondera-se o propósito da existência da doutrina do *Stare Decisis*, bem como a sua manutenção, com o duplicado intento de uniformizar a jurisprudência sem que haja violação aos princípios constitucionais do direito adquirido e da segurança jurídica, eis que demonstram que o momento em nosso Judiciário é de reconstrução de paradigmas.

PALAVRAS-CHAVE: Precedentes judiciais norte-americanos. Efeito Vinculante (*Stare Decisis*). Direito processual-constitucional.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil, desde sua colonização por Portugal (nos anos de 1500), adota o sistema do *Civil Law* o qual teve sua origem fundada no Direito Romano-Germânico. Diante disso, construiu-se um ordenamento todo escrito em que a lei – baseada no direito positivado – é tida como suprema por ser fonte primária estatal do direito.

Há, por outro lado, um sistema muito avançado baseado em precedentes judiciais, chamado de *common law*, que, diante da evolução histórica, integrou ao seu corpo a teoria do *Stare Decisis* (Doutrina inglesa que tem como fundamento assegurar que as decisões proferidas pelas cortes superiores tenham caráter vinculante perante as cortes de inferior hierarquia vinculada à mesma jurisdição, DIDIER JR., Fredie.), advindo do termo latim (*stare decisis et non quieta movere*) que significa:

* Advogado. Graduado pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – Fanese. Pós-graduando em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Universidade Estácio de Sá.

mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido.

As premissas deste estudo nos trará a possibilidade de comparar as doutrinas predominantes, o direito comparado e a legislação vigente, permitindo uma breve análise sobre a inserção dos precedentes judiciais norte-americanos no direito brasileiro.

2 HISTÓRICO DOS SISTEMAS CIVIL LAW E COMMON LAW E A APLICABILIDADE DOS PRECEDENTES

O sistema do *civil law*, ganhou significante força após uma crise de ordem econômica e social - provocada pela força da ideologia liberal - chamada de: Revolução Francesa. Tal Revolução visava destituir o direito antigo comum e instituir um direito novo que fosse capaz de tutelar a liberdade da classe emergente, ou seja, da burguesia. Os franceses, para que pudessem atuar de forma livre e sem intervenções, tiveram de deixar de lado o poder do Judiciário, haja vista que à época os cargos de juiz eram herdados e muitas vezes comprados, motivo pelo qual não havia interesse em dar aos juízes a oportunidade de exercer um poder maior (MARINONI, 2011, p. 52-3).

Não foi à toa que Montesquieu, ao elaborar a famosa teoria da separação dos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), deixou claro que o juiz deveria se comportar como um ser inanimado, isto é, como alguém que deveria simplesmente declarar as palavras da lei. Assim, nos países em que a teoria de Montesquieu foi aceita com maior intensidade, os juízes foram impedidos de interpretar a lei. Por outro lado, em 1688 na Revolução Gloriosa na Inglaterra, o parlamento venceu uma longa batalha contra o absolutismo do Rei que, todavia, diferente dos franceses, em nenhum momento pensou em destituir o direito antigo comum (que era o *common law*), entretanto, passou a lutar contra o arbítrio do juiz, mediante a força do próprio *common law* (MARINONI, 2011, p. 52-3).

Observa-se assim, que para o sistema do *civil law*, a lei é considerada suficiente para garantir a tutela aos direitos e as liberdades. Já na Inglaterra, não persistiu a falsa ideia de que o juiz não poderia compreender um caso concreto e interpretar a lei, pois, os ingleses mesmo sabendo que diante de casos parecidos o juiz poderia julgar de forma diferente ao invés de dizer que a isonomia estava garantida pela lei, frisaram que a igualdade tinha de ser preservada pela isonomia de todos os cidadãos perante

as decisões judiciais. Foi dessa forma que surgiram os precedentes na Inglaterra, exatamente para preservar a igualdade perante as decisões e a coerência do direito.

3 TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL

Inicialmente, conforme definido nas lições de Fredie Didier, é de suma importância delimitar – na decisão – o que se entende por precedente. Tal autor o conceitua como a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos. Portanto, o precedente é a *ratio decidendi*, ou seja, é a parte da decisão em que o juiz expõe os fundamentos jurídicos que o levaram a decidir de tal forma.

Nesse diapasão, vale destacar o conceito de outro instituto processual de grande importância para o estudo dos precedentes judiciais, o intitulado *Obiter Dictum*. Esse fenômeno ocorre quando o juiz traz em sua decisão alguma afirmação que materialize um raciocínio irrelevante para o julgamento do feito, tornando-a, às vezes, inadequada, eis que trata de assunto que não deveria ser tratado. Cândido Dinamarco, diz que esta afirmação do juiz, feita de passagem, sem proveito para o julgamento do feito, forma o chamado *obiter dictum*.

É imprescindível – para o estudo dos precedentes judiciais – distinguir o *obiter dictum* da autêntica razão de decidir *ratio decidendi*, visto que os efeitos do precedente judicial são colhidos da razão de decidir, e não de contingente *obiter dictum*.

4 TÉCNICAS DE CONFLITO E APLICAÇÃO DO PRECEDENTE DISTINGUISHING E OVERRULING

As relações e conflitos em uma sociedade podem gerar as mais diversas demandas judiciais. Contudo, por mais que um precedente abarque vários casos, nunca conseguirá expandir os seus efeitos para todos, haja vista que podem existir peculiaridades que precisarão de uma análise diferenciada. Em razão disso, foram criados os institutos do *distinguishing* e *overruling*.

Gilmar Ferreira Mendes (*apud* Mancuso, 1999, p. 172), ministro do Supremo Tribunal Federal, da a definição de distinguishing como

"a prática utilizada pelos tribunais para fundamentar a não-aplicação do precedente a determinado caso", e *overruling* como «a superação de determinado entendimento jurisprudencial mediante a fixação de outra orientação».

4.1 DISTINGUISHING

Entende-se, por *distinguishing*, na visão de Fredie Didier Jr.:

> Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base a *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, algumas peculiaridades no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente.

Com isso, para que o precedente seja devidamente aplicado, é necessário que os fundamentos que formam a razão de decidir estejam em ampla consonância com o caso paradigma.

Quando os fatos do caso em julgamento conter peculiaridades que distingue o caso do precedente paradigma, este deve ser afastado (LAGO, 2013, p. 1).

Desta forma, um caso servirá como precedente, se estiver em consonância entre as questões e fatos de direito que criaram a (*ratio decidendi*) da sua decisão.

4.2 OVERRULING

Explica Fredie Didier, *in verbis*: "*overruling* é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente".

Em outras palavras, tal fenômeno ocorre quando determinado precedente é considerado – pelas Cortes Superiores – ultrapassado, sem força para solucionar os conflitos atuais, podendo, portanto, a Corte decidir o caso concreto usando fundamentos diversos do que embasaram

determinada decisão. Ademais, vale destacar que, quando um precedente é superado por outro, este não pode ter efeitos retroativos (*ex-tunc*), mas apenas efeitos prospectivos (*ex-nunc*), visto que ao retroagir, as decisões proferidas anteriormente podem ser comprometidas, causando prejuízos às partes e, violando os princípios constitucionais do direito adquirido e da segurança jurídica.

5 TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL NO SISTEMA BRASILEIRO

Apesar das diferenças entre os sistemas de *common law* (direito norte-americano) e de *civil law* (direito brasileiro) cada vez maior tem sido a interação entre eles. Assim, muitos países de *common law*, tem feito uso, em certos casos, do papel persuasivo da jurisprudência, adotando textos positivados, e países de *civil law* têm, em algumas hipóteses, atribuído ao precedente judicial eficácia vinculante, ou quase vinculante. As influências recíprocas demonstram que o momento é de resconstrução de paradigmas, o que faz configurar um meio pronto para a criação de soluções trazidas de outros países, como é o caso, da distinção entre a *ratio* e o *obiter dictum*, do procedimento de *distinguishing* e do procedimento de *overruling*.

O Brasil é um país que adota várias doutrinas e teorias:

> O Sistema jurídico brasileiro tem uma característica muito peculiar, que não deixa de ser curiosa: temos um direito constitucional de inspiração estadunidense (daí a consagração de uma série de garantias processuais, inclusive, expressamente, do devido processo legal) e um direito infraconstitucional (principalmente o direito privado) inspirado na família romano-germânica (França, Alemanha e Itália, basicamente). Há controle de constitucionalidade difuso (inspirado no *judicial review* estadunidense) e concentrado (modelo austríaco). Há inúmeras codificações legislativas (*civil law*) e, ao mesmo tempo, contrói-se um sistema de valorização dos precedentes judiciais extremamente complexo (súmula vinculante, súmula impeditiva, julgamento

> modelo para causas repetitivas etc. (...), de óbvia inspiração no *common law*. Embora tenhamos um direito privado estruturado de acordo com o modelo do direito romano, de cunho individualista, temos um microssistema de tutela de direitos coletivos dos mais avançados e complexos do mundo; como se sabe, a tutela coletiva de direito é uma marca da tradição jurídica do common law (...). (Fredie Didier Jr., *Curso de Direito Processual Civil*, Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento, vol. 1, 14. ed., 2012, p. 42).

Desta forma, a nossa tradição jurídica brasileira é como Fredie Didier Jr. representa, ou seja, a *brazilian law* (Fredie Didier Jr., p. 43).

O Brasil, mesmo sofrendo grande influência da Corte Portuguesa, nunca ignorou a importância dos precedentes, que constantemente estiveram na visão dos juristas.

Atualmente, podemos afirmar que a jurisprudência possui dois papéis importantes que se confundem. Vejamos que, por um lado, a mesma tem o papel de interpretar a lei, diminuindo o alcance do texto normativo, por outro, tem a função de adaptar a lei no lapso temporal, sempre em conformidade com as necessidades da sociedade.

À vista disso, infere-se que os tribunais não estão mais aplicando a lei em si, fugindo um pouco do *civil law*, e sim a notável interpretação que conferem a lei, com base nos fatos e acontecimentos ocorridos.

Nestas condições, para aqueles que detêm capacidade postulatória (seja advogado ou a própria pessoa que teve ferido o seu direito) quando a lei permitir, é mais importante conhecer o entendimento dos Tribunais – especialmente superiores – do que conhecer o texto puro da lei, uma vez que o precedente, mesmo que não traga consigo eficácia vinculante, apresenta uma intensa força persuasiva quando colacionado às peças processuais, tendo plena capacidade de influenciar julgamentos.

Também é de extrema importância que os magistrados tenham o total conhecimento da interpretação conferida à lei pelos tribunais, especialmente pelos superiores, permitindo-se a aplicação uniforme da norma e garantindo-se igualdade entre os jurisdicionados. Há de se destacar que tais magistrados carregam consigo seus valores pessoais,

seus pontos de vista e sua ideologia, de forma que isso tudo também influencia nas decisões judiciais, concluindo, portanto, que o juiz é imparcial, e jamais neutro, ficando impossível desunir totalmente o homem do profissional. Vale registrar que tais entendimentos também já estão sendo cobrados em concursos públicos para diversas áreas da administração da justiça, principalmente para as funções de analista, técnico e estagiário, considerando-se que trabalham diretamente na criação e edição de peças processuais.

Apesar de a lei ser fonte formal estatal imposta a todos, tendo como base o princípio da isonomia, não são raros os casos em que diante da mesma situação jurídica alguns consigam adquirir proteção jurisdicional e outros não, ficando a critério da sorte ou do azar da parte na distribuição dos atinentes processos. Toda essa imprecisão desperta certa desconfiança com relação ao nosso Judiciário, acarretando grande perda de autoridade.

Tratando do tema, ensina-nos Luiz Guilherme Marinoni:

> "Embora deva ser no mínimo indesejável, para um Estado Democrático, dar decisões desiguais a casos iguais, estranhamente não há qualquer reação a esta situação na doutrina e na praxe brasileiras. É como se estas decisões não fossem vistas ou fossem admitidas por serem inevitáveis. Aliás, nas salas da *civil law* sempre se viu escrito sobre a cabeça dos juízes que a lei é igual para todos. Trata-se não só de lembrança que não basta, mas que acaba por constituir piada de mau gosto àquele que, perante uma das Turmas do tribunal e sob tal inscrição, recebe decisão distinta a proferida - em caso idêntico - pela Turma cuja sala se localiza metros mais adiante, no mesmo longo e indiferente corredor do prédio que, antes de tudo, deveria abrigar a igualdade de tratamento perante a lei».

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se, diante do que foi exposto, que o nosso ordenamento, indiscutivelmente, está em constante mudança, abandonando um pouco dos antecedentes do sistema *civil law*, submetendo-se às influências da teoria do *stare decisis*.

Acontece que o legislador brasileiro tem como a sua principal preocupação desaforar os tribunais, devido ao abarrotamento de processos. Contudo, a constatação de uma realidade não pode ir de encontro aos princípios fundamentais das partes em juízo ou fora dele, devendo-se conferir aos jurisdicionados maior segurança jurídica, mediante tratamento isonômico. A universalização de entendimentos até tem sido colocada em prática, mas somente na medida em que contribua para o descongestionamento da carga de trabalho dos tribunais.

Por essa razão, deve-se, primordialmente, focar os seus interesses na isonomia e na segurança jurídica, as quais só conseguirão irradiar realmente os seus efeitos a partir da efetiva uniformização da jurisprudência.

Destarte, há de ser reconhecido o importante papel desempenhado pelo precedente judicial e pela jurisprudência em nosso ordenamento, independente do legado das nossas raízes históricas, e de delinear as principais diretrizes de um sistema mesclado, em que a lei reina e a jurisprudência governa.

___

THE INFLUENCE OF JUDICIAL PRECEDENTS OF US LAW IN THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL LEGAL SYSTEM

ABSTRACT: This study aims to expose the role of the judicial precedents of the English and American law, tracing their points of intersection and analyze their applicability in Procedural and Constitutional Brazilian legal system. In addition, Ponder is the purpose of existence of the doctrine of Stare Decisis as well as its maintenance, with the duplicate attempt to standardize the law without violating the constitutional principles of law and legal certainty acquired, behold demonstrate that when our judiciary is reconstruction of paradigms.

KEYWORDS: Previous legal americans. Binding effect (*stare decisis*). Direito processual-constitutional.

REFERÊNCIAS

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. cit. n. 13.
DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. V.2. 5. ed. Salvador: Juspodivm,

2010.
DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil* - V.2, Juspodivm, 2014.
LAGO, Rodrigo. *O distinguishing e a preservação da jurisprudência no julgamento do mensalão.* Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/ o-distinguishing-e-a-preservacao-da-jurisprudencia-no-julgamento-do-mensalao>. Acesso em 12 abr. 2013.
MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
MARINS, Lucas Belloc. A *sistemática da teoria do precedente judicial e a gradual introdução de princípios da common law no direito brasileiro.* Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Lucas%20Belloc%20Marins%20-%20vers%C3%A3o%20final.pdf>. Acesso em 26/06/2014.
MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder. *Tratado de Direito Constitucional* - V.2, Saraiva, 2012.
MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente Judicial no Sistema Judicial Brasileiro*. Disponível em:< http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-15052013-162737/pt-br.php> Acesso em 15 de junho de 2014.

USUCAPIÃO POR ABANDONO DO LAR E O DIVÓRCIO

Luiz Gustavo de Oliveira Ramos*

RESUMO: O presente artigo tem a finalidade de compreender o recente instituto da usucapião por abandono do lar previsto no Art. 1.240-A do Código Civil de 2002, acrescentado pela Lei 12.424/2011, e sua relação com o divórcio, diante da incipiente produção jurisprudencial e doutrinária acerca da matéria. Paira a dúvida sobre o que caracteriza (o que é) abandono do lar e se a aplicabilidade do instituto alcança o único meio de findar, em definitivo, o vínculo conjugal. A doutrina majoritária compreende que essa modalidade de usucapião é uma forma de extinção do condomínio do casal sobre imóvel residencial único, que visa efetivar a plenitude da propriedade em favor de quem naquele permaneceu, sobretudo privilegiando a família, em detrimento de quem o abandonou. Não raro os divórcios são decretados sem a efetivação da prévia partilha, mantendo os bens em condomínio. Por fim, o objetivo é buscar uma solução para o imóvel que foi abandonado pelo (a) ex-cônjuge, com paradeiro desconhecido, por um lapso temporal igual ou superior ao previsto em lei, e que foi proposta uma ação de divórcio litigiosa e unilateral, cuja sentença, transitada em julgado, manteve o bem em condomínio.

PALAVRAS-CHAVE: Usucapião familiar. Divórcio. Abandono do lar.

INTRODUÇÃO

A beleza do Direito está no seu dinamismo, na mutabilidade e na necessária renovação para acompanhar evoluções e ondas sociais. Sobre aquele, porém, uma marcha mais lenta impõe-se, noutra palavra, uma temporalidade[1]. Não poderia ser diferente, afinal, é imprescindível o surgimento de novos fatos sociais, casos paradigmas ou dado

*Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela FaSe, Faculdade Estácio de Sergipe, Aracaju/SE, 2013; Graduado em Direito pela FaSe, 2011; Especialista em Docência no Ensino Superior pela FaSe, 2009; Graduado em Sistemas de Informação pela UNIT, Universidade Tiradentes, Aracaju / SE, 2005; Autor de artigos jurídicos; Assistente de Juiz, Tribunal de Justiça de Sergipe.

sentidos diversos para significantes conhecidos, para que a legislação, possivelmente, sofra modificações e, com isso, institutos sejam criados ou reinterpretados. É o que NADER (2006, p. 18) chama de colocações prévias[2]. Tudo sob a égide do devido processo legislativo moroso e de um prazo indeterminado de atividade interpretativa, de aplicação e de consolidação, através da filtragem constitucional e métodos hermenêuticos. Noutras palavras, raras são as situações onde o Direito larga na *pole position,* se é que se pode destacar alguma.

É o caso da nova modalidade de aquisição originária de propriedade, denominada pela doutrina de usucapião[3] familiar, pró-família ou por abandono do lar. Perceberam-se incontáveis situações onde a (o) (ex) cônjuge ou (ex) companheira (o) permanecia no imóvel, assumindo exclusivamente os ônus de manutenção e tributos, mas não poderia consolidar a situação do bem, impedida (o) de usufruir e dispor integralmente daquele, ou seja, de exercer *in totum* a propriedade, Art. 1228[4] do CC/2002.

Trata-se de uma alteração legislativa recente e seus efeitos ainda não foram devidamente compreendidos, pacificados e difundidos. Aguardam-se pelos posicionamentos da doutrina e da jurisprudência na atuação para resolver controvérsias e estabilizar entendimentos, ou seja, construindo limites semânticos e interpretativos da norma extraída do Art. 1.240-A do Código Civil de 2002, introduzido pela Lei 12.424/2011[5]. Transitando neste cenário ainda de "*test-drive*" e descobertas sobre o recém instituto que este estudo hospeda-se, temporariamente! Ao certo.

A doutrina ainda incipiente, contextualizada após relevante alteração constitucional, ou seja, a Emenda Constitucional 66/2010, vem construindo um lugar ao sol para esta inovação legislativa, mormente pela presença de conceitos indeterminados. Não significa, em regra, o retorno de elementos normativos "excluídos" dos debates do direito de família, notadamente a culpa, mesmo que parte da doutrina critique o novo instituto justamente por permitir tal discussão.

De fato, as possibilidades são amplas e não caberiam em um modesto artigo, exigindo-se uma delimitação do tema. Desta forma, resolveu-se definir como limite e objetivo deste trabalho a verificação da compatibilidade entre a usucapião familiar e o divórcio sem partilha de bens.

Nesta toada, o presente estudo também visa responder algumas

questões não pacíficas, polêmicas em certa medida, mas sem a pretensão de esgotar o debate. Quais são:

a) diante de um divórcio sem a prévia partilha de bem imóvel comum, que permaneceu em condomínio por ordem judicial, e obedecidos os requisitos legais, seria possível invocar a usucapião pró-família?

b) a usucapião por abandono do lar seria aplicável ao divórcio litigioso promovido unilateralmente, ou seja, quando um dos ex-cônjuges encontrou-se em local incerto e não sabido, e o bem imóvel não foi partilhado, permanecendo em condomínio por sentença?

Por fim, importante destacar que a metodologia aplicada nesta pesquisa é a bibliográfica, onde foram utilizados como vetores a legislação pátria, a doutrina e a, ainda rarefeita, jurisprudência dos tribunais sobre o tema.

1 A EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010

Não é objeto deste estudo a evolução do casamento no Brasil, porém, alguns comentários são necessários para contextualizar.

O casamento no ordenamento jurídico brasileiro era indissolúvel, por expressa imposição do Código Civil de 1916 e depois pela Constituição Federal de 1934, permanecendo o princípio da indissolubilidade nas reformas constitucionais de 1937, 1946, 1967 e na Emenda Constitucional nº 1, de 1969, inscrevendo o Brasil como um país antidivorcista, segundo PEREIRA (2014).

A única forma prevista era o desquite, que não tinha o condão de dissolver o vínculo matrimonial, apenas as obrigações conjugais, no entanto, as pessoas eram obrigadas a suportar o estado civil de casados e qualquer outra relação posterior receberia o nome de concubinato.

Apenas em 1977, com advento da Lei do Divórcio, Lei 6.515/77, tornou-se possível a dissolução do vínculo matrimonial, um pequeno passo na evolução do Direito de Família. Contudo, o divórcio tinha uma finalidade praticamente sancionatória, punindo o cônjuge que faltasse com seus deveres conjugais, a culpa era elemento normativo muito presente.

Existem dois sistemas legislativos, de acordo com PEREIRA (2014), o do divórcio como sanção (divórcio-sanção) e o "divórcio-remédio, adotado no Brasil desde a Lei do Divórcio, mas concretizado com o

advento do Código Civil de 2002, que "buscou exemplo no direito francês, admitindo a separação de corpos e também o divórcio [...] e, tal qual, o legislador brasileiro permitiu a conversão da Separação Judicial em Divórcio".

Para VENOSA (2011, p. 159), o divórcio, destacando a prevalência dele como remédio, pois não declina investigação sobre as causas do rompimento, "deve ser visto tendo em mira não o passado, mas o futuro dos cônjuges separados, para os quais subsistem deveres de assistência moral e econômica, mormente em relação aos filhos menores". Este ponto é importante, embora adiante um pouco o tema central, visto que o abandono do lar pressupõe falta com os deveres de suporte material.

Por iniciativa do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM foi proposta a PEC que resultou na Emenda Constitucional 66/2010.

> A Emenda Constitucional 66/2010, ao dar nova redação ao § 6º do art. 226 da CF, com um só golpe alterou o paradigma de todo o Direito das Famílias. A dissolução do casamento sem a necessidade de implemento de prazos ou identificação de culpados dispõe também de um efeito simbólico: deixa o Estado de imiscuir-se na vida das pessoas, tentando impor a mantença de vínculos jurídicos quando não mais existem vínculos afetivos (DIAS, 2015, p. 204).

Para DIAS (2015, p. 204) o instituto da separação desapareceu, estando derrogados pela Constituição Federal todos os dispositivos infraconstitucionais referentes à questão, extirpando em definitivo a teoria da culpa e problemática dos prazos de conversão. Com a separação inexistiam os deveres matrimoniais, mas o vínculo não estava dissolvido, forçando as pessoas a viverem em união estável, o que correspondia a uma verdadeira afronta à autonomia da vontade e à liberdade para constituir novas famílias, pela forte interferência estatal.

> Na mesma linha de orientação, Paulo Lôbo se reporta à força normativa própria da Constituição; sejam as normas constitucionais regras ou princípios, elas não dependem de normas infraconstitucionais para prescreverem o que aquelas já prescrevem.

> Para ele a nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição Federal qualifica-se como norma-regra, pois seu suporte fático é precisamente determinado: o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, sem qualquer requisito prévio, por exclusivo ato da vontade dos cônjuges. A Constituição deixou de tutelar a separação judicial. A consequência da extinção da separação judicial é que concomitantemente desaparece a dissolução da sociedade conjugal. Não sobrevive qualquer norma infraconstitucional que trate da dissolução, isoladamente, por absoluta incompatibilidade com a Constituição de acordo com a PEC do Divórcio (hoje Emenda Constitucional nº 66/2010) (PEREIRA, 2014).

O princípio constitucional regente da EC. 66/2010 é a dignidade da pessoa humana, pois ao mesmo tempo que é direito da pessoa constituir núcleo familiar, também o é poder desvincular-se, ressalvados direitos de terceiros e da prole, caso constituída. Todo ser humano tem o direito à felicidade, tema tão discutido pela doutrina e erigido à direito fundamental com fulcro no Art. 3º, IV, da CF, concretizando-se pela redução da interferência estatal e a histórica resistência ao divórcio, como bem elucida DIAS (2015, p. 205), garantindo-se a busca pelo divórcio sem prazos ou discussão sobre culpa.

2 A UTILIZAÇÃO DO TERMO EX-CÔNJUGE

O dispositivo que deu origem à nova modalidade de usucapião preconiza, atentando-se para a sua redação, que "aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar [...]".

Observa-se que o instituto visa alcançar tanto o ex-companheiro e o ex-cônjuge que saiu do lar conjugal, deixando o (a) parceiro (a) supérstite na posse exclusiva do bem imóvel e conjuntamente todo o ônus de suportá-lo.

No entanto, faz-se relevante neste momento tecer comentários sobre

como a doutrina entende o termo "ex-cônjuge" e como deve ser aplicado diante da recente forma de aquisição originária de propriedade.

Já sabido que a Emenda Constitucional 66/2010 alterou o dispositivo constitucional para definir que o casamento civil só pode ser dissolvido pelo divórcio e que para todos os efeitos a separação, judicial ou de fato, não extingue o vínculo matrimonial. Ademais, na redação anterior do §6º do Art. 226 da Constituição Federal tanto a separação judicial, após 1 (um) ano, quanto a de fato, após 2 (dois) anos, poderiam ser convertidas em divórcio.

Portanto, surge a dúvida, como nomear aquele que está divorciado e aquele que está separado?

Em diversos dispositivos a Lei Civil chama de "cônjuge" aquele que contraiu matrimônio e destaca todos os efeitos jurídicos decorrentes, como podemos observar nos artigos 1.511, 1.535, 1.571, 1.639, 1.829, só para citar alguns. Curiosamente, o termo "ex-cônjuge" só é citado duas vezes em todo o Código Civil, primeiro no artigo estudado e depois no Art. 1.523, parágrafo único, que trata das causas suspensivas para o casamento, ou seja, da possibilidade de o ex-cônjuge contrair novo matrimônio depois de extinto o primeiro.

É dever da doutrina e da jurisprudência dar nome e conteúdo semântico aos institutos jurídicos e, neste toar, não existem dúvidas que aos divorciados atribui-se a expressão "ex-cônjuges", nomenclatura reiterada em diversos livros e julgados. Contudo, é notável que doutrinadores como Maria Berenice Dias, Paulo Lobo, quando discorrem sobre a separação, aos separados, juridicamente ou de fato, atribuem o termo "cônjuge".

Explica-se que a separação não extingue o vínculo, apenas as obrigações matrimoniais, tanto que a qualificação continua a mesma, apesar do estado civil não ser reconhecido entre as partes. Trata-se de uma espécie de cláusula de arrependimento, pois é assegurado aos cônjuges, notem o termo, volverem ao casamento sem a necessidade de novo enlace.

> Com a separação de corpos, os cônjuges se mantêm no estado de casados, mas o casamento está rompido, cessando os deveres de coabitação e fidelidade. Do mesmo modo, acaba a comunicabilidade patrimonial. Qualquer um pode constituir união estável. A chancela judicial concedida à separação

> de corpos serve de prova do fim do casamento, apesar de não o dissolver (DIAS, 2015, p. 216).

Seguindo a utilização do termo pela doutrina, o Enunciado 501 da *V Jornada de Direito Civil* define que "as expressões 'ex-cônjuge' e 'ex-companheiro', contidas no CC 1240-A, correspondem à situação fática da separação, independentemente de divórcio". Não aparenta ser a melhor colocação para os termos.

3 A USUCAPIÃO FAMILIAR, PRÓ-FAMÍLIA OU POR ABANDONO DO LAR

Trata-se de uma modalidade de usucapião[6], forma de aquisição originária da propriedade, uma prescrição consumativa, com diversos requisitos herdados da modalidade especial urbana prevista no Art. 1.240[7] do Código Civil.

Foi introduzida pela Lei 12.424/11, que regulamenta como política urbana o *Programa Minha Casa, Minha Vida*, carregando forte base na função social da propriedade[8].

É compreendida como um meio de a (o) ex-cônjuge ou ex-companheira (o), que permaneceu na posse, adquirir a integralidade do domínio do bem imóvel comum ao casal, visando "preservar a segurança e os interesses das pessoas integrantes da família, dando uma excepcional tutela social ao núcleo", de acordo com DINIZ (2014, p. 195), portando-se como uma verdadeira usucapião da meação. Neste sentido:

> [...] a parte que permanece no imóvel assume, sozinha, as obrigações pecuniárias que deles decorrem, como pagamento de tributos e despesas com a manutenção da coisa. Por isso, parece razoável que, havendo um abandono por tempo considerável (dois anos), ocorra a aquisição originária da meação da outra parte (FARIAS, 2013, p. 126).

Pela leitura do dispositivo, Art. 1.240-A[9], percebe-se que alguns requisitos são objetivos, como: a) o imóvel deve ser exclusivamente para moradia de quem permaneceu no bem e/ou sua família; b) lapso temporal

ininterrupto de 2 (dois) anos e sem oposição, contado do abandono do lar pelo cônjuge ou companheiro - trata-se do menor prazo dentre todas as modalidades de usucapião; c) imóvel comum ao casal e urbano com metragem fixada por lei; d) que o supérstite não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. Por fim, o §1º do aludido artigo veda que essa modalidade de usucapião seja reconhecida mais de uma vez para o mesmo possuidor.

Além daqueles requisitos, destaca-se que não se aplica a usucapião familiar para imóveis de propriedade exclusiva de um dos cônjuges e não comunicáveis por doação, como também para os situados em zona rural.

O bem imóvel não pode ser objeto de controvérsia judicial, ou seja, sem oposição de qualquer forma, ao tempo da propositura da ação. No entanto, a doutrina e a jurisprudência defendem - não é diferente das outras modalidades - que a usucapião pró-família pode ser utilizada como defesa numa ação de divórcio, separação ou naquelas que discutam a partilha. Desta forma, entende-se como controvérsia judicial discussões sobre a propriedade ou posse do bem outras, antes ou depois da relação, inclusive por terceiros e Fazenda Pública, neste último caso podendo ocorrer a qualquer momento, opondo-se ao casal.

Para Diniz (2014, p. 193), não se configura a posse *ad usucapionem* "se houver notificação feita pelo que abandonou o lar demonstrando interesse pelo imóvel ou disputa do casal pelo imóvel".

Por outro lado, alguns requisitos são subjetivos, notoriamente o abandono do lar.

Neste ponto recai uma forte crítica por parte da doutrina que afirma que o instituto retoma a discussão sobre a culpa[10], já abolida pela Emenda Constitucional 66/2010, punindo aquele que abandonou o lar.

Entretanto, prevalece a posição majoritária, que entende o instituto não como um meio de punição ou discussão sobre culpa pelo fim do relacionamento, mas uma "forma especial de extinção do condomínio do casal sobre imóvel residencial único, visando efetiva a plenitude da propriedade em favor de quem permaneceu e assumiu todos os ônus de mantença do bem, inteiramente a suas expensas", de acordo com FARIAS (2013, p. 131).

De forma diferente compreende Diniz (2014, p. 194). Para a autora não caberia a discussão de culpa no divórcio ou separação, mas seria possível averiguá-la na hipótese de abandono do lar.

> Há quem ache que a discussão da culpa pelo abandono do lar é um atentado ao princípio da vedação a retrocesso. Tal não entendemos, pois não se poderia discutir a culpabilidade pela separação de fato para a concessão do divórcio, mas nada obsta que se averigúe a culpa pelo abandono familiar para reconhecer, ou não, certas consequências jurídicas (DINIZ, 2014, p. 194).

3.1 O ABANDONO DO LAR

Não é pacífico o entendimento jurisprudencial e doutrinário sobre o que é "abandono do lar", trata-se de um conceito jurídico indeterminado, comportando interpretações distintas, naturais quando se discute um recente instituto jurídico.

Entretanto, prevalece o entendendo de que o abandono do lar não é um mero requisito objetivo, uma simples saída do imóvel, mas, "um ato voluntário de abandonar a posse do bem somado à ausência da tutela da família", como preconiza o Enunciado nº 595[11], da *VII Jornada de Direito Civil/2015*. Neste sentido já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> [...] A usucapião especial por abandono familiar, instituída pela Lei nº 12.424/2011, não abrange bens com área total superior a 250m², sendo, ainda neste contexto, inviável desconsiderar o excedente. Precedentes deste Tribunal. O abandono do lar pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro não é pressuposto meramente objetivo, exigindo demonstração da deserção voluntária e injustificada do ambiente familiar, associada ao descumprimento de deveres de assistência material e sustento do lar. [...] (Apelação Cível Nº 70066478223, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mylene Maria Michel, Julgado em 10/03/2016).

Para Nader (2016), o abandono do lar é "expressão, inequivocamente, mais abrangente do que abandono do consorte, implicando ainda o desligamento da prole".

Todavia, a consequência pelo abandono do lar é pacífica na doutrina e na lei, ou seja, o domínio deverá ser totalmente revertido pró-família, "retirando o bem da partilha para efetivar a plenitude da propriedade em favor daquele que permaneceu no imóvel, do qual era coproprietário, mantendo-o inteiramente às suas expensas", segundo FARIAS (2013, p. 131). Do ponto de vista prático, entende aquele autor que se trata de uma verdadeira usucapião de meação, adquirindo-se a cota-parte do outro (Op. Cit., 2013, p. 125).

A bem da verdade, a pretensão do instituto é evitar pendências jurídicas, econômicas e sociais, buscando a real função social do imóvel, Art. 5º, XXII e XXIII, da CF/88, e a efetivação do direito constitucional de moradia.

> Claro que a lei busca assegurar o uso social da propriedade, protegendo o direito à moradia assegurado constitucionalmente como direito social (CF 6º). Além de dispor de nítido caráter protetivo, visa punir quem abandona o lar. Depois de dois anos, quem partiu perde o imóvel que servia de residência ao casal. O cônjuge ou o companheiro que foi abandonado se torna proprietário exclusivo do bem comum (DIAS, p. 354, 2015).

É relevante destacar e recordar que não se caracterizará o abandono do lar se existir controvérsia judicial pendente.

Outro ponto a ser analisado é o início do abandono do lar em relação à inovação legislativa. A compreensão majoritária é que, por força da segurança jurídica, a contagem do prazo de 2 (dois) anos, que é prescricional, só teria validade a partir da vigência da Lei 12.424/11, que ocorreu em julho de 2011. Contudo, o abandono efetivamente deve ser contado da saída voluntária do lar conjugal, que pode ter ocorrido antes ou no período da *vacatio legis*.

O entendimento aqui exposto é que a espera daquele prazo, após a vigência, é uma garantia individual, já que a cota-parte de um bem imóvel não poderia ser suprimida imediatamente do domínio de quem abandonou sem que se possibilitasse um período para o exercício de uma pretensão, de demonstração de algum interesse pelo bem, além de vedar a decisão surpresa e o desconhecimento desta possibilidade de

usucapião, Art. 3º da Lei 4.657/1942.

O abandono voluntário do lar deve ser analisando através de uma interpretação sistêmica do ordenamento jurídico, sendo considerado, portanto, como um ato continuado que se perpetra no tempo. Desta forma, iniciado antes, o abandono, mas cumprido o prazo de 2 (dois) anos, a partir de julho de 2011, esse requisito subjetivo deve ser considerado suprido.

Refuta-se, aqui, o argumento de parte da doutrina de que apenas as posses exclusivas após a vigência da lei seriam abarcadas pelo novo instituto. Pensar assim seria convalidar situações injustas, verdadeiras ofensas à função social da propriedade e à família, Art. 226 da CF/88, posto que é notória a possibilidade de imóveis abandonados bem antes.

O tempo anterior não é e nem poderia ser, de maneira alguma, impeditivo para a concretização da prescrição aquisitiva buscada, desde que os requisitos objetivos e subjetivos sejam atendidos.

Vejamos uma decisão neste sentido:

> "Apelação cível. Ação de divórcio litigioso. Procedência decretação do divórcio do casal e determinação de partilha do único bem amealhado na constância do matrimônio. Irresignação acerca da partilha. Alegação de usucapião conjugal. Previsão no art. 1.240-A do Código Civil, com entrada em vigor da Lei n.º 12.424/2011. Requisitos preenchidos. Separação de fato há mais de 20 (vinte) anos. Abandono do lar pelo cônjuge varão. Imóvel que atende as exigências legais. Inexistência de outros bens. Recurso provido. Preenchidos os requisitos da usucapião conjugal previstos no art. 1.240-A do Código Civil, em decorrência do abandono do lar pelo cônjuge varão há mais de 20 (vinte) anos, em cujo imóvel permaneceu residindo a ora apelante, o qual atende as exigências legais, inclusive não sendo esta proprietária de outros bens, impõe-se a aplicação dessa figura jurídica" (TJMT, Apelação 63379/2014, Rondonópolis, Rel. Des. Marilsen Andrade Addário, DJMT 19.02.2015, p. 18).

3.2 PATRIMÔNIO NÃO PARTILHADO NO DIVÓRCIO

É importante que o imóvel seja partilhável, ou seja, de acordo com regime de bens adotado no casamento, o bem precisa pertencer à meação. Imóvel de propriedade exclusiva de um dos cônjuges descaracteriza o instituto da usucapião familiar, que pressupõe a aquisição da parte meeira[12] daquele que abandonou o lar. Neste sentido a jurisprudência já se manifestou:

> DIVÓRCIO LITIGIOSO. PARTILHA DE BENS. USUCAPIÃO FAMILIAR. 1. Sendo o casamento regido pelo regime da comunhão parcial, todos os bens adquiridos a título oneroso na constância da vida conjugal se comunicam e devem ser partilhados de forma igualitária, independentemente de qual tenha sido a contribuição individual de cada cônjuge para a consecução do resultado patrimonial, pois se presume que a aquisição seja produto do esforço comum da par. inteligência dos art. 1.658 a 1.660 do CCB. 2. Considerando que o imóvel onde a ré permaneceu residindo após a separação fática do casal pertence exclusivamente ao autor, inviável o reconhecimento da usucapião familiar, que pressupõe a propriedade comum do bem. Inteligência do art. 1.240-A do Código Civil. 3. Se o imóvel pertence ao varão, também se mostra inviável a sua partilha. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70063635593, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 25/03/2015).

3.3 DO PROCEDIMENTO

Apesar de o instituto estar topologicamente conectado ao Usucapião Especial Urbana, Art. 1.240 do CC, herdando inclusive alguns dos requisitos, com aquele não se confunde. Este entendimento é relevante para a compreensão do procedimento em si.

A grande diferença reside no fato de que a pretensão usucaptiva aqui

abrange a meação da outra parte, sem qualquer ingerência sobre terceiros ou do Poder Público, ao passo que a usucapião especial urbana visa garantir a eficácia *erga omnes* da sentença. Na modalidade pró-família, "o autor e réu são coproprietários necessariamente do bem usucapiendo e, por isso, não há qualquer potencialidade de afrontar interesse de terceiros", segundo FARIAS (2013, p. 140). Desta forma, trata-se de um procedimento que dispensa a publicação de editais, bem como a citação dos confinantes e das Fazendas Públicas, inclusive, a intervenção do *Parquet*.

Por outro lado, será impositiva a intervenção do Ministério Público se a discussão for travada em uma ação de divórcio, por conta da incidência dos incisos I e II do art. 178 do Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015. Ou seja, havendo interesses de incapazes a serem resguardados em uma ação de divórcio (ou de dissolução de união estável), necessária será a intervenção ministerial.

3.3.1 DA COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR

Não se questiona que o Art. 1.240-A do Código Civil trate-se de matéria recente, pois - a partir da vigência da Lei 12.424/11 e a contagem do prazo de 2 (dois) anos -, as primeiras ações passaram a ser oferecidas apenas em julho de 2013. Neste cenário novo, a jurisprudência não obteve a devida oportunidade de pronunciar-se, salvo decisões esparsas.

Nesta toada, a doutrina vem delineando a matéria, apontando os primeiros traços processuais, a começar pela competência para processar e julgar a ação de usucapião familiar. Assim, aponta-se que a competência é a do juiz da vara da família, em razão da matéria. Relevante observar, mais uma vez, a lição de FARIAS (2013, p. 138):

> Trata-se, inclusive, de regra de competência absoluta, não admitindo prorrogação pelo interesse das partes e podendo ser conhecida de ofício pelo magistrado ou suscitada pelo Ministério Público, quanto participar do processo como *custos juris* (fiscal da ordem jurídica). Isso porque a causa de pedir da usucapião decorrente do abandono de lar é uma relação familiar, justificando a fixação da competência em razão da matéria.

Vejamos o seguinte julgado:

> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE USUCAPIÃO POR ABANDONO DO LAR CONJUGAL. COMPETÊNCIA. A ação de usucapião com base em alegação de abandono do lar conjugal envolve ex-cônjuges. Nela debate-se abandono conjugal e existência de bem comum. Em face dessas circunstâncias, entende-se que a competência para processar e julgar tal demanda é do juízo especializado de família. Essa conclusão vale especialmente para o caso concreto, já que a ação de usucapião é conexa (por identidade de objetos) à outra ação declaratória de qualidade sucessória e de exclusão de bens da herança que tramita perante o juízo de família. JULGARAM PROCEDENTE O CONFLITO. (Conflito de Competência Nº 70063771927, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 23/04/2015).

3.3.2 DO VALOR DA CAUSA

O valor da causa para as ações de usucapião é o venal do imóvel, podendo ser comprovado pela declaração e lançamento do IPTU, nos termos do Art. 292, IV, do NCPC e da jurisprudência. Contudo, a Lei 13.105/2015 criou uma dificuldade para o postulante, de acordo com NEVES (2016):

> O novo diploma processual nesse caso buscou prestigiar um valor mais próximo do real, mas criou uma dificuldade ao autor porque sugere que caberá a ele a contratação de um perito para elaboração de avaliação sobre o valor do imóvel ou bem. Essa exigência, entretanto, contraria o princípio da economia processual porque o laudo, elaborado unilateralmente, violará o contraditório e se prestará tão somente para a fixação do valor da causa. Não tem sentido exigir que o autor dispenda dinheiro e tempo com uma avaliação tão somente

> para fixação do valor da causa, de forma que a iniciativa do legislador, apesar de nobre, cria uma nova espécie de pedido genérico e valor da causa a ser fixado a gosto do autor, devendo ser corrigida quando for realizada a avaliação judicial.

É bem comum que a (o) ex-cônjuge ou ex-companheira (o) que permaneceu no imóvel, não objeto de controvérsia judicial, não possua uma avaliação judicial recente. Sendo o valor da causa requisito essencial da petição inicial, nos termos do Art. 319, V, do NCPC, como procederá, a parte, para preenchê-lo e evitar o indeferimento? Observando que o Art. 321 impede que o juiz indefira a petição inicial sem antes oportunizar sua emenda, apenas o fazendo se a parte não cumprir a diligência.

Todavia, a questão deve ser analisada sob a ótica do novo ônus imposto pelo CPC/2015, ou seja, seria razoável exigir que a parte custeie uma avaliação particular apenas para cumprir um requisito formal? Entende-se que não.

Neste sentido, acredita-se que caberá à parte informar um valor aproximado, utilizando-se, v.g., de informações de imóveis equiparados, avaliações publicadas em jornais e classificados, e formular pedido para que o(a) magistrado(a), entendendo que o valor não corresponda à realidade, solicite a expedição de um competente mandado de avaliação, sem custas para a autora, podendo promover, inclusive, a gratuidade judiciária parcial nos moldes do Art. 98, §5º, do NCPC, viabilizando a economia processual, corrigindo de ofício o valor da causa, de acordo com o Art. 292, §3º, do NCPC.

4 DO DIVÓRCIO SEM A PARTILHA DE BENS

A doutrina compreende que o divórcio, por ser a forma de extinção da relação conjugal e em regra proposto por interesse mútuo, não constitui, em tese, uma forma de abandono do lar, especialmente se o patrimônio foi partilhado, individualizado. Inclusive, aquela sustenta diversas outras maneiras de não se caracterizar o abandono do lar ainda que o (a) ex-cônjuge ou ex-companheira (o) tenha saído do imóvel, bastando, v.g., atos de comunicação, negócio jurídico, participação nas despesas, controvérsias judiciais, ou a confecção de um contrato de comodato ou aluguel, sendo esta última modalidade vedada no caso de

mancomunhão[1314].

O Art. 1.240-A do CC/2002, em sua redação, diz expressamente que a usucapião se aplica a ex-cônjuges ou ex-companheiros que abandonaram o lar. Afora a doutrina sustentar que a norma se aplica apenas às situações fáticas ocorridas antes do divórcio, notadamente por ser uma alteração legislativa recente, esta interpretação não deve prosperar em relação aos casos de divórcio onde não foi apreciada a partilha, o que é totalmente permitido no ordenamento jurídico, como se extrai da Súmula 197[15] do STJ e do Art. 1.581[16] do CC/2002.

É evidente que a intenção do legislador quando da edição daquele dispositivo foi regulamentar a situação do bem diante de quem abandonou o lar, seja por meio da separação, da dissolução da união estável, alcançando o DIVÓRCIO sem prévia partilha, isso porque, o abandono não se resume a sair do lar conjugal, mas também deixar de exercer os deveres possessórios, condominiais, de mantença e de interesse no imóvel, entregando o bem e seus ônus exclusivamente a cargo de quem nele ficou.

Importante destacar que a usucapião por abandono do lar visa regular a situação do bem e não o fim da relação do casal, não por outro motivo é instituto de aquisição de propriedade, com grande foco na função social e do direito à moradia.

Desta forma, ocorrido o divórcio e o único bem imóvel do casal foi mantido em regime de condomínio por decisão judicial, preenchidos os requisitos legais da usucapião, operar-se-á a prescrição consumativa.

É cediço que o condomínio importa na concorrência de ambos os condôminos nas despesas de conservação e nos ônus a que estiver sujeita, nos termos do Art. 1.315[17] do CC/2002.

> [...] Destarte, se a posse exercida por um dos cônjuges sobre o bem não decorre da mancomunhão - mas, ao contrário, é exercida por mais de 45 (quarenta e cinco) anos pela virago de forma exclusiva, em virtude do completo abandono do núcleo familiar e dos bens pelo esposo -, deve ser reconhecida a usucapião como defesa e merecer rejeição, de conseguinte, a pretensão do desertor de partilhar o imóvel que serviu de abrigo, nesses anos todos, ao que sobrou da família desfeita. (TJSC, Apelação

Cível n. 2013.065549-6, de Capivari de Baixo, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. 05-06-2014).

Neste sentido, é evidente que não permitir à parte, que permaneceu no imóvel em condomínio, a aquisição da integralidade do domínio após a preclusão consumativa configuraria uma ofensa direita a princípios constitucionais e penalizaria, este é o termo adequado, aquela a suportar uma situação de insegurança por um período injustificado. A questão complicar-se-ia num possível sumiço de quem abandonou, necessitando-se de um processo moroso de declaração de ausência até a sucessão definitiva; ou, pior, ocorrendo o retorno e reivindicação da cota-parte após a parte supérstite ter suportado todos os ônus por um longo período.

Naquele último caso, compreende-se que não seria justo que depois de um longo período suportando todo o ônus de manutenção do bem, de ordem tributária e de outros custos, sem qualquer suporte ou interesse, aquele que abandonou retornasse e reivindicasse sua cota-parte, muitas vezes exigindo a venda do bem judicialmente, que sofreu benfeitorias promovidas unilateralmente pelo possuidor, lucrando desmoderadamente com a divisão. Certo que para a situação posta caberia indenização pelas benfeitorias, mas, a depender do tempo, a parte que permaneceu não teria condições de comprovar todo o gasto que teve, permanecendo o injusto, e sobretudo não supriria todo o esforço extra-econômico envolvido.

Por outro lado, o prazo de dois anos é criticado por parte da doutrina por ser o menor dentre todas as modalidades de usucapião, considerado muito curto para caracterizar a perda de uma propriedade, criando possíveis situações de insegurança jurídica. Contudo, há casos e casos, ou seja, suportar a mantença do bem imóvel por aquele período pode ser extremamente penoso para uns e menos para outros. No entanto, esta questão subjetiva não aparenta estar abarcada pela intenção do legislador quando da inclusão do instituto. Tanto é verdade, que aquele surgiu envolvido por um programa de efetivação de moradia, de regularização da função social da propriedade. Adentrar nesse mérito também importaria questionar o prazo de cinco da usucapião especial urbana, muito reduzido em relação às modalidades ordinária e extraordinária.

O prazo reduzido inegavelmente também tem a ver com o fato da modalidade de usucapião não envolver interesses *erga omnes*, mas

interesses inter partes, sobretudo pelo fato de serem co-proprietárias do bem.

Dessa forma, se um bem imóvel único dos ex-nubentes está com a situação jurídica indefinida, tratando-se de um condomínio desequilibrado, suportado injustamente apenas por um dos condôminos, ou seja, com a propriedade não integralizada e sendo fruto inegável de uma relação conjugal, a usucapião pró-família é um meio jurídico adequado, desde que preenchidos os requisitos legais.

4.1 DO DIVÓRCIO POR INICIATIVA UNIPESSOAL

A melhor forma de compreender este tópico é iniciá-lo com um exemplo, um caso prático fictício, mas com ampla correspondência com a realidade social: imagine a situação onde um dos cônjuges abandonou o lar voluntariamente, não deixando notícias, estando com seu paradeiro desconhecido, restando a outra parte com duas pendências: a questão conjugal, envolvendo a prole, se houver, e o impedimento para novo matrimônio, e os bens, englobando os ônus. O cônjuge supérstite promoveu um divórcio litigioso unilateralmente, que foi julgado procedente, mas o bem imóvel exclusivo permaneceu em condomínio, por cautela do magistrado sentenciante. Após dois anos suportando os ônus exclusivamente, caberia a usucapião familiar ao caso?

A resposta seria positiva. Ora! Esta forma de abandono do lar seria a expressão máximo de desinteresse em relação à família e aos bens. Não seria justo manter a parte outra com tantas pendências jurídicas e sociais, trata-se necessariamente de uma afronta à função social da família, compreendia como "o afastamento de uma compreensão egoística e individualista das entidades familiares, para se tornarem um ambiente seguro para a boa convivência e dignificação de seus membros", de acordo com FARIAS e ROSENVALD (2015, p.122). Nada mais individualista e egoísta que abandar a família, sendo a perda da propriedade uma pena ínfima em relação aos danos causados, sobretudo, à prole. Trata-se de abandono do lar para efeitos patrimoniais e abandono material, inclusive, para efeitos civis e penais. Nenhuma outra situação seria tão gravosa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, portanto, que o instituto da usucapião familiar é

totalmente compatível com o divórcio sem a efetiva partilha do bem e que se configura como máxima expressão de abandono do lar o paradeiro desconhecido do ex-cônjuge e ex-companheiro, de forma egoísta e individualista, necessitando propor a ação de divórcio litigiosa por iniciativa unipessoal.

Muito será dito pela doutrina e jurisprudência dos tribunais, que aos poucos vêm sendo provocados a manifestarem-se sobre o recente instituto.

Esta pesquisa procurou contribuir de forma sucinta com a formatação e interpretação dessa modalidade de usucapião, visando a consolidação de seus efeitos e procedimento, mormente sob égide um novo Código de Processo Civil, definindo na medida do possível seu alcance.

Foram encontradas repostas para as perguntas que delimitaram o objetivo desta pesquisa, que devidamente fundamentadas, mas sem objetivo de esgotamento, contribuirão e muito com a difusão de ações específicas, regularizando a situação jurídica de diversos imóveis suportados exclusivamente por quem neles permaneceu e que, até então, não podiam gozar integralmente da propriedade.

USUCAPION FOR HOME ABANDONMENT AND THE DIVORCE

ABSTRACT: This article has the finality of understanding the recent Institute of usucaption pro-family provided by Art. 1.240 of the Civil Code of 2002, included by Law 12.424/2011, and its relationship with the divorce, opposite the incipient production of jurisprudence and doctrine about the theme. Persists the doubt what are the caracteristics (what it is) of home abandonment and what if applicability of that institute reaches the only way of ending, ultimately, the marriage bond. The majority doctrine understands that this modality of usucaption is a extinction form of the condominium about unique couple's residential property, which aims to carry out the fullness of the property in favor of those that remained, especially emphasizing the family, in detriment of one who left. It's not rare that divorces are declared without the efetivation of the previous division, keeping the property in condominium. Finally, the objective is to find a solution for the property that was abandoned by ex-spouse, with whereabouts unknown, for a time gap equal to or higher than that provided by law, and which was proposed a litigation divorce and unilateral, whose sentence, unappealable, kept the patrimony in condominium.

KEYWORDS: Usucaption pro-family. Divorce. Home abandonment.

Notas

1 Quanto à tríplice temporalidade, a configuração tripartida no tempo entre constituído, constituinte e a constituir traduz, particularmente no Direito Civil, a transversalidade imprescindível e simultânea entre conceito, experiência e síntese, abrindo lugar a um procedimento metodológico que apreende a normatividade (simultaneamente interna, a já formada, e externa, aquela em contínua formação pela força constitutiva dos fatos) de regras e de princípios à luz da história contextual respectiva. Intenta-se, aqui, captar a síntese que daí advém, decorrente de um movimento que transforma o Direito em sua estática performance e o localiza, em movimento, sob uma dinâmica operativa dentro das contradições sociais, emergindo, assim, objetivamente, sentidos diversos para significantes não raro conhecidos. (FACHIN, 2015, p.10).

2 A relação entre sociedade e o Direito apresenta um duplo sentido de adaptação: de um lado, o ordenamento jurídico é elaborado como processo de adaptação social e, para isto, deve ajustar-se às condições do meio; de outro, o Direito estabelecido cria a necessidade de o povo adaptar o seu comportamento aos novos padrões de convivência (NADER, 2006, p. 18).

3 Etimologicamente, usucapião quer dizer "aquisição pelo uso". Em latim, *usucapio* é palavra composta, em que usu significa literalmente "pelo uso", e *capio* significa captura, tomada, ou, em tradução mais livre, aquisição. Pelo fato de a palavra, em latim, ser do gênero feminino, admite-se também em vernáculo poder dizer-se a usucapião. Este emprego é, todavia, antigo e pedante, embora corrente no Código Civil e no Estatuto da Cidade. Usucapião é, pois, causa extraordinária de aquisição da propriedade. Funda-se em posse prolongada, que transforma situação de fato em situação de Direito (FIUZA, 2015).

4 Art. 1228. O proprietário tem o direito de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou a detenha.

5 [...] que, ao dispor sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV), introduziu o art. 1.240-A no Código Civil. Embora o propósito do legislador fosse o de considerar os casais de baixa renda e, em especial, a regularização fundiária, a nova espécie possui alcance generalizado e independente do padrão do imóvel, atingindo inclusive propriedades de elevado valor situadas em áreas nobres das grandes cidades (NADER, , 2016).

6 A usucapião é modo originário de aquisição de propriedade e de ouros direitos reais, pela posse prolongada da coisa, acrescida de demais requisitos legais (FARIAS, 2012, p. 396).

7 Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

8 Claro que a lei busca assegurar o uso social da propriedade, protegendo o direito à moradia assegurado constitucionalmente como direito social (CF 6º). Além de dispor de nítido caráter protetivo, visa punir quem abandona o lar. Depois de dois anos, quem partiu perde o imóvel que servia de residência ao casal. O cônjuge ou o companheiro que foi abandonado se torna proprietário exclusivo do bem comum (DIAS, p. 354, 2015).

9 Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

10 No ponto, é preciso patentear que a prova do abandono de lar não autoriza ressuscitar a culpa nas ações dissolutórias (felizmente, abolida pela Emenda Constitucional 66/10). Efetivamente,

não se discutirá a culpa pela ruptura da convivência do casal. Até porque pensar em contrário seria repristinar a discussão sobre a culpa na dissolução do casamento – afrontando à lógica estabelecida pela Emenda Constitucional 66/10.

De mais a mais, volvendo a visão notadamente para a ruptura da relação afetiva, permitir que o cônjuge ou companheiro que abandonou o imóvel a mais de dois anos (exonerando-se do pagamento de tributos, das taxas de manutenção, das despesas decorrentes da sua manutenção etc) possa reivindicar a sua fração ideal (cota-parte) se mostra incoerente, de fato. (FARIAS, 2013, p.128).

11 O requisito do 'abandono do lar' deve ser interpretado na ótica do instituto da usucapião familiar como abandono voluntário da posse do imóvel somando à ausência da tutela da família, não importando em averiguação da culpa pelo fim do casamento ou união estável. Revogado o Enunciado 499" (Enunciado n. 595).

12 Sob o ponto de vista prático, parece-nos se tratar, verdadeiramente, de uma usucapião de meação, na medida em que um dos parceiros adquirirá a cota-parte do outro em relação ao imóvel que servia de lar para o casal (CHAVES, 2013, p.125).

13 Os bens não partilhados após a separação ou divórcio, pertencem ao casal, semelhante ao que ocorre com a herança, entretanto, nenhum deles pode alienar ou gravar seus direitos na comunhão antes da partilha, sendo ineficaz a cessão, posto que o direito à propriedade e posse é indivisível, ficando os bens numa situação que a doutrina denomina de estado de mancomunhão. Não raras vezes, entretanto, quando os bens estão identificados na ação de separação ou divórcio, são partilhados na fração ideal de 50% (cinqüenta por cento) para cada um, em razão da meação, importa em estado de condomínio entre o casal e não mais estado de mancomunhão. Tratando-se de condomínio, pode qualquer um dos cônjuges alienar ou gravar seus direitos, observando a preferência do outro, podendo ainda requerer a extinção por ação de divisão ou alienação judicial, não se cogitando a nova partilha e dispensando a abertura de inventário (CARVALHO, 2009, p. 211-212).

14 DIVÓRCIO. FIXAÇÃO DE LOCATIVOS. ESTADO DE MANCOMUNHÃO. DESCABIMENTO. Enquanto não for procedida a partilha dos bens comuns, estes pertencem a ambos os litigantes em estado de mancomunhão, sendo descabida a fixação de locativos em favor daquele que não faz uso dos bens comuns. Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 70058603283, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 31/03/2014) (TJ-RS - AI: 70058603283 RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data de Julgamento: 31/03/2014, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 02/04/2014)

15 Súmula 197/STJ - 26/10/2015. Família. Casamento. Divórcio direto. Concessão sem prévia partilha de bens. Possibilidade. CCB/2002, art. 1.575, parágrafo único. Lei 6.515/77, art. 40. O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens.

16 Art. 1.581. O divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens.

17 Art. 1.315. O condômino é obrigado, na proporção de sua parte, a concorrer para as despesas de conservação ou divisão da coisa, e a suportar os ônus a que estiver sujeita. Parágrafo único. Presumem-se iguais as partes ideais dos condôminos.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Dimas Messias. *Direito de Família*, 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 10. ed. Ver, atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*: Direito das Coisas. 28. ed. - São Paulo: Saraiva, 2014.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil*: sentidos, transformações e fim.

Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*: famílias, Volume 6. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
FARIAS, Cristiano Chaves. *Escritos de Direito e Processo das Famílias* – Novidades e Polêmicas, 2. Série. Editora JusPODIVM, Bahia, 2013.
FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*: direitos reais, Volume 5. 8. ed. Bahia: Editora JusPODIVM, 2012.
FIUZA, Cézar. *Direito Civil*: curso completo / Cézar Fiuza. 2. ed. em E-book baseada na 18. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, volume 4: direito das coisas. / Paulo Nader. – 7. ed. rev., atual. e ampl. E-book. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Manual de Direito Processual Civil*, volume único, 8. Ed. E-book. Bahia: Editora JusPODIVM, 2016.
PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituição de direito civil*. vol. V - 22. ed. E-book. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: direito de família. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES: BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO FENÔMENO DA *ABOLITIO CRIMINIS*

Jéssica de Jesus Almeida*

RESUMO: O presente estudo busca tecer breves considerações acerca do delito de corrupção de menores, capitulado no artigo 218 do Código Penal brasileiro, dando-se ênfase, especialmente, a aplicação do instituto da *abolitio criminis*. A Lei 12.015/2009 realizou grandes transformações no Diploma penal, sobretudo, no que diz respeito aos crimes de natureza sexual. Ademais, dentre as inovações trazidas pela citada norma, realizou-se a supressão de dada conduta, a qual era considerada típica pela legislação anterior, operando-se, desse modo, o fenômeno da *abolitio criminis* em parte do tipo normativo do crime de corrupção de menores.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção de menores. *Abolitio criminis*. Lei 12.015/2009.

INTRODUÇÃO

A Lei 12.015/2009 promoveu inúmeras inovações no Código Penal brasileiro, dentre as quais destacamos os crimes de natureza sexual. De acordo com BOMTEMPO (2013), a referida norma promoveu mudanças, sobretudo, no bem jurídico tutelado, posto que os chamados "crimes contra os costumes" passaram a ser denominados "crimes contra a dignidade sexual".

Importante salientar que tais modificações tiverem por objetivo proteger a integridade física, psíquica e moral sobre a ótica sexual, de modo que respaldaram-se, principalmente, na dignidade da pessoa humana (BOMTEMPO, 2013).

Ademais, dentre as alterações realizadas pela referida norma, realizou-se a supressão da conduta de satisfazer a própria lascívia com pessoa maior de 14 (quatorze) e menor de 18 (dezoito) anos, outrora tipificada no artigo 218 do Diploma Penal (corrupção de menores), a qual será

* Graduanda em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT). Estagiária de Direito do Ministério Público do Estado de Sergipe.

objeto do presente estudo.

Destarte, uma vez suprimida conduta anteriormente considerada típica, é cediço que estamos diante da descriminalização penal, ou seja, diante do fenômeno da *abolitio criminis*.

O FENÔMENO DA *ABOLITIO CRIMINIS*

Com o advento da Constituição Federal de 1988, consagrou-se no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da irretroatividade da Lei Penal, posto que, em regra, a lei penal não irá retroagir. Entretanto, a Carta Magna ressalvou a possibilidade de ocorrer à retroatividade da lei penal sempre que tratar-se de norma penal mais benéfica, sendo assim considerada aquela lei que, de qualquer modo, possa beneficiar o agente (artigo 5º, XL da CF/88).

Ademais, considerando a possibilidade de operar-se a retroatividade da lei penal mais benéfica, a doutrina jurídica bipartiu tal norma em dois institutos: *novatio legis in mellius* e em *abolitio criminis*.

No que tange a *novatio legis in mellius*, tem-se que a nova norma penal dá tratamento mais brando ao fato, o qual, todavia, continua sendo considerado crime.

De outro giro, a *abolitio criminis* consiste em uma nova lei que exclui o caráter ilícito da conduta, ou seja, deixa de considerar determinado fato ou ação como infração penal, de modo que, conforme leciona ESREFAM e GONÇALVES (2012), a partir da vigência desta norma, o Estado perde o seu poder punitivo sobre os fatos por ela abrangidos, cessando, assim, os motivos que legitimavam a persecução criminal.

Importante destacar o regramento constante nos dispositivos do Código Penal Brasileiro, *in verbis*:

> **Art. 2º** - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
> **Art. 107** - Extingue-se a punibilidade: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
> (…)
> III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso; (...).

Vale ressaltar que, desde a entrada em vigor da *novatio legis in mellius* ou da *abolitio criminis*, esses institutos deverão ser imediatamente aplicados aos fatos que a eles se amoldarem, independente da fase processual na qual se encontre a persecução penal.

DELITO DE CORRUPÇÃO DE MENORES

Dentre os delitos capitulados pelo Código Penal brasileiro, está o crime conhecido como "corrupção de menores", tipificado no artigo 218, o qual criminalizou, em sua redação original, a prática de atos de natureza sexual realizados na presença ou em conjunto com adolescentes maiores de 14 (quatorze) anos e menores de 18 (dezoito) anos, almejando à satisfação da lascívia própria ou alheia.

Ocorre que, o tipo normativo da conduta (corrupção de menores) fora alterado diante da vigência da Lei 12.015/2009.

Com o advento do citado compêndio legal, a figura da satisfação da própria lascívia mediante a prática de relações sexuais com pessoa maior de 14 (quatorze) anos e menor de 18 (dezoito) anos, declarada conduta típica pelo art. 218 do CPB, foi suprimida, passando-se a não mais considerar tal prática ilícita.

Importante se faz transcrever a redação do mencionado tipo penal, antes e após a sua modificação. Vejamos:

> **Corrupção de menores**
> ~~Art. 218 - Corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo: Pena - reclusão, de um a quatro anos.~~
> Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)
> Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009).

Diante da nova roupagem conferida ao artigo 218 do Código Penal brasileiro, denota-se, às claras luzes, que o legislador pátrio preocupou-se em combater a exploração sexual de menores em detrimento à criminalização de atos sexuais, realizados sem o emprego de violência

e/ou grave ameaça, com pessoas que se encontravam na faixa etária de 14 (quatorze) a 18 (dezoito) anos.

Cumpre destacar as valiosas lições de Eudes Leonardo Bomtempo (2013) acerca da temática em análise:

> "(...) com as profundas mudanças sociais, a moralidade pública ou honra sexual do menor, que eram bens anteriormente tutelados, deram lugar à repressão da crescente exploração sexual de adolescentes".

Saliente-se que a corrupção de menores continuou a ser conduta típica no ordenamento jurídico pátrio, entretanto, infere-se da atual redação do artigo 218 do CPB que o sujeito ativo do crime será aquele que aliciar pessoa menor de 18 (dezoito) anos a satisfazer a lascívia de outrem.

A propósito, necessário ressaltar que foram criadas novas modalidades do crime de corrupção de menores, as quais foram tipificadas pelos artigos 218-A e 218-B, ambos do Diploma Penal. Vejamos:

> **Art. 218-A**. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem:
> **Pena** - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.
>
> **Art. 218-B**. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone:
> **Pena** - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.
> **§ 1º** Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.
> **§ 2º** Incorre nas mesmas penas:
> **I** - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no caput deste artigo;
> **II** - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo

> local em que se verifiquem as práticas referidas no caput deste artigo.
> **§ 3º** Na hipótese do inciso II do § 2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento."

Ocorre que, mais uma vez, denota-se que a intenção do legislador não foi criminalizar a prática de atos sexuais com maiores de 14 (quatorze), posto que, no primeiro caso (art. 218-A), buscou-se coibir que adolescentes presenciassem a prática de relações sexuais realizadas por terceiros, e que, na segunda hipótese, tentou-se reprimir a prostituição ou quaisquer outras formas de exploração sexual de menores.

Outrossim, além dos tipos penais acima transcritos, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) também elencou, em seu título VII, o crime a corrupção de menores. *Ipsis litteris:*

> **Art. 244-B**. Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la:
> **Pena** - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.
> **§ 1º** Incorre nas penas previstas no caput deste artigo quem pratica as condutas ali tipificadas utilizando-se de quaisquer meios eletrônicos, inclusive salas de bate-papo da internet.
> **§ 2º** As penas previstas no caput deste artigo são aumentadas de um terço no caso de a infração cometida ou induzida estar incluída no rol do art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.

Entrementes, analisando detidamente os dispositivos acima transcritos, verifica-se que não se operou a chamada "continuidade normativa delitiva", visto que a conduta de satisfazer a própria lascívia mediante a prática de atos libidinosos com menores de 18 (dezoito) anos foi suprimida pelo legislador, excluindo-se do ordenamento jurídico uma figura anteriormente considerada típica pela lei penal (TJ-PR - ACR: 6144734 PR 0614473-4, Relator: Rogério Kanayama).

Restou-se, assim, por demais evidente, que, diante da supressão da mencionada conduta pela Lei 12.015/2009, operou-se o fenômeno da

abolitio criminis ao tipo normativo do crime de corrupção de menores.

Os argumentos acima expostos encontram-se devidamente corroborados pela jurisprudência pátria. *In verbis:*

> PENAL. DELITO DO ARTIGO 218, ANTIGA REDAÇÃO, DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE OBJETIVA A CONDENAÇÃO. PLEITO PREJUDICADO. **ADVENTO DA LEI N.º 12.015/2009 QUE ABOLIU O CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES, PREVISTO NO ARTIGO 218, DO CÓDIGO PENAL. ABOLITIO CRIMINIS.** RETROATIVIDADE AOS CASOS ANTERIORES À LEI (ARTIGO 2º, DO CÓDIGO PENAL). MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO COM ADEQUAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL. RECURSO PREJUDICADO. **"(...) Os três comportamentos típicos trazidos pelo antigo caput do art. 218 do CP, tratando-se de vítima maior de 14 e menor de 18 anos, foram abolidos (supressão da figura criminosa), devendo retroagir nos termos do art. 2º do CP. (...)"** (...). (TJ-PR - ACR: 6144734 PR 0614473-4, Relator: Rogério Kanayama, Data de Julgamento: 25/03/2010, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 363) Grifou-se.

> HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO. (...) **CORRUPÇÃO SEXUAL DE MENOR (ARTIGO 218 NA REDAÇÃO ANTERIOR À LEI 12.015/2009). ALEGADA ABOLITIO CRIMINIS. CRIME QUE DEIXOU DE SER TIPIFICADO NA LEGISLAÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE ENQUADRAMENTO NO ARTIGO 244-B DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO PACIENTE.**

CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. O artigo 218 do Código Penal, com a redação anterior à Lei 12.015/2009, punia a conduta daquele que corrompe ou facilita a corrupção de pessoa maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou a presenciá-lo. 2. Com o advento da Lei 12.015/2009, referido dispositivo legal passou a incriminar a conduta de quem induz menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem, sendo que no artigo 218-A passou-se a punir quem pratica, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou o induz a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer a lascívia de outrem. 3. Como se pode ver, com a reforma empreendida pela Lei 12.015/2009, a corrupção sexual de maiores de 14 (catorze) anos e menores de 18 (dezoito) deixou de ser tipificada no Código Penal, operando-se verdadeira *abolitio criminis*. 4. Não se pode afirmar que a conduta incriminada no antigo artigo 218 do Código Penal continuou sendo tipificada na legislação penal, agora no artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois o ilícito previsto na Lei 8.069/1990 corresponde ao que estava disposto na Lei 2.252/1954, agora revogada, não trazendo em seu conteúdo qualquer conotação sexual. Precedentes. 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para extinguir a punibilidade do paciente quanto ao delito de corrupção sexual de menor, mantendo-se, no mais, as conclusões do aresto objurgado. (STJ - HC: 221480 ES 2011/0243727-9, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 02/05/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/05/2013). Grifou-se.

APELAÇÃO CRIMINAL Corrupção de menores -Artigo 218, caput, do Código Penal Recurso defensivo - Condenação - Fragilidade probatória Reconhecimento da atipicidade da conduta, em decorrência da *abolitio criminis* -

Superveniência de lei penal mais benéfica Artigo 5º, XL, da Constituição Federal- Lei 12.015/2009 - Cabimento - O artigo 218 do Código Penal, com a redação anterior à Lei 12.015/2009, punia a conduta daquele que corrompia ou facilitava a corrupção de pessoa maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou a presenciá-lo Com a edição da nova lei, o artigo 218 do CP passou a incriminar a conduta de quem induz menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem Conduta que não encontra correspondente na nova tipificação legal, ou mesmo em qualquer outra dos crimes contra a dignidade sexual Precedentes desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça - Sentença condenatória reformada, embora por fundamento diverso- RECURSO PROVIDO. (TJ-SP - APL: 00061857820018260306 SP 0006185-78.2001.8.26.0306, Relator: Silmar Fernandes, Data de Julgamento: 12/09/2013, 3ª Câmara Criminal Extraordinária, Data de Publicação: 17/09/2013). Grifou-se.

Corrupção de menores - Artigo 218 do Código Penal - Lei 12.015/2009 - Retroatividade -Alteração das elementares do tipo - Conduta do réu que deixou de ser crime - *Abolitio criminis* -Extinção da punibilidade reconhecida de ofício -Absolvição por atipicidade - Necessidade - Recurso do réu provido para esse fim.Crime Contra Criança e Adolescente - Artigo 244-A da Lei 8.069/90 - Atipicidade da conduta do réu -Absolvição - Manutenção - Apelação Ministerial improvida. (TJ-SP - APL: 56243167201082600000 SP 0562431-67.2010.8.26.0000, Relator: Pedro Menin, Data de Julgamento: 16/08/2011, 16ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 25/08/2011). Grifou-se.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo objetivou analisar, brevemente, as modificações realizadas no crime de corrupção de menores, capitulado pelo artigo 218 do Código Penal brasileiro, diante do advento da Lei 12.015/2009, norma esta que suprimiu certa conduta, anteriormente considerada típica, e operou, em razão dessa supressão, o fenômeno da *abolitio criminis* no tipo normativo da referida infração.

O primeiro passo consistiu em tecer breves comentários acerca do instituto *abolitio criminis*, esclarecendo que a sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu diante do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica.

Logo após, fora realizada uma análise concisa acerca do crime de corrupção de menores, em especial a opção do legislador pátrio em suprimir do tipo normativo dada conduta, visto que buscou-se, em contrapartida, combater práticas mais gravosas, como, por exemplo, a exploração sexual de menores.

Por fim, foram colacionadas decisões jurisprudenciais, as quais demonstram que os Tribunais Superiores vêm se posicionando favoravelmente à tese de que, efetivamente, ocorreu o fenômeno da *abolitio criminis* no crime de corrupção de menores.

Destarte, e em razão de tudo o que fora apresentado, podemos asseverar que, de fato, houve a descriminalização da conduta do agente que realiza atos de natureza sexual com pessoa maior de 14 (quatorze) e menor de 18 (dezoito) anos para satisfazer a sua própria lascívia, sendo que, diante da supressão desta conduta do tipo normativo do delito de corrupção de menores, deverá ser declarada a extinção da punibilidade do agente que por ventura estiver sendo processado ou submetendo-se a competente sanção penal, em razão da atipicidade dos fatos.

CRIME OF CORRUPTION OF MINORS: BRIEF OBSERVATIONS ABOUT THE PHENOMENON OF *CRIMINIS ABOLITIO*

ABSTRACT: This study has some basic observations about the offense of corruption of minors, capitulated in Article 218 of the Brazilian Penal Code, with emphasis, especially the application of the Institute of *criminis abolitio*. Law 12,015 / 2009 made major changes in criminal Diploma,

especially with regard to sexual crimes. Moreover, among the innovations brought by this standard, there was suppression of a given behavior, which was considered typical for the previous legislation, operating in this way, the phenomenon of *criminis abolitio* part of the normative type of crime Corruption smaller.

KEYWORDS: Corruption of minors. *Criminis abolitio.* Law 12.015/2009.

REFERÊNCIAS

BOMTEMPO, Eudes Leonardo. Corrupção sexual de menores – artigo 218 do CP – Abolitio Criminis. *Revista do Ministério Público do Estado de Goiás*, Goiânia, ano XVI, n. 25, p. 303-308, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_4/Artigo17final_Layout%201%20-%2014.pdf>. Acesso em: 22 out. 2014.

BRASIL. *Constituição Federal.* Brasília: Senado Federal, 1988 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 20 out. 2014.

BRASIL. *Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940*. Código Penal brasileiro. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 out. 2014.

BRASIL. *Lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 22 out.1990.

BRASIL. *TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ*. TJ-PR - ACR: 6144734 PR 0614473-4, Relator: Rogério Kanayama, Data de Julgamento: 25/03/2010, 3ª Câmara Criminal. Disponível em: < http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19564727/apelacao-crime-acr-6144734-pr-0614473-4>. Acesso em 22 out. 2014.

BRASIL. *SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA*. STJ - HC: 221480 ES 2011/0243727-9, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 02/05/2013, T5 - QUINTA TURMA. Disponível em: < http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23315230/habeas-corpus-hc-221480-es-2011-0243727-9-stj/inteiro-teor-23315231>. Acesso em 22 out. 2014.

BRASIL. *TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.* TJ-SP - APL: 00061857820018260306 SP 0006185-78.2001.8.26.0306, Relator: Silmar Fernandes, Data de Julgamento: 12/09/2013, 3ª Câmara Criminal Extraordinária. Disponível em: < http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117747568/apelacao-apl-61857820018260306-sp-0006185 -7820018260306/inteiro-teor-117747576>. Acesso em 22 out. 2014.

BRASIL. *TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.* TJ-SP - APL: 5624316720108260000 SP 0562431-67.2010.8.26.0000, Relator: Pedro Menin, Data de Julgamento: 16/08/2011, 16ª Câmara de Direito Criminal. Disponível em: http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20364151/apelacao-apl-5624316720108260000-sp-0562431-6720108260000/inteiro-teor-104929877>. Acesso em 22 out. 2014.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios Gonçalves. *Direito penal esquematizado*: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2012.

A EFETIVIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Elisgardenia Rodrigues Macena Santos*

RESUMO: O Código de Defesa do Consumidor é dotado de princípios consumeristas, os quais formaram a base de sustentação da disciplina Direito do Consumidor, trazendo contribuições para a efetiva proteção do consumidor de forma prática, quer judicialmente, quer extrajudicialmente. Os princípios consumeristas, em particular, os princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da equivalência material, contribuem para a efetividade da proteção dos direitos do consumidor na medida em que devem ser observados na consecução dos contratos de consumo e nas suas eventuais consequências sociais. O nosso ordenamento jurídico foi enriquecido por princípios inovadores e modernos e com a implantação de instrumentos que proporcionam a efetiva proteção e defesa do consumidor. Sendo o direito dinâmico como fenômeno social, passados 23 anos, se faz necessário à sua atualização, tendo em vista os avanços tecnológicos, as mudanças na conjuntura econômico-social e o aumento do crédito e do consumo. Dentre os principais pontos das novas regras, está à proibição do envio de e-mails não autorizados pelo destinatário (SPAM), divulgação dos dados do fornecedor e penas mais severas para práticas abusivas contra o consumidor. Os três projetos, assinados pelo presidente do Senado, José Sarney, procedem do trabalho de uma comissão especial de juristas que realizou 37 audiências públicas reunindo senadores, procuradores da República e organizações de defesa do consumidor.

PALAVRA-CHAVES: Efetividade do CDC. Princípios Consumeristas. Atualização do Código de Defesa do Consumidor.

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 8.078 de 1990, o Código de Defesa do Consumidor,

* Graduada em Direito Pela Universidade Tiradentes/SE. Pós-graduada em Direito do Trabalho pela Faculdade Integrada de Jaquarepaguá(FIJ). Funcionária Pública no Ministério Público do Estado de Sergipe.

com princípios consumeristas que formaram a base de sustentação da disciplina Direito do Consumidor. Sob essa ótica, quais as contribuições para a efetiva, proteção do consumidor, de forma prática, quer judicialmente, quer extrajudicialmente. O nosso ordenamento jurídico foi enriquecido por princípios inovadores e modernos e com a implantação de instrumentos que proporciona a efetiva proteção e defesa do consumidor. Sendo o direito dinâmico, como fenômeno social, passados 23 anos já se faz necessário à sua atualização, tendo em vista os avanços tecnológicos, as mudanças na conjuntura econômico-social e o aumento do crédito e do consumo.

2 PRINCÍPIOS CONSUMERISTAS

O Código de Defesa do Consumidor surge para disciplinar o mandamento constitucional de proteção aos direitos do consumidor (art. 5º, inciso XXXII, art. 150, § 5º, art. 170, inciso V, todos da Constituição Federal), as relações de consumo antes reguladas pelo Código Civil e demais normas que compreendiam a matéria passam a ser regulamentadas pela Lei 8.078/1990. Com base no maior dos princípios constitucionais, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, C.F). Com a finalidade precípua de proteção, equilibrando as relações de consumo tendo em vista outro princípio constitucional, o princípio da isonomia material entre as partes, sem prejuízo de outros princípios, como o da publicidade, informação, liberdade e a própria defesa do consumidor.

Alguns princípios que permeiam a proteção do consumidor se evidenciam de maneira especial pela doutrina, tornando-se paradigmas: o princípio da boa-fé objetiva, paradigma da eticidade; princípio da função social do contrato, paradigma da socialidade e o princípio da equivalência material, paradigma da operabilidade.

O princípio da boa-fé é o norteador da proteção do consumidor, está expresso no art. 4º, inciso III, do CDC, trazendo efetividade ao mandamento constitucional do art. 170 da Constituição Federal. Também localizamos a boa-fé estipulada no CDC como orientadora de cláusula contratual, e em caso de desrespeito a elas, estas serão nulas de pleno direito (art. 51, inciso IV, CDC).

Percebemos sem dúvida de que no sistema da Lei 8.078, a boa-fé é

princípio e cláusula geral. A boa-fé como princípio é ordem reflexa da Constituição Federal que estabelece no capítulo dos princípios gerais da atividade econômica a defesa do consumidor (art. 170, CF), enquanto que, como cláusula geral, a boa-fé deve estar presente em toda a relação de consumo, ainda que não expressamente especificada, de modo a caracterizar a validade do ato realizado. Quando e onde as obrigações forem consideradas iníquas e colocarem o consumidor em desvantagem exagerada ou forem incompatíveis com a boa-fé e a equidade, a respectiva cláusula contratual é nula.

Os princípios da *pacta sunt servanda*, traduzido comumente em "o acordo faz lei entre as partes", e da autonomia da vontade, na relação consumerista, foram relativizados em favor do interesse social, da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da equivalência material, como novos paradigmas introduzidos pelo Código de Defesa do Consumidor, visando à proteção do consumidor na relação de consumo, estampado em capítulo à parte no CDC (Capítulo VI – Da proteção contratual). O Estado ao interferir nas relações entre os particulares, estabelecendo normas de ordem pública e de interesse social, visa colocar as partes contratantes em pé de igualdade, impedindo que o objeto do contrato seja nocivo ao bem comum.

Dessa maneira, percebemos que a função social do contrato está estampada no CDC como o intervencionismo estatal que vem para frear uma possível desproporção, disparidade entre os contratantes, que possa macular a real intenção dos mesmos na consecução do contrato, mas sem interferir na vontade das partes.

O princípio da equivalência material encontra respaldo nos artigos 47 e 54 da Lei 8.078/90, segundo o Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor. Isto significa que, sob qualquer pretexto, a cláusula sendo ambígua, contraditória, capciosa ou sem defeito aparente, será interpretada de modo mais favorável ao consumidor. É essa a inteligência da lei que quis salvaguardar os interesses do consumidor, a parte vulnerável da relação de consumo.

3 ATUALIZAÇÕES DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor colocando à disposição do movimento consumerista princípios modernos e inovadores de defesa

da sociedade, instituindo instrumentos ágeis e efetivos de proteção e defesa do consumidor, trouxe modernidade ao nosso ordenamento jurídico. Entretanto, passados vinte e três anos, necessário proceder-se à sua atualização, tendo em vista os avanços tecnológicos, as mudanças na conjuntura econômico-social e o aumento do crédito e do consumo.

A Comissão de Juristas, instituída pela Presidência do Senado Federal para oferecer subsídios para a reforma do CDC, apresentou três anteprojetos de leis, os quais foram submetidos a amplo debate público, tendo por objeto os seguintes temas: comércio eletrônico e parte geral; ações coletivas e normas instrumentais; crédito e prevenção ao superendividamento do consumidor.

A versão final foi entregue ao Presidente do Senado em 14.03.2012, vindo a ser apresentados, em 02.08.2012, os Projetos de Lei do Senado nº 281, 282 e 283 de 2012, todos são de autoria do Senador José Sarney.

A comissão temporária do Senado de modernização do Código de Defesa do Consumidor (CDC) recebeu 106 emendas de senadores aos projetos sob sua análise. O projeto que atualiza os dispositivos do CDC sobre comércio eletrônico recebeu 31 emendas; o que disciplina as ações coletivas recebeu 33 emendas; e a que trata de crédito ao consumidor e prevenção do superendividamento, 42 emendas.

O primeiro projeto, a PL nº 281, aperfeiçoa as disposições gerais constantes do Capítulo I do Título I do CDC, estabelecendo que as normas e os negócios jurídicos devam ser interpretados e integrados da maneira mais favorável ao consumidor, dispondo ainda sobre o comércio eletrônico, considerando que a evolução tecnológica trouxe consigo um novo apelo ao consumo, com o crescimento do comércio por meio eletrônico, nos últimos anos, demonstra que essa nova forma de contratação é cada vez mais utilizada, seja pela gama de ofertas, comodidade e facilitação de acesso, seja pelos sucessivos recordes de faturamento. Mas se há muitas vantagens e benefícios, há também maior vulnerabilidade do consumidor.

Sendo de logo necessária à atualização, vez que o direito deve acompanhar a evolução da sociedade, logo o Código Consumerista precisa adaptar-se a essa nova realidade, disciplinando o comércio eletrônico, reforçando os direitos de informação, transparência, lealdade, cooperação e trazendo mecanismos que proporcionem a segurança das transações e a proteção da autodeterminação e da privacidade dos

dados pessoais.

As alterações propostas nas Ações Coletivas no Projeto de Lei do Senado nº 282 visam à sua valorização e aperfeiçoamento, de forma a prevenir a multiplicidade de demandas individuais que sobrecarregam o Poder Judiciário, proporcionando uma melhor prestação jurisdicional, merece destaque a proposta relativa à tentativa de conciliação em qualquer tempo e grau de jurisdição, alcançando as ações em trâmite nos Foros e nos Tribunais. É uma forma de se buscar a diminuição do tempo de duração da lide, o que beneficiará não só o Poder Judiciário, mas principalmente o consumidor, que terá uma solução mais célere e efetiva do litígio.

O Projeto de Lei do Senado nº 283 aperfeiçoa a disciplina do crédito ao consumidor e dispõe sobre a prevenção do superendividamento, temas decorrentes do crescimento econômico em nosso país e da democratização do acesso ao crédito e aos produtos e serviços disponíveis no mercado.

Cuida a proposta da instituição de mecanismos de prevenção, tratamento extrajudicial, judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa física, visando a garantir o mínimo existencial, cuja finalidade é promover o acesso ao crédito responsável e à educação financeira, com base nos princípios da boa-fé, da função social do crédito ao consumidor e da dignidade da pessoa humana.

Dentre os avanços verificados, ressalta-se a facilitação da negociação com os fornecedores em caso de cobrança de valores contestados, erro ou fraude cometida em cartões de crédito e meios de pagamento; a proibição da referência a crédito "sem juros", "gratuito" e semelhante, para que a publicidade não oculte os ônus da contratação a crédito, bem como a possibilidade de o consumidor vir a se arrepender do crédito consignado sob determinadas condições.

Na parte processual, a conciliação com todos os credores do consumidor superendividado facilita a elaboração de um plano de pagamento para a quitação das dívidas, com preservação do mínimo existencial, permitindo a reinclusão do consumidor no mercado.

Dentre os principais pontos das novas regras, está à proibição do envio de e-mails não autorizados pelo destinatário (SPAM), divulgação dos dados do fornecedor e penas mais severas para práticas abusivas contra o consumidor. Além disso, tipifica como infração penal o ato

de veicular, hospedar, exibir, licenciar, alienar, utilizar, compartilhar, doar ou de qualquer forma ceder ou transferir dados, informações ou identificadores pessoais, sem a expressa autorização de seu titular e consentimento informado, salvo exceções legais.

Os três projetos, assinados pelo presidente do Senado, José Sarney, procedem do trabalho de uma comissão especial de juristas que realizou 37 audiências públicas reunindo senadores, procuradores da República e organizações de defesa do consumidor.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que os princípios consumeristas, em particular, os princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da equivalência material, contribuem para a efetividade da proteção dos direitos do consumidor na medida em que devem ser observados na consecução dos contratos de consumo e nas suas eventuais consequências sociais. Quanto à atualização do CDC, conclui-se, que as propostas apresentadas mantêm a diretriz constitucional-protetiva do CDC, preservando e expandindo os direitos dos consumidores. Contudo, seria inócuo o legislador prever direitos materiais para o consumidor se não lhe fossem garantidos os instrumentos necessários à sua efetividade, aprimorando a confiança na lei consumerista.

THE EFFECTIVENESS OF THE CONSUMER DEFENSE CODE

The consumer defense code is endowed with principles consumerist, which formed the basis of discipline support consumer rights, bringing effective contributions, consumer protection, in a practical way, either judicially or extrajudicially. The consumerist principles, in particular, the principles of objective good faith, of the social function of the contract and of the equivalence, contribute to the effectiveness of protection of consumer rights in so far as they must be observed towards the consumer contracts and its possible social consequences. Our legal system was enriched by innovative and modern principles and with the implementation of instruments that provide effective protection and consumer protection. Being the right dynamic, as social phenomenon, passed 23 years already it is necessary to update, with a

view to technological advances, changes in social-economic situation and the increase of credit and consumption. Among the main points of the new rules is the prohibition of sending unauthorized by the recipient emails (SPAM), supplier data disclosure and stricter penalties for abusive practices against consumers. The three projects, signed by the President of the Senate, Jose Sarney, carrying out the work of a Special Commission of Jurists which held 37 public hearings bringing together senators, public prosecutors and consumer advocacy organizations.

KEYWORDS: Effectiveness of CDC. Consumeristas Principles. Updating the Consumer Defense Code.

REFERÊNCIAS

DENSA, Roberta. *Direito do Consumidor*. Série Leituras Jurídicas Provas e Concursos, São Paulo, Editora Atlas.
FILHO CAVALIERI, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo, Editora Atlas.
GAGLIANO, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho. *Novo Curso de Direito Civil* (volumes 1, 2, 3, 4, tomo 1 e tomo 2, 5 e 6). Editora Saraiva, São Paulo.
GRINOVER, Ada Pellegrini *et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro. Editora Forense Universitária.
NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 570.
ROLLO, Alberto. *Apostila de direito do consumidor*. Disponível em: http://www.albertorollo.com.br/direitodoconsumidor.doc
SAAD, Eduardo Gabriel. *et al. Código de defesa do consumidor comentado*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 618.
SAAD, Eduardo Gabriel. *et al. Código de defesa do consumidor comentado*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 564.
TARTUCE, Flávio. *Direito Civil Série Concursos Públicos* (volumes 1, 2, 3, 4, 5, e 6). Editora Método, São Paulo.
TEPEDINO, Gustavo e outros. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Volumes I e II, Editora Renovar, Rio de Janeiro.

A UTILIZAÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA PAVIMENTAÇÃO DE RUAS, ESTRADAS E VIAS PÚBLICAS

Mary Jane Ribeiro Santana Torres Santos*

RESUMO: Este trabalho expõe a importância da pavimentação das vias de acesso para o desenvolvimento das cidades, regiões e instituições, demonstrando que o Poder Público por vezes se encontra numa situação de obrigatoriedade de fazê-la, sob pena de correr o risco de o cidadão utilizar a via processual da ação civil pública para obtê-la em situações de omissão ou ilegalidade. No contexto de hoje, no qual a comunicação é fundamental ao desenvolvimento, a pavimentação surge como algo indispensável, pois significa o acesso de pessoas e veículos a lugares e instituições da qual necessitam. Por sua vez, os princípios constitucionais da moralidade, da legalidade e eficiência dos atos da Administração Pública não permitem que modernamente a omissão do Poder Público provoque prejuízo à satisfação das necessidades públicas básicas, tais como educação, saúde, saneamento básico e segurança pública, quando então surge a possibilidade de manejo da ação civil pública para forçar o Poder Público a realizar a obra de pavimentação em casos concretos perante o Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVES: Pavimentação. Via de acesso. Necessidade pública. Ação civil pública.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho aborda a utilização da ação civil pública para fins de obtenção de pavimentação de vias públicas importantes, como ruas, estradas e avenidas quando o Poder Público se omite ou age ilegalmente em áreas importantes para o desenvolvimento urbanístico, econômico, educacional e social das cidades e regiões.

O estudo visa basicamente demonstrar que quando uma via de

* Advogada. Pós-graduada em Direito Processual Civil (2006), concludente de Pós-graduação em Direito Processual do Trabalho e Previdenciário (2016).

acesso possui importância para o desenvolvimento urbanístico e social de regiões e instituições, deixa de existir a chamada discricionariedade administrativa do Poder Público (Municipal, Estadual ou Federal, conforme o caso), ingressando no campo da obrigatoriedade, por envolver uma necessidade pública.

Portanto, em situações especiais e quando envolve direta ou indiretamente saúde, educação, segurança pública, probidade administrativa, rotas econômicas estratégicas e outras situações que envolvem interesse público, a questão de pavimentação de vias de acesso torna-se necessidade pública, podendo ser utilizada a ação civil pública como meio processual adequado para exigi-la no caso concreto perante o Poder Judiciário, quando o Poder Público omite-se ou comete ilegalidade.

2 MATERIAL E MÉTODO

A metodologia será predominantemente expositiva, valendo-se da pesquisa bibliográfica bem como de dados coletados nos arquivos do Poder Judiciário e do Ministério Público.

3 AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA PAVIMENTAÇÃO DE RUAS, ESTRADAS E VIAS PÚBLICAS

3.1 PAVIMENTAÇÃO: CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

No dicionário encontra-se o conceito de Pavimentação como "revestimento de ruas e estradas com cimento, pedras, asfalto etc". Logo, asfaltar é revestir fisicamente uma via com um material mais duro que possibilite o tráfego de pessoas e veículos de forma fácil e segura.

Desde a época de Roma e da Grécia Antiga os povos sabem que vias bem construídas e planejadas são essenciais ao desenvolvimento econômico, cultural e militar, como escoadouro de mercadorias e trânsito de pessoas, sendo assim o primeiro "meio de comunicação", como poderia se chamar modernamente.

Foi assim que o Império Romano conseguiu sua grande expansão. Do mesmo modo, a "rota de especiarias" e "a rota de seda" da China marcaram a história e se tornaram famosas.

Com a evolução da Física e da Engenharia Civil durante os séculos

a pavimentação das ruas e estradas chegou ao patamar técnico de hoje, sendo feita basicamente de 03 (três) maneiras: por paralelepípedo, por concreto e por asfaltamento.

A pavimentação feita a paralelepípedo é a menos onerosa, mais fácil de fazer e possui a grande vantagem de sua manutenção ser mais barata e prática, pois é um material fácil de encontrar, podendo a obra ser realizada por profissionais que se encontram no mercado de forma abundante (pedreiros e outros).

A pavimentação utilizando o concreto vem sendo retomada, já que as empresas e fábricas de cimento têm investido nesse ramo, procurando baratear a técnica e assim conquistar o grande mercado consumidor que existe, principalmente os municípios, as associações de moradores e as empresas construtoras do ramo da construção civil da área habitacional.

As grandes vantagens da pavimentação por concreto são:

- grande durabilidade da obra;
- alta resistência, suportando perfeitamente o trânsito de veículos de carga pesada;
- economia de combustível, especialmente para os caminhões;
- maior luminosidade (a cor do concreto é mais clara do que o asfalto e do que o efeito visual dos paralelepípedos);
- a manutenção é rara e, quando acontece, é mais barata do que a do asfalto;
- aproveita recursos minerais e produtos locais.

Como ocorre com todo tipo de pavimentação, um bom Projeto de Engenharia Civil e o preparo do solo são essenciais antes da aplicação da camada de concreto, sendo também importante um bom maquinário e a mão de obra adequada.

O concreto também tem sido utilizado para reconstituir camadas asfálticas desgastadas e deterioradas, aplicando-se o concreto em cima do asfalto, funcionando este como base. Essa técnica é aplicada com muito sucesso na Europa, sendo que no Brasil não ganhou ainda a atenção das autoridades.

Já a pavimentação por asfaltamento é mais cara, pois o material (o asfalto ou lama asfáltica) é feito através de uma liga composta por derivados de petróleo, sendo processado numa máquina chamada usina

asfáltica, daí ser mais caro. Além disso, exige-se máquinas pesadas e especializadas para se realizar a obra. Por seu turno, o profissional que realiza a obra também é mais qualificado.

As técnicas citadas (paralelepípedo, concreto e asfaltamento) são eficientes, porém estão sendo fomentados estudos para se encontrar outras técnicas que barateiem e facilitem ainda mais a realização da obra de pavimentação. É o que acontece com os chamados "blocos sextavados", pode-se citar como exemplo.

Então surge a indagação: já que a pavimentação chegou ao nível de excelência, por que se vê no Brasil vias públicas, estradas e rodovias sem qualquer tipo de pavimento?

É que sendo a obra de pavimentação uma obra humana e relativamente custosa, os diversos fatores de ordem econômica, social e política dificultam sua realização, principalmente no Brasil, um país marcado pela desorganização administrativa e principalmente pela corrupção de pessoas e instituições.

3.2 AS ETAPAS ADMINISTRATIVAS DA PAVIMENTAÇÃO E O CONTROLE JURÍDICO

A primeira etapa da obra de pavimentação consiste em definir e escolher quais são as ruas, avenidas e vias a serem escolhidas para serem pavimentadas, cabendo ao Poder Público essa escolha de forma discricionária, como regra geral.

Existem situações que envolvem interesse público que tornam obrigatória a realização de obra quando envolve a educação, a saúde, o saneamento básico e a segurança pública. É claro que nessa escolha deverão ser considerados os recursos públicos disponíveis, pois nenhuma obra pode ser feita sem previsão orçamentária.

A segunda etapa consiste na elaboração do "Projeto da Obra" por Engenheiro Civil do Poder Público para o adequado planejamento físico e cronológico das etapas da pavimentação.

Com o projeto da obra pronto, a autoridade pública competente pode determinar a abertura de licitação para contratação de empresa que realize a pavimentação. É o que geralmente ocorre, porém há instituições públicas que fazem a obra diretamente, pois possuem maquinário e pessoal próprio adequado.

Quando há licitação faz-se importante a elaboração cuidadosa do Edital, no qual deverá ser especificado o objeto da licitação, a técnica de julgamento das propostas, o regime de execução da obra, sendo ainda salutar a exigência de vistoria das pretensas empresas licitantes, tudo nos termos da Lei 8.666/1993.

A partir da abertura da licitação em diante o controle jurídico torna-se mais incisivo, sendo preventivamente feito pela própria Comissão Permanente de Licitação ao elaborar a minuta do Edital e do Contrato, bem como pelo Procurador Jurídico da Instituição Pública ao emitir o parecer.

A Comissão Permanente de Licitação deve ser cuidadosa e criteriosa na apreciação da habilitação e julgamento das propostas, podendo valer-se da presença de um engenheiro da Instituição nas sessões para esclarecer alguma dúvida técnica. A empresa que vencer a licitação deve assinar o contrato e realizar a obra com perfeição, nos termos do Projeto Básico e Executivo, devendo o Poder Público instituir Comissão de Fiscalização para acompanhar o andamento dos trabalhos.

Recomenda-se que a obra de pavimentação seja feita em "período seco" (de sol, quando não há chuvas), pois a chuva torna difícil a preparação do solo e aplicação da mistura asfáltica. A drenagem das águas é tema indispensável na obra, pois de nada adianta asfaltar se não há um caminho para as águas escorrerem, sendo corrosivo o acúmulo de água sobre a camada asfáltica.

A entrega da obra pública nos termos do Edital e Contrato é o momento mais importante e aqui ocorre uma falha na Lei 8.666/1993: é que a obra não possui um controle externo de natureza visual e técnica após sua conclusão, sendo tudo atestado apenas pela Comissão de Fiscalização, o que tem gerado desvios de dinheiro, imperfeição de obras e até obras não realizadas (apesar de pagas).

Somente deveria ser considerada concluída e entregue com perfeição a obra de pavimentação no prisma jurídico após a Comissão de Fiscalização emitir um Relatório contendo fotos datadas englobando toda a extensão ou trechos importantes da via asfaltada nos autos do processo administrativo e que fosse uma via do relatório enviado ao Ministério Público competente para aprovação, o qual poderia requerer vistorias e diligências que entendesse necessárias antes da apreciação definitiva, se for o caso.

Logo, para o bem do interesse público e da probidade administrativa deveria ser inserido um dispositivo na Lei 8.666/1993 exigindo que o Relatório completo da obra com fotos datadas e assinado pela Comissão de Fiscalização fosse enviado ao Ministério Público e somente com a aprovação desse estaria juridicamente entregue.

Deveras, o controle interno pela Administração Pública e externo pelo Tribunal de Contas não é suficiente, como demonstra a experiência humana, estando cada dia mais presente nos jornais do Brasil os escândalos de desvio de dinheiro nas obras públicas de estradas e vias de acesso.

Como se vê, durante todas as fases da obra de pavimentação podem ocorrer ações e omissões ilegais, abrindo assim caminho para o ajuizamento da Ação Civil Pública pelo Ministério Público e instituições legitimadas.

3.3 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO CONTROLE DE LEGALIDADE DA OBRA PÚBLICA DE PAVIMENTAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO

A pavimentação se constitui num interesse coletivo da sociedade, pois na prática significa transporte, segurança e higiene.

A experiência humana e forense revela que as ilegalidades cometidas pela Administração Pública nas obras de pavimentação que mais ocorrem e podem ser corrigidas pelo ajuizamento da Ação Civil Pública são**:**

- Ausência de fiscalização adequada, sendo a obra entregue apenas parcialmente ou com defeito;
- desvio de dinheiro público;
- obra paga e não feita (inexistência de pavimentação, apesar de paga a obra);
- superfaturamento da obra;
- má escolha da via a ser pavimentada, pois a prioridade da obra deve recair em vias de acesso a Escolas (educação), hospitais (saúde), indústrias (trabalho e desenvolvimento econômico), igrejas (religiosidade e cultura), vias de grande intensidade de fluxo de pessoa (transporte coletivo), bem como aquelas que enfrentam situações emergenciais, quando a ausência de pavimentação pode inviabilizar

um acesso importante, podendo gerar doenças, prejuízo a serviços públicos, acidentes de trânsito ou fatos similares.

Em todas essas situações pode ser utilizada a Ação Civil Pública com pedido de realização da obra ou seu ajuste/correção (obrigação de fazer), com base no art. 37 da Constituição Federal de 1988 (princípios da legalidade, moralidade e eficiência na Administração Pública) e art. 461 do Código de Processo Civil, podendo ser ajuizada pelo Ministério Público, associações e demais entes legitimados, nos termos do art. 129, Inciso III e § 1º., da mesma Carta Magna.

A jurista Odete Medauar assim define a Ação Civil Pública: "É o instrumento processual destinado a evitar ou reprimir danos aos interesses difusos ou transindividuais da sociedade, dentre os quais: meio ambiente, patrimônio cultural, patrimônio público e social, criança e adolescente, investidores no mercado de capitais, consumidores, portadores de deficiência, infração da ordem econômica e da economia popular, infração da ordem urbanística." (Direito Administrativo Moderno, 6ª. ed., Ed. RT).

As ações coletivas no Brasil começaram a surgir após a experiência americana de resolver conflitos de grande dimensão numa única ação, dada a superioridade da tutela coletiva para solucionar demandas que não comportam resolução individual, posto que referentes a um interesse coletivo, cujo resultado atinge a todos os possíveis beneficiários ao mesmo tempo.

Quando a autoridade administrativa transborda do campo legal ou comete um desvio de finalidade surge a possibilidade de o Poder Judiciário proteger o interesse público ou coletivo violado em cada caso, principalmente pela Ação Civil Pública, pois nelas os entes legitimados para a propositura são instituições eleitas pela legislação como detentoras do poder de proteção e fiscalização de tais interesses metaindividuais. Além disso, o procedimento especial da citada ação torna-a um instrumento eficaz de controle externo da máquina pública.

Escrevendo sobre a importância da satisfação do direito coletivo e a utilização da Ação Civil Pública para garantir a sua efetivação, o escritor Marcelo Abelha Rodrigues chama a *atenção para a importância da tutela específica*: "Uma característica marcante dos direitos coletivos é a sua prestação *in natura*, mediante a realização dos deveres de fazer e não fazer. À coletividade não interessa a obtenção da tutela ressarcitória dos

direitos coletivos (meio ambiente, saúde, consumo, ordem econômica etc.), mas exatamente o próprio bem a que teria direito, caso tivesse cumprido espontaneamente o dever jurídico inadimplido. Nesse passo, mostra-se comum a utilização da Ação Civil Pública para a obtenção da tutela específica ou o resultado prático equivalente. Por isso, as técnicas processuais voltadas a este desiderato são bastante potentes e receberam atenção especial do legislador. Observe-se que a ação popular, cujo diploma processual é da década de 60 e portanto, ainda, sob forte influência liberal, privilegia a tutela ressarcitória, e, este é também um dos motivos de sua desvantagem em relação a ação civil pública" (Ações Constitucionais Típicas, ed. PODIVIM, pág. 269).

A tutela antecipada específica mesclada com técnicas de coerção processual ganha grande importância no caso de ajuizamento da ação coletiva visando à pavimentação, pois a ordem de realizar a obra, sob pena de aplicação de multa diária, torna-se um precioso instrumento na mão do Magistrado, haja vista que o interesse coletivo não pode ficar esperando indefinidamente uma solução que demanda urgência e, além disso, apenas o ressarcimento do dano não satisfaz os anseios da coletividade, pois o que interessa primordialmente é a feitura da obra.

E isso se revela mais evidente quando o pólo passivo é o Poder Público, sabidamente beneficiado pela demora no julgamento do processo, sendo a multa diária uma arma processual imprescindível, até mesmo para que se dê efetividade prática à sentença condenatória, pois a mera condenação em dinheiro se faz mediante o demorado mecanismo de Precatório ou RPV, conforme o caso, além de não atender ao direito em si mesmo considerado.

Deveras, quando a multa é aplicada com um valor proporcional e adequado de modo a estimular a realização da obra de pavimentação, o Poder Público vê-se compelido a realizá-la, pois o prejuízo econômico advindo da multa pode ser maior do que o valor da obra em si, caso não a faça no modo e tempo estipulados pelo Juiz, ganhando efetividade o processo.

O papel do Juiz nos processos coletivos ganha uma conotação diferente dos processos individuais, pois a violação ao interesse coletivo prejudica toda uma comunidade, classe ou mesmo todos os cidadãos, razão pela qual o Magistrado deve ter toda a cautela, usar sua experiência e todo o seu saber jurídico no sentido de satisfazer o bem coletivo violado

ou ameaçado, analisando todo o conjunto fático-jurídico da lide ao apreciar o pedido liminar ou julgar definitivamente o processo. Inclusive o magistrado pode conceder de ofício a tutela antecipada, mesmo que não solicitada pelo ente legitimado, por se tratar em regra de direito indisponível. Além disso, no exame da concessão ou não da tutela, pode se contentar com o juízo de probabilidade de dano ao interesse metaindividual, em cada caso concreto.

O Ministério Público ganha também grande destaque na ação civil pública, pois está institucionalmente incumbido pela Constituição de 1988 da função de guardião maior dos interesses coletivos, principalmente da saúde pública, educação, probidade administrativa e outros interesses indisponíveis.

Todavia, pode ocorrer que o Ministério Público não disponha de todas as informações e documentos necessários para apurar uma possível irregularidade das obras de pavimentação nas suas diversas etapas (da escolha da via, passando pela licitação até a execução do contrato).

Nesse caso, poderá valer-se do precioso instrumento jurídico chamado Inquérito Civil Público para colher dados, requisitar documentos e ouvir pessoas. A experiência tem demonstrado que o Inquérito Civil Público é por demais aconselhável para evitar ações prematuras ou desnecessárias, bem como resolver os problemas da forma mais consensual possível, o que ocorre quando se assina um Termo de Ajustamento firmado entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas ou físicas envolvidas, solucionando o problema e corrigindo ilegalidades de forma amigável.

No âmbito do Inquérito Civil Público pode o Ministério Público pedir auxílio técnico e humano perante outras instituições especializadas na matéria que envolva o interesse tratado em cada caso, sendo que na hipótese de obra pública (a pavimentação via de regra é uma obra pública) convém a colaboração investigativa dos órgãos de controle interno da Administração Pública, tais como a Controladoria Geral da União e os Auditores do TCU, bem como de instituições que possuem banco de dados importantes, como a Receita Federal, a Previdência Social e assim por diante.

A realização de operações conjuntas e coordenadas entre o Ministério Público, órgãos de controle, Procuradoria Federal dos órgãos públicos, Receita Federal e Polícia geralmente são as mais eficientes, pois o cruzamento de dados e a experiência das autoridades se somam para

combater as ilegalidades e resolver problemas, o que é essencial, principalmente considerando que, por vezes, existem altas autoridades públicas, políticos e empresários envolvidos na má gestão e aplicação de verbas públicas nas obras de pavimentação.

Havendo necessidade, poderá haver quebra de sigilo bancário, telefônico e fiscal dos envolvidos na malversação do dinheiro público.

As operações conjuntas entre as Instituições têm dado grandes resultados e muitas têm tido destaque na imprensa, sendo que verdadeiras quadrilhas de desvio do dinheiro público estão sendo desmontadas sistematicamente, pois a corrupção está muito presente no país em todos os níveis.

A competência na Ação Civil Pública para pavimentar a via é a do Juízo do local em que situada. Assim, se a via a ser pavimentada é de Aracaju, a ação terá que tramita na Justiça Cível da Comarca de Aracaju ou na Justiça Federal em Aracaju, conforme o interesse.

Há que se lembrar que, se o autor da ação for o Ministério Público Federal, a ação terá que necessariamente ser ajuizada na Justiça Federal, conforme jurisprudência firmada pelo STJ na matéria, o que vale inclusive nos casos de ação civil pública para pavimentação.

Os meios de prova na ação civil pública são os mesmos do procedimento comum ordinário, merecendo destaque documentos e fotos da via a ser pavimentada, comprovando tanto o ilícito administrativo quanto a inexistência da obra que deveria ter sido feita. Também o testemunho de pessoas da comunidade é muito importante (especialmente os líderes comunitários), na medida em que expressam os problemas enfrentados pela coletividade em razão da ausência da pavimentação, ou seja, ouvem-se os destinatários do interesse coletivo. Em caso de defeito ou desajustes em vias já pavimentadas, a Prova Pericial poderá ser importante, com a elaboração de Laudo Pericial por Engenheiros.

Uma das causas da falha do Tribunal de Contas no controle de legalidade de obras públicas é que o órgão não ouve os interessados e beneficiários, mantendo contatos e comunicação apenas com os órgãos públicos e seus dirigentes, confiando em documentos que são produzidos justamente pelos entes públicos fiscalizados, sendo a documentação por vezes incompleta e vaga, quando não raro inverídica, como se constata em várias Prefeituras do País.

Nos casos em que a ilegalidade cometida na obra de pavimentação

caracterizar também improbidade administrativa, o infrator público ou particular terá que:

- ✓ fazer a obra ou ajustá-la aos parâmetros legais/contratuais
- ✓ ressarcir ao erário público
- ✓ sofrer a aplicação da penalidade cabível (suspensão dos direitos políticos, perda ou indisponibilidade dos bens, perda da função pública, sem prejuízo da ação penal cabível).

Tais sanções poderão ser aplicadas pelo Juiz quando existir ação civil pública sobre o fato.

Convém enfatizar que há prazo prescricional para a aplicação das penalidades pela autoridade administrativa ou pela via judicial, em caso de improbidade administrativa, nos termos da Lei 8.429/1992, porém a satisfação da tutela coletiva e o ressarcimento ao erário são imprescritíveis, conforme determina o art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988.

4 CONCLUSÃO

Pelo estudo efetuado constata-se que o controle administrativo e jurídico das obras de pavimentação no Brasil é ainda muito falho, havendo grande necessidade de mecanismos legais mais eficientes de prevenção do ilícito no âmbito externo, sendo insuficiente o controle interno e do Tribunal de Contas.

A Lei 8.666/1993 é falha na parte da fiscalização de obras pública em geral, pois somente deveria ser considerada concluída uma obra após envio de um Relatório para o Ministério Público com aprovação deste, após a devida averiguação da sua realização e estado (controle imediato).

Existe muita corrupção e desvio de dinheiro na pavimentação de estradas e vias do Brasil, especialmente nos Municípios, sendo que, não raro, a verba desviada financia campanhas políticas e enriquece ilicitamente autoridades públicas e construtoras do ramo da construção civil.

O asfalto e o material utilizados nas obras de pavimentação feitas no Brasil poderiam ser de melhor qualidade, uma vez que o país dispõe da tecnologia e do pessoal adequado.

Falta ainda ao Administrador Público maior critério na escolha das

vias a serem pavimentadas, considerando que a Constituição da República de 1988 elegeu como políticas públicas obrigatórias e preferenciais a saúde, a educação, a criança e o adolescente, o transporte e a segurança pública.

A falta de clareza e de critério pelo Administrador Público gera muitas injustiças e gastos públicos desnecessários, pois por vezes são feitas obras supérfluas, enquanto locais e vias que necessitam ser urgentemente pavimentadas ficam sem pavimento, malferindo a eficiência que deve reinar na Administração Pública consoante diretriz do art. 37 da CF de 1988.

De forma similar ao que já acontece com outras obras (habitação, por exemplo), o Município, o Exército, a Petrobras e outras instituições públicas e privadas poderiam trabalhar em conjunto, em regime de mutirão, para resolver ou amenizar o problema das vias sem pavimento no Brasil.

Como uma obra que engloba várias etapas administrativas, a pavimentação está sujeita a controle pelo Poder Judiciário mediante o ajuizamento da Ação Civil Pública em caso de omissão e ações que impliquem ilegalidade ou improbidade administrativa, principalmente quando ocorre desvio de dinheiro, obra paga e não feita, superfaturamento, vias que deveriam ser pavimentadas para enfrentar situações de emergência e situações semelhantes, tudo com base no art. 37 da CF de 1998 e Lei 8.666/1993.

As técnicas da tutela específica e de meios coercitivos indiretos são instrumentos importantes para a efetividade da jurisdição coletiva, merecendo destaque o art. 273 do CPC e art. 461 do mesmo diploma legal.

O Inquérito Civil Público é um valioso instrumento posto à disposição do Ministério Público tanto para colher dados e documentos sobre possíveis irregularidades em obras de pavimentação quanto para a resolução do problema de forma mais espontânea através de compromisso de ajustamento de conduta.

A atuação integrada do Ministério Público com outros órgãos governamentais de controle e fiscalização é essencial no combate à improbidade e ilegalidades cometidas contra a Administração Pública.

O Controle social das obras públicas de pavimentação ainda é muito tímido, pois o cidadão e a sociedade civil através das suas instituições (associação de moradores, ONG e outros) não costumam noticiar ao Tribunal de Contas as irregularidades tampouco ingressar com ações civis públicas na Justiça.

LA UTILIZACIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL PÚBLICA PAVIMENTAÇÃO DE CALLES CARRETERAS Y VÍAS PÚBLICAS

RESUMEN: Este trabajo expone la importancia de la pavimentación de las vías de acceso para el desarrollo de las cuidades, regiones e instituiciones, demonstrando que el poder publico por veces encuentrase en una situación de obligatoriedad de hacerla, bajo pena de correr el riesgo de el ciudadano utilizar la vía processual de la acción civil publica para obternela en situación de omisión o ilegaledad. En el contexto de hoy, en el cual la comunicación es fundamental al desrarrollo, la pavimentación surge como algo indispensable, peus significa el acceso de personas y vehículo a lugares e institucionales de la cual necesitan. Por su vez, los principios actos de la Administración publica no permiten que modernamente la omisión del poder publico provoque perjuicio a la satisfacción de las necesidades publicas basicas, tal como educación, salud, saneamiento basico y seguridad publica, cuando entonces surge la posibilidad de manejo de la acción civil publica para forzar el poder publico a realizar la obra de pavimentación en casos concretos ante el poder judicial.

PALABRAS CLAVES: Pavimentación. Via de acceso. Necesidad publica. Acción civil publica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKEL FILHO, Diomar. *Writs constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
BASTOS, Celso. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989
MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 6. ed. São Paulo: RT, 2002.
MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*.

2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

O PODER PÚBLICO NA PROPOSITURA DAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS: ESPECIFICIDADES DO ESTADO DE SERGIPE

João Antonio Dias Morais*

RESUMO: A ação civil pública é o mecanismo mais utilizado na tutela dos interesses coletivos e, como tal, pressupõe a utilização de várias técnicas e regras que levem à consecução dos seus fins. No bojo dessas técnicas, o Estado (pessoa jurídica) é convocado a atuar de maneira decisiva na proteção dos interesses coletivos, através da legitimidade ativa na propositura de ações civis públicas, com vistas à proteção dos interesses metaindividuais e de modo reflexo, a tutela do interesse público primário e secundário. Ocorre que, muito embora autorizado legalmente, o ente público estatal não utiliza com assiduidade esse importante mecanismo confiado pela lei, de modo que o instrumento de grande valia para os interesses da coletividade e do próprio ente político acaba se tornando subutilizado. Diante dessas constatações, surge o escopo deste trabalho, de propor uma análise e reflexão a respeito dessa inércia estatal no manuseio das ações civis públicas, abordando a realidade das ações coletivas no Brasil e no âmbito do Estado de Sergipe.

PALAVRAS-CHAVE: Ação coletiva. Ação Civil Pública. Estado. Legitimidade.

1 INTRODUÇÃO

A estrutura política constitucional do Brasil forjou o modelo de Estado federativo, no qual a União, Estados, Distrito Federal e Municípios são entes políticos, com a capacidade de gerência da coisa pública e tutela do interesse público. Neste contexto se enquadra o mandamento inserto no art. 18 da Carta Federal[1].

A ação civil pública como instrumento de tutela dos interesses

* Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes/SE. Aluno Especial do Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania da UCSAL – Universidade Católica do Salvador. Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Ejuse. Servidor do Ministério Público do Estado de Sergipe. Conciliador Voluntário do TJSE.

metaindividuais está intimamente relacionada com a atividade típica das entidades políticas, sobretudo na proteção ao interesse público primário. No dizer da melhor doutrina, esse interesse primário representa a necessidade de toda a sociedade, enquanto o secundário é materializado pela atuação da União, Estados, Distrito Federal e Municípios quando partes de qualquer relação jurídica (BARROSO *apud* BORGES, 2007, n.p). Observe-se, contudo, que a defesa dos interesses privados do Estado somente é possível quando não chocarem-se com os interesses da sociedade, não podendo ser preteridos em detrimento de benefícios meramente individuais das pessoas jurídicas de direito público componentes do Estado e integrantes da estrutura administrativa (MELLO *apud* BORGES, 2007, n.p).

Nesse trilhar, conclui-se, portanto, que o uso da ação civil pública pelo Estado na defesa dos interesses da sociedade é imperativo que se impõe haja vista a missão constitucional atribuída aos entes públicos de prestar e zelar pelo bem-estar, justiça e segurança da sociedade. A ação civil pública se revela como mais um meio disponível ao Estado para a concretização dos objetivos preconizados pela Carta da República de 1988 e sedimentados pelo ordenamento jurídico nacional.

A doutrina considera o interesse coletivo como sendo o "interesse de um grupo de indivíduos, que será considerado interesse público apenas se o Estado o assumir, colocando-o entre os seus fins" (DINIZ, 2010, p. 333), ou seja, o interesse coletivo é componente do interesse público, desde que o Estado coloque-o em suas finalidades de proteção. Assim, o cotejo conceitual entre o que se entende por interesse público e interesse coletivo revela que este é contido naquele. Imperioso mencionar ainda que a qualificação do interesse coletivo como público depende da atuação positiva do Estado na sua garantia, proteção e inserindo-os nas suas finalidades. Neste toar, a legitimação ativa confiada aos entes públicos, para a propositura de ações coletivas, tal como a ação civil pública é a manifestação mais legítima de que os entes públicos são verdadeiros protagonistas da tutela coletiva, o que abrange, por via direta, a proteção do interesse público.

Pontuou-se acima que o interesse público secundário das pessoas jurídicas de direito público nunca pode colidir com o interesse público primário, sob pena de desvirtuamento do mister constitucional atribuído a tais entes. Nesse enfoque, cabe a tais entidades a utilização dos meandros necessários, com vistas à proteção incessante do patrimônio

jurídico pertencente à coletividade.

Nessa linha intelectiva, a ação civil pública se revela como meio essencial para a consecução dos objetivos estatais e atingimento do interesse coletivo, na perspectiva duma sociedade pautada em ditames constitucionais basilares, de modo a priorizar sempre o interesse público primário.

2 APONTAMENTO HISTÓRICO E OBJETO DAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS

A evolução histórica do termo "ação civil pública" revela que o mesmo fora utilizado pela primeira vez na antiga Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei Complementar 40, de 13/12/1981), revogada pela Lei 8.625/1993 (ALMEIDA, 2009, p. 35). A menção ao nome "ação civil pública" se apresentava como uma das funções institucionais do *parquet*, remetendo-a aos termos da lei. Ora, não havia uma conceituação ou regulamentação do que fosse a ação civil pública, nem como seria a atuação Ministerial na utilização de tal instrumento, apenas fazia alusão à regulamentação legal, tratando-se, portanto de norma de eficácia limitada.

O uso do nome ação civil pública faz um contraponto com a ação penal pública, para se referir especificamente à ação pública no âmbito civil. Deve-se considerar, contudo, que toda ação é pública, já que dirigida ao Estado-Juiz, titular da função jurisdicional do Estado. Os membros do Ministério Público possuíam o entendimento que a ação civil pública se apresentava "como direito conferido ao Ministério Público de fazer atuar, na esfera civil, a função jurisdicional" (MANCUSO, 2009, p. 20). Tal entendimento foi superado com a ampliação do rol de legitimados ativos para propositura da referida ação, notadamente com o advento da Lei n° 7.347/85. Assim sendo, não há mais o que se discutir acerca da vinculação do órgão público do Estado – Ministério Público – e o nome "ação civil pública".

O advento da Lei n° 7.347, de 24/07/1985 consagrou-se na Lei de Ação Civil Pública (LACP) e eliminou algumas divergências de cunho conceitual, sobretudo referentes ao termo "ação civil pública" e aos aspectos procedimentais correlatos. Logo no art. 1º do mencionado diploma legal, resta evidente o objeto da ação civil pública: "as ações de responsabilidade se regem por essa lei, desde que se trate de danos

causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico" (BRASIL, 1985).

Em 1988, com a chegada da Carta Cidadã, o mandamento expresso do texto Constitucional incluiu a ação civil pública como uma das funções institucionais do Ministério Público, tal qual a de "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos" (art. 129, III da Constituição Federal). Com essa inclusão expressa da proteção do patrimônio público e social e dos demais interesses difusos e coletivos houve o preenchimento da lacuna originada com o veto presidencial[2] da redação original do texto da Lei n° 7.347/85 (STARLING; OLIVEIRA, 2001, p. 30).

Neste contexto, a ação civil pública começou a ser analisada não mais pelas características da legitimação ativa do Ministério Público, mas pelo seu objeto: a proteção de interesses metaindividuais, como relativos ao meio ambiente, patrimônio cultural, consumidores, ordem econômica. Bem peculiar é o pensamento de Édis Milaré:

> Até há pouco, entendíamos que quando se falava em ação civil pública se queria em verdade referir ao problema de legitimação, e não ao do direito substancial discutido em juízo. Ação Civil Pública, então, era aquela que tinha como titular ativo uma parte pública – o Ministério Público. (...) Agora, porém, com a edição da Lei 7.347/85, que conferiu legitimidade para a ação civil pública de tutela de alguns interesses difusos não só ao Ministério Público, mas também às entidades estatais, autárquicas paraestatais e às associações que especifica (art. 5º da Lei), novo posicionamento se impõe diante da questão (MILARÉ *apud* MANCUSO, 2009, p. 21).

Ora, o foco de análise e particularização da ação civil pública concentra-se no seu espectro de proteção. A rigor, se a ação civil contemplar a tutela de interesses difusos e coletivos, estar-se-á diante da ação civil pública. Convém mencionar ainda, que a inovação legislativa trazida pela Lei n° 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) agrega os interesses individuais homogêneos ao rol dos interesses metaindividuais,

passando eles também a fazerem parte do objeto da ação civil pública.

De acordo com Almeida (2009, p. 36) os interesses protegidos pela ação civil pública devem ser "dimensionados coletivamente, transcendentes ao indivíduo, e os direitos individuais homogêneos socialmente relevantes". Não há possibilidade de se amparar os direitos individuais subjetivos, que são tuteláveis por via ordinária e individual.

Destaquem-se, por oportuno, as peculiaridades para a proteção de interesses individuais homogêneos por via da ação civil pública. Segundo abalizada doutrina e a jurisprudência dos tribunais superiores, dois são os requisitos para o uso de ação civil pública pelo Ministério Público, na defesa de interesses individuais homogêneos, quais sejam, interesse público e relevância social: o primeiro diz respeito à transcendência da esfera individual do interesse tutelado, de modo que não pode a ação civil pública e o *parquet* promover a defesa de questões privadas; já o segundo é alusivo às dimensões e características do dano e a relevância dos bens jurídicos protegidos. Alguns julgados sinalizam o que o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal entendem como interesses de relevância, dignos de amparo por ação civil pública, proposta inclusive pelo Ministério Público. Especificamente "os direitos à saúde, à proteção do idoso[3] e da pessoa com deficiência e à moradia popular havida mediante contrato de mútuo com SFH". De acordo com as decisões do STJ, constatou-se que está presente a relevância social nos seguintes temas: "taxa de iluminação pública[4], aumento abusivo de mensalidades escolares[5], reajuste de 147% para os aposentados[6], nulidade de cláusula abusiva[7], trabalhadores submetidos a condições insalubres em minas[8] (...)" (ALMEIDA, 2009, p. 39-40).

A doutrina discute qual a natureza das normas da Lei de Ação Civil Pública, se de cunho material ou processual. O direito material são as normas "substantivas, que é um complexo de normas que regem as relações jurídicas, definindo a sua matéria", já o direito processual abrange as normas de cunho adjetivo, instrumental, "que disciplinam métodos de solucionar lides" (DINIZ, 2010, p. 209-210). Prevalece o entendimento na teoria geral do processo que não existem normas de cunho exclusivamente processual ou material, devendo-se analisar o que predomina em cada conjunto de normas (Grinover; Dinamarco; Cintra, 2003, p. 88). A título ilustrativo, o Código Civil, aparelha normas materiais e processuais, mas com predominância daquelas; no mesmo sentido o Código de Processo Civil, embora predominem as normas de

cunho adjetivo, processual.

Neste diapasão se inserem as normas insertas na Lei n° 7.347/85. Majoritária doutrina considera que prepondera o conteúdo de natureza nitidamente processual ao referido diploma legal. Com exceção de alguns artigos que revelam conteúdo substantivo, numa análise global das disposições, prevalece o cunho adjetivo: "foro, pedido, tutela cautelar, rito, legitimação, atuação do Ministério Público, sentença, efeito dos recursos, coisa julgada, execução, ônus da sucumbência, aplicação subsidiária do Código de Processo Civil" (MANCUSO, 2009, p. 29). São questões de cunho prevalentemente processual. O próprio preâmbulo da lei já anuncia a parcela majoritária do seu conteúdo "**disciplina** a ação civil pública" (original sem grifos).

3 PECULIARIDADES PROCESSUAIS DA LEI N° 7.347/85 (LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA)

Conforme já se observou, a Lei n° 7.347/85 é cunho predominantemente processual, com aspectos minimamente substanciais. Importa dizer que grande parte do conteúdo normativo objetiva traçar procedimentos utilizados no processamento de demandas que envolvam interesses coletivos, difusos e até individuais homogêneos.

A pretensão do presente estudo não é dissecar todos os aspectos processuais das ações civis públicas, mas analisar aspectos que demonstrem a necessidade/possibilidade de atuação do Estado na propositura de ações coletivas, notadamente ação civil pública. De todos os institutos processuais definidos pelo ato normativo em exame, entende-se relevante tratar da legitimação ativa e da coisa julgada, com a abordagem dos limites objetivos, subjetivos e territoriais.

3.1 LEGITIMIDADE ATIVA

A hodierna teoria processual considera a legitimidade como sendo condição da ação, ou seja, "a pertinência subjetiva para a lide", de modo que o magistrado deverá analisar se os sujeitos que figuram como autor e réu, em um dado processo, realmente deveriam estar ali ocupando os polos da lide como sujeito ativo e passivo (PINHO, 2012, p. 188). Trata-se, portanto, da legitimidade para a causa ou legitimidade *ad causam*. "Neste

sentido, a 'legitimidade para a causa' nada mais é do que a 'capacidade jurídica' transportada para juízo, traduzida para o plano do processo" (BUENO, 2010, p. 401).

Nesta linha intelectiva, a legitimidade deve ser analisada de dois prismas: em relação ao autor (legitimidade ativa) e em relação ao réu (legitimidade passiva). "A Legitimidade ativa consiste na titularidade de uma relação ou situação jurídica de direito material, afirmada em juízo" (DESTEFENNI, 2012, p. 102). De outro modo "a legitimidade passiva consiste na identificação de um sujeito passivo da relação ou situação jurídica de direito material afirmada em juízo" (DESTEFENNI, 2012, p. 102).

No ponto de vista do legitimado ativo, apresentam-se duas classificações de legitimidade: ordinária e extraordinária. A primeira "é a regra no nosso ordenamento jurídico, ou seja, somente pode pleitear a proteção a um determinado direito o lesado ou ameaçado de lesão aquele que é o seu titular" (COSTA, 2009, p. 179). Trata-se, portanto, da regra legal prevista no art. 18 do Código de Processo Civil. Já a segunda tem caráter de excepcionalidade, na qual "permite-se que uma terceira pessoa pleiteie em juízo direito alheio, em nome próprio" (COSTA, 2009, p. 180). A legitimação extraordinária, por ser exceção à regra, imprescinde de autorização legal e quando utilizada dá origem ao instituto da substituição processual, cujos "efeitos da decisão não atingirão o legitimado extraordinário, parte no processo, mas o titular do direito, que foi por aquele substituído" (COSTA, 2009, p. 181).

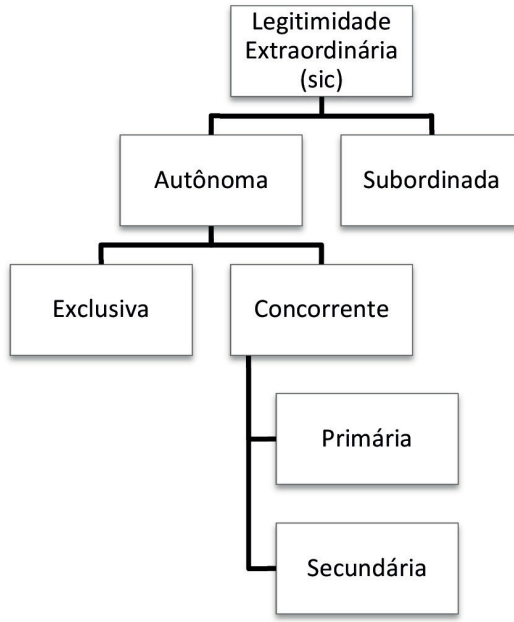
Barbosa Moreira foi quem melhor sistematizou a legitimação extraordinária. Em seu estudo, pontuou que essa legitimidade deveria subdividir-se em **autônoma** e **subordinada**. Considera-se autônoma, quando a atuação do legitimado extraordinário independe da atuação do legitimado ordinário, não possuindo necessidade de ingresso do legitimado ordinário na demanda, para corroborar a atividade do legitimado extraordinário. Diz-se subordinada, quando imprescindível a presença do legitimado ordinário na relação processual, com o fito de conferir validade à atuação do legitimado extraordinário.

Por seu turno, a **legitimidade extraordinária autônoma** subdivide-se em **exclusiva** e **concorrente.** Na primeira, a validade da relação jurídica é condicionada à presença do legitimado extraordinário, atuando o legitimado ordinário de maneira acessória, ou seja, a parte principal é o

legitimado extraordinário; na legitimação concorrente, há a possibilidade de atuação dos legitimados ordinário e extraordinário serem partes principais da demanda, indiferentemente, cabendo-se, inclusive, a atuação conjunta ou separada do legitimado ordinário e extraordinário.

Ademais, a **legitimidade extraordinária autônoma concorrente** é dividida em **primária** (o legitimado extraordinário pode, de logo propor a demanda, sem necessidade de aguardar qualquer atuação do legitimado ordinário) e **subsidiária** - só é possível a atividade do legitimado extraordinário quando o legitimado ordinário quedar-se inerte (COSTA, 2009, p. 185-188).

Visto essas classificações, essenciais para a compreensão da legitimidade nas ações que envolvam direitos transindividuais, a doutrina afirma que apenas "a legitimidade extraordinária autônoma exclusiva poderia ser equiparada à figura de substituição processual" (PINHO, 2012, p. 189). De modo sistematizado, a doutrina ilustrou a divisão da legitimação extraordinária elaborada por Barbosa Moreira, no seguinte esquema (Costa, 2009, p. 188):



Tal classificação é imprescindível ao estudo da legitimação ativa no

sentido em que nas hipóteses de proteção aos direitos transcendentes à individualidade não há como se estabelecer uma titularidade de interesses que se adeque na legitimação ordinária, restando à tutela de tais direitos por entes, que muito embora não sejam titulares do direito invocado, sejam legítimos para buscar sua proteção (MANCUSO, 2009, p. 128).

O art. 5º da Lei n° 7.147/85 (Lei de Ação Civil Pública) apresenta um rol de legitimados ativos, autorizados na defesa ativa dos direitos metaindividuais. O diploma normativo atribuiu às seguintes pessoas a legitimação ativa, a dizer: a) Ministério Público; b) Defensoria Pública; c) União, Estados, Distrito Federal e Municípios; d) autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista da União, Estados, Distrito Federal e Municípios e e) as associações civis que estejam legalmente constituídas há pelo menos um ano e incluam, dentre as suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, à economia popular e ao patrimônio cultural, artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Ao se utilizar da didática classificação idealizada por Barbosa Moreira, constata-se que a intenção do legislador foi conferir aos entes enumerados na lei a legitimação concorrente, de modo que "um dos colegitimados pode agir na defesa do bem tutelado, sem que isso iniba a atuação dos demais" (ALMEIDA, 2009, p. 123).

Num indicativo que se aproxima do senso comum, quando se fala em ação civil pública, vincula-se à imagem do **Ministério Público**, instituição legitimada à sua propositura. Tal afirmativa não é destoante da realidade, sobretudo pelo fato de que o *parquet* é o legitimado que mais faz o uso da ação civil pública. Conforme será demonstrado no item 3.3 deste capítulo, as estatísticas revelam que no Estado de Sergipe, a atuação do Ministério Público é bem superior à dos outros legitimados. A Carta Maior atribuiu importante missão ao Órgão Ministerial, instituição uma e indivisível, voltada à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput* e parágrafo 1º da Constituição Federal). O objetivo do Constituinte foi o aparelhar e proporcionar ao *parquet* a nobilíssima função de defesa da sociedade. Constata-se que o objetivo da Constituição vem sendo atingido, notadamente pela atuação incessante do Órgão Ministerial na proteção dos interesses metaindividuais.

Faz-se mister registrar que ao Ministério Público foi conferida a

possibilidade de formação de litisconsórcio entre o *parquet* Federal e Estadual, muito embora o veto presidencial no dispositivo do Código de Defesa do Consumidor tenha suprimido essa possibilidade expressa legalmente, a vivência prática nos informa a atuação conjunta dos MP's Estadual e Federal, na defesa de interesses que comuniquem a atuação no âmbito federal e estadual (ALMEIDA, 2009, p. 132-136). Há uma discussão técnica acerca da possibilidade ou não do litisconsórcio, mas não é objeto do trabalho adentrar no cerne da questão. Além disso, o Ministério Público deve atuar como fiscal da lei, quando não for parte na ação civil pública, de modo a velar pela fiel aplicação da lei e a proteção aos interesses transindividuais, segundo o preceito normativo do art. 5º, § 1º da Lei n° 7.347/85. Caberá ainda ao Órgão Ministerial a legitimação subsidiária em caso de abandono ou desistência da ação pelo autor originário (art. 5º, §3º da Lei. 7.347/85), não sendo obrigatória a assunção do polo ativo, assim como MP não poderá desistir da ação civil pública por ele proposta (MANCUSO, 2009, p. 132-138).

O inquérito civil público é também um instrumento à disposição do Ministério Público, a fim de se aquilatar as provas e indícios necessários à propositura da ação civil pública (arts. 5ª a 8º, da Lei n° 7.347/85).

A **Defensoria Pública** foi inserida no rol dos legitimados ativos à propositura da ação civil pública. Segundo a Lei Maior, cabe à Defensoria Pública a orientação jurídica e defesa dos necessitados. Daí surgiu a discussão relativa à limitação da legitimidade ativa da Defensoria apenas aos hipossuficientes. Ocorre que a interpretação mais moderna do termo necessitados possui abrangência ampla, conforme o entendimento do STJ (MANCUSO, 2009, p.146). Neste sentido é o posicionamento da melhor doutrina:

> Ampla deve ser a legitimidade da Defensoria Pública, seja porque a mesma integra o Estado, que não possui qualquer limitação em sede de legitimidade seja porque, tratando-se de direito coletivo, há de ser privilegiada a possibilidade de a defesa se a mais ampla e efetiva possível (GOMES JÚNIOR *apud* MANCUSO, 2009, p. 146).

Outro legitimado na defesa de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos são as **associações**, termo que "abrange também os sindicatos, as cooperativas e demais entidades de associativismo" (ALMEIDA, 2009, p. 143). Alguns requisitos são exigidos das associações

para que as mesmas tutelem interesses metaindividuais, são eles:

> 1. devem estar constituídas nos termos da lei civil há pelo menos um ano (LACP, art. 5.°, V, a), o que poderá ser dispensado pelo juiz, quando presente manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido (§ 4.°); 2. Deve haver "representatividade adequada", a dizer, a associação deve ter entre suas finalidades institucionais a de proteção do bem tutelado objeto da demanda, seja ele consumidor, meio ambiente, ordem econômica, livre concorrência ou patrimônio cultural (art. 5.°, V, b); 3. Além disso, deve haver "pertinência temática", ou seja, deve haver correspondência entre a finalidade institucional e o bem tutelado objeto da lesão ou da ameaça, sob pena de faltar-lhe interesse na tutela. Considera o STF existir pertinência temática toda vez que houver relação entre a finalidade institucional da entidade requerente e o objeto da causa ou os dispositivos legais questionados[9] (ALMEIDA, 2009, p. 143).

O ponto fulcral do presente trabalho reside no estudo dos aspectos que envolvem a legitimidade ativa da **União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como suas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista**, notadamente no que é alusivo à inércia das referidas entidades públicas na propositura de ações civis públicas. Especificamente no item 4 serão apresentados alguns elementos que atestem a inércia estatal no uso da Ação Civil Pública e a necessidade da atividade efetiva das entidades públicas no exercício de seu mister. A tutela dos interesses transindividuais por essas entidades públicas está condicionada à análise do interesse de agir, necessitando-se "que a ofensa ao bem tutelado se relacione direta ou indiretamente com os entes públicos enumerados ou com um deles, para que se caracterize o interesse e justifique o ingresso em juízo" (ALMEIDA, 2009, p. 140). Exemplificativamente, não poderá um Estado propor uma ação civil pública com vistas à reparação de danos sofridos exclusivamente pelos habitantes de outra Unidade da Federação.

4 LIMITES TERRITORIAIS DA COISA JULGADA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Na ação civil pública, que segundo o Min. Luís Felipe Salomão[10], integra o microssistema das ações coletivas, problemática exsurge na delimitação dos limites da coisa julgada, especialmente no que atine a competência territorial para a execução de decisão dessa natureza.

Ao se analisar a literalidade do art. 16 da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) é possível compreender, pela simples exegese o texto legal que a coisa julgada neste tipo de ação é restrita aos limites territoriais do juízo prolator da decisão. Veja-se:

> Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Assim, a lei da ação civil pública se revela com bastante timidez, no sentido de fazer restrição territorial à coisa julgada, como maneira de subterfúgio ou numa tentativa restritiva de inibir a evolução das demandas coletivas.

Faz-se mister agora fazer um adendo superficial na natureza jurídica da coisa julgada nas ações coletivas em geral, introduzidas pelo CDC. É de se destacar que este não é o objetivo específico do presente estudo. Nos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, a coisa julgada se opera *secundum eventum Probationis*, ou seja, na hipótese de improcedência da ação por ausência ou insuficiência de provas, poderá se ingressar com uma nova demanda judicial, mesmo com os mesmos elementos da ação. No caso dos interesses individuais homogêneos, por força do art. 103, III do CDC, a única decisão que vincula os titulares do direito é a de procedência do pedido. É o que se chama por coisa julgada *secundum eventum litis.* Há quem entenda que este tipo de coisa julgada abrange também os interesses difusos e coletivos *stricto sensu* (NEVES, 2013, p. 551-561).

Resta perceptível que a legislação consumeirista veio trazer o aparato

legal que embasa as ações coletivas. Contudo, o art. 16 da LACP, traz uma restrição territorial da coisa julgada nas sentenças de ação civil pública, considerando-se que esta só terá eficácia nos limites territoriais da jurisdição em que foi proferida. Numa simplória análise é possível concluir que lógica não existe para tal regramento legal.

> Da forma como foi redigida, pretende o legislador limitar o objeto difuso e coletivo, que são indivisíveis. Pretende estabelecer que os limites de competência delimitem igualmente os limites objetivos e subjetivos do julgado. Esquece-se o legislador que nem todos os bens difusos e coletivos são indivisíveis na sua essência por escolha ou vontade do ser humano. Se pensarmos no meio ambiente, veremos que é simplesmente impossível limitar a tutela de um objeto que é essencialmente indivisível e ubíquo, independentemente do querer humano (ABELHA RODRIGUES, 2011, p. 429).

Algumas problemáticas surgem, no confronto dos preceitos da Lei de Ação Civil Pública com o Código de Defesa do Consumidor. É lógico que a ação civil pública pode tutelar qualquer direito coletivo, mas se por ventura, for objeto de uma ação deste tipo um direito difuso que ultrapasse os limites territoriais do órgão jurisdicional prolator da decisão? Ou se algum direito coletivo em sentido estrito, que tenha transcendência nacional for posto em discussão por meio deste tipo de ação? Mesmo assim, a sentença só terá eficácia nos limites territoriais do órgão jurisdicional?

Exemplificando, pode-se imaginar a seguinte situação hipotética: Determinado grupo de servidores da União, lotados no Estado de Sergipe, ocupantes de determinado cargo e ligados pela mesma relação jurídica base, devidamente substituídos pelo respectivo sindicato, propõem uma ação civil pública em face do ente público federal, visando à condenação deste ao pagamento de determinada verba que supostamente seria de direito. Julgada procedente a ação, os servidores da União, lotados em outros Estados, que se enquadram na mesma situação jurídica dos que ajuizaram a ação, não poderiam ser atingidos por esta coisa julgada?

A resposta aos presentes questionamentos possuem contornos

diferenciados. Caso se faça uma análise pura da Lei de Ação Civil Pública vai ser constatado o óbice no seu art. 16. Mas caso se faça uma interpretação sistemática da lei com as garantias asseguradas aos processos coletivos em geral, é de se observar que os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada nas demandas coletivas superam os limites territoriais.

Neste sentido, a jurisprudência do STJ, de maneira acertada, já sinaliza no sentido de superação dos limites geográficos impostos pela Lei 7.347/85. Nestes termos:

> A Corte Especial do STJ, no julgamento do REsp 1.243.887/PR, relatoria do Min. Luís Felipe Salomão, submetido ao regime dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), reconheceu que **'os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo'**. Nas razões do voto condutor, destacou o relator: 'Tal interpretação, uma vez mais, esvazia a utilidade prática da ação coletiva, mesmo porque, cuidando-se de dano de escala nacional ou regional, a ação somente pode ser proposta na capital dos Estados ou no Distrito Federal (art. 93, inciso II, CDC). Assim, a prosperar a tese do recorrente, o efeito *erga omnes* próprio da sentença estaria restrito às capitais, excluindo todos os demais potencialmente beneficiários da decisão. **A bem da verdade, o art. 16 da LACP baralha conceitos heterogêneos - como coisa julgada e competência territorial - e induz a interpretação, para os mais apressados, no sentido de que os 'efeitos' ou a 'eficácia' da sentença podem ser limitados territorialmente, quando se sabe, a mais não poder, que coisa julgada - a despeito da atecnia do art. 467 do CPC - não é 'efeito' ou 'eficácia' da sentença, mas qualidade que a ela se agrega de modo a torná-la 'imutável e indiscutível'**. É certo também que a competência territorial limita o

exercício da jurisdição e não os efeitos ou a eficácia da sentença , os quais, como é de conhecimento comum, correlacionam-se com os 'limites da lide e das questões decididas' (art. 468, CPC) e com as que o poderiam ter sido (art. 474, CPC) - *tantum judicatum*, *quantum disputatum vel disputari debebat*. A apontada limitação territorial dos efeitos da sentença não ocorre nem no processo singular, e também, como mais razão, não pode ocorrer no processo coletivo, sob pena de desnaturação desse salutar mecanismo de solução plural das lides.

A prosperar tese contrária, um contrato declarado nulo pela justiça estadual de São Paulo, por exemplo, poderia ser considerado válido no Paraná; a sentença que determina a reintegração de posse de um imóvel que se estende a território de mais de uma unidade federativa (art. 107, CPC) não teria eficácia em relação a parte dele; ou uma sentença de divórcio proferida em Brasília poderia não valer para o Judiciário mineiro, de modo que ali as partes pudessem ser consideradas ainda casadas, soluções, todas elas, teratológicas. A questão principal, portanto, é de alcance objetivo ("o que" se decidiu) e subjetivo (em relação "a quem" se decidiu), mas não de competência territorial. Pode-se afirmar, com propriedade, que determinada sentença atinge ou não esses ou aqueles sujeitos (alcance subjetivo), ou que atinge ou não essa ou aquela questão fático-jurídica (alcance objetivo), mas é errôneo cogitar-se de sentença cujos efeitos não são verificados, a depender do território analisado'.

A ementa do julgado:

'DIREITO PROCESSUAL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, CPC). DIREITOS METAINDIVIDUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APADECO X BANESTADO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. EXECUÇÃO/LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL. FORO COMPETENTE. ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. LIMITAÇÃO

TERRITORIAL. IMPROPRIEDADE. REVISÃO JURISPRUDENCIAL. LIMITAÇÃO AOS ASSOCIADOS. INVIABILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC:

1.1. A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC).

1.2. A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná. Por isso descabe a alteração do seu alcance em sede de liquidação/execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada. Assim, não se aplica ao caso a limitação contida no art. 2º-A, caput, da Lei n. 9.494/97.

2. Ressalva de fundamentação do Ministro Teori Albino Zavascki.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.'

(REsp 1.243.887/PR, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 19.10.2011, DJe 12.12.2011.)

No mesmo sentido:

'PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL COLETIVA. EXECUÇÃO. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. INEXISTÊNCIA.

- Os efeitos e a eficácia da sentença prolatada em ação civil coletiva não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos

do que foi decidido.
- Agravo não provido.'
(AgRg no REsp 1326477/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 6/9/2012, DJe 13/9/2012.)
'PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXECUÇÃO INDIVIDUAL. JUÍZO COMPETENTE.
1. 'A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC)'. (REsp 1243887/PR, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 19/10/2011, DJe 12/12/2011).
2. Agravo regimental a que se nega provimento.'
(AgRg no REsp 1182037/PR, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 7/2/2012, DJe 14/2/2012.)
'PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR SINDICATO. SOJA TRANSGÊNICA. COBRANÇA DE ROYALTIES. LIMINAR REVOGADA NO JULGAMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO DA AÇÃO COLETIVA. LEGITIMIDADE DO SINDICATO. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. EFICÁCIA DA DECISÃO. LIMITAÇÃO À CIRCUNSCRIÇÃO DO ÓRGÃO PROLATOR.
(...)
5. A distinção, defendida inicialmente por Liebman, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença, torna inóqua a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da LAP. A coisa julgada

> **é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Mesmo limitada aquela, os efeitos da sentença produzem-se *erga omnes*, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador.**
> (...)
> 7. Recursos especiais conhecidos. Recurso da Monsanto improvido. Recurso dos Sindicatos provido.'
> (REsp 1.243.386/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12.6.2012, DJe 26.6.2012).

Vários são os julgados que já utilizam o RECURSO ESPECIAL Nº 1.243.887 – PR como paradigma, no sentido da prevalência dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada, de acordo com a natureza jurídica do direito coletivo analisado, nos termos do exposto no capítulo precedente, independentemente do instrumento processual ter sido a ação coletiva ou qualquer outra ação que possua idêntica função.

5 ATUAÇÃO DO ESTADO AO LADO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Conforme explicitado linhas acima, o cerne do presente estudo é o diagnóstico da atuação da União, Estados, Distrito Federal e Municípios como autores de ações civis públicas, na busca pela proteção e efetividade do interesse público primário.

O Ministério Público é o legitimado que mais atua como autor das ações civis públicas, enquanto as entidades públicas de direito público retro mencionadas são as instituições que proporcionalmente figuram no polo passivo das mesmas ações. Importante apontar que o papel dos entes públicos na defesa dos bens jurídicos e direitos que ultrapassam o interesse individual é uma das suas funções, pois tal atuação converge diretamente da proteção do interesse público primário. Nesta linha intelectiva, os estudiosos da matéria já constatam que o desempenho do Estado, em relação à propositura de ações civis públicas é pífio e está a quem do que idealmente deveria ser. Destaque-se:

> Não deixa de causar certa perplexidade o fato de os entes políticos – presumivelmente os

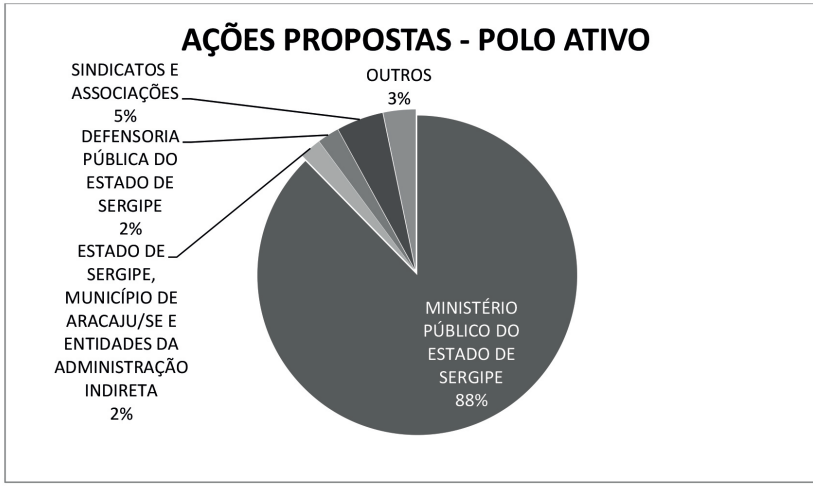
> maiores interessados na tutela dos interesses metaindividuais, enquanto gestores da coisa pública e do bem comum – parecerem, todavia, *desmotivados* para o exercício da ação civil público. Com isso, além de passarem a desgastante imagem de omissão, ou de conivência ante as ameaças e danos infligidos aos interesses metaindividuais, ainda se arriscam a figurar... no polo passivo das ações civis públicas! (MANCUSO, 2009, p 161).

Resta evidente que a não efetividade dos entes públicos neste aspecto leva à conclusão de que esses são cúmplices do desprezo aos direitos e interesses coletivos, fato que colide frontalmente com os objetivos Constitucionais dessas instituições.

Mutatis mutandis, as associações e sindicatos, que também se encontram no rol dos legitimados ativos à propositura de ação civil pública não cumprem o seu mister da forma objetivada pelo legislador. Os dados mostram-se tímidos, no que se refere à atuação das associações e entidades de classe. Uma justificativa da doutrina para tal realidade se deve à ausência de "conscientização da coletividade", de modo que a proteção pelos bens que pertencem a todos ainda não se apresenta como uma realidade no cenário nacional (Mancuso, 2009, p. 113).

A realidade no Estado de Sergipe não diverge do cenário nacional, ao contrário, é possível a aplicação da regra. No levantamento de dados efetuado nas varas competentes para processamento de ações civis públicas[11] da Comarca de Aracaju/SE, nos período 2012 a 2014, restou comprovado que o Ministério Público é o responsável pela propositura da grande maioria das ações civis públicas nos últimos dois anos. Veja-se:

AUTOR	**QUANTIDADE DE AÇÕES PROPOSTAS**
MINISTÉRIO PÚBLICO	242
ESTADO DE SERGIPE, MUNICÍPIO DE ARACAJU E ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA	6
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SERGIPE	6
SINDICATOS E ASSOCIAÇÕES	13
OUTROS[12]	9
TOTAL	276



Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe

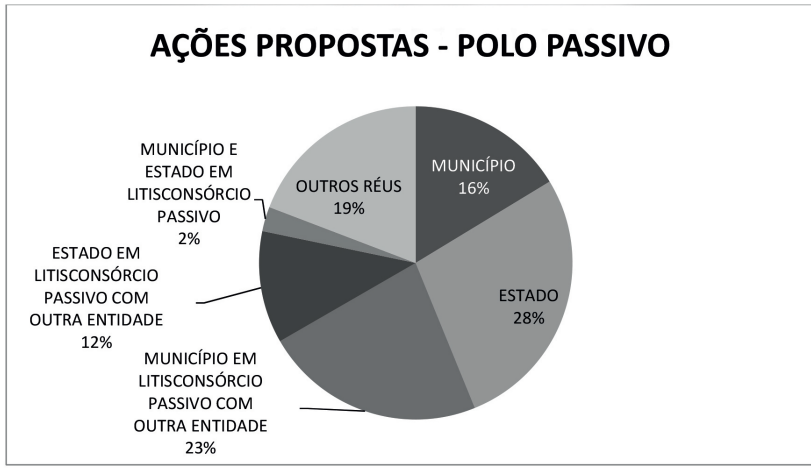
A Comarca de Aracaju recebeu no período de 2012 a 2014, o quantitativo total de 276 (duzentas e setenta e seis) ações civis públicas, sendo que 88% (oitenta e oito por cento) deste total foram propostas pelo Ministério Público do Estado de Sergipe, restando aos demais legitimados o percentual de 12% (doze por cento) do montante global de demandas.

Entende-se que a intenção da lei ao estatuir na ação civil pública uma legitimação concorrente e disjuntiva, conforme abordado acima, foi a de franquear a possibilidade de tutela dos interesses transindividuais a um maior rol de legitimados, possibilitando a sua verdadeira proteção. É inevitável compreender que o *parquet* possui maiores condições de ajuizar ações coletivas, visto que dispõe do inquérito civil público, que é instrumento da colheita de subsídios probatórios, além da estrutura institucional voltada para tal atividade – defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Entretanto, mesmo considerando tal realidade à disposição do Órgão Ministerial, os dados revelam que há um disparate muito grande entre a atuação de um só legitimado (88% de ações ajuizadas - Ministério Público) se comparado à atuação de todos os outros legitimados (12% de ações ajuizadas). Neste contexto, percebe-se a necessidade de aperfeiçoamento das outras instituições, no sentido de buscarem meios que possam dar efetividade à lei.

Por outro lado, da análise do rol de figurantes no polo passivo nas mesmas ações civis públicas, propostas nas varas cíveis competentes para

processamento de julgamento na comarca de Aracaju/SE, encontra-se um panorama bem diferenciado. Os entes públicos, Estado de Sergipe, Município de Aracaju são os mais demandados. Eis os números:

RÉU(S)	QUANTIDADE DE AÇÕES
MUNICÍPIO DE ARACAJU	45
ESTADO DE SERGIPE	76
MUNICÍPIO EM LITISCONSÓRCIO PASSIVO COM OUTRA ENTIDADE	63
ESTADO EM LITISCONSÓRCIO PASSIVO COM OUTRA ENTIDADE	32
MUNICÍPIO E ESTADO EM LITISCONSÓRCIO PASSIVO	7
OUTROS RÉUS	53
TOTAL	276



Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe

Diferentemente do que se concluiu na análise dos ocupantes do polo ativo nas ações civis públicas, onde quase não se encontrou a atividade dos entes públicos (Estado de Sergipe e Município de Aracaju/SE) na propositura de demandas coletivas, são estes os maiores réus em tais processos. Do total de 276 (duzentos e setenta e seis) ações propostas período de 2012 a 2014, no percentual de 81% (oitenta e um por cento) de tais litígios, uma ou outra entidade é apresentada como parte ocupante do polo passivo, ou seja, a razão dos entes públicos não serem autores das

ações civis públicas é justificada pelo fato de eles serem réus, na grande maioria das demandas em trâmite no período analisado.

5.1 DISCUSSÃO ACERCA DA LEGITIMIDADE DO ESTADO DE SERGIPE NA PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROCESSO N° 201311201049

Inobstante essa realidade de ineficiência dos entes públicos no ajuizamento de ações civis públicas, merece ressaltar aqui a celeuma instaurada no âmbito do Estado de Sergipe acerca da legitimidade ou não dos Procuradores do Estado, representantes legais da pessoa jurídica de direito público interno Estado de Sergipe de ajuizarem ação civil pública de improbidade administrativa em face de ex-gestores do Estado.

Explico. O Estado de Sergipe, representado por 31 (trinta e um) Procuradores do Estado propôs ação civil pública de improbidade administrativa[13] em face de um ex-secretário de Estado. Segundo noticiado na peça exordial, o requerido recebeu indevidamente remuneração superior ao que deveria auferir, por isso obteve um enriquecimento ilícito em detrimento dos cofres públicos. Ocorre que o Magistrado condutor do feito entendeu não assistir legitimidade aos Procuradores do Estado, para sem o consentimento do Procurador Geral do Estado ou do Governador do Estado ajuizar este tipo de demanda. Eis a fundamentação do Juiz, na formação do seu livre convencimento:

> Dentro de tal realidade jurídica, portanto, a atuação dos **31 (trinta e um) Procuradores do Estado** que subscrevem a exordial, todos eles profissionais respeitados e atuantes na defesa dos interesses do Estado de Sergipe, ao proporem uma ação civil pública para apuração de ato de improbidade administrativa, sem qualquer notícia de que tenha sido instaurado qualquer espécie de procedimento administrativo para apuração dos fatos noticiados na exordial por ordem superior, não havendo ratificação da propositura da ação pelo Procurador-Geral do Estado, nem autorização do Governador do Estado, impõe reconhecer serem os mesmos carecedores, no caso sob análise, da

necessária competência funcional/atribuição legal, de modo que o Estado de Sergipe não pode figurar no polo ativo da presente relação processual, por lhe faltar a necessária representatividade, o que, por conseguinte, impõe a rejeição da peça exordial, porque ausente um dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.

Por evidente, em momento algum, afirma-se que o Procurador do Estado não atua representando o Estado. Atua e é sua obrigação funcional assim proceder, mas quando devidamente autorizado pelo regramento constitucional e infraconstitucional que rege o desempenho de suas atividades, o que não se verifica no caso presente, já que lhe falta a necessária autorização superior para o ajuizamento de ações deste jaez, de forma autônoma. O fato de 31 (trinta e um) Procuradores do Estado subscreverem a exordial, quando bastaria apenas 01 (um) deles, caso fosse a hipótese de previsibilidade legal para tal desiderato, não supre o vício apontado, de acordo com os fundamentos já declinados.

Registre-se, por necessário, que ao Procurador-Geral do Estado foi oportunizado a ratificação da propositura da presente ação, aspecto que, por evidente, impediria a extinção do feito, tendo o mesmo, entretanto, por seu entendimento jurídico, optado por declarar a sua dispensabilidade, deixando, assim, de suprir o apontado vício.

Dentro de tal ótica jurídica, a rejeição da peça exordial, com base no inciso VI do artigo 295, c/c o incisos I e IV do artigo 267, ambos do Estatuto Processual Civil, é uma realidade jurídica que se impõe, dando-se por prejudicado o exame das demais questões processuais, o que, no entanto, não impede a remessa de cópias dos autos do presente feito ao Ministério Público para que promova, conforme for o seu entendimento, a apuração dos fatos apontados na exordial (SERGIPE. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, 2013, n.p).

Na hipótese, cuida-se de uma ação civil pública, na qual os representantes legais do Estado de Sergipe – Procuradores do Estado – atuam na defesa do interesse público primário (legalidade, moralidade e impessoalidade administrativa) e do interesse público secundário (necessidade de ressarcimento aos cofres públicos de todos os valores que, em tese foram auferidos ilicitamente). Resta evidente que a atuação do Estado de Sergipe nessa ação civil pública é consoante com os preceitos legais e constitucionais de proteção aos interesses da coletividade. Se assim não fosse, o legislador não colocaria a União, Estado, Distrito Federal e Municípios como legitimados ativos para a propositura de ação civil pública de improbidade administrativa.

Sucede que o cerne da discussão é residente na possibilidade dos Procuradores do Estado subscreverem ação civil pública de improbidade administrativa representando o Estado de Sergipe. A Constituição Federal e o Código de Processo Civil são uníssonos ao conferir a legitimidade do advogado do Estado (Procurador) para representá-lo judicialmente nos atos processuais em que o ente político figure como parte. Eis a redação do texto Constitucional e Legal:

> Constituição Federal
> Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, **exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.** Original sem grifos
> Código de Processo Civil
> Art. 75. Serão **representados em juízo, ativa e passivamente**:
> I - a União, os **Estados**, o Distrito Federal e os Territórios, por seus **procuradores**; Original sem grifos

O entendimento esposado pelo juiz sentenciante é contrário ao que determina a Constituição e o Código de Processo Civil. Numa análise exegética, a única condicionante que deve pautar a atuação do Procurador do Estado é o interesse público. Por tal razão é que a Lei

Complementar n° 26/1996 – Lei Orgânica da Advocacia Geral do Estado de Sergipe – condiciona à autorização do Procurador Geral do Estado e do Governador do Estado a práticas de atos que possam implicar na "disposição" do interesse público, como a dispensa recursal, a transação, dada relevância do bem coletivo com que o Estado deve tutelar.

> Art. 7°. - Compete ao Procurador-Geral do Estado:
> I - **dirigir a Procuradoria-Geral do Estado, coordenar e controlar suas atividades e orientar-lhe a atuação**;
> (...)
> VII - **desistir, transigir, formar composição e confessar, nos feitos de interesse do Estado, mediante autorização do Governador do Estado**;
> (SERGIPE, Lei Complementar n° 26/96)

Na hipótese, a atuação dos Procuradores do Estado no ajuizamento de ação civil pública de improbidade administrativa, não importa em renúncia de qualquer direito ou interesse, pelo contrário, reflete o estrito cumprimento dos atos normativos que preveem a possibilidade dos estados ajuizarem ação de improbidade, buscando a reparação dos danos causados ao erário pelo agente público responsável pela conduta ímproba.

Em sede de recurso de apelação manejado pelo Estado de Sergipe em face da decisão de primeiro grau, o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe ratificou a decisão de planície ao entender a necessidade de autorização especial do Governador do Estado para atuação como essa dos Procuradores de Estado. Eis a ementa do decidido:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE – INTERPOSIÇÃO DA AÇÃO PELOS PROCURADORES DE CARREIRA – ART. 132 DA CF - NECESSIDADE DE RATIFICAÇÃO DA PETIÇÃO INICIAL PELO PROCURADOR GERAL E PELO GOVERNADOR – AUSÊNCIA DE AUTONOMIA FUNCIONAL PARA PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MANUTENÇÃO DA DECISÃO – DESPROVIMENTO DO APELO – UNANIMIDADE (Tribunal de Justiça do Estado

> de Sergipe, Apelação Cível nº 201400713028. Rel. Des. Roberto Eugênio da Fonseca Porto. Julgado em 09 de junho de 2015. DJe. 11/06/2015)

A fundamentação do desembargador relator, no seu voto, em síntese, reproduz os argumentos do Juiz de primeira instância, com alguns complementos, como a citação de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, ao nosso juízo, não se aplica ao caso vertente, por tratar de questões de fato e de direito distintas. Interposto recurso extraordinário do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, o qual foi inadmitido, resta pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal o Agravo em sede de recurso extraordinário.

A conclusão que se toma com o entendimento consubstanciado nas decisões *sub examine* é a de que todos os atos dos Procuradores da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios teriam de ser ratificados pelo Advogado Geral da União ou Presidente da República, Procuradores Gerais dos Estados e Distrito Federal ou Governadores Estaduais ou Distritais e Procuradores Gerais dos Municípios ou Prefeitos Municipais, respectivamente. Situação que não deve ocorrer, já que a Carta da República confiou aos advogados públicos a legitimidade para agir em nome dos Entes de que estiverem vinculados, com vistas à preservação do interesse público.

Ademais, nota-se que o referido entendimento restringe à atuação das pessoas jurídicas de direito público à discricionariedade do gestor ou do Procurador Geral do Estado, o que pode comprometer a defesa do interesse coletivo, tendo em vista que não é razoável possibilitar margens de escolha ao administrador ou ao Procurador Geral do Estado na defesa do interesse público, este sempre deve ser buscado em primeiro lugar.

6 ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO ESTADO (CELEBRAÇÃO DE TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA)

Razões várias são expostas pelos estudiosos do tema, no intuito de justificar a maciça atuação do Ministério Público como o legitimado ativo que mais se utiliza da ação civil pública na tutela dos interesses que ultrapassam a individualidade. Dentre os motivos expostos, destacam-se:

a) histórica: o Ministério Público assumiu tal papel,

> suprindo, de certa forma, a necessidade de atuação das associações; b) político-histórica: a sociedade brasileira sempre viu nas leis, especialmente durante a ditadura, o instrumento dos mais fortes, da elite detentora do poder (...); c) sociológica: o cidadão brasileiro não está inclinado a se associar, socorrendo-se ao Estado paternalista; d) econômica: algumas associações não têm dinheiro para contratar advogados capacitados e especializados na matéria para a propositura de ações de tamanho porte e complexidade; e) institucional: há dificuldade em se conciliar a atividade de organização, de associação, de política na defesa de interesses com o necessário aparato técnico-jurídico; f) legislativa: em três situações, o legislador da Lei da Ação Civil Pública, induziu a propositura da ação coletiva pelo Ministério Público: f.1) art. 6º - ao estabelecer que qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção; f.2) art. 7º - seguindo prescrição do art. 40 do CPP, juízes e tribunais deverão remeter peças ao Ministério Público, sempre que tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a instauração do inquérito civil ou a propositura da ação coletiva; f.3) art. 8º - embora a legitimação nativa seja concorrente e disjuntiva (plural), apenas o Ministério Público tem a faculdade de instaurar o inquérito civil, que tramitará sob a sua presidência, destinado à colheita de elementos para eventual propositura da ação civil pública. Original sem grifos (LENZA, 2008, p. 183-184).

Evidenciou-se acima a justificativa de ordem legislativa que coloca o *parquet* como a instituição pioneira na propositura de ação civil pública. Tal destaque é referente à atuação extrajudicial do Ministério Público, de modo que possibilita a este a colheita de elementos probatórios mínimos ensejadores da formação do convencimento acerca da necessidade/

conveniência na propositura da ação civil.

Sucede, entretanto, que tais prerrogativas de atuação extrajudicial devem ser aproveitadas e utilizadas pelos demais legitimados, notadamente às entidades públicas, no sentido de atuarem, quando possível, em conjunto ao Órgão Ministerial, fornecendo elementos probatórios e informações, para logo em seguida, a formação do litisconsórcio ativo entre tais entes e o próprio Ministério Público no ajuizamento da ação civil pública. A exclusividade de instauração do inquérito civil público pelo Ministério Público não deve ser óbice à atuação extrajudicial do Estado, enquanto colegitimado ativo à propositura da ação civil pública, ao contrário, deve ser um instrumento de atuação conjunta do *parquet* com as demais entidades.

A atividade extrajudicial do Estado em consórcio com o Ministério Público tende a subsidiar um acervo probatório mais robusto e que carreie ao procedimento administrativo (inquérito civil público) elementos essenciais à formação do convencimento do julgador após a judicialização de tal demanda. Neste contexto, a utilização do brocardo popular "a união faz a força" ilustra de maneira peculiar a proposta do presente trabalho, qual seja, a utilização das prerrogativas extrajudiciais conferidas legalmente ao Ministério Público pelos demais legitimados, sobretudo às entidades políticas, materializada no auxílio investigativo ao *parquet*, sempre que viável e possível para ambas as partes.

Pertinente esclarecer que não é proposta desse estudo a usurpação de prerrogativas conferidas ao Ministério Público, mas a utilização conjunta dessas, de modo a influenciar as investigações iniciadas de ofício pelo Órgão Ministerial ou mediante provocação de quem quer que seja. Desse modo, conclui-se que os mecanismos de atuação extrajudicial do Ministério Público não devem colocá-lo numa situação de superioridade em relação aos demais legitimados ativos à propositura de ações civis públicas, ao contrário, deve impulsionar todos os coautores no cumprimento de missão tão nobre conferida pela lei, materializada na defesa coletiva de direitos.

Importa revelar que mais uma constatação fática corrobora com a ineficiência do Estado no interesse à defesa dos direitos coletivos. Tal realidade é concretizada na formalização de termos de ajustamento de conduta. O art. 5º, § 6º da Lei 7.347/85 preceitua que *"Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de*

ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial", autorizando todos os órgãos públicos legitimados ao ajuizamento de ação civil pública a formalizarem ajustamento de conduta, no intuito de evitar a deflagração de um processo judicial e solucionar o litígio aparente.

Constata-se que mais uma vez o Ministério Público é o órgão pioneiro, ou quase o único, a utilizar de tal ferramenta na prática. Enquanto no âmbito do Estado de Sergipe, no período de 2012 a 2014, o Ministério Público Estadual formalizou o quantitativo de 325 (trezentos e vinte e cinco) TAC's[14], e o Ministério Público Federal[15], através da Procuradoria da República em Sergipe formalizou 20 (vinte) Termos de Ajustamento de Conduta, não se tem nenhuma notícia de que o Estado de Sergipe[16] tenha tido a iniciativa de formalização de apenas um termo de ajustamento. Ora, o descompromisso com a defesa dos interesses transindividuais pelas Entidades Políticas, a exemplo do Estado de Sergipe é realidade que se impõe, num total descompasso do que ordena a lei.

Frise-se ainda que o termo de ajustamento de conduta é dotado de eficácia de título executivo extrajudicial, o que materializa ainda mais sua eficácia e efetividade, visto que na hipótese de descumprimento, pode o ente que o formalizar ingressar diretamente com a execução do título, dispensando-se o longo processo de conhecimento e concretizando a efetividade prática do acordado entre as partes e não cumprido por uma delas.

A *contrario sensu* é possível a conclusão de que a ineficiência do Estado e das demais entidades legitimadas ao ajuizamento de ação civil pública não se deve a ausência de mecanismos legais para a atividade extrajudicial, pois a formalização de termos de ajustamento de conduta é prerrogativa extrajudicial dos órgão públicos, porém como visto, não utilizada por esses. *Mutatis mutandis*, mesmo que fosse conferida a possibilidade de instauração de inquérito civil público aos entes políticos, sua utilização seria diminuta. Assim sendo, constata-se ainda que a ineficiência do poder público no uso da ação civil pública é falta de prioridade institucional, fato muito lamentável no Estado Democrático de Direito atual.

THE PUBLIC POWER IN THE PURPOSE OF PUBLIC CIVIL ACTIONS: SPECIFICITIES OF THE STATE OF SERGIPE

ABSTRACT: A public civil action is the mechanism more often used to the collective interests' protection and as such, requires the use of many techniques and rules to achieve their goals. In the midst of these techniques, the State (legal person) is asked to decisively act to protect the collective interests through its active legitimacy to file public civil actions, aiming to protect metaindividual interests and reflexively, the protection of primary and secondary public interests. It happens that, although legally authorized, the State does not use this important mechanism entrusted by law frequently, so that the great value instrument to the community and the political entity itself interests ends up being underused. On the other hand, the collective state actions proved successful so far, revealing further need for effective use of all available legal mechanisms, in order to protect transcendent rights and, indirectly, the public entity state interests. On these considerations, the purpose of this paper arises, to propose an analysis and reflection on the State inaction in handling the public civil actions, approaching the reality of collective lawsuits in Brazil, and in the framework of the state of Sergipe.

KEYWORDS: Collective action. Public Civil Action. State. Legitimacy.

Notas

1 Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

2 O texto original da Lei n° 7.347/85 previa como objeto de proteção da ação civil pública o patrimônio público e social e demais interesses difusos e coletivos. Contudo, o veto presidencial expurgou da redação originária tais aspectos, o que veio a ser introduzido no ordenamento apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

3 STF, Pleno, RE 163.231/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 26.02.1997, v.u.; STJ, 4ª T., REsp 34155/MG, rel. Min, Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 14.10.1996, v.u., DJ 11.11.1996.

4 STJ, 1ª T., AG REsp 98286/SP, rel. Min. José Delgado, j. 15.12.1997, v.u., DJ 23.03.1998. (Há manifestações mais recentes no STJ em sentido contrário)

5 STJ, 3ª T., REsp 138.583/SC, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 06.09.1998, v.u., DJ 13.10.1998.

6 STJ, 5ª T., REsp 185.902/SP, rel. Min. Edson Vidgal, j. 30.06.1999, v.u., DJ 16.08.1999.

7 STJ, 4ª T, REsp 105.215/DF, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 24.06.1997, RDC 25/122.

8 STJ, 3ª T., REsp 58.682/MG, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 06.09.1996, v.u., DJ 16.12.1996.

9 Pleno, Adin 2797/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 15.09.2005, m.v., DJ 19.12.2006.

10 Resp. 1.243.887. Min. Luis Felipe Salomão.

11 3ª, 12ª e 18ª Varas Cíveis.

12 AÇÕES EM SEGREDO DE JUSTIÇA E AÇÕES EM QUE FIGURAM O MINISTÉRIO PÚBLICO

EM LITISCONSÓRCIO ATIVO COM OUTRAS ENTIDADES

13 Processo nº 201311201049, em trâmite na 12ª Vara Cível da Comarca de Aracaju/SE.

14 Informações colhidas no âmbito da Corregedoria Geral do Ministério Público do Estado de Sergipe.

15 Informações coletadas no âmbito da Procuradoria da República em Sergipe.

16 Informações coletadas no âmbito da Procuradoria Geral do Estado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009.

BORGES, Alice Gonzales. Supremacia do Interesse Público: reconstrução ou desconstrução? *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador/BA, nº 15, março. 2007. <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/Supremacia%20do%20Interesse%20P%C3%BAblico%20%20-%20Alice%20Gonzalez%20Borges.pdf>. Acesso em 04 out. 2014.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (de 16 de julho de 1934). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 29 de ago. de 2014.

_____. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em 29 de ago. 2014.

_____. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 01 nov. 2014.

_____. CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 29 de ago. de 2014.

_____. CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL (de 25 de março de 1824). Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em 24 de ago. 2014.

_____. LEI Nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/

leis/l5869compilada.htm>. Acesso em 01 nov. 2014.
_____. LEI N° 9.294, de 15 de julho de 1996. Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígeros, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4° do art. 220 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9294.htm>. Acesso em 01 nov. 2014.
_____. LEI Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a defesa do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 01 nov. 2014.
_____. LEI Nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347compilada.htm>. Acesso em 01 nov. 2014.
_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Processo n° 0006306-78.2004.4.05.8500 Justiça Federal em Sergipe. Disponível em: <http://consulta.jfse.jus.br/Consulta/resconsproc.asp >. Acesso em 01 nov. 2014.
_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ, 4ª T., REsp 34155/MG, rel. Min, Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 14.10.1996, v.u., DJ 11.11.1996. Disponível em <www.stj.jus.br>, acesso em 01 set. 2014.
_____. Superior Tribunal de Justiça. 1ª T., AG REsp 98286/SP, rel. Min. José Delgado, j. 15.12.1997, v.u., DJ 23.03.1998. Disponível em <www.stj.jus.br>, acesso em 01 set. 2014.
_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª T., REsp 138.583/SC, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 06.09.1998, v.u., DJ 13.10.1998. Disponível em <www.stj.jus.br>, acesso em 01 set. 2014.
_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 308486, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 02.09.2002. Disponível em <www.stj.jus.br>, acesso em 01 set. 2014.
_____. Superior Tribunal de Justiça. 5ª T., REsp 185.902/SP, rel. Min. Edson Vidgal, j. 30.06.1999, v.u., DJ 16.08.1999. Disponível em <www.stj.jus.br>, acesso em 01 set. 2014.
_____. Superior Tribunal de Justiça. 4ª T, REsp 105.215/DF, rel. Min.

Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 24.06.1997, RDC 25/122. 4ª T, REsp 105.215/DF, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 24.06.1997, RDC 25/122. Disponível em <www.stj.jus.br>, acesso em 01 set. 2014.
_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª T., REsp58.682/MG, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 06.09.1996, v.u., DJ 16.12.1996. Disponível em <www.stj.jus.br>, acesso em 01 set. 2014.
_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.243.887. Min. Luis Felipe Salomão, j. 19.10.2011. Disponível em <www.stj.jus.br>, acesso em 01 set. 2014.
_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1326477/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 6/9/2012, DJe 13/9/2012. Disponível em <www.stj.jus.br>, acesso em 01 set. 2014.
_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1182037/PR, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 7/2/2012, DJe 14/2/2012. Disponível em <www.stj.jus.br>, acesso em 01 set. 2014.
_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.243.386/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12.6.2012, DJe 26.6.2012. Disponível em <www.stj.jus.br>, acesso em 01 set. 2014.
_____. Supremo Tribunal Federal. RE 163231, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 26/02/1997, DJ 29-06-2001 PP-00055 EMENT VOL-02037-04 PP-00737. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em 13 nov. 2014.
_____. Supremo Tribunal Federal. RE 204200 (AgR), rel. Min. Carlos Velloso, DJ 08.11.2002. Disponível em <www.stf.jus.br>, acesso em 01 set. 2014.
_____. Supremo Tribunal Federal. Rcl. 1733-SP: Medida Cautelar, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24 de novembro de 2000. Disponível em <www.stf.jus.br>, acesso em 01 set. 2014.
_____. Supremo Tribunal Federal. ADI3510/DF- DISTRITO FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator(a):Min. AYRES BRITTO. Julgamento: 29/05/2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 05 de set. de 2014.
_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54/DF – DISTRITO

FEDERAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 12/04/2012. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 05 de set. de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ – RIO DE JANEIRO. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. Relator(a): Min. AYRES BRITTO. Julgamento: 05/05/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 05 de set. de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. MI670/ES – ESPÍRITO SANTO. MANDADO DE INJUNÇÃO. Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA. Relator(a) p/ acórdão: Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 25/10/2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 05 de set. de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF, Pleno, RE 163.231/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 26.02.1997, v.u. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 05 de set. de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pleno, Adin 2797/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 15.09.2005, m.v., DJ 19.12.2006. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 05 de set. de 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil:* direito processual coletivo e direito processual público. Vol. 2, tomo III. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil:* teoria geral do direito processual civil. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Susana Henrique da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa.* São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade*: Teoria e Prática. 6. ed. Salvador: Editora JusPodivim. 2012.

_____. *Curso de Direito Constitucional.* 7. ed. Salvador: Editora JusPodivim. 2013. p. 502-504.

DESTEFENNI, Marcos. *Manual de Processo Civil Individual e Coletivo.* São Paulo: Saraiva. 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico Universitário.* São Paulo: Saraiva, 2010.
GRINOVER. Ada Pelegrini; WATANABE. Kazuo; MULLENIX. Linda. *Os processos coletivos nos países civil law e common law*: uma análise de direito comparado. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.
LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública.* 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.
MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.
_____. *Interesses difusos*: conceito e legitimação para agir. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.
MAZZEI, Rodrigo. Mandado de Injunção. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.) *Ações Constitucionais.* Salvador: Jus Podvim. 2011.
MILARÉ, Edis (Coord.). *A ação civil pública após 25 anos.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.
NERY JÚNIOR, Nelson. *O Ministério Público e sua legitimação para a defesa do consumidor em juízo. Justitia,* vol. 160, out.-dez. 1992.
NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil.* Vol. Único. 5. Ed. 2013. Ed. Método.
PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. Vol. 1: teoria geral do processo. 4. Ed. São Paulo: Saraiva. 2012.
ROCHA, Luciano Velasque. *Ações coletivas*: o problema da legitimidade para agir. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação Civil Pública. In: DIDIER JR. Fredie (Coord.) *Ações Constitucionais.* Salvador: Jus Podvim. 2011.
SERGIPE. Lei Complementar n° 27 de 02 de agosto de 1996. Disponível em: <http://www.al.se.gov.br/Detalhe_Lei_comp.asp?Numerolei=20>. Acesso em 01 nov. 2014.
_____. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. *Decisão de tutela antecipada do processo n° 200411800005.* Disponível em: <http://www.tjse.jus.br/tjnet/consultas/internet/respnumprocesso.wsp?tmp.npro=200411800005&tmp.cp=N&tmp.origem=>. Acesso em 25 out. 2014.
_____. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. *Processo n° 200611800502.* Disponível em: <http://www.tjse.jus.br/portal/

consultas/consulta-processual >. Acesso em 01 nov. 2014.
_____. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. *Processo n° 200700205949*. Disponível em: < http://www.tjse.jus.br/tjnet/consultas/internet/respnumprocesso.wsp?TMP_NPRO=200700205949&tmp.cp=N&tmp.origem=>. Acesso em 01 nov. 2014.
_____. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. *Sentença do processo n° 201311201049*. Disponível em <http://www.tjse.jus.br/pgrau/consultas/exibirIntegra.wsp?tmp.numProcesso=201311201049&tmp.dtMovimento=20140404&tmp.seqMovimento=1&tmp.codMovimento=371&tmp.tipoIntegra=2>. Acesso em 19 out. 2014.
STARLING, Marco Paulo Cardoso; OLIVEIRA, Júnia Barroso. *Ação Civil Pública*: o direito e o Processo na interpretação dos tribunais superiores. Belo Horizonte: Del Rey. 2001
VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007.
ZAVASCKI. Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista de Informação Legislativa, v. 32, n. 127, p. 83-96.*
_____. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

Pintor, gravador, ilustrador e desenhista, Leonardo Fontes de Alencar nasceu no dia 07 de abril de 1940, na cidade de Estância/SE, e faleceu em Aracaju/SE, no dia 1º de outubro de 2016. Desde criança, Leonardo Alencar já mantinha intimidade com o universo artístico através das muitas leituras que fazia de revistas em quadrinhos. 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 décadas de 60, 80, 90; e, nos anos de 2001, 2002, 2003 e 2004; em Salvador, nas décadas 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