

REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

Volume 7 - nº 1 - Tomo III (J/N) - jan.-jun. 2015



Elaborado no 1º Semestre 2015



REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

Volume 7 - nº 1 - Tomo III (J/N) - jan.-jun. 2015



Elaborado no 1º Semestre 2015



© 2016 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS é uma revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Revista de artigos científicos dos alunos da EMERJ/Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. – v. 1, n. 1, 2009- . – Rio de Janeiro: EMERJ, 2009- . - v.

Semestral

ISSN 2179-8575

1. Direito – Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ

Rua Dom Manuel 25 - Centro - Telefone: (21) 3133-3400

20.010-090 - Rio de Janeiro - RJ

www.emerj.tjrj.jus.br

EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

➔ Revista de Artigos Científicos dos alunos da EMERJ

1º Semestre de 2015

CONSELHO EDITORIAL

DIRETOR-GERAL

Desembargador Caetano Ernesto da Fonseca Costa

SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO

Rosângela Pereira Nunes Maldonado de Carvalho

Diretor do Departamento de Ensino (DENSE)

José Renato Teixeira Videira

DENSE/Serviço de Monografia

DENSE/DIBIB - Divisão de Biblioteca

DETEC - Departamento de Tecnologia de Informação e Comunicação

CONSELHO AVALIATIVO

- Néli Luiza Cavalieri Fetzner
- Nelson Carlos Tavares Junior.



Janaina Leite Pieri

A APLICAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA ORDEM JURÍDICA INTERNA 845

Jessica Fernandes Rosina

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E A POSSIBILIDADE DA USUCAPIÃO DE BEM PÚBLICO 867

João Ricardo Fonseca e Lima

CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA: A VIABILIDADE DO MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 4733/DF 881

Juliana Albuquerque Mendes de Moraes

A NOVA DETRAÇÃO NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA 898

Juliana Menescal da Silva Ziehe

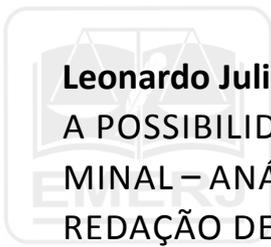
O MANDADO DE INJUNÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS..... 911

Kathlen Caroline Alves de Lima

ADOÇÃO INTERNACIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO 932

Larissa Polido Nassar Gonçalves

PAPAI OU MAMÃE – UMA ESCOLHA DE SOFIA? A ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO..... 951



Leonardo Julião Bernardino

A POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE VALOR INDENIZATÓRIO MÍNIMO PELO JUÍZO CRIMINAL – ANÁLISE DO INCISO IV DO ART. 387 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, COM REDAÇÃO DETERMINADA PELA LEI N. 11.719/2008 976

Leonardo Matoso Ribeiro Gomes Brandão

QUERELA NULLITATIS NAS AÇÕES QUE POSSUEM LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO COM FALTA DE CITAÇÃO DE UM DOS LITISCONSORTES NOS CASOS EM QUE ENVOLVAM DIREITOS REAIS IMOBILIÁRIOS..... 993

Leonardo Vianna Mathias Netto

A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E OS REFLEXOS E EFEITOS DE SUAS DECISÕES NO BRASIL..... 1009

Lívia Corrêa Batista Guimarães

O USO DA PROVA ILÍCITA NO CAMPO DO DIREITO DE FAMÍLIA..... 1023

Liz Pierina Martínez Pajaro

MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: INSTRUMENTO FACILITADOR DO ACESSO À JUSTIÇA E EFICAZ AUXILIAR DO PODER JUDICIÁRIO..... 1036

Lucileide Lino Peixoto Ruiz

EC/75-IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DOS CD'S E DVD'S- REVITALIZAÇÃO E RESGATE DO MERCADO..... 1053

Luis Fernando Guerrero Ligiero

CERTIDÃO DE NASCIMENTO: ESPELHO BIOLÓGICO OU ESPELHO SÓCIO AFETIVO?1066

Luis Otávio Fontes Cunha

A SOBRECARGA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO COMO SINAL DE UMA DEMOCRACIA ILUSÓRIA..... 1087

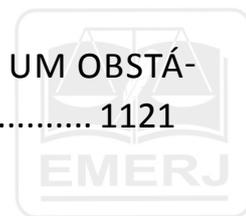
Luiz Filipe Pimentel

A APLICAÇÃO DE PRECEDENTES COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL, E AS FERRAMENTAS DE DELIMITAÇÃO DO COMMOW LAW (OVERRULING E DISTINGUISHING) 1104

Marcelo de Oliveira Botelho

O ESTADO INEFICIENTE EM JUÍZO: A (IM)POSSIBILIDADE DE COMPOSIÇÃO DE LITÍ-

GIOS SEM O ESGOTAMENTO INCONSCIENTE DAS VIAS JUDICIAIS COMO UM OBSTÁCULO À EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA..... 1121



Márcia Machado Corrêa Schulz e Silva

REGISTRO CIVIL DO NOME DE MÃE FICTÍCIA 1137

Marcos Rodrigo Silva Santos

A CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS RACIAIS 1154

Maria Clara Freitas Ferreira Moreira

A EFICÁCIA DA RESSOCIALIZAÇÃO JUVENIL ATRAVÉS DA EXECUÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO 1171

Mariana Almeida Picanço de Miranda

ALYNE PIMENTEL VERSUS BRASIL E O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA: UM ESTUDO DE CASO 1189

Maria Paula Castro de Almeida

A EVOLUÇÃO NO COMBATE AOS CRIMES VIRTUAIS 1207

Maria Rita Ferreira do Nascimento

RECONHECIMENTO POST MORTEM DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA 1223

Marília Pires Vieira

A POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA BASE PARA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL COM A INCIDÊNCIA DAS CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES..... 1237

Mateus Reis Queiroz

O DIREITO AO ESQUECIMENTO – ANÁLISE CRÍTICA DIANTE DO CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS MEIOS DE EFETIVIDADE DAS MEDIDAS JUDICIAIS1252

Matthew Riddell Millar Júnior

EFICÁCIA VINCULANTE DOS PRECEDENTES E TÉCNICAS DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS..... 1271

Monica Machado da Silva

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO PARA DOENÇAS GRAVES, SOB A PERSPECTIVA DE DECISÕES RECENTES DO STF 1290

Monica Normando

A REDUÇÃO DA MAIORIDADE E CONSEQUÊNCIAS. 1307

Monique Torres dos Santos

UM ESTUDO DAS TESES ACERCA DA ADOÇÃO OU NÃO DAS CRIANÇAS EM SITUAÇÃO DE RISCO CAUSADA POR PAIS BIOLÓGICOS - UM ENSAIO CRÍTICO 1333

NatalieRodriguesMartinsRosadaSilva

O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS EM RELAÇÃO AOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS – O CASO DA AÇÃO PENAL 470: PROCESSO DO MENSALÃO..... 1350

Natasha Bruna Moura de Carvalho

JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. 1366

Nick Simonek Maluf Cavalcante

DA INAPLICABILIDADE DO CRÉDITO ORIUNDO DE CESSÃO FIDUCIÁRIA NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL – LEI 11.101/2005..... 1384

A APLICAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA ORDEM JURÍDICA INTERNA

Janaina Leite Pieri

Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: A Audiência de Custódia tem previsão na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos ratificados pelo Brasil e integrados ao ordenamento jurídico interno por meio dos Decretos 678/92 e 592/92, respectivamente. A norma estabelece a garantia a todas as pessoas que sejam presas a serem conduzidas sem demora à autoridade competente. Tal instrumento tem importante papel na prevalência dos direitos humanos já que tem por finalidade promover o direito à ampla defesa, à integridade psicofísica e verificar a ilegalidade ou necessidade da decretação da prisão provisória. Até o presente momento, poucos estados brasileiros efetivaram a audiência de custódia, como o Estado de São Paulo, cujo projeto piloto fora inaugurado em fevereiro de 2015. A norma convencional tem aplicabilidade plena e imediata, razão pela qual deve ser cumprida. A inércia do Estado em cumpri-la, além das violações aos direitos humanos, acarreta encarceramento desnecessário e superlotação do sistema prisional.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Direito Processual Penal. Audiência de Custódia. Convenção Americana de Direitos Humanos. Projeto de Lei 554/2011.

Sumário: Introdução. 1. Tratados Internacionais de Direitos Humanos e sua aplicação interna. 2. Considerações acerca do instituto da Audiência de Custódia 3. Aplicação da Audiência de Custódia no Brasil. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a analisar a necessidade da implantação da audiência de custódia a fim de garantir a integridade psicofísica das pessoas presas provisoriamente, bem como os possíveis impedimentos para a realização de tal medida.

Há grande discussão sobre a implantação da audiência de custódia no cenário jurídico brasileiro, em razão da existência de normas internacionais ratificadas pelo Estado Brasileiro há mais de vinte anos sem o devido cumprimento. Por esta razão, o Conselho Nacional de Justiça iniciou um movimento intitulado “Projeto Audiência de Custódia” para sua realização nos estados brasileiros.

O objetivo do presente trabalho é demonstrar a necessidade de concretização da audiência de custódia para a efetivação dos Direitos Humanos em razão das arbitrariedades e

ilegalidades que ocorrem hoje quando das prisões em flagrante, bem como garantir a dignidade e ampla defesa aos presos provisórios.

Como adotar a audiência de custódia diante da complexidade do sistema criminal no Brasil?

Como demonstrar a utilidade da audiência de custódia para garantir a integridade psicofísica do preso bem como evitar prisões ilegais?

A audiência de custódia reduz o encarceramento no sistema brasileiro em razão da diminuição das prisões ilegais?

A vulnerabilidade do preso provisório diante do Estado, quando da sua captura, pode ser minimizada com a oportunidade, ou melhor, com a observância ao seu direito, de ser conduzido à autoridade judiciária para a verificação da prisão em flagrante. O cumprimento dessa previsão convencional pode evitar, consideravelmente, o aumento desproporcional e a manutenção de prisões provisórias ilegais ou desnecessárias.

Além disso, o presente trabalho visa a lembrar que os tratados internacionais de direitos humanos têm aplicação plena e imediata na ordem jurídica interna, o que significa dizer que não necessitam de lei interna determinando tal cumprimento, pois, se assim fosse, estar-se-ia negando-lhes vigência.

Afirma-se que a audiência de custódia é uma forma de efetivação da garantia de integridade psicofísica do preso provisório e do direito à ampla defesa.

Por fim, na conclusão do trabalho, demonstra-se, na prática, a importância da implantação da audiência de custódia antes discutida apenas na teoria.

Apresenta-se, ainda, o fato de que a implantação da audiência de custódia nos poucos estados que já conseguiram concretizar tal projeto reduziu consideravelmente o encarceramento ilegal ou desnecessário, como ocorreu, por exemplo, no projeto piloto realizado no Estado de São Paulo.

1. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E SUA APLICAÇÃO NA ORDEM INTERNA

Há, atualmente, três sistemas jurídicos regionais de proteção de direitos humanos: o interamericano, o europeu e o africano, cada qual com sua base jurídica própria, ou seja, o interamericano com a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969; o europeu com a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950 e, por fim, o africano com a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos de 1981.

Conforme explica Flavia Piovesan¹:

Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas, ao revés são complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos no plano internacional. Diante desse universo de instrumentos internacionais, cabe ao indivíduo que sofreu violação de direito escolher o aparato mais favorável, tendo em vista que, eventualmente, direitos idênticos são tutelados por dois ou mais instrumentos de alcance global ou regional, ou ainda, de alcance geral ou especial. Vale dizer, os diversos instrumentos de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos.

Assim, a Convenção Americana dos Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, consiste no maior instrumento do sistema interamericano de direitos humanos.

Tal instrumento fora assinado em 1969, em São José, na Costa Rica com proteção e respeito especialmente aos Direitos Civis e Políticos, de forma bastante semelhante ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU.

Ainda conforme ensina Flávia Piovesan²:

Substancialmente, ela reconhece e assegura um catálogo de direitos civis e políticos similar ao previsto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Desse universo de direitos, destacam-se: o direito à personalidade jurídica, o direito à vida, o direito de não ser submetido à escravidão, o direito à liberdade, o direito a algum julgamento justo, o direito à compensação em caso de erro judiciário, o direito à

¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva 2012, p. 322

² Ibid, p. 367.



privacidade, o direito à liberdade de consciência e religião, direito à liberdade de pensamento e expressão, o direito à resposta, o direito à liberdade de associação, o direito ao nome, o direito à nacionalidade, o direito à liberdade de movimento e residência, o direito de participar do governo, o direito à igualdade perante a lei e o direito à proteção judicial.

Como se vê, a Convenção Americana traduz grande avanço no sistema de proteção e garantias dos direitos humanos no âmbito regional interamericano.

Assim, é importar destacar que os Estados Partes, que ratificaram a Convenção Americana, não tem somente a obrigação de respeitar os direitos ali descritos, como também possuem o dever de garantir seu livre e pleno exercício, conforme dispõe o Art. 1º da Convenção³.

Quanto aos deveres dos Estados, observa-se que a referida Convenção determina, ainda, que os Estados Partes devem adotar as normas da Convenção no direito interno, conforme dispõe o art. 2º da Convenção.

Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno
Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Assim, conforme se verifica pelo artigo acima mencionado, os Estados membros, ao ratificarem o tratado, tem o dever de adotar no âmbito interno medidas legislativas ou de outra natureza capazes de efetivar os direitos e liberdades assegurados no referido tratado.

Cumprе ressaltar que somente Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) tem direito a assinar e ratificar a Convenção, cuja vigência ocorre a partir da data do depósito do instrumento de ratificação possuindo, a partir desse momento, plena eficácia normativa. Assim, a Convenção Americana entrou em vigor quando o 11º

³BRASIL. Convenção Americana de Direitos Humanos. Decreto 678/92. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em 27 abril 2015.

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

instrumento de ratificação fora depositado, ou seja, em julho de 1978, já que esse foi o número exigido para início da sua vigência.

O Estado Brasileiro ratificou a Convenção Americana em 25 de setembro de 1992 e a promulgou na ordem interna por meio do Decreto Presidencial 678, de 6 de novembro de 1992.

A aplicação dos tratados internacionais no direito brasileiro sofreu transformação em razão da Emenda Constitucional 45/2004 que acrescentou o parágrafo 3º ao artigo 5º da CRFB/88⁴ da seguinte maneira: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Assim, por meio de tal disposição, os tratados internacionais de direitos humanos aprovados conforme o procedimento descrito no referido artigo terão a mesma natureza das emendas constitucionais.

Quanto à incorporação do tratado internacional à ordem jurídica interna, o Supremo Tribunal Federal⁵ entende que os tratados somente são incorporados à ordem jurídica interna após sua promulgação por meio de decreto do Presidente da República.

Assim, a incorporação de um tratado configura-se como ato complexo, já que depende da ocorrência de vários atos, quais sejam: (i) assinatura do tratado, conforme art. 84, VIII da CRFB, de atribuição do Presidente da República; (ii) aprovação pelo Congresso Nacional, conforme art. 49, I da CRFB/88, por meio de Decreto Legislativo; (iii) ratificação e depósito do tratado, de atribuição do Presidente da República e, por fim, (iv) promulgação na ordem interna, por decreto executivo do Presidente da República.

⁴BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 27 abril 2015.

⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 466343-1. São Paulo. Relator: Ministro Cezar Peluso, Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em 24 abril 2015.



Há controvérsia entre a doutrina e a jurisprudência sobre a necessidade da promulgação na ordem interna para aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos, conforme explicado abaixo.

A doutrina da professora Flávia Piovesan entende que os tratados internacionais de direitos humanos já teriam força normativa no âmbito interno a partir da ratificação e depósito ao afirmar que “torna-se possível a invocação imediata de tratados e convenções de direitos humanos, dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição de ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais”⁶.

Já o Supremo Tribunal Federal entende que os tratados internacionais de direitos humanos dependem de promulgação, por meio de decreto executivo⁷, para que tenham vigência no ordenamento jurídico interno.

No que concerne ao *status* normativo dos tratados de direitos humanos na ordem interna, não há divergência quanto ao aspecto material, já que os tratados internacionais de direitos humanos que seguem o rito previsto no art. 5º, § 3º, da CRFB/88, possuem natureza constitucional.

Por sua vez, os tratados de direitos humanos que não obedecem ao procedimento previsto no art. 5º, parágrafo 3º da CFRB, incluído pela Emenda 45/04, tem, segundo entendeu o STF, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 466343-1 SP⁸, natureza *supra legal*.

Assim, a natureza *supra legal* dos tratados internacionais de direitos humanos atingem todos aqueles que não seguiram o procedimento equivalente ao das emendas constitucionais, antes ou depois da Emenda Constitucional 45/04.

⁶ PIOVESAN, op. cit., p. 146.

⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 466343-1. São Paulo. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em 24 abril 2015.

⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 466343-1. São Paulo. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em 24 abril 2015.

De qualquer forma, o importante é ressaltar que tanto a Convenção Americana de Direitos Humanos como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, já integralizados por meio dos respectivos decretos, tem aplicabilidade imediata na ordem interna razão pela qual não podem os estados da Federação continuarem a descumprir tais postulados de forma patente há mais de vinte anos, em clara demonstração de violação aos direitos humanos.

2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO INSTITUTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A audiência de custódia, também chamada de audiência de garantias, tem previsão normativa no Pacto de São Jose da Costa Rica, bem como no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

O Pacto de São José da Costa Rica dispõe em seu artigo 7^o, em especial no item 7.5 do referido artigo, que toda pessoa presa, detida ou retida, deve ser conduzida, sem demora, à autoridade, conforme transcrição abaixo:

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

(...)

5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

[...].

Já o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos dispõe em seu artigo 9^o, em especial no item 9.3 sobre a audiência de custódia:

ARTIGO 9

(...)

3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias

⁹ BRASIL. Convenção Americana de Direitos Humanos. Decreto 678/92. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em 27 abril 2015.

¹⁰ BRASIL, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Decreto 592/1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em 16 mar. 2015.

que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.
[..].

Como pode ser observado pelas transcrições acima, tais diplomas normativos, que tem plena eficácia no Brasil e, ao menos, natureza supralegal (conforme entendeu o STF no RE 4666343-1 SP), preveem a chamada audiência de custódia. E justamente com base nestas normas, que, por meio de iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, os estados brasileiros começaram a se movimentar para que seja cumprida na ordem interna.

A audiência de custódia consiste no direito de todo cidadão preso ser encaminhado, sem demora, à autoridade judiciária para a análise de sua integridade física bem como da legalidade e necessidade da prisão.

Além da grande preocupação com a prevalência dos direitos humanos, há grande interesse nesta audiência como forma de diminuir o encarceramento em massa no país, uma vez que 40% da população carcerária são de presos provisórios¹¹.

Segundo entende Aury Lopes Junior e Caio Paiva¹²:

São as vantagens da implementação da audiência de custódia no Brasil, a começar pela mais básica: ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Confia-se, também, à audiência de custódia a importante missão de reduzir o encarceramento em massa no país, porquanto através dela se promove um encontro do juiz com o preso, superando-se, desta forma, a “fronteira do papel” estabelecida no art. 306, § 1º, do CPP, que se satisfaz com o mero envio do auto de prisão em flagrante para o magistrado.

Em diversos precedentes, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem ressaltado que o controle judicial imediato assegurado pela audiência de custódia consiste num meio idôneo para evitar prisões arbitrárias e ilegais, já que no Estado de Direito corresponde ao julgador “garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção quando seja estritamente necessário, e procurar, em geral, que se trate o cidadão da maneira coerente com a presunção de inocência”. Já decidiu a Corte IDH, também, que a audiência de custódia é – igualmente – essencial “para a proteção do direito à liberdade pessoal e para outorgar proteção a outros direitos, como a vida e a integridade física”, advertindo estar em jogo, ainda, “tanto a liberdade física dos indivíduos como a segurança pessoal, num contexto em que a ausência de garantias pode resultar na subversão da regra de direito e na privação aos detidos das formas mínimas de proteção legal.

¹¹ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em <<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/79006-cnj-e-mj-assinam-acordos-para-combater-o-encarceramento-provisorio>>. Acesso em: 24 abril 2015.

¹² LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. *Revista das Liberdades*, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 7, setembro/dezembro de 2014, p.16.

A ideia é justamente conduzir o preso ao juiz de forma que este verifique a necessidade e legalidade da prisão, bem como a integridade física do preso com a presença de seu defensor e do Ministério Público sem demora, como afirmam os Tratados Internacionais.

Atualmente, o juiz deve ser comunicado da prisão em até 24 horas, conforme dispõe o art. 306, parágrafo 1º do Código de Processo Penal¹³. No entanto, trata-se de uma comunicação fria, distante, por meio de um simples papel, sem tratar o preso como sujeito de direitos, que tem o direito de ser ouvido pela autoridade judiciária, principalmente na hipótese de uma prisão que é a maior restrição de sua liberdade.

Deve-se alertar que a medida a ser adotada, não pode ser utilizada tão somente como uma simples regra procedimental de fachada, com o intuito de camuflar a realidade sob o fundamento de estar o Brasil cumprindo os tratados internacionais de Direitos Humanos.

Não é esse o espírito da norma. A medida visa a sacramentar o direito já garantido nos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, por meio de uma mudança cultural, de forma a assegurar efetivamente o direito à ampla defesa e ao contraditório àquele acusado por agentes estatais pela prática de determinado crime, bem como sua dignidade, em atenção aos postulados da prevalência dos direitos humanos e ao princípio da presunção de inocência.

Isso porque o acusado, ao ser capturado por agentes estatais, encontra-se em situação de imensa vulnerabilidade, inclusive diante da força do depoimento dos policiais que possuem presunção de veracidade. O Estado, diante de seu aparato estrutural, situa-se em posição de vantagem frente ao acusado, de forma que a realização da audiência de custódia tem o condão

¹³ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 24 abril 2015.

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.

de, ao menos, tentar minimizar tal desvantagem ao possibilitar à análise pelo juiz, frente a frente ao indivíduo, de sua condição física e dos requisitos necessários para decretação da prisão preventiva.

O presente trabalho não defende a tese de que todas as prisões no Brasil são ilegais, desmerecendo o trabalho realizado pelas polícias, nem de que todos os presos são pessoas “do bem” e sempre inocentes. Não é isso! A questão é garantir a todos indivíduos – que até o trânsito em julgado de sentença condenatória são inocentes-, o direito de serem tratados com dignidade e isonomia, ainda que sejam condenados posteriormente. Além disso, que possam exercer, quando de sua prisão, o direito à ampla defesa e ao contraditório de forma efetiva, perante autoridade judiciária competente, diante de medida tão extrema como a prisão.

3. APLICAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL

A previsão normativa da Audiência de Custódia já fora ratificada pelo Brasil desde 1992 quando houve a promulgação do Decreto 678/92 e do Decreto 592/92.

Ocorre que, até a presente data, tal garantia não fora adotada pelos estados brasileiros, mas, pelo menos, por meio de projeto de parceria do Conselho Nacional de Justiça e Ministério da Justiça começam a ocorrer estudos e reuniões para sua adoção nos Estados.

É claro que o Poder Judiciário juntamente com os demais órgãos responsáveis, seja do Poder Executivo, seja do Poder Legislativo¹⁴, devem se organizar para verificar a melhor maneira de viabilizar o exercício de tal direito; o que não se aceita sua é inaplicabilidade sob o fundamento de impossibilidade prática, falta de estrutura e verba, e descumprirem, de forma irresponsável, norma convencional sem qualquer consequência para o Poder Público.

¹⁴ RIO DE JANEIRO, ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Disponível em <http://www.alerj.rj.gov.br/escolha_legenda.asp?codigo=48741>. Acesso em 28 abril 2015.

Os indivíduos, que são parte vulnerável e fraca nesta relação, não podem ser prejudicados nem privados de direitos e garantias fundamentais por falta de organização e vontade política estatal.

Como forma de destruir esta inércia, advêm os movimentos realizados pelo Conselho Nacional de Justiça e Ministério da Justiça no sentido de diligenciar a efetivação da audiência de custódia nos estados.

O projeto-piloto para a implantação da Audiência de Custódia ocorreu no Estado de São Paulo por meio do Provimento Conjunto n.03/2015¹⁵ da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria Geral de Justiça, conforme trecho abaixo:

[...]

Art. 1º Determinar, em cumprimento ao disposto no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (pacto de San Jose da Costa Rica), a apresentação de pessoa detida em flagrante delito, até 24 horas após a sua prisão, para participar de audiência de custódia.

(...)

Art. 3º A autoridade policial providenciará a apresentação da pessoa detida, até 24 horas após a sua prisão, ao juiz competente, para participar da audiência de custódia.

§ 1º O auto de prisão em flagrante será encaminhado na forma do artigo 306, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, juntamente com a pessoa detida.

§ 2º Fica dispensada a apresentação do preso, na forma do parágrafo 1º, quando circunstâncias pessoais, descritas pela autoridade policial no auto de prisão em flagrante, assim justificarem.

(...)

Art. 5º O autuado, antes da audiência de custódia, terá contato prévio e por tempo razoável com seu advogado ou com Defensor Público.

(...)

Registre-se. Publique-se por três dias alternados. Cumpra-se.

São Paulo, 22 de janeiro de 2015.

O Estado de São Paulo por meio do provimento acima exposto determina a realização da audiência de custódia, perante autoridade judiciária, no prazo de 24 horas da captura. Trata-se do primeiro instrumento normativo que visa a dar efetividade à norma supralegal disposta na Convenção Americana dos Direitos Humanos.

O projeto-piloto realizado em São Paulo é relevante para todos os demais estados da Federação, justamente por tentar oportunizar instrumentos a fim de afastar os supostos empecilhos fáticos que afastam a efetivação da audiência de custódia.

¹⁵ BRASIL, Provimento Conjunto da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria Geral de Justiça n. 03/2015, São Paulo, *Diário de Justiça Eletrônico*, Cad. I, Adm. de 27.01.2015. p. 1 e 2. Acesso em 16 mar.2015.



Merece destaque, ainda, o art. 6º, § 1º¹⁶, do Provimento Conjunto 3/2015 que dispõe expressamente sobre a impossibilidade de adiantar a instrução probatória do eventual processo de conhecimento. Trata-se de medida destinada a verificar a presença dos requisitos para a decretação da prisão cautelar, a legalidade da prisão captura e a integridade psicofísica do preso.

Conforme notícias¹⁷ do Conselho Nacional de Justiça, os estados do Maranhão, Tocantins, Espírito Santo, Mato Grosso, Paraíba, Paraná, Amazonas, Minas Gerais, Ceará e Piauí, já se mobilizaram para a instituição de comissões para a implantação de tal projeto nos respectivos estados.

Há, ainda, importante posição do Ministério Público Federal que se manifestou de forma favorável à audiência de custódia por meio de nota técnica¹⁸.

É importante apontar que o indivíduo, quando preso por representantes do Estado, já está em situação de desigualdade frente ao aparato da máquina estatal para a apuração e eventual acusação dos fatos. Trata-se de desigualdade latente. A realização da audiência de custódia não tem o condão de igualar às partes, mas pode diminuir, ainda que pouco, tamanha desigualdade ao possibilitar ao preso ser ouvido diretamente pelo juiz, quando da ocorrência da prisão.

¹⁶ BRASIL, Provimento Conjunto da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria Geral de Justiça n. 03/2015, São Paulo, *Diário de Justiça Eletrônico*, Cad. I, Adm. de 27.01.2015. p. 1 e 2. Acesso em 16 mar.2015 Art. 6º Na audiência de custódia, o juiz competente informará o autuado da sua possibilidade de não responder perguntas que lhe forem feitas, e o entrevistará sobre sua qualificação, condições pessoais, tais como estado civil, grau de alfabetização, meios de vida ou profissão, local da residência, lugar onde exerce sua atividade, e, ainda, sobre as circunstâncias objetivas da sua prisão.

§ 1º Não serão feitas ou admitidas perguntas que antecipem instrução própria de eventual processo de conhecimento.

§ 2º Após a entrevista do autuado, o juiz ouvirá o Ministério Público que poderá se manifestar pelo relaxamento da prisão em flagrante, sua conversão em prisão preventiva, pela concessão de liberdade provisória com imposição, se for o caso, das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

¹⁷BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, Disponível em <http://cnj.jus.br/busca?termo=audi%C3%A2ncia+de+cust%C3%B3dia>. Acesso em 24 abril 2015.

¹⁸ BRASIL, MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, Nota Técnica sobre Audiência de Custódia, Disponível em: http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_criminal/mpf-emite-nota-tecnica-favoravel-a-audiencia-de-custodia-1. Acesso em 24 abril 2015.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ainda não editou ato normativo capaz de dar efetividade a tal norma, mas, segundo afirmado pela juíza auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça Maria Tereza Donatti, no Fórum Permanente de Especialização e Atualização nas Áreas do Direito e Processo Penal realizada na EMERJ¹⁹ cujo tema fora Audiência de Custódia, estão sendo estudadas formas para o seu cumprimento no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, informando, ainda, a criação de uma Comissão de Assuntos Criminais, a fim de oportunizar o cumprimento de tal norma.

Na conferência acima mencionada, o Desembargador Nildson Araujo da Cruz afirmou que “devemos evitar o retrocesso; o pacto de São José da Costa Rica foi um avanço, e não podemos retroceder e ficar paralisados por questões de dificuldades de infraestrutura. Precisamos ter coragem de afirmar as normas garantidoras dos direitos das pessoas”.

Já o Desembargador Luiz Noronha Dantas afirmou que “a questão que se situa não é se existe ou pode existir audiência de custódia e como ela vai se estabelecer, até porque não é possível negar a vigência de normas que tendo sido entronizadas pelos decretos próprios presidenciais já se encontram, dessa forma, em vigência há mais de 20 anos”.

Ressalta-se que o Desembargador Luiz Noronha fora o relator do Habeas Corpus de n. 0064910-46.2014.8.19.0000²⁰ que determinara a expedição de alvará de soltura aos réus por violação ao Pacto de São José da Costa Rica, diante da não realização da audiência de Custódia, conforme trecho da ementa abaixo:

[...]

Ora, o descumprimento de um primado afeto à garantia dos direitos humanos, contido em acordo internacional e cujo teor foi ratificado pelo Brasil, repise-se, ostenta hierarquia equivalente àquela concernente aos princípios constitucionais, parecendo incabível ingenuidade crer-se que o seu descumprimento restará impune e sem gerar consequências processuais imediatas. Por último, mas não menos importante, cabe descartar o argumento final e metajurídico, sustentado pelo primitivo Juízo, a partir do qual, considerou que a realização deste imprescindível

¹⁹ FÓRUM PERMANENTE DE ESPECIALIZAÇÃO E ATUALIZAÇÃO NAS ÁREAS DO DIREITO E PROCESSO PENAL, EMERJ, 2015, *Audiência de Custódia*, 23 de março de 2015, EMERJ, auditório Desembargador Nelson Ribeiro Alves.

²⁰ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. HC n. 0064910-46.2014.8.19.000. Relator: Desembargador Luiz Noronha. Disponível em <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201405910933>>. Acesso em 24 abril 2015.



ato não "se coaduna com a realidade, eis que absolutamente inviável a realização da audiência imediatamente após a prisão de cada réu" (???!!!). Este, *permissa venia*, é o absurdo dos absurdos!!! Isto porque não só não pode um Magistrado deixar de aplicar uma norma de status constitucional porque não tem meios materiais para tanto - como, por exemplo, seguir no julgamento de um feito, sem realizar a Instrução deste, porque, simplesmente, não possui meios de transportar réus presos e/ou intimar e requisitar a apresentação de testemunhas - como também tal avaliação não é da sua competência, mas sim, da Administração Superior deste Tribunal de Justiça, cabendo ao Juiz cumprir a lei e os primados constitucionais próprios, e, caso não possua condições concretas de realizar o seu mister, que acione a Colenda Presidência e a Egrégia Corregedoria-Geral deste Pretório, solicitando ajuda e demonstrando a imprescindibilidade da medida que precisa ser adotada..

Como se verifica pela fundamentação, a audiência de custódia prevista em normas materialmente constitucionais, Convenção Americana de Direitos Humanos e Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, não pode deixar de ser aplicada tão somente pelo fato de os Estados não possuírem estrutura, organização e orçamento para sua implantação. O Executivo, Legislativo e o Judiciário devem efetivar medidas a fim de viabilizar o cumprimento de norma fundamental de Direitos Humanos, diante de omissão estatal por mais de duas décadas.

É claro que as medidas e a forma como a audiência de custódia será realizada nos estados devem ser cuidadosas, já que há obstáculos fáticos evidentes, como por exemplo, a forma e o tempo para a intimação do membro de Ministério Público, da Defensoria Pública, ou até mesmo do advogado do preso, caso queira ser defendido por advogado particular. Além disso, ainda há dúvida sobre qual o órgão será responsável pelo transporte e custódia dos presos para a realização da audiência.

As questões acima apresentadas devem ser devidamente regulamentadas pelo Tribunal de Justiça dos Estados, de forma administrativa. No entanto, a apresentação desses obstáculos como impedimento para efetivação da norma supralegal, evidencia claro retrocesso, até porque a omissão estatal por mais de 20 anos caracteriza situação vexatória diante do sistema internacional de direitos humanos.

De forma a corroborar o atraso do Brasil, constata-se que a audiência de custódia já é realizada em diversos países, que está prevista inclusive em seus diplomas processuais

internos, com prazo para apresentação do preso com períodos que variam de país a país, mas sempre com a razoabilidade do “sem demora”, disposto nos pactos internacionais.

Assim, a título de exemplo, cumpre informar a situação dos países que mais se assemelham ao Brasil em termos de situação econômica e carcerária, como o Peru que prevê a audiência de custódia no art. 266 do Código de Processo Penal, no prazo de 24 horas; Uruguai, que no artigo 118, prevê prazo de 24 horas; Chile, no artigo 131, prevê prazo de 24 horas; Equador, no art. 161, prevê prazo de 24 horas; e por fim México, no artigo 194, prevê prazo de 48 horas.

Ora, conforme se verifica acima, o Brasil está muito atrasado quanto ao cumprimento da implantação da audiência de custódia, inclusive deixando de atender aos princípios da República Federativa do Brasil nas relações internacionais, conforme dispõe o art. 4º, inciso II, da CRFB²¹, que determina a prevalência dos direitos humanos.

O Estado Brasileiro, diante de omissão de mais de duas décadas, demonstra clara violação à prevalência dos direitos humanos, alegando para tanto motivos de caráter administrativo e organizacional.

Oportuno ressaltar, ainda, que a Comissão Nacional da Verdade, inclusive com o intuito de atender aos preceitos internacionais de direitos humanos, em seu relatório de recomendação (item 44)²², tratou especificamente da necessidade de introdução da audiência de custódia para a prevenção da prática da tortura e prisão ilegal, determinando que o preso seja apresentado à autoridade judiciária dentro de 24 horas da prisão em flagrante em atenção ao disposto no art. 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Além disso, como já dito no capítulo anterior, há o Pacto de São José da Costa Rica, que apesar de ser norma materialmente constitucional, trata-se, no entendimento do Supremo

²¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Art. 4º, inciso II, da CRFB. Acesso em 27 abril 2015.

²²BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Disponível em <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_pagina_959_a_976.pdf>. Acesso em 29 mar. 2015.



Tribunal Federal, de norma de natureza supra legal, de eficácia plena e imediata no âmbito interno.

Desse modo, para seu cumprimento, não há falar em necessidade de inclusão de norma expressa no âmbito da legislação processual penal. A norma já está sendo descumprida desde integralização da Convenção, conforme entendimento do STF.

Apesar disso, tramita no Congresso Nacional, o projeto de Lei 551/2011²³ que visa a alterar a redação do art. 306 do CPP, para regular de forma expressa a audiência de custódia. Se este projeto efetivamente virar lei será tão somente uma forma de reforçar o que já fora determinado nos Pactos Internacionais, trazendo a imperatividade da norma convencional dentro de diploma legal específico.

Contudo, o texto objeto de apreciação pelo Congresso Nacional traz alguma preocupação, já que houve proposta de emenda ao texto primitivo, que, caso seja acolhida, poderá alterar a própria essência do instituto da audiência de custódia, que busca, primordialmente, à aproximação da figura do preso da do Estado-Juiz.

O texto inicial do projeto de alteração²⁴ do art. 306 do CPP, dispõe o seguinte:

Art. 306.

§ 1º No prazo máximo de vinte e quatro horas após a prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judicial tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação.

§ 2º Na audiência de custódia de que trata o parágrafo 1º, o Juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, em seguida ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos art. 310.

§ 3º A oitiva a que se refere parágrafo anterior será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

§ 4º A apresentação do preso em juízo deverá ser acompanhada do auto de prisão em flagrante e da nota de culpa que lhe foi entregue, mediante recibo, assinada pela

²³BRASIL. Senado Federal, Projeto de Lei 551/2011. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=102115>. Acesso em 29 mar. 2015.

²⁴ Ibid.

autoridade policial, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os nomes das testemunhas.

§ 5º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não o tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no parágrafo 3º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310 deste Código.

A proposta de alteração legislativa, transcrita acima, de forma a reforçar a norma convencional vigente, é satisfatória quanto à facilitação do cumprimento da audiência de custódia no ordenamento jurídico interno, já que estabelece o procedimento para sua realização.

Alguns pontos merecem destaque. Primeiramente o prazo de 24 horas para a condução do preso atende aos ditames das normas internacionais já que acarretará a apresentação do acusado, sem demora, à autoridade judiciária.

Além disso, há menção expressa sobre a ordem da ouvida do Ministério Público, que deverá ser realizada em primeiro lugar, logo depois o preso e, posteriormente, a defesa técnica. Trata-se de medida que atende à exegese trazida pela reforma processual por meio da Lei 11719/2008, que instituiu o interrogatório como último ato da instrução, em atenção aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

O art. 306, §3º, do referido projeto, ao prever o registro em autos apartados também privilegia a ampla defesa e a prevalência dos direitos humanos, já que a audiência de custódia não deve adentrar nos fatos em si do suposto delito e sim, tão somente, sobre os requisitos, legalidade e eventual alegação de maus tratos ou tortura quando da efetivação da prisão.

Dessa forma, como dito acima, a inclusão deste artigo no Código de Processo Penal pode trazer maior efetividade à implantação da referida audiência, mas ressalta-se que a norma convencional já possui eficácia plena e imediata.

No entanto, fora apresentado substitutivo²⁵ do texto mencionado acima pelo Senador Francisco Dornelles que estabelece a possibilidade de tal audiência ocorrer por videoconferência. A emenda prevê a seguinte redação:

Art. 306.

(...)

§1º.No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, pessoalmente ou pelo sistema de videoconferência, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome do advogado, cópia integral para a defensoria pública.

Ora, tal substitutivo acaba por esvaziar completamente o instituto da audiência de custódia. Isto porque tal instituto visa a, justamente, possibilitar a proximidade entre o preso e o juiz para que este, além de verificar os requisitos técnicos para decretação da medida cautelar de prisão, ou até mesmo de outras medidas cautelares, verifique a situação física do réu, diante de possível ocorrência de maus tratos ou tortura, bem como de arbitrariedades ocorridas quando da prisão. Além disso, o instituto traz ainda em seu bojo a possibilidade de o preso expor ao juiz quaisquer outras questões relevantes e urgentes referentes à sua custódia cautelar.

A realização da audiência por videoconferência de nada adiantará para o fim proposto, já que o preso, caso tenha efetivamente sofrido maus tratos, não sentirá confiança em delatar a situação sofrida perante uma câmera, já que ainda estará em poder de seus malfeitores e provavelmente sofrerá retaliações posteriores que não serão alcançadas pela autoridade judiciária.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou apresentar o instituto da Audiência de Custódia que, apesar de muito antigo no ordenamento jurídico internacional por meio da Convenção

²⁵BRASIL, Senado Federal, Projeto de Lei 551/2011. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=102115>. Acesso em 29 mar. 2015.

Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, internalizados por meio dos Decretos 678/92 e 592/92, respectivamente, ainda não fora aplicado nos estados brasileiros.

Os argumentos utilizados pelo Poder Público para tentar justificar sua omissão baseiam-se nas dificuldades administrativas de realização da audiência de custódia por falta de recursos financeiros, estrutura administrativa dentre outros obstáculos práticos.

Demonstrou-se a necessidade de concretização de tal instituto como forma de evitar prisões ilegais e arbitrárias, bem como evidenciar casos de tortura e maus tratos quando da prisão captura. Abordou-se, ainda, a mobilização do Conselho Nacional de Justiça para a adoção deste instrumento nos estados brasileiros, por meio do projeto piloto promovido por acordo de cooperação técnica entre o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da Justiça.

A necessidade de organização de todos os poderes estatais faz-se urgente, já que se trata de norma de eficácia plena e imediata que está sendo descumprida há mais de vinte anos, ou seja, desde a ratificação do Pacto de São Jose da Costa Rica por meio do Decreto 678 de 1992 e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos por meio do Decreto 592 de 1992.

Conforme exposto no presente artigo, o cumprimento da norma internacional não depende de legislação interna dispendo sobre a matéria já que o tratado internacional de direitos humanos ingressa no ordenamento jurídico nacional com status, ao menos, supralegal.

Assim, apesar de não necessitar de regulamentação, o projeto de Lei 554 de 2011, em trâmite no Congresso Nacional, visa a regulamentar tal instituto. Tal alteração legislativa seria importante, tão somente, como mais uma forma para viabilizar seu cumprimento, sanando a omissão estatal.

Conforme abordado neste trabalho, o projeto piloto realizado em São Paulo já evitou número considerável de prisões ilegais realizadas.



A situação carcerária no Estado do Rio de Janeiro demanda medidas urgentes, já que há um crescimento significativo e desproporcional sem estrutura, gerando superlotação, com grande parte de presos provisórios.

A adoção do projeto da Audiência de Custódia no Estado do Rio de Janeiro pode reduzir a curto e médio prazo tal crescimento desmedido da superlotação do sistema prisional, principalmente no que tange às prisões provisórias, já que a regra é a liberdade e a prisão é a exceção. Dessa forma, o juiz ao realizar a audiência de custódia, sem demora, poderá primeiramente verificar a legalidade da prisão e, em seguida, verificar se estão presentes seus requisitos com base no exercício da ampla defesa do acusado, já que há diversas medidas cautelares que devem ser aplicadas antes da determinação da prisão preventiva.

Além disso, a realização da Audiência de Custódia pode evitar diversos casos de tortura e maus tratos, que infelizmente ainda ocorrem quando da prisão captura, de forma a minimizar a omissão Estatal e atender às normas internacionais de Direitos Humanos.

Afirmou-se que a omissão estatal que ocorre há mais de vinte anos começa a ser ao menos admitida pelo Poder Público, que demonstra a intenção estatal em efetivar tais direitos no sistema pátrio. Inclusive o próprio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro começa a se organizar para viabilizar o cumprimento de tal comando normativo.

Diante disso, não há como aceitar que a norma convencional não existe ou que não há sanção em caso de descumprimento. É fato que há questões administrativas que devem ser estudadas e conversadas para que ocorra a sua efetivação de forma responsável, mas deve haver vontade das autoridades públicas para isso, o que parece que começa a existir.

A consequência de sua efetivação abarca toda a sociedade já que a superlotação do sistema e o crescimento da população carcerária de forma desproporcional revertem para a sociedade em razão da situação degradante dos presos e da dificuldade de ressocialização.

Conclui-se, portanto, que a realização da audiência de custódia deve ser imediata já que há diploma normativo para isto de forma a garantir tanto a prevalência dos direitos humanos no âmbito interno diante dos mecanismos internacionais dos quais o Brasil faz parte, como a garantia à ampla defesa, à integridade psicofísica do preso e à dignidade da pessoa humana, já que o indivíduo passa a ser tratado como sujeito de direitos.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Comissão Nacional da Verdade. Disponível em <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_pagina_959_a_976.pdf>. Acesso em 29/3/2015.

_____, Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/busca?termo=audi%C3%Aancia+de+cust%C3%B3dia>>. Acesso em 24 abril 2015.

_____, Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/79006-cnj-e-mj-assinam-acordos-para-combater-o-encarceramento-provisorio>>. Disponível em: 24 abril 2015.

_____, Ministério Público Federal. Nota Técnica sobre Audiência de Custódia, Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_criminal/mpf-emite-nota-tecnica-favoravel-a-audiencia-de-custodia-1>. Acesso em 24 abril 2015.

_____, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Decreto 592/1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em 16 mar. 2015.

_____, Provimento Conjunto da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria Geral de Justiça n. 03/2015, São Paulo, *Diário de Justiça Eletrônico*, Cad. I, Adm. de 27.01.2015.

_____, Senado Federal, Projeto de Lei 551/2011. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=102115>. Acesso em 29 mar. 2015.

_____, Supremo Tribunal Federal, RE 466343-1, São Paulo, Relator Min. Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em 24 abril 2015.

_____, Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-24/audiencias-custodia-libertam-40-presos-flagrante-mes>>. Acesso em 28 abril 2015.

_____, Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 24 abril 2015.



_____, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 27 abril 2015.

_____, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Art. 4º, inciso II, da CRFB. Acesso em: 27 abril 2015.

_____, Convenção Americana de Direitos Humanos. Decreto 678/92. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em 27 abril 2015.

FÓRUM PERMANENTE DE ESPECIALIZAÇÃO E ATUALIZAÇÃO NAS ÁREAS DO DIREITO E PROCESSO PENAL, EMERJ, 2015, *Audiência de Custódia*, 23 de março de 2015, EMERJ, auditório Desembargador Nelson Ribeiro Alves.

LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. *Revista das Liberdades*, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 7, setembro/dezembro de 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva 2012.

RIO DE JANEIRO, ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, Disponível em <http://www.alerj.rj.gov.br/escolha_legenda.asp?codigo=48741>. Acesso em 28 abril 2015.



A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E A POSSIBILIDADE DA USUCAPIÃO DE BEM PÚBLICO

Jéssica Fernandes Rosina.

Graduada pela Universidade Cândido Mendes. Advogada.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo o estudo do direito de propriedade vinculado ao cumprimento de sua função social que deve ser observado tanto pelos particulares quanto pelo Estado. Explica o conceito jurídico da função social da propriedade do bem privado e dos bens públicos em cada uma de suas espécies. Apresenta a viabilidade da usucapião do bem público dominical que não se encontre atrelado a nenhuma finalidade pública específica como forma de concretização do direito fundamental à moradia, garantindo-se, assim, o mínimo existencial às pessoas de baixa renda.

Palavras-chave: Direito Civil. Direito fundamental à moradia. Função social da propriedade. Usucapião de bem público.

Sumário: Introdução. 1. O direito social à moradia como forma de acesso ao mínimo existencial. 2. A função social dos bens públicos. 3. Possibilidade da usucapião dos bens públicos dominicais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Desde a redação originária da Constituição Federal de 1988 foi prevista a vedação à aquisição da propriedade pública por meio do instituto da usucapião, seja essa propriedade pública rural (artigo 191, parágrafo único, CRFB), seja pública urbana (artigo 183, parágrafo 3º, CRFB), sendo tal vedação repetida na legislação infraconstitucional (artigo 102, Código Civil).

É certo que, também em sua redação original, a Constituição Federal de 1988 previu, dentre o rol de direitos e garantias fundamentais, o direito de propriedade vinculado ao atendimento da sua função social (artigo 5º, incisos XXII e XXIII).

Por ser o direito oriundo do fato social, no ano de 2000, em atenção à realidade brasileira, notadamente o precário acesso à moradia digna para as pessoas de baixa renda, a Emenda Constitucional 26 inseriu o direito fundamental à moradia, no rol dos direitos sociais,



previstos no artigo 6º, segundo os quais se pretende buscar do Estado prestações positivas, como forma de atenuar as desigualdades existentes, objetivando a promoção da justiça social.

Diante desse cenário social, há de ser compreendido que, assim como as pessoas físicas e jurídicas detém as suas propriedades privadas, o Poder Público detém o domínio sobre os bens públicos e, como tal, também deve observância à funcionalização de seus bens, sob pena de não ter proteção do ordenamento jurídico.

A função social do bem público restará cumprida quando houver o atendimento das necessidades coletivas, como forma de realização dos direitos fundamentais, até porque essa é a finalidade precípua do Estado: garantir o bem comum.

Logo, em atenção ao direito fundamental à moradia e a função social da propriedade, quando o bem público estiver desafetado, isto é, não estiver sendo utilizado para nenhuma satisfação de interesse público específico, não podemos negar a possibilidade da usucapião desse bem público em razão simplesmente de expressa vedação constitucional, em detrimento daquelas pessoas que concretamente ocupam o bem público, fazendo dele a sua moradia, funcionalizando o bem, atendendo assim, ao comando constitucional.

Sendo assim, o primeiro capítulo do presente trabalho buscará analisar que os direitos fundamentais foram criados para, além de limitarem os poderes do Estado, servirem de parâmetro para o exercício da atividade estatal, mormente quanto à efetivação do direito à moradia, cuja competência é concorrente entre os Entes da Federação (artigo 23, inciso IX da Constituição Federal de 1988).

Já o segundo capítulo demonstrará a aplicação do princípio da função social da propriedade aos bens públicos de forma geral e especialmente ao bem público dominical como meio de proporcionar o acesso à moradia, garantindo uma vida digna às pessoas.

E no terceiro capítulo será defendida a possibilidade da usucapião dos bens formalmente públicos, notadamente, os bens dominicais que não estão destinados a uma finalidade pública específica, redundando no descumprimento de sua função social.

Dessa forma, a finalidade do presente trabalho é desmistificar a imprescritibilidade do bem público, mencionada reiteradamente na legislação pátria, por meio da relativização do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, para demonstrar que o Poder Público deve observância à necessidade de funcionalização do seu direito de propriedade para que o direito o possa tutelar.

1. O DIREITO SOCIAL À MORADIA COMO FORMA DE ACESSO AO MÍNIMO EXISTENCIAL

Não se pode começar a falar acerca do direito social à moradia, sem antes mencionar, ainda que de forma sucinta, as gerações dos direitos fundamentais que se seguiram ao longo da evolução do Estado.

Assim, em um primeiro estágio, em razão do cenário de um Estado Absolutista no qual não havia limites para a atuação estatal, sendo, portanto, os indivíduos carecedores de proteção, surgem os direitos fundamentais de primeira geração, ligados à ideia de um Estado liberal, não intervencionista, na crença de que seria uma forma de garantir uma intangibilidade, ainda que mínima, às liberdades individuais dos cidadãos, objetivando-se, dessa forma, limitar a atuação do Estado.

Contudo, viu-se que o abstencionismo estatal causou profundas desigualdades no âmbito social, fazendo com que o Estado fosse compelido a atuar de forma positiva e incisiva



para amenizar as desigualdades até então existentes, a fim de alcançar a justiça social¹.

Com isso, surgem os direitos fundamentais de segunda geração, vinculados à noção de direitos sociais, os quais pressupõe um direito prestacional por parte do Estado, agora intervencionista e promocional, em benefício de seus cidadãos.

Em um terceiro momento, surgiram os direitos fundamentais de terceira geração, caracterizados pelo fato de serem titularizados de maneira coletiva e, assim, tutelados de forma difusa.

É certo que não se deve entender que uma geração de direitos fundamentais supere a subsequente, pelo contrário, com o passar dos tempos novos direitos fundamentais são agregados aos já conquistados diante das novas reivindicações feitas à sua época histórica pelos cidadãos².

Não obstante somente ter sido incluído na Constituição da República por meio da emenda constitucional n. 26/2000, no contexto da segunda geração dos direitos fundamentais, encontra-se o direito social à moradia, na medida em que esse direito fundamental almeja uma prestação positiva estatal com o escopo de viabilizar melhores condições de vida digna, com o intuito de obter a igualdade material.

O direito à moradia deve ser entendido como um mecanismo que visa a assegurar o acesso à terra, garantidor do mínimo existencial ao ser humano, como forma de prestigiar o postulado da ordem jurídica, qual seja, a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III da CRFB).

Assim, o direito à moradia tem por fundamento a garantia de um patrimônio mínimo ao indivíduo para assegurar a sua existência e a sua subsistência com dignidade³.

¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 137.

² *Ibid.*, p. 139.

³ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 08 e 09.

É dizer, o direito à moradia, dentro do mínimo existencial, seria o direito de ter, ao menos, um local habitável para morar com condições dignas e adequadas⁴.

No ponto, ressalta-se que a norma constitucional que consagra do direito social à moradia deve ser compreendida como de eficácia jurídica imediata⁵, conforme salienta o artigo 5º, parágrafo 1º da CRFB, não podendo ser entendida como uma norma de eficácia limitada declaratória de princípios programáticos⁶, na qual prevê meros programas de políticas públicas a serem implementados no futuro pelo Estado, dependentes da vontade do legislador ordinário para a realização de seus fins sociais.

Até porque, se for pensado dessa forma, seriam anulados os avanços de cunho social trazidos pela nova ordem constitucional, atribuindo a tal norma jurídica somente eficácia jurídica, ou seja, a possibilidade da norma constitucional produzir efeitos jurídicos regulando relações por ela cogitadas, negando-lhe eficácia social, que consiste no fato da norma constitucional ser obedecida, seguida e aplicada pela sociedade, isto é, a norma cumpre a função para a qual foi criada, atingindo o resultado por ela vislumbrado⁷.

Logo, é imperioso reconhecer a força normativa das normas constitucionais para que possam ser efetivadas as diretrizes traçadas na Constituição da República.

Nesse sentido, vê-se que os direitos fundamentais, de maneira geral, devem orientar o legislador infraconstitucional na elaboração de políticas públicas, concretizando os direitos contidos na norma constitucional.

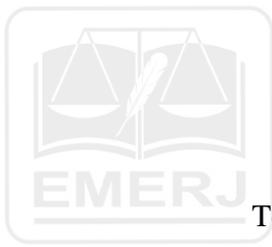
Além do mais, é competência comum de todos os Entes Federativos a promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais, na forma do artigo 23, inciso IX da CRFB.

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 314.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 273.

⁶ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 108.

⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 65.



Todavia, contrariamente ao que se aprende no mundo do dever ser, é sabido, desde sempre, que as pessoas de baixa renda possuem a necessidade vital de terem um lugar para morar.

Contudo, com o passar dos anos a realidade que se vê é que não existiram políticas públicas capazes de solucionar o problema da falta de moradia no Brasil, fazendo com que, na grande maioria das vezes, as pessoas passem a morar em favelas ou até mesmo em áreas de risco⁸.

2. A FUNÇÃO SOCIAL DOS BENS PÚBLICOS

Buscando um ideal de solidariedade social e distribuição equânime de riquezas, que constituem um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 3º, incisos I e III da CRFB), o poder constituinte originário previu no rol de direitos e garantias fundamentais a noção de função social da propriedade, consagrada no artigo 5º, inciso XXIII da CRFB, e, no mesmo dispositivo constitucional, porém, logo no inciso subsequente trouxe o direito fundamental de propriedade.

Assim, considerando o espírito da Carta Constitucional aliada a uma interpretação teleológica de seu texto o que se pode concluir é que a Constituição Federal de forma proposital conferiu tutela à propriedade condicionando-a, entretanto, ao cumprimento de sua função social.

Logo, o que se tem é uma relação obrigatória de complementação e interdependência entre os incisos XXII e XXIII do artigo 5º da CRFB de modo que o objetivo constitucional não é mais conceder proteção à propriedade em virtude de uma realidade meramente formal e

⁸ GONÇALVES, Fabiana Rodrigues. *Direitos sociais: direito à moradia*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12892&revista_caderno=9>. Acesso em: 13 out. 2014.

documental⁹, mas sim proteger uma realidade fática consolidada de cumprimento da função social da propriedade. É dizer, o direito de propriedade só é garantido pela Constituição Federal quando há a sua funcionalização.

Dessa forma, com a influência constitucional da funcionalização do direito real de propriedade mostra-se necessária a reconstrução do próprio instituto jurídico, na medida em que o legislador constitucional observou a realidade social sob o prisma da coletividade, e passou a buscar não mais a propriedade individual, mas sim a propriedade social, para tanto, deslocou o foco patrimonial do direito real de propriedade para a pessoa humana.

Certo é que a expressão “função social” é vaga e imprecisa, com isso, alguns doutrinadores tentam-na conceituar como sendo um elemento estrutural e intrínseco do próprio direito de propriedade¹⁰, sendo então um elemento de qualificação jurídica que serve para delinear os contornos da nova propriedade constitucional¹¹.

Em outras palavras, a função social da propriedade deve ser compreendida como um instrumento cujo objetivo é a busca pelo equilíbrio nas relações sociais e econômicas de forma a harmonizar os interesses individuais e coletivos, restringindo o individualismo, a fim de conceder igualdade material aos cidadãos¹² e conseqüentemente uma justiça distributiva.

A partir desses novos ditames constitucionais o direito civil precisou se adequar ao texto constitucional e, para isso, foi necessária a realização de uma filtragem constitucional de seus institutos, notadamente o direito real de propriedade.

Com isso, houve a chamada “repersonificação do direito civil” cuja ideia fundamental é a de colocar o ser humano no centro do sistema jurídico, em atenção ao

⁹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 204.

¹⁰ SILVA, op. cit., p. 281-282.

¹¹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 283.

¹² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Função Social no Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 03.



princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da CRFB), afastando a noção liberal individualista do direito de propriedade que vigia no século XIX¹³.

Tendo como premissa esse novo parâmetro constitucional, o direito civil passa a permitir a existência de um conflito entre a propriedade desfuncionalizada e a posse funcionalizada que tem início quando o proprietário não atende a função social de sua propriedade, caracterizando uma conduta anti-social que deve ser repelida pelo ordenamento jurídico, a fim de dar prevalência a uma realidade concreta, daquele terceiro que exerce posse sobre um determinado bem e o funcionaliza, utilizando-o como instrumento para atender às suas necessidades vitais, como o direito fundamental de moradia, em detrimento de uma realidade meramente cartorária, de quem seja o titular do direito de propriedade, viabilizando, conseqüentemente, o reconhecimento da usucapião.

Assim, em sede de direito privado é perfeitamente possível e viável o reconhecimento da usucapião em favor daquele possuidor que funcionaliza a sua posse, atendendo ao comando constitucional, justamente em razão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais às relações privadas.

Contudo, quando se traz referida ideia para o campo do direito público, mormente da possibilidade da usucapião dos bens públicos em razão do não atendimento de sua função social pelo Poder Público há forte resistência da doutrina e da jurisprudência, sob a simples justificativa da existência de vedação expressa tanto no texto constitucional, quanto na legislação infraconstitucional.

Entretanto, há parcela da doutrina¹⁴ que sustenta a viabilidade da usucapião de bens públicos, entendidos como aqueles que integram o patrimônio estatal, trazendo o seguinte questionamento: se os proprietários privados podem vir a serem punidos pela não funcionalização de sua propriedade, que é derivada de um mandamento constitucional, porque

¹³ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2006, p. 46.

¹⁴ FARIAS, ROSENVALD; op. cit., p. 280.

a Administração Pública também não poderia deixar de receber a tutela do seu direito de propriedade quando também descumprisse o comando constitucional, até porque a razão de ser do Estado e o seu objetivo primordial é o atendimento e a garantia do bem comum?

É importante frisar que tais doutrinadores trabalham especificamente com o bem público dominical que se encontre desafetado, ou seja, são aqueles bens públicos que não estão destinados a uma finalidade pública específica, que serão melhor estudados no capítulo três.

Já quanto aos bens públicos de uso comum do povo e aos bens públicos de uso especial não há qualquer discussão doutrinária ou jurisprudencial acerca da vedação de sua aquisição originária pela usucapião, isso porque ambos se encontram afetados a uma destinação pública própria cumprindo, portanto, a sua função social¹⁵.

O bem público de uso comum do povo está previsto no artigo 99, inciso I do Código Civil e deve ser entendido como aquele bem que se destina ao uso geral da coletividade¹⁶, como por exemplo, os rios, mares, estradas, ruas e praças. Ou seja, é utilizado de maneira efetiva pelos indivíduos. Logo, o bem público de uso comum do povo cumpre a sua função social na medida em que serve ao efetivo uso pela população.

Já o bem público de uso especial encontra-se disposto no artigo 99, inciso II do Código Civil e deve ser compreendido como aquele bem que se encontra vinculado aos serviços administrativos ou aos serviços públicos¹⁷, como por exemplo, os edifícios ou terrenos destinados ao serviço ou ao estabelecimento da Administração Pública. Assim, o bem público de uso especial cumpre a sua função social quando se encontra afetado para a consecução dos fins do Estado.

¹⁵ <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-6-ABRIL-2006-MARIA%20SYLVIA.pdf>>. Acesso em: 13 março 2015.

¹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 1145.

¹⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 587.



Dessa forma, vê-se que os bens públicos de uso comum do povo e os bens públicos de uso especial por estarem afetados aos interesses públicos não podem ser objeto de aquisição originária por terceiro por meio do instituto da usucapião, na medida em que estão cumprindo a sua função social, qual seja, a destinação pública.

3. POSSIBILIDADE DA USUCAPIÃO DO BEM PÚBLICO

Conforme visto alhures, não se mostra possível a usucapião dos bens públicos de uso comum do povo e de uso especial na medida em que ambos estão afetados, isto é, servem a uma finalidade pública determinada, cumprindo, portanto, a sua função social.

Todavia, no que tange aos bens públicos dominicais discute-se acerca da viabilidade da aquisição da propriedade pública por terceiro por meio do instituto da usucapião, em que pese haver vedação constitucional e legal a respeito.

Em linhas gerais, o bem público dominical está previsto no artigo 99, inciso III do Código Civil e deve ser entendido como aquele bem que não está sendo utilizado para nenhuma satisfação de interesse público. Assim, o bem público dominical é o bem público desafetado, ou seja, despido de qualquer destinação pública¹⁸.

É dizer, o bem público dominical deixou de ser materialmente público, uma vez que não atende a nenhuma necessidade coletiva. Logo, ele só é tido por bem público simplesmente porque integra formalmente o patrimônio estatal, atendendo apenas ao interesse público secundário do Estado¹⁹.

E é exatamente sobre esse bem público dominical desafetado que se descortina uma exceção à prescrição aquisitiva, permitindo a aquisição originária do bem público via usucapião e, com isso, mitigando-se o dogma da imprescritibilidade do bem público.

¹⁸ Ibid., p. 587-588.

¹⁹ Ibid., p. 592.

Essa possibilidade da usucapião se mostra factível, pois não só a propriedade privada, mas também a propriedade pública deve cumprir a sua função social, isso porque a Constituição da República de 1988 apenas garante o direito de propriedade se for atendida a sua função social, sendo certo que a função social do bem público é o atendimento das necessidades públicas, ou seja, a efetivação do interesse público primário²⁰, até porque o fim do Estado é justamente o bem comum.

Ademais, o enunciado 304 aprovado na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal só corrobora a tese aqui veiculada, pois informa que:

São aplicáveis as disposições dos § 4º e 5º do art. 1.228 do CC às ações reivindicatórias relativas a bens públicos dominicais, mantido, parcialmente, o Enunciado n. 83 da I Jornada de Direito Civil, no que concerne às demais classificações dos bens públicos²¹.

Ou seja, esse enunciado encontra respaldo na tese doutrinária que admite a possibilidade da usucapião dos bens públicos dominicais desafetados em atenção a função social da propriedade²².

Dessa forma, se o bem público dominical não atende ao comando constitucional da função social da propriedade, estando desafetado, ele não estará protegido pelo ordenamento jurídico e, com isso, abre-se a possibilidade de ele sair do patrimônio estatal e passar para o patrimônio de terceiro por meio do instituto da usucapião, desde que, é claro, esse terceiro preencha todos os requisitos legais para tanto.

Isso porque não se mostra razoável que se avalize ao ente estatal omissivo e desidioso o seu direito de propriedade daqueles bens públicos desafetados, que não atendam a nenhum interesse público primário, sob a rasa justificativa de vedação constitucional e legal acerca da imprescritibilidade dos bens públicos, em detrimento de uma realidade fática daquele

²⁰ Ibid.

²¹ Disponível em: < <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>>. Acesso em: 25 de abril de 2015.

²² TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil. Direito das Coisas*. v. 4. 5. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 126-127.



possuidor que ocupa o bem público dominical desafetado, fazendo dele sua moradia ou nele laborando, atendendo, assim, ao comando constitucional da função social.

Ademais, não se pode ignorar a realidade brasileira onde, ainda nos dias atuais, grande parte da população não possui sequer um lugar habitável para viver com dignidade, só reforça o argumento acerca da possibilidade da usucapião dos bens públicos dominicais que se encontram destituídos de qualquer destinação pública, prestigiando-se, portanto, o direito fundamental à moradia.

Assim, valendo-se de um processo de ponderação de interesses²³ exsurge a primazia do direito fundamental à moradia em detrimento do interesse público secundário do Estado, qual seja, o de possuir formalmente o bem público dominical inutilizado em seu patrimônio, como forma de concretizar o postulado da dignidade da pessoa humana e, com isso, promover a justiça social.

CONCLUSÃO

Pelo presente trabalho conclui-se que o Estado não existe para ser um fim em si mesmo. Pelo contrário. O fim primordial do Estado é o atendimento das necessidades coletivas que, no caso, serão alcançadas com a concretização do direito social à moradia que servirá de mecanismo viabilizador de acesso a terra garantindo-se o mínimo existencial às pessoas de baixa renda para que possam viver com dignidade.

Com isso, a nova ordem constitucional de 1988 vinculou a garantia do direito de propriedade ao cumprimento de sua função social para buscar-se uma igualdade material e justiça social.

²³FORTINI *apud* OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 592.

Dessa forma, apesar de haver vedação constitucional e legal acerca da possibilidade da usucapião dos bens públicos, certo é que o bem público dominical que se encontre desafetado, sem estar destinado a nenhuma finalidade pública específica, pode ser objeto de usucapião pelo terceiro possuidor que atende ao comando constitucional de funcionalização de sua posse a fim de assegurar-lhe um mínimo vital, ainda mais quando se vê que não existem políticas públicas efetivas capazes de solucionar o problema da falta de moradia no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DALETH. Disponível em: < <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>>. Acesso em: 25 de abril de 2015.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Função social da propriedade pública*. Revista eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.6, p. abril/maio/junho,2006.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Função Social no Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Fabiana Rodrigues. *Direitos sociais: direito à moradia*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12892&revista_caderno=9>.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Método, 2014.



SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil. Direito das Coisas*. v. 4. 5. ed. São Paulo: Método, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. São Paulo: Renovar, 2009.

CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA: A VIABILIDADE DO MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 4.733/DF

João Ricardo Fonseca E Lima

Graduado pela Faculdade Nacional de Direito, UFRJ.
Advogado

Resumo: A Constituição da República pôs fim a um período obscuro da história do país, trazendo consigo uma extensa gama de direitos das mais variadas espécies, com a promessa de promover uma sociedade livre, justa e solidária, baseada no postulado da dignidade humana. No contexto da liberdade sexual assegurada pela Constituição, entidades em prol direitos da comunidade LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros) tornam-se cada vez mais atuantes em busca do reconhecimento de mecanismos aptos a garantir o livre exercício de sua opção sexual. O Mandado de Injunção nº 4.733/DF, ajuizado pela ALGBT pleiteando a criminalização da conduta de homofobia se insere precisamente neste panorama.

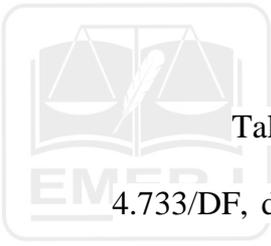
Palavras-chave: Homofobia. Criminalização. Mandado de Injunção.

Sumário: Introdução. 1. Histórico da demanda. 2. Viabilidade do Mandado de Injunção nº 4.733/DF. 3. Criminalização da homofobia: Solução ou deturpação?. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição da República, em 1988, instaurou uma era de liberdades para o Estado Brasileiro. A quebra de paradigmas de uma sociedade em permanente estado de atenção e de direitos restritos para um novo cenário, pleno de prerrogativas ao indivíduo, instituidor de um verdadeiro estatuto da dignidade humana, visando o desenvolvimento completo da pessoa, contudo, ainda hoje é foco de conflitos.

A liberdade sexual e a constante atuação da comunidade LGBT para ter seus direitos reconhecidos e protegidos não fogem a este panorama. É considerável e crescente o número de atos de violência praticados contra Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros, motivados por intolerância. Não obstante a gravidade de tais práticas é necessário discutir até que ponto a criminalização da conduta de homofobia seria instrumento adequado para auxiliar na reversão desse quadro.



Tal resposta será dada por meio da análise de viabilidade do Mandado de Injunção nº 4.733/DF, de modo a, inicialmente, aferir se os elementos da demanda levada ao Supremo Tribunal Federal compatibilizam-se com os propósitos constitucionais para os quais fora criada. A correta determinação da idéia de impossibilidade de fruição de liberdade constitucional torna-se essencial para aferir se a inexistência de regulamentação infraconstitucional deixa tais grupos a mercê da violência de sofrem.

Discutir a legitimidade do Direito Penal como solução para a questão será ponto crucial para dirimi-la. É fato que a comunidade LGBT anseia pela criminalização de tal conduta como única alternativa viável para a pacificação social. Contudo, questionar se há outras políticas públicas que visem a conscientização da sociedade e a inserção de um senso de tolerância e coletividade na população em geral é fundamental para aferir a necessidade de tipificação de tais violações.

Assim, entender em que ponto seria válido inverter a função do Direito Penal como instrumento extremo para pacificação de possível primeira alternativa para proteção do bem jurídico torna-se também ponto nodal para a conclusão do presente estudo. Ademais, traçar um histórico de decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Mandado de Injunção e os motivos pelos quais a Corte adota tais posicionamentos auxiliará na compreensão dos motivos pelos quais a criminalização por via judicial é providência altamente questionável e conflituosa com a idéia de Estado Democrático de Direito.

1. HISTÓRICO DA DEMANDA

Em 10 de outubro do ano de 2012, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ALGBT – apresentou ao Supremo Tribunal Federal o Mandado de Injunção n. 4.733/DF.

Por meio deste, pretende a ALGBT o reconhecimento da mora legislativa do Congresso Nacional em regulamentar o art. 5º, XLI, XLII, da Constituição da República, no



tocante ao seu dever constitucional de legislar especificamente sobre punição às condutas de homofobia e transfobia. Para fundamentar seu pedido, postula a impetrante pelo enquadramento da homofobia e da transfobia no “conceito ontológico-constitucional de racismo”, ou, ainda, que sejam tais práticas classificadas como “discriminações atentatórias a direitos e liberdades constitucionais”¹. Atingindo o reconhecimento da mora legislativa, pretende a ALGBT:

obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, por ser isto (a criminalização específica) um pressuposto inerente à cidadania da população LGBT na atualidade.²

Recebida a inicial, foram requisitadas informações ao órgão apontado como responsável pela inércia legislativa, sendo expedidos ofícios para as presidências da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, além de determinada a intimação da Advocacia-Geral da União para ingressar no feito.

Em resposta, o Senado Federal argüiu preliminar de carência de ação sustentando a falta de interesse em agir em razão da inadequação da via eleita, ausência de dever constitucional de legislar e, conseqüentemente, mora legislativa. No mérito, requereu a improcedência do pleito por violação ao princípio da reserva legal penal.

A Câmara dos Deputados, no mesmo sentido, sustentou a inexistência de inércia no dever de legislar, alegando, por fim, que a ausência de criminalização das condutas de homofobia e transfobia não se qualificam como impeditivo incontornável ao exercício dos direitos dos cidadãos da comunidade LGBT.

A Advocacia-Geral da União, por sua vez, também pugna pelo reconhecimento de carência de ação dada a impossibilidade jurídica do pedido de suprimento judicial de omissão

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 4.733/DF. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. 23 de out. de 2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24353944/mandado-de-injuncao-mi-4733-df-stf>>. Acesso em 05 out. 2014.

² Ibid.



em âmbito penal. No mérito, contraria o pleito da impetrante alegando que por ser o pedido lastreado nos incisos XLI e XLII, do art. 5º, da Constituição da República, este não pretende assegurar o exercício de um direito concretamente consagrado, mas sim uma tipicidade especial para as condutas de homofobia e transofobia. Aduz ser o combate às formas de discriminação e ao racismo um fim estipulado pela Constituição da República, não fazendo menção a Carta Magna a outros tipos específicos de discriminação.

Papel relevante no feito foi o até agora desempenhado pela Procuradoria-Geral da República. Após as manifestações das autoridades supracitadas, o Ministério Público Federal, por meio do ex-Procurador-Geral da República, Roberto Monteiro Gurgel, emitiu parecer ementado da seguinte maneira:

Mandado de Injunção. Suposta mora legislativa do Congresso Nacional na tipificação de delitos praticados em razão de homofobia e transofobia. Inexistência de mora legislativa quando já há projeto de lei em apreciação no Congresso Nacional. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Existência de legislação aplicável aos delitos praticados em razão de preconceito contra orientação sexual. Parecer pelo não cabimento do writ.³

Com isso, em um primeiro momento posicionava-se o *parquet* pelo não cabimento do Mandado de Injunção em questão, posição adotada pelo Ministro Ricardo Lewandowski em decisão monocrática não conhecendo da ação. O relator consignou no *decisum* ser pacífica no entendimento do Supremo Tribunal Federal a necessidade de existência de direito subjetivo expressamente consagrado na Constituição da República, cuja fruição esteja sendo embaraçada em razão da inércia em editar norma regulamentadora igualmente exigida.

O Ministro ressaltou os argumentos deduzidos pela Procuradoria-Geral da República em seu parecer no sentido de que o Mandado de Injunção n. 4.733/DF não versa diretamente sobre a impossibilidade de exercer direito expressamente previsto pelo texto constitucional, “[...] mas sim um legítimo e bem articulado movimento em prol de uma legislação criminal

³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 4.733/DF.. 14 de ago. de 2013. Parecer Ministério Público Federal. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24353944/mandado-de-injuncao-mi-4733-df-stf>>. Acesso em 18 ago. 2015.

ainda mais rigorosa no tocante à punição de condutas homofóbicas[...]”⁴. Lastreando-se em tais fundamentos, entendeu o relator pela inviabilidade do Mandado de Injunção n. 4.733/DF, extinguindo o feito sem manifestação sobre o mérito da demanda.

Atacada a decisão por meio de agravo regimental interposto pela impetrante, foram os autos novamente remetidos ao Ministério Público Federal, que, em 25 de julho deste ano, emitiu novo parecer sobre a causa, de lavra do atual Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros⁵. Nesta ocasião, o *parquet* alterou o entendimento anteriormente exarado, manifestando-se pelo provimento do agravo regimental e conseqüente prosseguimento do feito.

Sustentou o Ministério Público Federal que as condutas de homofobia e transfobia importam em violações graves de direitos fundamentais, demandando sim atenção do Direito Penal. Opina no sentido de que a ausência de tal norma possui o condão de obstacularizar “o exercício da liberdade constitucional de orientação sexual e de identidade de gênero, bem como da liberdade de expressão, sem as quais fica indelevelmente comprometido o desenvolvimento da personalidade”⁶.

Realizando breve histórico sobre a natureza das decisões do Supremo Tribunal Federal em Mandado de Injunção, pugnou pela possibilidade da Corte reconhecer a incidência da Lei n. 7.716/89 (Lei de Racismo) sobre as condutas de homofobia e transfobia, ou, ao menos parcialmente, o pedido subsidiário da ALGBT, no tocante a reconhecer a mora constitucional do Congresso Nacional em legislar sobre a matéria. O *parquet* sinalizou, ainda,

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 4.733/DF. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. 28 de out. de 2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24353944/mandado-de-injuncao-mi-4733-df-stf>>. Acesso em 05 out. 2014.

⁵ BRASIL. Ministério Público Federal. Parecer N. 4.414/2014-AsJConst/SAJ/PGR. Rodrigo Janot Moneiro de Barros. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-pgr-criminalizacao-homofobia.pdf>>. Acesso em 05 out. de 2014.

⁶ BRASIL. Ministério Público Federal. Parecer N. 4.414/2014-AsJConst/SAJ/PGR. Rodrigo Janot Moneiro de Barros. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-pgr-criminalizacao-homofobia.pdf>>. Acesso em 05 out. de 2014.



favoravelmente à possibilidade do Supremo Tribunal Federal acolher integralmente o pedido principal e proceder, por si, a regulamentação dos dispositivos apontados na inicial dos impetrantes até que sobrevenha lei dispondo sobre a matéria. O i. Procurador-Geral da República finaliza o parecer em questão da seguinte forma, *in verbis*:

O Mandado de Injunção, na linha da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, presta-se a estabelecer profícuo e permanente diálogo institucional nos casos de omissão normativa. Extrai-se do texto constitucional dever de proteção penal adequada aos direitos fundamentais (Constituição da República, art. 5º, XLI e XLII). Em que pese à existência de projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional, sua tramitação por mais de uma década sem deliberação frustra a força normativa da Constituição. A ausência de tutela judicial concernente à criminalização da homofobia e da transfobia mantém o estado atual de proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado e de desrespeito ao sistema constitucional. Parecer pelo conhecimento e provimento do agravo regimental. PGR Mandado de Injunção 4.733/DF (agravo regimental).

Infere-se que o Ministério Público Federal, conforme assinalado acima, exerceu papel relevante no desenvolvimento do feito até então. O Mandado de Injunção n. 4.733/DF encontra-se com o citado agravo regimental pendente para julgamento, o qual determinará a definitiva extinção da demanda ou sua remessa à plenário para prosseguimento do trâmite.

2. VIABILIDADE DO MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 4.733/DF

Para determinar a possibilidade de sucesso do Mandado de Injunção nº 4.733/DF da ALGBT é primordial averiguar a compatibilidade entre o pedido da impetrante e os requisitos legais que autorizam o manejo da ação constitucional. Três são as exigências para uso deste remédio, quais sejam: *i*) norma constitucional de eficácia limitada; *ii*) omissão legislativa; *iii*) nexos causal entre a omissão e o embaraço para o exercício de direitos e liberdades constitucionais.

As normas apontadas pela impetrante como carentes de regulamentação infraconstitucional encontram-se no art. 5º, XLI, XLII, da Constituição da República. O primeiro dos dois incisos prevê que a lei punirá qualquer discriminação atentatória de direitos



e liberdades fundamentais. Já este último estabelece o racismo como crime inafiançável e imprescritível, sujeito à reclusão, nos termos da lei.

A ALGBT propõe uma interpretação sistemática dos dois dispositivos e, com isso, atingir o entendimento de haver mandamento constitucional impondo a criminalização da homofobia e transfobia. O argumento é questionável. Vejamos.

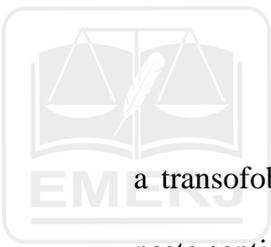
Consignou-se na decisão monocrática não conhecedora do direito de ação ser jurisprudência pacífica do STF a necessidade de norma constitucional que, simultaneamente, garanta especificamente aquele direito cujo exercício esta sendo embaraçado e a necessidade de sua regulamentação infraconstitucional.

De fato, partindo de tais premissas, não se encontram fundamentos para o *mandamus*. Primeiramente porque não há – e nem há necessidade – norma expressa garantindo o direito à liberdade sexual, que é decorrência lógica dos direitos à liberdade e igualdade (art. 5º, *caput*, da CR), bem como do objetivo fundamental da República de promover o bem geral, sem discriminações (art. 3º, IV, da CR).

Soma-se a isto a clareza do inciso XLII em tratar especificamente do caso de racismo. Nesta hipótese, contempla-se um mandamento constitucional para tipificação desta conduta discriminatória em especial, não havendo menção a outras práticas similares. A tese no sentido de que o inciso XLI poderia suprir essa ausência de menção expressa a outros comportamentos, em um primeiro momento, seria frágil para lastrear o pedido da impetrante, pois, além do caráter genérico de sua redação, não há determinação específica de que esta punição dada pela lei terá natureza criminal⁷.

A omissão legislativa, em razão disso, é pressuposto apto a ser considerado como prejudicado, a princípio. O raciocínio é lógico: o conceito de mora remete à ideia de atraso no cumprimento de uma obrigação que, no caso, seria a de legislar criminalizando a homofobia e

⁷ CLÈVE, Clemerson Merlin et al. Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>>. Acesso em 13 de abril.



a transfobia. Contudo, verificando-se a ausência de obrigação constitucional de editar lei neste sentido, não há se falar em mora do Poder Legislativo.

Um panorama completamente desprovido de mandamento constitucional dirigido ao legislador ordinário para atuar nesse sentido decerto importaria no reconhecimento da carência de direito de ação da impetrante, acolhendo a argumentação trazida pelo Senado Federal. Estaria caracterizada a falta de interesse em agir, visto que não haveria utilidade no provimento jurisdicional, sob pena de o Poder Judiciário se imiscuir na conveniência legislativa do Congresso Nacional.

O último requisito talvez seja o de análise mais delicada, pois, deve ser demonstrado o nexo de causalidade entre a alegada mora legislativa e o efetivo impedimento do exercício do direito de liberdade sexual. Estudando a jurisprudência do STF acerca de Mandados de Injunção, verifica-se que a situação posta sempre demonstrava de maneira clara um liame entre o vácuo normativo regulamentador de um direito previsto na Constituição e o completo embaraço de seu efetivo exercício.

Essa situação ocorria em virtude da própria natureza dos direitos envolvidos, que para sua efetiva implementação não poderiam prescindir de um feixe de direitos e obrigações minuciosamente tratadas pelo texto legal, para o que não há espaços na Constituição. Noutros termos, careciam tais direitos de uma regulamentação infraconstitucional positiva.

Os Mandados de Injunção nº 670/RS, 708/DF e 712/PA, relativos ao exercício do direito de greve dos servidores públicos (art. 37, VII, da CR) são uma boa amostra desse quadro. O exercício de greve de servidores públicos exige correta delimitação e forma para seu exercício, motivo pelo qual o STF determinou a aplicação da Lei nº 7.783/89, regulamentadora do direito de greve na iniciativa privada, no que fosse cabível.



Outro caso emblemático⁸ deu-se por ocasião do julgamento do MI nº 721/DF, referente aos requisitos necessários para que o servidor público usufrua de aposentadoria especial pelo seu Regime Previdenciário Próprio (art. 40, §4º, da CR). Assim como no direito de greve, para fazer jus à aposentadoria especial deverá a lei discriminar de modo detalhado quais as exigências impostas, e, tal qual naquele caso, o STF avalizou a possibilidade de aplicação das regras atinentes ao Regime Geral da Previdência, no que compatíveis, aos servidores públicos. Recentemente, em abril de 2014, este entendimento passou a constar no Enunciado nº 33, da Súmula Vinculante.

Diferentemente do quadro apresentado nestas duas situações, a natureza do direito discutido no bojo do MI nº 4.733/DF é completamente diversa. Esta conclusão prescinde de maiores excursões reflexivas para ser atingida, pois, consta de sua própria denominação: liberdade sexual.

O conceito de liberdade nos remete à ausência de óbices para que a pessoa exerça sua própria vontade, sendo despidendo falar em formatação para o exercício do direito. Ao contrário. A regra é a liberdade total do indivíduo, cabendo à lei regulá-lo não de forma positiva, delineando a forma para seu exercício, mas sim de forma negativa, estabelecendo limitações. Desta forma, será trabalho do Poder Legislativo impor limitações ao exercício de liberdades. A noção é materializada pelo princípio da legalidade, inscrito no art. 5º, II, da CR, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Assim sendo, revisitando os cenários outrora postos ao Supremo Tribunal Federal para decidir em sede de Mandado de Injunção, conclui-se que o pedido veiculado pela ação em estudo não se coaduna com a jurisprudência histórica da Corte. Ao atingir esse entendimento, nos parece improvável que o STF acate o agravo regimental interposto pela

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 721/DF. Relator Ministro Marco Aurélio. 30 de ago. de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2291410>>. Acesso em 15 ago. 2015.



impetrante e dê prosseguimento à ação sem fazer uma reflexão sobre sua posição consolidada para alterar as premissas que compreende necessárias ao acolhimento do Mandado de Injunção.

3. CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA: SOLUÇÃO OU DETURPAÇÃO?

Ao início desta exposição afirmou-se que a defesa da liberdade sexual é uma agenda caríssima da sociedade contemporânea para assegurar, sobretudo, a concretização do postulado da dignidade da pessoa humana, vetor maior de interpretação e aplicação da Constituição da República.

Como se sabe o direito à liberdade – e todas as suas matizes – tem a natureza de direito fundamental de Primeira Geração, cujo traço maior é a imposição de limitações à interferência estatal, isto é, a criação de barreiras da atuação do Estado na vida dos indivíduos garante o perfeito exercício de tais direitos. Classicamente, essa perspectiva é denominada de Dimensão Subjetiva dos direitos fundamentais. No entanto, ao contrário do que possa parecer, até mesmo para estes direitos se impõe uma postura ativa do Estado para assegurá-los. É a chamada Dimensão Objetiva dos direitos fundamentais⁹. Por essa, deve-se enxergar as disposições constitucionais acerca de tais direitos como uma maneira de orientar a atuação estatal.

O marco jurisprudencial para a consagração desse entendimento foi o célebre caso Lüth¹⁰, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão – *Bundesverfassungsgericht* – em 1958¹¹. Erich Lüth foi um cidadão alemão responsável por idealizar um boicote aos filmes do cineasta Veit Harlan, já conhecido por produções cinematográficas de tom anti-semita. Tais

⁹ MORAIS, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo. Atlas, 2013.

¹⁰ Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/artigos/Blog/dimensoes_subjetiva_objetiva>. Acesso em 04 de abril.

¹¹ GUEDES, Néviton. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-19/decisao-judicial-tornou-celebridade-internacional>>. Acesso em 06 de abril.



atitudes provocaram reação da produtora responsável por um dos filmes do cineasta, que judicialmente pleiteou a abstenção de Lüth em continuar com a ideia de boicote, pedido inicialmente acolhido pela Justiça alemã.

Após manejar recurso dirigido ao Tribunal Constitucional, a Corte exarou entendimento no sentido de que os direitos fundamentais são dotados de uma eficácia irradiante sobre as normas infraconstitucionais. Com base nisso, decidiu-se que os direitos fundamentais não podem ser vistos tão somente como uma primeira linha de defesa do indivíduo perante o Estado, mas também como decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico, e que fornecem diretrizes para órgãos legislativos, judiciários e executivos¹². Um dos principais fundamentos para essa tese é outra faceta própria dos direitos fundamentais também desenvolvida pela doutrina alemã, chamada de eficácia horizontal dos direitos fundamentais – *Drittwirkung*. Segundo essa, não somente o Estado deve observância aos direitos fundamentais de cada indivíduos, como estes também, nas relações interpessoais, devem preservá-los e respeitá-los.

Assim, vislumbrada a possibilidade de um particular obrar no sentido de violar um direito fundamental de outrem, deve o Estado criar mecanismos para evitar e/ou reprimir essas eventuais violações. Desse modo, hipoteticamente superando todas as colocações de cunho formal feitas no capítulo anterior e adentrando no mérito propriamente dito do Mandando de Injunção nº 4.733/DF, alguns aspectos devem ser analisados para determinar se a ação merece ou não prosperar.

Transportando todo o pensamento já exposto sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e sua eficácia horizontal, a primeira pergunta a ser respondida é: a criminalização da transofobia/homofobia seria a medida correta visando a promoção e o real e efetivo exercício do direito de liberdade sexual?

¹² CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. Salvador. Jus podium. 2014.



Ronald Dworkin¹³ desenvolve a idéia de resposta constitucionalmente adequada com vistas à solução mais consentânea com a Constituição, que obrigatoriamente passará pelo já referido postulado da dignidade da pessoa humana. O Direito Penal é o último foco de resistência que a ordem jurídica dispõe para afirmar a proteção conferida a determinado bem jurídico. É certo que o cenário de recorrentes incidentes envolvendo agressões única e exclusivamente em virtude de opção sexual é grave e alarmante, impondo medidas estatais para revertê-lo. Ainda assim vale perquirir se a criminalização da homofobia/transofobia não seria inverter a lógica do Direito Penal como ultima ratio. Explica-se.

Tomando a questão das drogas como parâmetro, lembra-se que no final dos anos 90 o Governo Federal implementou uma política massiva de conscientização da população sobre o uso de entorpecentes, tratado como agenda de saúde pública. Sob o slogan “Drogas nem morto” uma série de comerciais transmitidos em rede aberta de televisão dramatizavam situações limites às quais eram levados usuários de drogas em razão do vício criado.

Com o advento da Lei nº 11.343/06, a figura do usuário foi tratada no art. 28 como figura típica, porém, sem que haja cominação de pena de prisão, mas medidas alternativas como advertência, prestação de serviços à comunidade e medidas educativas de comparecimento a programa ou curso educativo. O tema da homofobia/transofobia possui relevância de estatura idêntica ao assunto das drogas, visto que ambos os casos geram reverberação social de grande monta. Não obstante, as tentativas de conscientização popular sobre a questão da liberdade sexual identificadas atualmente partem, sobretudo, de movimentos sociais – em especial grupos LGBT –, diferentemente da política institucional promovida pelo Governo Federal no tocante ao uso de entorpecentes.

As iniciativas estatais voltadas a fomentar um senso de respeito e cidadania na sociedade como um todo são incipientes. Quando não, são desprovidas do vigor necessário

¹³ PEDRON, Flávio Quinaud. Esclarecimentos sobre a tese da única “resposta correta” de Ronald Dworkin. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1080/1264>> . Acesso em 13 de abril.

para criar gerações que se desenvolvam já internalizando o dever de respeitar o direito individual de liberdade sexual de terceiros, passando abaixo do radar. É preciso que o Estado definitivamente assuma uma postura pró-ativa de afirmação da liberdade sexual por meio da educação da população, lançando mão de mecanismos extrapenais antes de enveredar pelo drástico caminho da criminalização. Ademais, os atos de violência praticados contra homossexuais e transexuais – homicídios, agressões físicas, agressões verbais e outros atos de violência – já contam com tipificação penal própria e/ou instrumentos judiciais visando a reparação de danos eventualmente sofridos.

O segundo e definitivo ponto a ser enfrentado é a possibilidade de criminalização de condutas pela via judicial do Mandado de Injunção, como requerido no MI nº 4.733/DF. O capítulo anterior demonstrou a técnica de decisão que vem sendo utilizada pelo STF para proporcionar o gozo de direitos não regulamentados infraconstitucionalmente. A Corte para tanto determina a aplicação, por analogia, de diplomas legais próprios de situações análogas, aplicando o que se convencionou denominar de posição concretista.

Essa postura da Corte Maior gera desdobramentos questionáveis por conta da dinâmica fundamental de Separação de Poderes, uma vez que o Judiciário estaria supostamente se imiscuindo em atribuições pertinentes ao Poder Legislativo. Contudo, esse argumento é afastado ao resgatar a função precípua do Judiciário como guardião da ordem jurídica, de modo que, existindo omissão dos demais Poderes em cumprir disposições constitucionais, forte na concepção de checks and balances, deverá o Judiciário intervir para afastar essa situação de ilegalidade.

Ocorre que esta técnica decisória jamais fora aplicada na seara penal, tampouco quando não há mandamento constitucional expresso para que o legislador infraconstitucional obre nesse sentido. De fato, tratando-se de criminalização a questão ganha contornos mais delicados. O princípio da Reserva Legal talvez seja o mais caro dos axiomas do Direito Penal.



Inscrito no art. 5º, XXXIX, da Constituição, materializa-se na exigência de lei para a definição de condutas criminosas¹⁴. Mais especificamente, cuida-se de *lex praevia, certa, scripta, stricta*, isto é, lei em sentido formal, anterior aos fatos praticados, e com a exata descrição da conduta criminosa por escrito. Pois bem.

Conceber que Judiciário possa criminalizar uma conduta, dada sua formação não baseada na representatividade popular, titular do Poder constituído, atenta seriamente contra o que se entende por Estado Democrático de Direito, conceito consubstanciado na limitação do poder por meio da participação do povo. Acatar tal cenário implicaria em criação de precedente afastando a necessidade de lei para tipificação de condutas delituosas.

Supondo que, no caso específico do MI nº 4.733/DF, o STF se proponha a utilizar a posição concretista. Nessa situação, qual diploma legal poderia ser utilizado como base para se aplicado de forma análoga aos casos de homofobia e transofobia? Não nos parece haver muitas dúvidas de que seria a Lei nº 7.716/89¹⁵, que trata dos crimes de discriminação ou preconceito incidentes sobre raça, cor, etnia, religião ou procedência, em especial seu art. 20, que reza:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa.

A possibilidade de aplicação desse dispositivo em ofensas homofóbicas ou transofóbicas foi recentemente apreciada pela Corte Maior no julgamento do Inquérito nº 3.590/DF, sob relatoria do Min. Marco Aurélio. No caso, determinado Deputado Federal publicara em rede social que “A podridão dos sentimentos homoafetivos leva ao ódio, ao crime, à rejeição”, circunstância que motivou o Procurador-Geral da República a oferecer denúncia em face do parlamentar. Requereu o Ministério Público Federal a condenação do congressista pelas penas do art. 20, da Lei nº 7.716/89, pois, seria possível aplicá-la para todas

¹⁴ CLÈVE, Clemerson Merlin et al. Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>>. Acesso em 13 de abril.

¹⁵ BRASIL. Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm>. Acesso em 13 de abril.

as formas de transfobia e homofobia, baseando-se em regra de interpretação conforme a Constituição. Na oportunidade, a 1ª Turma rejeitou a inicial acusatória entendendo que a conduta praticada se configura como atípica, tendo em vista que o art. 20 não abrange a discriminação oriunda de orientação sexual.

O STF não deixou de manifestar sua reprovação à conduta praticada pelo parlamentar, mostrando-se atento ao tema. O Ministro Luís Roberto Barroso fez constar que o comentário do denunciado havia sido “preconceituoso, de mau gosto e extremamente infeliz”, porém, ressaltou que a liberdade de expressão não se cinge a chancelar opiniões de caráter humanista. Expressou, ainda, que a existência de uma lei tipificando as manifestações de ódio – o chamado “*hate speech*” – seria razoável e em consonância com o postulado da dignidade humana. No entanto, fez-se cristalino ao afirmar que tal diploma legal ainda não existe¹⁶.

CONCLUSÃO

Independentemente do resultado de seu julgamento, o MI nº 4.733/DF é caso emblemático em razão de todas as peculiaridades que o cercam. A possibilidade iminente de o STF aplicar a posição concretista visando criminalização de uma conduta pela via judicial, sobretudo com a chancela da tese dos impetrantes pela Procuradoria-Geral da República, tem, por si só, relevância jurídica incomensurável. Ao mesmo tempo, a possibilidade revela-se altamente questionável e, a nosso sentir, perniciososa.

As garantias do Estado Democrático de Direito impõem o respeito à limitação do Poder estatal. A exigência se coloca por dois aspectos essenciais. Primeiro, pela necessidade de devido processo legislativo para legitimar a limitação da liberdade individual por meio da representação popular, conforme se depreende do art. 1º, parágrafo único, da Constituição.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 3.590/DF. Rel. Min. Marco Aurélio Melo. 12 de ago. de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6717176>>. Acesso em 1 mar. 2015

Segundo, para preservar a perfeita harmonia entre os Poderes constituídos. É importante lembrar que o Estado de Direito é resultado da superação do Estado Absolutista, no qual todos os poderes concentravam-se na figura do soberano, não raro confundido com o próprio Estado. A limitação do poder estatal possibilitada pelo Estado de Direito, portanto, significa não só a imposição de limites à intervenção na esfera particular, como também a repartição de funções entre esferas diversas, extirpando a idéia de poder concentrado em órgão único.

Indubitável o relevo do qual se reveste a problemática do respeito à liberdade sexual, no entanto, a correção da subversão não pode ocorrer a qualquer custo. Ao que nos parece, o acolhimento o pleito veiculado pelo MI nº 4.733/DF não garante a conscientização da população sobre a questão e criaria precedente perigoso e incompatível com a ordem jurídica posta pela Constituição da República de 1988.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 4.733/DF. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. 23 de out. de 2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24353944/mandado-de-injuncao-mi-4733-df-stf>>. Acesso em 05 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 3.590/DF. Rel. Min. Marco Aurélio Melo. 12 de ago. de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6717176>>. Acesso em 1 mar. 2015

_____. Ministério Público Federal. Parecer N. 4.414/2014-AsJConst/SAJ/PGR. Rodrigo Janot Moneiro de Barros. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-pgr-criminalizacao-homofobia.pdf>>. Acesso em 05 out. de 2014.

_____. Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm>. Acesso em 13 de abril.

CLÈVE, Clemerson Merlin et al. Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>>. Acesso em 13 de abril.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. Salvador. Jus podium. 2014.



GUEDES, Néviton. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-19/decisao-judicial-tornou-celebridade-internacional>>. Acesso em 06 de abril.

MORAIS, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo. Atlas, 2013.

PEDRON, Flávio Quinaud. Esclarecimentos sobre a tese da única “resposta correta” de Ronald Dworkin. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1080/1264>>. Acesso em 13 de abril.

Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/artigos/Blog/dimensoes_subjetiva_objetiva>. Acesso em 04 de abril.



A NOVA DETRAÇÃO NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Juliana Albuquerque Mendes de Moraes

Graduada pela Universidade Estácio de Sá do Rio de Janeiro.

Resumo: Com a Lei n. 12.736/12 que acrescentou ao art. 387 do CPP, o parágrafo 2, trazendo um novo ‘*modus operandi*’ de computar o instituto da detração penal na sentença penal condenatória. O presente trabalho visa demonstrar os efeitos trazidos pela Lei n. 12.736/12 à luz de sua aplicabilidade no mundo jurídico penalista, questionando-se o seguinte aspecto tais como o instituto da detração em si, seu confronto com o diverso instituto denominado de progressão de regime e por fim a aplicabilidade pós-advento da Lei n. 12.736/12.

Palavras-Chave: Direito Processual Penal. Sentença Penal Condenatória. Sistema progressivo de cumprimento da pena. Detração. Lei 12.736/12.

Sumário: Introdução. 1. Instituto da Detração, seu estudo antes e após o advento da Lei 12.736/12. 2. Antecipação de progressão de regime versus detração. 3. Aplicabilidade do comando legal do art. 387, § 2º, do CPC, pós Lei 12.736/12. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho irá demonstrar os efeitos trazidos pela Lei n. 12.736/12 à luz de sua aplicabilidade no sistema brasileiro processual penalista, questionando-se o seguinte aspecto se sua introdução trouxe o instituto da detração ou a antecipação de progressão regime a ser aplicado na sentença penal condenatória?

De início cabe destacar que no ano de 2012, mais precisamente em 30 de novembro, a Lei n. 12.736, entrou em vigor e trouxe para o sistema processual penal brasileiro, a aplicação da detração a qual deverá ser considerada pelo juiz ao proferir uma sentença condenatória (art. 1º da Lei n. 12.736/12). Mais, precisamente, trouxe como mudança específica, em seu art. 2º, alteração ao disposto nos parágrafos 1 e 2 do art. 387, do CPP.

Ocorre que, a Lei n. 12.736/12, antecipou a aplicação da “detração” ao momento da sentença penal condenatória, ou seja, hodiernamente, o juiz da Vara Criminal ao proferir sua sentença, deverá observar a detração para efeitos de dosimetria da pena, mais precisamente na terceira fase.

Sendo assim, como toda lei que modifica a aplicabilidade de um instituto, traz consigo diversas questões instigantes sobre o tempo e o *modus operandi*, e uma delas a



saber é se o que a lei trouxe não seria simplesmente a antecipação da progressão de regime, em vista da detração penal ser considerada um princípio e como tal, possui uma aplicabilidade maior, que não se restringe ao regime prisional, abarcando todo um contexto de execução da pena.

Todavia, nota-se que a detração é considerada, pela doutrina, como princípio o que denota um estudo, comparativo dela e os efeitos trazidos pela Lei n. 12.736/12. Estudo comparativo este que irá pontuar que se essa última Lei trouxe a detração para a sentença penal condenatória ou simplesmente a antecipação de progressão de regime, tendo em vista o aspecto bem mais amplo no que concerne ao instituto da detração, logo de abrangência mais ampla que apenas a mera aplicabilidade de regime prisional.

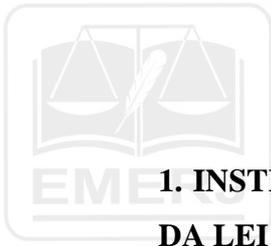
E, com a observância de que o que Lei n. 12.736/12 trouxe foi à antecipação de progressão de regime, será que os magistrados estão observando a presente norma e de que maneira estão aplicando o parágrafo 2 do art. 387, do CPP em suas sentenças, de maneira a efetivar um direito subjetivo do réu ou deixando que o juiz da VEP, ou por muitas vezes, as Câmaras Criminais reformem suas decisões simplesmente por não aplicar tal inovação trazida pela Lei a ser dissecada no presente estudo.

Como exteriorização de um estudo inicial serão pontuados os seguintes aspectos, num primeiro momento irá ser abordado o instituto da detração, seu estudo antes e após o advento da Lei n. 12.736/12. Com isso, tentar-se-á especificar, informar e delinear a origem, o contexto, os fundamentos e o conceito de “detração e de antecipação de progressão de regime”.

Num segundo momento será observado o momento da entrada em vigor da Lei n. 12.736/12, que trouxe a alteração no art. 387 do CPP, mais especificamente no parágrafo 2 desse artigo, abordando-se a diferenciação entre os institutos da progressão de regime e da detração.

Num terceiro momento será observada a aplicabilidade do comando legal do art. 387, § 2º, do CPC, pós Lei 12.736/12 e, a partir disso, quais as consequências trazidas pela sua aplicabilidade ou não ao réu.

Cabe por derradeiro salientar que a metodologia utilizada se resume ao método explicativo, no caso, demonstrando a repercussão trazida pela nova lei ao sistema processual penal brasileiro, mais precisamente em julgados colacionados ao presente trabalho.



1. INSTITUTO DA DETRAÇÃO, SEU ESTUDO ANTES E APÓS O ADVENTO DA LEI N. 12.736/12.

Ao mencionar o instituto da detração, esse deverá ser primeiramente contextualizado, no tempo e no espaço. Quando se estuda a detração, essa vem elencada nos manuais de penal na parte que concerne às penas, uma vez que sua aplicabilidade se dá nessa seara.

A detração penal é estabelecida no artigo 42 do Código Penal¹, tendo o seguinte conceito: a detração é o instituto jurídico mediante o qual se computam, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o da internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo 41 do Código Penal².

Além de ser tratada no Código Penal, a detração consta ainda na Lei de Execução Penal, mais especificamente no artigo 111³, o qual dispõe que quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processo distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou da unificação das penas, observada, quando for o caso, o referido instituto ou a remição.

Para alguns doutrinadores a detração seria até mesmo tida como um princípio, conforme pensamento doutrinário⁴ que obtempera:

Para a aplicação do princípio da detração penal deve existir nexo de causalidade entre a prisão provisória (decorrente de flagrante ou preventiva) e a pena privativa de liberdade. Assim, quando os delitos estejam ligados pela continência ou conexão, reunidos num só processo ou em processo diversos (LEP, art. 111, parte final). Suponha-se que o sujeito esteja sendo processado por dois crimes, homicídio e lesões corporais, encontrando-se preso preventivamente em consequência do delito mais grave. Tendo cumprido quatro meses de prisão preventiva, vem a ser absolvido em relação ao homicídio, e condenado pela lesão corporal a cinco meses de detenção. Os quatro meses de prisão preventiva devem ser computados na pena privativa de liberdade, restando o cumprimento de um mês de detenção. É também admissível a detração quando a pena em relação à qual se pretende seja ela observada advém de crime cometido antes do delito em decorrência do qual o réu ficou preso provisoriamente. Ex.: um sujeito, por crime de homicídio cometido em 1987, fica preso preventivamente durante algum tempo, vindo a

¹ Art. 42 - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

² Art. 41 - O condenado a quem sobrevém doença mental deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

³ Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

⁴ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal* – parte geral. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 464.



ser absolvido. Ocorre que também estava sendo processado por delito praticado em 1986, vindo a ser condenado. Na pena imposta é possível detrair-se o tempo de prisão provisória.

Logo, nota-se que através da detração se permite descontar, na pena ou na medida de segurança, o tempo de prisão ou de internação que o acusado cumpriu antes da condenação.

Ademais, o artigo 42 do Código Penal⁵, menciona o que poderá ser descontado na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, que no caso serão: prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro; prisão administrativa e internação em casas de saúde.

Ocorre que, em 2012, em 03 de dezembro mais precisamente, entrou em vigor a Lei n. 12.736 que realizou considerável mudança quanto ao momento de aplicação deste instituto no direito processual penal.

Antes da Lei n. 12.736/2012, a detração era realizada apenas no momento da execução da pena, recaindo a competência sobre o juízo das execuções penais, conforme artigo 66, inciso III, alínea “c”⁶ da Lei n. 7.210/84, Lei de Execução Penal (LEP). O modo de operacionalização dava-se da seguinte maneira: após a condenação, a secretaria do juízo da execução penal determinava a expedição de um guia, que continha informações sobre o acusado – tais como pena imposta ou tempo de prisão cautelar – permitindo-se, desse modo, que fosse realizada a detração.

A lei acima mencionada acrescentou ao artigo 387 do Código de Processo Penal, os parágrafos 1 e 2⁷, já que anteriormente, o artigo só possuía um parágrafo único.

A redação atual do artigo 387 do Código de Processo Penal, no seu § 2º é a seguinte: “[...] O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade”.

⁵ Art. 42 - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

⁶ Art. 66. Compete ao Juiz da execução: III - decidir sobre: c) detração e remição da pena.

⁷ Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: (Vide Lei nº 11.719, de 2008): § 1º O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta. (Incluído pela Lei nº 12.736, de 2012); § 2º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12.736, de 2012).



Dessa forma, observa-se que com o advento da Lei n. 12.736/12, a detração deverá ser considerada pelo juiz que proferir a sentença condenatória, em regra, tendo como consequência a antecipação do momento de reconhecimento da detração para fins de fixação do regime inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade.

Assim, se antes a detração era feita apenas no Juízo da Execução, após a entrada em vigor da referida lei, essa análise deverá ser realizada pelo próprio magistrado do processo de conhecimento, quando for prolatar a sentença condenatória.

Observa-se, ainda, que fora mantido o critério trifásico de fixação da pena, ou seja, a detração somente será realizada pelo juiz sentenciante após a conclusão da dosimetria da pena e antes da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, nesse sentido o estudioso tem-se que⁸: “[...] a redação do novel § 2º do artigo 387 do Código de Processo Penal, procurou ser explícita quanto à sua finalidade: o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade”.

Assim, observa-se que houve uma antecipação na aplicação do instituto da detração, ou seja, após a entrada em vigor da referida lei, a detração deverá ser observada em âmbito do juízo do conhecimento, e não mais juízo da execução como era anteriormente feito.

⁸ Márcio André Lopes Cavalcante pontuou em seu artigo, *Comentário à Lei n. 12.736/12, que antecipa, para a sentença condenatória, o momento adequado para realizar a detração da pena*, <disponível em <http://www.dizerdireito.com.br>>. Acessado em 30.09.15.

⁹ Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: (Vide Lei nº 11.719, de 2008): § 2º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12.736, de 2012).

2. ANTECIPAÇÃO DE PROGRESSÃO DE REGIME VERSUS DETRAÇÃO.

De acordo com a seara penalista, o direito penal brasileiro abarcou o sistema progressivo da pena, de acordo com o art. 33, ‘caput’¹⁰, do CP, que pode ser escalonado em: fechado, semiaberto e aberto. Segundo a doutrina penalista tem-se que¹¹:

O sistema progressivo, adotado pela reforma penal de 1984, sofre profundas alterações, em verdadeiro retrocesso, em decorrência das alterações patrocinadas pela Lei n. 10792/2003. Dentre tantas outras modificações, exclui expressamente o parecer da Comissão Técnica de Classificação e o exame criminológico. Para progredir, teoricamente, o condenado deverá cumprir, pelo menos, um sexto da condenação, e “merecer” o “benefício”. Esse merecimento, contudo, será valorado pelo “bom comportamento carcerário” certificado pelo diretor do estabelecimento penitenciário. Não definiu, contudo, o novo diploma legal o que seja esse bom comportamento, lacuna que, certamente, será fonte de profundas divergências.

Como é cediço o regime fechado deverá ser cumprido em estabelecimento de segurança máxima ou média; o semiaberto em colônia agrícola ou similar; e o aberto em Casa de Albergado ou estabelecimento adequado.

Ocorre que, o regime inicial fixado na decisão final condenatória a ser cumprido deve levar em consideração as circunstâncias judiciais (CP, art. 59¹²), o quantum da pena ou a natureza do delito: I) pena superior a 08 (oito) anos deverá cumpri-la em regime fechado (CP, art. 33, parágrafo 2, “a”); II) o condenado não reincidente cuja pena seja superior a 04 (quatro) anos e não exceda a 08 (oito), poderá desde o início cumpri-la em regime semiaberto (CP, art. 33, parágrafo 2, “b”¹³); III) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 04 (quatro) anos, poderá cunpri-la desde o início em regime aberto.

Ademais, a o sistema de progressão de regime dar-se-á após o cumprimento dos requisitos objetivos/temporal e subjetivos. Quanto ao requisito objetivo compreende o cumprimento de determinado quantum da pena: a) 1/6 da pena nos crimes em geral; b)

¹⁰ Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

¹¹ Cezar Roberto Bitencourt, em sua obra *Tratado de Direito Penal 1*, Parte Geral, 11 ed. Atual. São Paulo: Saraiva, página 453.

¹² Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

¹³ Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção em regime semi-aberto ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. § 2º - As Penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto.



1/6 nos crimes hediondos e afins cometidos antes de 28/03/2007; c) 2/5 nos crimes hediondos e afins cometidos a partir de 28/03/2007, quando o apenado for primário; e d) 3/5 nos crimes hediondos e afins cometidos a partir de 28/03/2007 quando o apenado for reincidente. E, por último, no que concerne ao requisito subjetivo: compreende o bom comportamento atestado pela direção da unidade prisional.

Desse modo, na progressão evolui-se de um regime mais rigoroso para outro menos rigoroso, e, além do bom comportamento, é indispensável que o condenado tenha cumprido, pelo menos um sexto da pena no regime anterior, nos termos da Lei de Execução Penal (LEP) em seu art. 112¹⁴. E, em se tratando de regime aberto, além do cumprimento de um sexto da pena e do mérito do condenado deve-se observar se o beneficiário preenche os requisitos do art. 114¹⁵ da LEP, ou seja, se o apenado está trabalhando ou se demonstra a possibilidade de vir a fazê-lo, imediatamente, e se apresenta pelos antecedentes e pelo resultado dos exames a que se submeteu, fundados indícios de que se ajustará com autodisciplina e senso de responsabilidade ao novo regime.

Ao comparar o instituto acima descrito com o instituto da detração tem-se que esse se permite descontar, na pena ou na medida de segurança, o tempo de prisão ou de internação que o condenado cumpriu antes da condenação. O art. 42 do CP estabelece expressamente o que pode ser descontado, segundo o qual a detração poderá ocorrer nas hipóteses de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro; prisão administrativa e internação em casas de saúde.

Há entendimento ainda de que deve ser admitida a detração também das penas restritivas de direitos e de que numa interpretação mais liberal da doutrina e da jurisprudência, que a detração por prisão ocorrida em outro processo, o que corresponderia a um não nexos processual, poderá ser computada, desde que por crime

¹⁴ Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003).

¹⁵ Art. 114. Somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que: I - estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente; II - apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime. Parágrafo único. Poderão ser dispensadas do trabalho as pessoas referidas no artigo 117 desta Lei.

cometido anteriormente. A propósito, destaca-se o ensinamento de um grande penalista, que, após expor as correntes doutrinárias sobre o tema, preleciona¹⁶:

Tem-se, porém, admitido ultimamente, tanto na doutrina como na jurisprudência, a detração por prisão ocorrida em outro processo, desde que o crime pelo qual o sentenciado cumpre pena tenha sido praticado anteriormente a seu encarceramento. Essa interpretação é coerente com o que dispõe a Constituição Federal, que prevê a indenização ao condenado por erro judiciário, assim, como àquele que ficar preso além do tempo fixado na sentença (art. 5º, LXXV), pois não há indenização mais adequada para o tempo de prisão provisória que se julgou indevida pela absolvição do que ser ele computado no tempo da pena imposta por outro delito. Evidentemente, deve-se negar à detração a contagem do tempo de recolhimento quando o crime é praticado posteriormente à prisão provisória, não se admitindo que se estabeleça uma espécie de “conta corrente”, de créditos e débitos do criminoso.

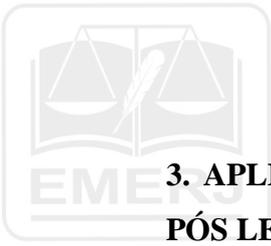
Desse modo, observa-se que tanto na jurisprudência como na doutrina, tem-se admitido o instituto da detração por prisão ocorrida em outro processo, com a condicionante de que a pena a ser cumprida disser respeito a crime que tenha sido praticado anteriormente a seu encarceramento. Esse entendimento tem prevalecido no âmbito deste Superior Tribunal¹⁷, como se confere do seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. DETRAÇÃO PENAL. CRIMES COMETIDOS POSTERIORMENTE À PRISÃO CAUTELAR. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. O instituto da detração penal somente é possível em processos relativos a crimes cometidos anteriormente ao período de prisão provisória a ser computado. 2. Outro entendimento conduziria à esdrúxula hipótese “(...) de ‘conta corrente’ em favor do réu, que, absolvido no primeiro processo, ficaria com um ‘crédito’ contra o Estado, a ser usado para a impunidade de posteriores infrações penais.” (*in* Luiz Régis Prado, Curso de Direito Penal Brasileiro, 3ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, vol. 1, pág. 470). 3. Recurso improvido.

Como se pode notar, são institutos de órbitas distintas, pois na progressão ocorrerá a passagem do condenado de um regime mais rigoroso para outro menos rigoroso, e, além do bom comportamento, é indispensável que o condenado tenha cumprido, uma certa fração da pena no regime anterior, já na detração se permite o cômputo, na pena ou na medida de segurança, o tempo de prisão ou de internação que o condenado cumpriu antes da condenação, podendo ser descontado nas hipóteses de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro; prisão administrativa e internação em casas de saúde.

¹⁶ MIRABETE, Júlio. *Código Penal interpretado*. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 371.

¹⁷ Brasil. Sexta Turma. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO. www.stj.jus.br. DJ de 29/8/05. REsp 650.405/RS.



3. APLICABILIDADE DO COMANDO LEGAL DO ART. 387, § 2º, DO CPC, PÓS LEI N. 12.736/12.

Ao deparar-se com o parágrafo 2 acrescentado ao Código de Processo Penal, tem-se a seguinte situação: “[...] o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade”, o que ordena o cômputo de tais prisões ao abatimento de pena cumprida pelo réu.

Sendo assim, ao analisar-se a aplicabilidade do dispositivo acima descrito, tem-se que esse não revogou o art. 110¹⁸ da Lei de Execução Penal que reza que “O juiz, na sentença, estabelecerá o regime no qual o condenado iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade, observado o disposto no artigo 33 e seus parágrafos do Código Penal¹⁹”, sendo o § 2º²⁰ do art. 387 do CPP a ser interpretado como exigência de um novo capítulo da sentença condenatória, a ser pontuado posteriormente à fase da dosimetria da pena.

Nesse sentido, já se manifestou a jurisprudência do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais²¹:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. DISPAROS DE ARMA DE FOGO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. LEGÍTIMA DEFESA. IMPOSSIBILIDADE. DETRAÇÃO. TEMPO DE PRISÃO PROVISÓRIA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. 01. Havendo comprovação da materialidade e da autoria do crime de disparo de arma de fogo, previsto na Lei n. 10.826/2003, não há como acolher a pretensão defensiva de

¹⁸ Art. 110. O Juiz, na sentença, estabelecerá o regime no qual o condenado iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade, observado o disposto no artigo 33 e seus parágrafos do Código Penal.

¹⁹ Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção em regime semi-aberto ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. § 1º - Considera-se: a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado. § 2º - As Penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: a) o condenado a pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto. § 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste código.

²⁰ Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: (Vide Lei nº 11.719, de 2008): § 2º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12.736, de 2012).

²¹ Brasil. 3ª Câmara Criminal. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Desembargadora Relatora Maria Luíza de Marilac. www.tjmg.jus.br. 22.10.2013. Apelação Criminal n. 1.0236.09.018886-3/001.



absolvição do agente por insuficiência de provas. 02. A legítima defesa é uma exceção e incumbe a quem a alega comprová-la em todos os seus elementos, sob pena de não ser admitida. 3. O § 2º do artigo 387, do Código de Processo Penal, incluído pela Lei 12.736/12, é claro ao estabelecer que o tempo de prisão provisória será computado para fins de determinação do regime prisional, sendo descabida a pretensão de consideração deste tempo para redução do quantum de pena, pois a detração deverá ser feita pela juízo da execução, nos termos do artigo 66, inc. III, "c", da LEP.

Assim, o que se observa no julgado acima colacionado é que o § 2º do artigo 387, do Código de Processo Penal, incluído pela Lei 12.736/12, estabelece que o tempo de prisão provisória seja computado para fins de determinação do regime prisional, sendo incabível a pretensão de consideração deste tempo para redução do quantum de pena. Dessa forma, a detração deverá ser realizada pelo juízo da execução.

Nesse sentido, o julgamento da apelação criminal n.º 1.0024.12.295597-4/001, proferido pelo Tribunal de Justiça Mineiro, o qual invocou o princípio da segurança jurídica e citou os ensinamentos de uma grande doutrinador²²:

Explica-se: se a regra, doravante, é que a detração seja feita na própria sentença condenatória (CPP, art. 387, § 2º), não se pode olvidar que, em certas situações, é praticamente inviável exigir-se do juiz sentenciante tamanho grau de aprofundamento em relação à situação prisional do condenado. Basta supor hipótese de acusado que tenha contra si diversas prisões cautelares decretadas por juízes diversos, além de inúmeras execuções penais resultantes de sentenças condenatórias com trânsito em julgado. Nesse caso, até mesmo como forma de não se transformar o juiz do processo de conhecimento em verdadeiro juízo da execução, o que poderia vir de encontro ao princípio da celeridade e à própria garantia da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), haja vista a evidente demora que a análise da detração causaria para a prolação da sentença condenatória na audiência uma de instrução e julgamento, é possível que o juiz sentenciante se abstenha de fazer a detração naquele momento, o que, evidentemente, não causará maiores prejuízos ao acusado, já que tal benefício será, posteriormente, analisado pelo juízo da execução. Para tanto, deverá o juiz do processo de conhecimento apontar, fundamentadamente, os motivos que inviabilizam a realização da detração na sentença condenatória.

Desse modo, o que deverá ser observado pelo juiz será a dedicação, quando da feitura da sentença, um capítulo próprio para a dosimetria da pena no qual fixará o regime inicial de cumprimento com base na pena final aplicada na sentença, não considerando, nesse momento, a nova detração penal advinda da Lei 12.736/2012. Em consequência, para delimitar de maneira escoreta a pontuação do instituto da detração e da progressão, o magistrado, em novo capítulo da sentença, reconhecerá ou não o direito a este último instituto, caso o condenado tenha tempo de prisão processual suficiente para sua aplicabilidade.

²² LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 1525/1527.



Sendo assim, a pena definitiva e o verdadeiro regime inicial de cumprimento da pena, inclusive o que será indicado na carta de guia a ser enviada à Vara de Execução Penal, são aqueles determinados pelo art. 110²³ da LEP, ou seja, os encontrados no capítulo da pena definitiva (e não naquela detraída da prisão preventiva já cumprida).

É de bastante importância o apontamento acima realizado, pois a pena definitiva não tem somente a função de fixação do regime inicial do cumprimento da pena, mas é também referência para o cômputo do prazo prescricional da pretensão punitiva ou executória, unificação de penas, indultos e comutações, benefícios para trabalho externo e saídas temporárias.

Outro ponto sobre a aplicabilidade do parágrafo 2²⁴ do art. 387 do CPP é o qual somente se dará a detração penal, pelo juiz do processo de conhecimento, para fins de progressão de regime de pena, pois nas hipóteses em que a detração não é hábil a modificar o regime, não haverá cômputo inferior de pena a ser realizado, sob pena de o juízo de conhecimento invadir a competência do juízo da execução, pois o art. 66, III, "c"²⁵, da LEP, que não restou alterado pela Lei n. 12.736/12 nesse particular. Posto se invadir a seara do juízo da Vara de Execução Penal, estará atuando fora de sua competência, incidindo em nulidade de sua decisão, conforme art. 564, inciso I, do Código de Processo Penal²⁶.

O derradeiro e último ponto a ser aventado sobre a nova detração dar-se-ia na atenção a ser dada à incidência da nova lei, não se podem criar situações benéficas indevidas que possam culminar em excessivo volume de revisão de execuções em curso, tornando ainda mais crítica à execução penal, um exemplo refere-se à consideração de que nem toda prisão provisória pode ser usada para fins de detração, sob pena de se criar uma "conta corrente de pena" em favor do criminoso, o que lhe permitiria praticar crimes futuros sem receber qualquer reprimenda. Pois é sabido que as penas admitem a detração quando diversos os fatos, desde que os delitos tenham sido

²³ Art. 110. O Juiz, na sentença, estabelecerá o regime no qual o condenado iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade, observado o disposto no artigo 33 e seus parágrafos do Código Penal.

²⁴ Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: (Vide Lei nº 11.719, de 2008): § 2º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12.736, de 2012).

²⁵ Art. 66. Compete ao Juiz da execução: III - decidir sobre: c) detração e remição da pena.

²⁶ Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: I - por incompetência, suspeição ou suborno do juiz.



perpetrados em data anterior à prisão indevida. Esse cálculo somente pode ser realizado pelo juiz da execução – conforme o disposto no art. 112²⁷ da Lei de Execução Penal.

CONCLUSÃO

Conclui-se que a inovação mais importante observada na alteração do art. 387, mais especificamente em seu parágrafo 2, trazida pela Lei n. 12.736/2012, é de que há uma ampliação do alcance da jurisdição do juiz do processo de conhecimento, que passa a estar dotado do poder-dever de realizar a detração penal já na sentença.

Ocorre que, o problema que poderá ser antevisto é o de que na aplicação da lei nova, que trouxe alteração no § 2º do artigo 387 do CPP, foi a de que se determina o tempo de prisão processual que deva ser considerado na determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, promovendo-se assim uma indevida confusão entre institutos penais distintos, quais sejam: a detração e o regime de cumprimento da pena.

Cabe destacar que, conforme determina o artigo 110 da LEP, o juiz sentenciante, após determinar a pena final aplicada ao réu, deverá estabelecer, com base neste *quantum* de pena, o regime inicial de cumprimento segundo os parâmetros previsto no artigo 33 do Código Penal; todavia, quando da feitura da sentença, o juiz deverá dedicar um capítulo próprio para a dosimetria da pena no qual fixará o regime inicial de cumprimento com base na pena final aplicada na sentença, não considerando, nesse momento, a nova detração penal advinda da Lei 12.736/2012.

Dessa forma, a partir da vigência da lei nova, o juiz da sentença estará obrigado a dedicar um capítulo do julgado a reconhecer o direito do réu à progressão de regime, caso tenha ele tempo de prisão processual suficiente para tanto, fazendo neste capítulo específico da sentença a detração da prisão processual já cumprida.

E, com esse procedimento acima observado, tem-se resguardada a separação entre as atividades judiciais dos dois juízos, o do juiz de conhecimento da vara criminal e do juiz da vara de execuções penais, que já eram praticadas antes da lei, ou seja, reconhecer primeiramente a progressão de regime a que o réu possa

²⁷ Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003).



eventualmente ter direito dentro de um pronunciamento específico contido na sentença e pontuando ainda um capítulo novo da detração, pontuando por derradeiro o regime inicial de cumprimento determinado *in totum* na sentença.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. *As três escolas penais*. São Paulo: Freitas Bastos, 1955.

AVENA, Noberto. *Processo penal esquematizado*. São Paulo: Método, 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JR., Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito penal – parte geral*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1999.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

_____; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. v.1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Tratado de direito penal*. v.1. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____; PRADO, Luiz Regis. *Código de processo penal adotado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BOBBIO, Noberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UnB, 1982.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madri: Trotta, 2001.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal – parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1994.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

MIRABETE, Júlio. *Código Penal interpretado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

O MANDADO DE INJUNÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Juliana Menescal da Silva Ziehe

Graduada em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Delegada de Polícia do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduanda *Lato Sensu* pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: Os direitos sociais são tradicionalmente classificados como normas de eficácia limitada, sendo certo que diante da omissão legislativa inconstitucional, o poder judiciário vem sendo provocado através de mandado de injunção para garantir a máxima eficácia dos direitos fundamentais e a imediata fruição desses direitos pelos seus titulares. Entretanto, com o passar do tempo, o legislativo vem suprindo sua omissão, de modo que a sociedade se depara com um novo obstáculo, qual seja, se o mandado de injunção seria o remédio hábil para sanar um direito regulamentado de forma insuficiente. Para tanto, o presente trabalho irá abordar uma nova classificação dos direitos sociais em direitos de defesa e prestacionais, analisando-se a possibilidade de utilização do mandado de injunção nessa nova perspectiva e como os Tribunais Superiores vêm enfrentando esse tema.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direitos Sociais. Direito de Defesa e Prestacionais. Mandado de Injunção. Omissão Legislativa Inconstitucional. Jurisprudência do STF.

Sumário: Introdução. 1. Classificação dos Direitos Sociais: direitos de defesa e direitos de prestação. 2. Tratamento jurídico do mandado de injunção e a omissão legislativa inconstitucional. 3. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de utilização do mandado de injunção como meio de efetivação dos direitos sociais. É evidente que diante da ausência de uma norma regulamentadora que confira efetividade a um direito fundamental o Poder Judiciário pode ser provocado pelos seus titulares através do Mandado de Injunção. Entretanto, é necessário apreciar se esse remédio constitucional é o instrumento hábil para conferir efetividade a um direito social que já foi regulamentado pelo legislador infraconstitucional, entretanto, de forma insuficiente.



Para tanto, serão abordadas as pesquisas teóricas na doutrina pátria, posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, expondo uma diferente classificação dos direitos sociais em direitos de defesa e de prestação, discutindo-se a possibilidade de utilização do Mandado de Injunção além dos casos de omissão legislativa, mas também para as hipóteses de regulamentação insuficiente, sob a perspectiva do mínimo existencial e o princípio da dignidade da pessoa humana.

O tema é de grande relevância, pois trata da máxima eficácia dos direitos fundamentais tão pleiteados pela sociedade como saúde, educação, previdência social, dentre outros, da omissão legislativa inconstitucional e da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, que não pode extrapolar sua competência face ao pluralismo político, fundamento do Estado Democrático de Direito.

Para melhor compreensão do tema, a presente pesquisa foi estruturada em 3 capítulos. O primeiro capítulo expõe a classificação dos direitos sociais sob uma nova ótica dos direitos de defesa e direitos de prestação, bem como os direitos sociais na qualidade de direito subjetivo a prestações.

Segue-se no segundo capítulo abordando o tratamento jurídico do mandado de injunção, sua possibilidade de aplicação aos direitos sociais e a omissão legislativa inconstitucional.

O terceiro capítulo aborda o posicionamento dos Tribunais Superiores frente ao tema discutido, o desenvolvimento do tratamento da matéria desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 e aplicabilidade do Mandado de Injunção na tutela dos Direitos Sociais.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva- qualitativa e parcialmente exploratória.

1.CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: DIREITOS DE DEFESA E DIREITOS DE PRESTAÇÃO

Inicialmente, cumpre destacar, que toda norma constitucional apresenta eficácia jurídica, isto é, um mínimo de aptidão para produzir efeitos no caso concreto. Isso significa dizer que todas as normas definidoras de direitos e garantias constitucionais possuem, em especial, eficácia jurídica e aplicabilidade imediata, justamente em função de seu caráter fundamental. É justamente nesse sentido que se interpreta o art. 5º, § 1º, CRFB/1988. Entretanto, o *quantum* de eficácia que cada direito fundamental irá produzir depende da forma com que foi positivado na Constituição Federal.

Tradicionalmente, de acordo com José Afonso da Silva¹ as normas constitucionais, quanto a sua eficácia, devem ser classificadas em três categorias, quais sejam, normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada. Tal classificação é recorrente, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, motivo pelo qual não se pode ingressar em uma nova classificação sem mencionar a tradicionalmente usada no âmbito jurídico.

Numa breve análise, as normas de eficácia plena são aquelas que, desde a sua entrada em vigor na Constituição Federal, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais relativamente aos interesses, comportamentos e situações que o legislador constituinte quis regular, independentemente de uma norma integrativa infraconstitucional. Logo, não necessitam de providências normativas ulteriores para a sua aplicação, possuindo aplicação imediata, como é o caso dos direitos individuais.

Já as normas de eficácia contida são aquelas que teriam eficácia plena, mas podem ser objeto de restrições por parte do legislador infraconstitucional, tendo sua eficácia restringida. A referência à lei nos dispositivos constitucionais que veiculam as

¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 98.



normas de eficácia contida não significa, portanto, que sua eficácia dependa da atividade do legislador. A eficácia é plena desde a promulgação da Constituição, podendo apenas o legislador restringir essa eficácia em alguns casos.

As normas de eficácia limitada são aquelas cuja produção plena de efeitos depende de ação do legislador ou de outros órgãos estatais, cujo exercício do direito pelo seu titular depende de uma lei integrativa, sendo, portanto, de aplicabilidade mediata, diferida ou reduzida. Isso não significa que essas normas não tenham nenhuma eficácia, pois um mínimo de eficácia, sobretudo em face dos poderes públicos, toda norma constitucional tem, servindo como verdadeiros vetores à atividade legislativa, condicionando-o na elaboração da lei, sob pena de inconstitucionalidade.

Isso posto, de acordo com a classificação suzo mencionada, os direitos sociais consagrados na Constituição Federal de 1988 são normas de eficácia limitada, sendo necessária a elaboração de uma norma infraconstitucional para a sua aplicabilidade. A limitação dessa eficácia fica ainda mais clara em face dos custos que esses direitos implicam ao Estado, que dependem de uma ação estatal sem a qual a eficácia da norma não se produz por completo.

Entretanto, modernamente, percebe-se que o problema da efetividade é algo comum a todos os direitos de todas as gerações, pois os todos os direitos dependem, o mínimo que seja, de ações estatais para produzir efeitos. Isso porque não existe norma bastante em si mesma, no sentido de que a atuação estatal é sempre necessária e imprescindível. O que permitirá diferenciar tais normas é o *quantum* dessa atuação estatal será necessário para torná-las mais eficazes.

Por esse motivo, a classificação de José Afonso da Silva² que distingue as normas quanto à necessidade de regulamentação e intervenção do Estado perderia seu sentido, uma

² Ibid, p. 98.

vez que de acordo com essa nova perspectiva todas as normas sofrem limitação em sua eficácia.

Nesse aspecto, propõe Ingo Sarlet ³ que mais adequado seria dividir os direitos fundamentais em dois grupos: os direitos de defesa e os direitos de prestações.

Os direitos de defesa, como regra geral, são aqueles que possuem alto grau de densidade normativa, ou seja, receberam do Constituinte a suficiente normatividade e independem de concretização legislativa, tornando-se, pois, auto executáveis. São direitos com conteúdo líquido e certo, que garantem sua auto suficiência e eficácia imediata. Reclamam, portanto, uma atitude negativa do Estado, isto é, de abstenção dos entes estatais, na medida em que independem de prestações positivas para sua efetivação. Estão integrados, principalmente, pelos direitos de liberdade, de igualdade, direitos políticos, garantias institucionais e posições jurídicas fundamentais em geral.

A princípio, as normas que preveem tais direitos se aproximam do conceito das normas de eficácia plena, segundo classificação proposta por José Afonso da Silva. No entanto, com elas não se confundem. De fato, a maioria dos direitos de defesa possui eficácia imediata desde sua entrada em vigor, independente de norma integrativa, mas essa nova classificação engloba inclusive as normas de eficácia limitada, pois as expressões vagas e abertas que dão espaço à hermenêutica, não constituem obstáculo à sua aplicabilidade imediata, tendo em vista que seu conteúdo poderá ser objeto de determinação judicial, não havendo necessidade de remetê-los ao legislador.

Com efeito, os direitos de defesa não se restringem aos direitos individuais ou de primeira geração, uma vez que o processo de concretização dos direitos fundamentais não é estático, alcançando, inclusive, boa parte dos direitos de outras dimensões, como é o caso dos direitos sociais consagrados na Constituição Federal Brasileira.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 52.



Nesse sentido, é o entendimento do autor Ingo Sartet⁴, que ao longo de sua obra destaca que:

[...] já se constatou que as assim denominadas liberdades sociais equivalem, em virtude de sua função essencialmente defensiva e por sua estrutura normativa, aos clássicos direitos de liberdade e igualdade, reclamando uma abstenção por parte do destinatário e não dependendo da alocação de recursos e de concretização legislativa. Estes direitos sociais, que desencadeiam sua plena eficácia, geram para seu titular um direito subjetivo.

Assim, já que o art. 5º, §1º CRFB/88 se aplica a todos os direitos fundamentais, o fato é que também se aplica aos direitos sociais de defesa, ou seja, às chamadas liberdades sociais, gerando aplicabilidade imediata dos mesmos.

Um exemplo de direito social de defesa é o direito de greve, eminentemente negativo, em se considerando sua condição de direito subjetivo do trabalhador. Nesse aspecto, deve ser aplicado sem embaraços no caso concreto, pois dotado de plena eficácia em face de sua densidade normativa.

Entretanto, quanto ao direito de greve do servidor público, a Constituição remeteu a concretização do direito ao legislador. A princípio seria uma norma de eficácia limitada, que ensejaria apenas a declaração de inconstitucionalidade por omissão do legislativo. Contudo, hodiernamente, os tribunais vêm entendendo que essas normas, embora dependam de complementação para gerarem eficácia plena, são verdadeiros direitos de defesa, com preceito diretamente aplicável e plenamente eficaz.

É mais adequado considerar que a Constituição remeteu a concretização do direito ao legislador, reconhecendo que em face da desnecessidade de qualquer outra providência, a não ser a edição da norma legal reclamada pelo constituinte, haveria de prevalecer a presunção da aplicabilidade imediata e a plena eficácia dos direitos fundamentais, que atuando como mandados de otimização, autorizariam atuação do Poder Judiciário através de mandado de injunção, aplicando-se analogia ou qualquer solução que reputar mais conveniente para a efetiva fruição da liberdade fundamental.

⁴ SARLET, op. cit., p. 275.



Já os direitos fundamentais a prestação tem por objeto uma conduta positiva do Estado, reclamando uma maior atuação do ente público para implementação e efetivação desses direitos, de modo a garantir o bem estar de todos os cidadãos. Resumem-se em sua maioria nos direitos sociais, econômicos e culturais.

Há de se observar que todos os direitos fundamentais são, de certo modo, positivos pois até os direitos de defesa exigem um conjunto de medidas positivas por parte do poder público, que abrangem a alocação de recursos materiais e humanos para sua proteção. Entretanto, os direitos de defesa, exigem um custo mínimo do Estado, não constituindo elemento impeditivo para sua efetivação via jurisdicional, o que não acontece com os direitos prestacionais que possuem dimensões econômicas relevantes, exigindo grande aporte do Estado como no caso do direito à saúde, com construções de hospitais, contratações de médicos e compra de ambulâncias.

Note-se, portanto, que os direitos sociais prestacionais são aqueles que além da atividade do legislador infraconstitucional, densidade normativa, depende de uma atividade positiva do Estado para viabilizar o benefício consagrado na norma e aporte econômico, o que vem resultando na tendência de positivizar os direitos sociais de forma vaga e aberta.

Ultrapassada essa questão, resta verificar se assim como os direitos de defesa, os direitos sociais prestacionais geram direito subjetivo individual, e via de consequência, aplicabilidade imediata assegurada aos demais direitos fundamentais.

Os direitos sociais prestacionais, por dependerem de atuação positiva do Estado para sua implementação, são limitados pela chamada reserva do possível, uma vez que, nem sempre, há disponibilidade fática e jurídica de recursos para sua efetivação. Assim, quando limitados pela reserva do possível, lembrando-se que cabe ao poder público o ônus dessa comprovação, os direitos sociais não são tidos como direitos subjetivos à prestação,



impossibilitando a provocação judicial dos órgãos estatais à prestação que constitui seu objeto.

Entretanto, a reserva do possível é um limite imanente dos direitos sociais, mas pode ser também uma garantia. E é justamente nesse aspecto, quando para assegurar o mínimo existencial, é que os direitos sociais prestacionais constituem direitos subjetivos individuais à prestação.

Nesse sentido, existem alguns direitos subjetivos a prestações que constituem verdadeiros direitos independente de concretização legislativa, que se baseiam no direito à vida e no princípio da dignidade da pessoa humana. São eles: direito ao salário mínimo, assistência e previdência social, direito à saúde, muito embora esses direitos não esgotem o assim chamado mínimo existencial. O mínimo existencial, por constituir uma obrigação do Estado, que tem o dever de proteger a vida humana, é claro limite à liberdade de conformação do legislador.

É importante destacar que além do mínimo existencial, encontra-se o princípio da dignidade humana, que pressupõe certo grau de autonomia do ser humano, no sentido de ser capaz de conduzir a sua existência. Importante ressaltar ponderação de Ingo Sarlet⁵ no sentido que, “onde faltam as condições materiais mínimas, o próprio exercício da liberdade fica comprometido, e mesmo os direitos de defesa não passam de fórmulas vazias de sentido”.

Portando, em todas as situações em que o direito social esbarrar no valor mínimo da vida e da dignidade da pessoa humana, poder-se-á sustentar, na esfera de um padrão mínimo existencial, um direito subjetivo definitivo a prestações, exigível via judicial, ainda que concebido de forma vaga e aberta pelo legislador.

⁵ SARLET, op. cit., p. 349.

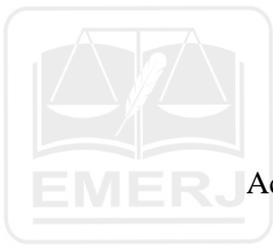
2. TRATAMENTO JURÍDICO DO MANDADO DE INJUNÇÃO E A OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL

O mandado de injunção está disciplinado no art. 5º, LXXI, CRFB/88, devendo ser concedido sempre que a falta de uma norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. É, portanto, o remédio constitucional que tem por objetivo a viabilização de direitos fundamentais materiais, isto é, direitos fundamentais que têm por escopo a defesa e a proteção de bens e valores considerados essenciais para a dignidade da pessoa humana, que não tem capacidade de produzir efeitos imediatos em função de uma omissão legislativa inconstitucional.

Observa-se que o mandado de injunção vai muito além da modulação de efetividade, servindo para suprimir, concretamente, a omissão legislativa, viabilizando a máxima eficácia dos direitos constitucionais e a fruição pelos seus titulares.

É justamente buscando o objeto do mandado de injunção, que os cidadãos buscam o Poder Judiciário, que deve equilibrar dois direitos que lhe apresentam no caso concreto: dignidade da pessoa humana e pluralismo político. Ambos os direitos devem ser conciliados, possibilitando a superação da inércia do legislador democrático para que o exercício dos direitos fundamentais possam se dar mediante atividade jurisdicional.

Nesse sentido, importa que se tenha sempre em mente, que quem governa um Estado é a Constituição Federal, daí o poder atribuído ao Poder Judiciário no caso específico do mandado de injunção, não se podendo alegar a ofensa à tripartição dos poderes ou ativismo judicial inconstitucional. Trata-se de um exercício excepcional, previsto pela própria Constituição, que garante ao Poder Judiciário uma função que caberia ao legislador, em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana e da máxima eficácia.



Acrescenta Eurico Bitencourt⁶ que:

[...] a primeira conclusão quanto aos efeitos do mandado de injunção é a de que, como direito fundamental processual, é instrumento apto a superar a falta de lei que inviabilize o exercício de uma posição ativa jusfundamental. Em outras palavras, o mandado de injunção é meio de excepcional atuação judicial na definição de escolhas primárias, diretamente a partir da Constituição, para permitir o exercício de um direito fundamental. No caso em exame o mandado de injunção é meio de exercício extraordinário, pelo juiz, de uma competência que cabe, regra geral, ao legislador: a definição de escolhas de natureza política que permite, por exemplo, a fruição de prestações materiais decorrentes de direitos sociais.

Contudo, resta saber se o mandado de injunção é meio de efetivação dos direitos sociais, tanto no caso dos direitos sociais de defesa quanto no caso dos direitos sociais prestacionais.

Nesse aspecto, os direitos de defesa, por possuírem alta densidade normativa e pouco investimento do Estado, mesmo que regulamentados de forma vaga e aberta pelo legislador infraconstitucional, sempre geram para seu titular direito subjetivo, podendo seu conteúdo ser objeto de determinação judicial para conferir-lhe efetividade.

Excepcionalmente, pode acontecer que alguns direitos, embora de defesa, sejam dependentes de concretização legislativa. Nesse caso, o STF vem demonstrando um novo entendimento, opinando pelo provimento do mandado de injunção, ante a contumaz omissão legislativa, no sentido de assegurar o direito subjetivo, aplicando, na falta de regulamentação específica, analogia a um direito de defesa semelhante. Isso porque a omissão legislativa inconstitucional não pode resultar em suspensão do exercício do direito fundamental pelo seu titular, garantindo a intervenção do Poder Judiciário no caso concreto, nos termos do art. 5º, §1º, CRFB/88.

O direito de greve, típico direito social de defesa, é assegurado pela Constituição brasileira, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele proteger, nos termos do art. 9º, CRFB/88. É um

⁶ BITENCOURT Neto, Eurico. *Mandado de Injunção na tutela de direitos sociais*. Salvador: Juspodvm, 2009, p. 143.



direito plenamente eficaz e que gera aplicabilidade imediata aos seus titulares, impondo uma postura negativa ao Ente Estatal. Entretanto, a própria Constituição no seu art. 9º, §1º, impõe ao legislador o dever de regulamentar tal direito para definir os serviços e atividades essenciais da iniciativa privada, dispondo sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Trata-se, aqui, de uma de uma restrição ao direito de greve a ser elaborada pelo legislativo e não uma condição para o seu exercício.

Todavia, o direito de greve do funcionário público, será exercido nos termos e limites definidos em lei específica, conforme determinação do art. 37, VII, CRFB/88. Nesse caso, diferentemente do que acontece no direito de greve na esfera privada, o constituinte impôs uma condição ao seu exercício, qual seja, a edição de uma norma infraconstitucional que defina parâmetros para o exercício de uma liberdade, mesmo constituindo um direito eminentemente negativo, com estrutura de direito de liberdade.

É justamente por constituir um direito de defesa, mesmo que dependente de uma norma infraconstitucional, que constatando uma omissão do Poder Legislativo, os servidores públicos, titulares desse direito, devem fazer uso do mandado de injunção para que o Poder Judiciário estabeleça os parâmetros para o exercício do direito de greve, com efeitos vinculantes e limitados ao caso concreto.

No tocante aos direitos sociais prestacionais, embora se prefiram as ações coletivas, poder-se-ia vislumbrar a utilização do mandado de injunção sempre que a omissão legislativa esbarre no mínimo existencial e no princípio da dignidade humana.

Nesse caso, há de se ter em conta três hipóteses, elencadas pelo autor Eurico Bittencourt⁷. A primeira, quando já houver condições jurídicas para a fruição das prestações materiais, isto é, quando o legislador infraconstitucional já regulou os direitos sociais prestacionais ou a própria Constituição já estabeleceu as condições necessárias à

⁷BITENCOURT, op. cit., p. 143.



fruição dos direitos sociais, não caberá mandado de injunção, uma vez não há interesse jurídico para a sua propositura. Assim, a eventual exclusão explícita de um indivíduo de determinado direito prestacional, deverá ser resolvida através dos meios processuais comuns, por mandado de segurança, ou ação direta de inconstitucionalidade.

A segunda hipótese se dá quando o legislador houver regulamentado de forma insuficiente o direito social prestacional, excluindo de forma implícita e indevida, parcela de seus destinatários. Nessa hipótese já existe a possibilidade de se ingressar com o mandado de injunção, uma vez que essa omissão legislativa causa prejuízos à parcela da população que deveria estar amparada pelos mesmos direitos, devendo o remédio constitucional estender seus efeitos aos beneficiários da norma. A decisão judicial será no sentido de reconhecer que determinado grupo de indivíduos tem o direito constitucionalmente assegurado de fruir determinadas prestações oferecidas segundo os parâmetros já estabelecidos pelo legislador democrático.

A terceira hipótese ocorre no caso de omissão legislativa absoluta, isto é, quando o legislador se omite integralmente quanto ao seu dever de dar eficácia prestacional ao direito social. É justamente nesse caso, que o Poder Judiciário deve atender ao mínimo existencial e ao princípio da dignidade humana, devendo suprir a omissão legislativa e estabelecer os parâmetros necessários à fruição dos direitos, ainda que com isto faça escolhas de natureza política, mas que deve ser ponderada no caso concreto.

Nota-se, portanto, que a utilização do mandado de injunção possui um limite, qual seja, a ausência de uma norma regulamentadora, apontada como uma omissão legislativa inconstitucional, podendo ser utilizado em casos específicos como: nos direitos sociais de defesa que dependam de concretização legislativa, isto é, parâmetros de exercício a serem fixados em lei; nos direitos sociais prestacionais quando se tratar de uma omissão legislativa absoluta, estando em causa o direito ao mínimo existencial e



princípio da dignidade humana; quando se tratar de uma omissão legislativa relativa, pela implícita exclusão de parte dos titulares do direito da possibilidade de fruição.

Assim, se o direito social prestacional já estiver regulamentado, inexistente omissão legislativa que permita a propositura do mandado de injunção, versando o debate sobre a insuficiência de regulamentação para a concretização do direito.

É justamente o que acontece com a maioria dos direitos sociais previstos na Constituição Federal Brasileira, tais como saúde, educação, previdência social, que já são regulamentados, mas estão longe de alcançar a expectativa da sociedade. Ingressar com demanda no poder judiciário para dar efetividade a um direito é sempre legítimo, mas o instrumento cabível nesses casos não será mais o mandado de injunção, por ausência de um dos seus requisitos intrínsecos.

3. POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal veio ao longo dos anos mudando a jurisprudência em relação a aplicabilidade do mandado de injunção e seus efeitos jurídico. Por essa razão, Alexandre de Moraes⁸ classificou, para fins didáticos, a posição do STF em quatro vertentes: posição não concretista, posição concretista individual intermediária, posição concretista individual direta e posição concretista geral.

Pela posição não concretista, o Tribunal firmou seu entendimento que o mandado de injunção deveria limitar-se a constatar a inconstitucionalidade da omissão e a determinar que o legislador empreendesse as providências requeridas. A decisão do Tribunal apenas decretava a mora do poder omissivo, reconhecendo formalmente a sua inércia. Esse posicionamento foi muito criticado na medida em que confundia a finalidade

⁸ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 171.



do mandado de injunção com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tornando inviável o exercício de direitos fundamentais no caso de omissão legislativa inconstitucional.

Essa posição foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do MI n. 107-DF, MI n. 124, MI n. 288-DF, MI n. 321, MI n. 332, MI n. 431e MI n. 362-RJ.

Nesse sentido, merece destaque o julgamento do MI n. 362⁹, de modo a ilustrar o posicionamento da Corte:

[...] por maioria dos votos, deferiu o tribunal, em parte, o pedido de mandado de injunção, para que se comunique ao Congresso Nacional a mora em que se encontra, a fim de que sejam adotadas as providências necessárias ao suprimento da omissão. Vencidos, em parte, os Mins. Relator e Carlos Velloso, que também deferiram o pedido e fixavam as condições necessárias ao exercício do direito. Votou o presidente. Relator para o acórdão o Min. Francisco.

Em contrapartida, a posição concretista, seja ela individual ou geral, parte do pressuposto que, presentes os requisitos constitucionais exigidos para o mandado de injunção, o Poder Judiciário, através de uma decisão constitutiva, declara a existência da omissão legislativa ou administrativa e implementa o exercício do direito até que sobrevenha regulamentação do poder competente. Essa posição divide-se em duas espécies, quais sejam, a concretista geral e a concretista individual, conforme a abrangência de seus efeitos.

Pela posição concretista geral, a decisão do Poder Judiciário terá efeitos *erga omnes*, implementando o exercício da norma constitucional através de uma normatividade geral, até que a omissão seja suprida pelo poder competente. Através da normatividade geral, o Poder Judiciário legisla no caso concreto, produzindo a decisão efeitos *erga omnes* até que sobrevenha norma integrativa elaborada pelo Poder Legislativo. Percebe-se que a aplicação da lei não mais se restringe aos impetrantes, mas a todos os destinatários que se beneficiariam com a norma regulamentadora.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 362. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1523644>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

Essa foi a posição adotada nos MI n. 670, MI n. 708, MI n. 712 e MI n. 758.

Com efeito, assim determinou o Supremo Tribunal Federal no julgamento do MI n. 670¹⁰, impetrado pelo sindicato dos servidores policiais civis do estado do Espírito Santo, de modo a viabilizar o direito de greve:

[...] O tribunal, por maioria, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da lei n° 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, em parte, o Senhor Ministro Maurício Corrêa (Relator), que conhecia apenas para certificar a mora do Congresso Nacional, e os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Lavrará o acórdão o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Não votaram os Senhores Ministros Menezes Direito e Eros Grau por sucederem, respectivamente, aos Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Maurício Corrêa, que proferiram voto anteriormente. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia, com voto proferido em assentada anterior.

Assim, destaca Gilmar Mendes¹¹ que “as decisões acima referidas indicam que o Supremo Tribunal Federal aceitou a possibilidade de uma regulamentação provisória pelo Judiciário, uma espécie de sentença aditiva, na denominação do direito italiano.”

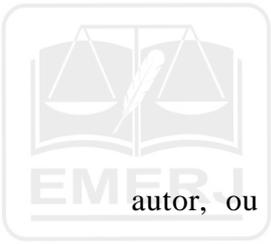
No entanto, embora a Corte tenha demonstrado grande avanço no tratamento do mandado de injunção, a posição concretista geral sofre duras críticas, pois ao proclamar em sede de mandado de injunção uma decisão com efeitos *erga omnes*, estaria o poder judiciário excedendo suas funções, o que seria, a princípio, incompatível com o sistema de separação de poderes.

No que tange a posição concretista individual, a decisão do Poder Judiciário só produzirá efeitos para o autor do mandado de injunção, que poderá exercitar plenamente o direito previsto na norma constitucional. Essa espécie se subdivide em duas outras: concretista individual direta e concretista individual intermediária.

Pela concretista individual direta, o Poder Judiciário, ao julgar procedente o mandado de injunção, implementa imediatamente a eficácia da norma constitucional ao

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n° 670. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2018921>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1325.



autor, ou seja, aplica-se diretamente a norma pleiteada em juízo, sem que o Poder Judiciário exerça a sua legitimidade extraordinária, fixando as condições para o exercício do direito. Nesse caso, diante da omissão legislativa, o titular do direito passa a ter a prerrogativa de gozar da norma diretamente. Essa posição foi adotada no MI n. 232¹², nos seguintes termos:

[...] O Tribunal, por maioria de votos rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa da requerente, vencidos os Srs. Ministro Relator, Octavio Gallotti, Sydney Sanches, Aldir Passarinho e Néri da Silveira. No mérito, o Tribunal, por maioria, conheceu em parte do mandado de injunção e nessa parte o deferiu para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar, decorrente do art. 195, § 7º da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo, sem legislar, passe a requerente a gozar da imunidade requerida, vencidos os Srs. Marco Aurélio, Carlos Velloso e Célio Borja, que o deferiram, em termos diversos.

Pela posição concretista individual intermediária, o Poder Judiciário fixa um prazo ao Poder Legislativo para elaborar a norma regulamentadora. Findo esse prazo e permanecendo a inércia do Legislativo, o Judiciário fixa as condições necessárias ao exercício do direito por parte do autor. Assim, a partir da decisão do Judiciário, o poder competente estaria oficialmente declarado omissor, devendo a Corte atuar no caso concreto, através da sua legitimidade extraordinária. Essa posição foi adotada no julgamento do MI n. 721.

No entanto, necessário abrir parênteses para efeito de se estabelecer que nem sempre as decisões proferidas em sede de mandado de injunção se enquadrarão perfeitamente às posições identificadas por Alexandre de Moraes.

Existem casos excepcionais, em que o STF não adotou nenhuma das posturas anteriormente descritas. É o caso do MI n. 283, MI n. 439, MI n. 543. Nesses julgados, o Tribunal, reconhecendo a omissão do Poder Legislativo, assegurou ao titular do direito a

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n° 232. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1495785>>. Acesso em: 14 de abr. 2015.



faculdade de se obter a reparação dos danos decorrentes da impossibilidade de fruir o direito.

Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal adotou, em parte, a posição não concretista, se restringindo a declarar a omissão do Poder Legislativo, mas inovou ao autorizar, desde logo, a possibilidade de se ajuizarem, os beneficiários da norma, com fundamento no direito comum, a pertinente ação de reparação econômica do prejuízo, caso tenham sofrido.

Todavia, independente da posição adotada pelo Tribunal, o importante é traçar a mudança do seu posicionamento ao longo dos anos, de modo a verificar a trajetória do Supremo Tribunal Federal na efetivação dos direitos sociais através do mandado de injunção.

É justamente através da análise dos mandados de injunção até hoje impetrados, que se verifica a mudança no posicionamento da Corte, que, inicialmente, atribuía ao mandado de injunção a mesma função da ADIn por omissão, até a sua atuação mais ativa, exercendo a sua legitimidade extraordinária ao suprir a omissão legislativa no caso em concreto, no sentido de efetivar o princípio da aplicabilidade imediata e máxima eficácia das normas constitucionais, estampado no art. 5º, § 1º da CRFB/88.

Portanto, o mandado de injunção tem se demonstrado como remédio eficaz para garantir a eficácia dos direitos sociais no caso de omissão legislativa inconstitucional. Esse posicionamento é corroborado cada vez mais pelas decisões do Supremo Tribunal Federal nos últimos julgamentos de mandados de injunção, asseverando sempre o papel do Poder Judiciário como guardião da Constituição, garantindo a máxima eficácia aos direitos fundamentais que lhe são próprios.



CONCLUSÃO

Em confluência ao exposto, verifica-se que os direitos sociais podem ser classificados sob uma nova perspectiva em direitos sociais de defesa e direitos sociais a prestação. Os primeiros, por serem eminentemente negativos, requerem uma abstenção por parte do ente estatal, pois representam as liberdades individuais, constituindo verdadeiros direitos subjetivos, plenamente eficazes e de aplicabilidade imediata.

Nesse sentido, os direitos sociais integram os direitos de defesa quando resguardam um direito à liberdade, como é o caso do direito de greve, constituindo também um direito subjetivo de seu titular. Por isso, quando consagrada pela Constituição de forma vaga e aberta, ou dependente de uma norma infraconstitucional, requerem atuação do Poder Judiciário, de modo a viabilizar a fruição imediata aos seus titulares.

Já os direitos prestacionais são aqueles eminentemente positivos, dependentes de uma prestação do ente estatal, principalmente diante da sua relevância econômica. A maior parte dos direitos sociais enquadra-se neste grupo de direitos. É importante destacar que devido à sua natureza, nem sempre esses direitos podem ser demandados em juízo, de modo a compelir o Estado a fornecê-los a seus titulares.

No entanto, quando o direito social prestacional versar sobre o princípio da dignidade humana e o mínimo existencial, esse direito é elevado à qualidade de direito subjetivo, são os chamados direitos subjetivos a prestações. Apenas os direitos subjetivos a prestações podem ser demandados pelos seus titulares em juízo, de modo a garantir sua eficácia constitucional quanto ao mínimo existencial. É o caso do direito ao salário mínimo, assistência, previdência social e saúde.

Entretanto, ainda que os direitos sociais de defesa e direitos sociais prestacionais constituam direitos subjetivos, podendo ser demandados via judicial, quando estão

regulamentados, ainda que de forma vaga e aberta, não podem ser objeto de mandado de injunção, por ausência de elemento intrínseco desse remédio constitucional.

Isso porque, o mandado de injunção é um remédio constitucional de natureza processual, que tem por finalidade precípua dar efetividade aos direitos fundamentais que dependam de norma regulamentadora, no caso de omissão legislativa inconstitucional.

Assim, o mandado de injunção pode ser utilizado apenas para dar eficácia aos direitos sociais de defesa que careçam de regulamentação e aos direitos sociais prestacionais, não regulamentados, desde que, para assegurar o mínimo existencial decorrente do princípio da dignidade humana.

Ocorre que a maioria dos direitos sociais prestacionais já estão regulamentados, como é o caso da saúde, educação, seguridade social e salário mínimo. Nesse momento, o mandado de injunção perde a sua finalidade, não podendo ser utilizado para dar efetividade a tais direitos, pois esbarra no seu limite constitucional, qual seja, a falta de uma norma regulamentadora. Nesse momento, a discussão versa mais sobre a suficiência de regulamentação dos direitos sociais, pelo legislador infraconstitucional do que pela aplicabilidade do remédio.

Isso posto, na prática, o mandado de injunção é plenamente eficaz para garantir a eficácia dos direitos sociais de defesa, que, no entanto, constituem a minoria dos direitos sociais, conforme se verifica das decisões do Supremo Tribunal Federal. Contudo, a maior parte dos direitos sociais são prestacionais, mas devido à regulamentação já efetuada pelo Poder Legislativo, mesmo que insuficiente, torna o mandado de injunção ineficaz para efetivação desses direitos.

Por derradeiro, ainda que não seja o caso de aplicação do mandado de injunção, torna-se indispensável uma análise adequada da atuação dos entes estatais na efetivação dos direitos sociais prestacionais, posto que não atendem a demanda e expectativa social,



isso porque, ainda que regulamentados, não atendem sequer ao mínimo existencial, sendo os serviços públicos prestados de forma precária e insuficiente à população.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BITENCOURT Neto, Eurico. *Mandado de Injunção na tutela de direitos sociais*. Salvador: Juspodivm, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 362. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1523644>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2018921>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 232. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1495785>>. Acesso em: 14 de abr. 2015.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; QUINTAS, Fabio Lima; VALE André Rufino. *Mandado de Injunção: estudos sobre sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOTA, Maurício Jorge. *Responsabilidade civil do Estado legislador*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.



SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Curso de Direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2009.



ADOÇÃO INTERNACIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Kathlen Caroline Alves de Lima

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: A adoção como medida de acolhimento da criança e do adolescente brasileiro em família estrangeira. A evolução histórica do processo de adoção no ordenamento jurídico brasileiro. Critérios de identificação da família substituta. Leis atuais e antigas evidenciando o histórico do processo de adoção. Enfrentamento do tema observando as legislações pátrias e internacionais a respeito do tema. Princípios adotados visando ao melhor interesse da criança ou do adolescente. Alterações legislativas aplicáveis ao tema. Aplicação da legislação atualmente no ordenamento pátrio.

Palavras-chave: Adoção Internacional. Aplicável no Brasil. Sistema Legal Brasileiro. Tratados Ratificados.

Sumário: Introdução. 1. Histórico da Adoção Internacional 2. Da Legislação Aplicável ao Brasil 3. A Aplicação do Princípio do Melhor Interesse do Menor. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A adoção é um dos institutos do Direito que maiores indagações suscita, considerando que diz respeito diretamente aos aspectos biopsicossociais da criança e da família. As legislações obedecem ao processo histórico de cada país e sofrem uma evolução profunda através de diversificados tipos que se acomodam às exigências desta ou daquela sociedade.

Constata-se, com frequência, o despertar do interesse quando o tema é enfocado publicamente, frente às inúmeras perguntas que se sucedem, sentindo-se claramente o questionamento pessoal daqueles que estão vivendo o problema através de uma guarda de fato, de direito ou ainda da própria adoção. Questões como a adoção por estrangeiros residentes fora do país; o direito ou não dos companheiros de requerê-la; o conceito e a diferença entre a adoção e a delegação do poder familiar; as distorções sobre o patrimônio – herança e muitas outras são permanentemente levantadas.

Diante de uma sociedade cujos valores estão bastante deteriorados e num mundo globalizado na disputa pelo consumismo e riqueza, muitos se esquecem dos valores que servem de pilares para a formação de uma família natural. A adoção surge como uma nova forma de esperança a alguém que perdeu seu principal elo com o ser humano: a constituição da família. A adoção é um ato jurídico por meio do qual é manifestado o desejo de estranhos estabelecerem laços de amor, bastando, somente, atenderem a proteção social independente da nacionalidade do sujeito. Basta constituir com o adotado uma relação familiar com todas as características da família natural assim definida em nossa Constituição.

Adoção é o ato de dar seu próprio nome a alguém, dar lugar a um filho na família que por natureza não é. Acolher um filho como se seu fosse. Deriva do latim *adoptio*, que significa dar seu próprio nome a, pôr um nome em, no sentido de acolher alguém. Entre os nossos tratadistas brasileiros, o douto Clóvis Beviláqua define a adoção como sendo: o ato civil pelo qual alguém aceita estranho na qualidade de filho; para Carvalho Santos: ato jurídico que estabelece entre duas pessoas relações civis de paternidade e de filiação; já o eminente Silvio Rodrigues: ato do adotante pelo qual traz ele, para sua família e na condição de filho, pessoa que lhe é estranha; no entender de Orlando Gomes: ato jurídico pelo qual se estabelece, independentemente do fato natural da procriação, o vínculo de filiação.

A adoção é o último estágio a que se pode chegar na busca pela efetivação da convivência familiar, isso porque, a lei privilegia a tentativa de manutenção da criança e do adolescente na família natural. Outrossim, a adoção é irrevogável, isto é, perpetua seus efeitos definitivamente, impossibilitando a retomada do poder familiar pela família original.

Adoção na verdade é uma medida protetiva de colocação em família substituta que estabelece o parentesco civil entre adotante e adotado. Existem várias espécies de adoção: adoção unilateral, adoção conjunta e a guarda compartilhada.

Era urgente a legislação disciplinadora do instituto para adequá-lo à realidade social sem vulgarizá-lo ou descaracterizar os seus valores na preservação do bem-estar do adotado, que é o objetivo-fim. Sem sombras de dúvidas, a adoção deve ser uma para que se não discrimine a criança adotada, contudo exige muita cautela não só para que se evitem as rejeições como também para que o instituto não se transforme no instrumento paliativo da desassistência social.

Neste contexto, o presente trabalho tem por escopo uma análise doutrinária e legislativa acerca de uma maior conscientização quanto aos propósitos da adoção internacional, analisar sistematicamente os tratados internacionais no Brasil e no exterior, assim como as leis aplicáveis a cada caso, uma maior mobilização desse instituto e participação de outros organismos internacionais no seu processo e o processo de adoção internacional nos países participantes do Mercosul. Assim como, analisar as mudanças que recentemente foram implementadas pela nova lei de adoção e, conseqüentemente, no Estatuto da Criança e do Adolescente.

1. HISTÓRICO DA ADOÇÃO INTERNACIONAL

1.1. Adoção no Código Civil de 1916 e Demais Diplomas Legais à Época

O Código Civil de 1916 chamava de simples a adoção tanto de maiores como de menores. Só podia adotar quem não tivesse filhos. Adoção era levada a efeito por escritura pública e o vínculo de parentesco limitava-se ao adotante e ao adotado.¹ Somente poderiam adotar os maiores de cinquenta anos que fossem ao menos dezoito anos mais velhos em relação ao adotado e que não possuíssem prole legítima ou legitimada. Dessa forma, havia

¹ DIAS, Maria Berenice. *Direito de família*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 425.

sérios obstáculos impostos àqueles que tivessem a intenção de adotar. Quanto a esse aspecto, é interessante observar a necessidade de o adotante não possuir filhos. Esse detalhe importante demonstra como a adoção possuía, à época, a função primordial de dar a oportunidade àquele que não pôde ou não quis ter um filho, adotar uma criança, mantendo-se o caráter que a adoção já possuía desde suas origens.

A adoção era prevista em seus art. 368 a 378 localizados no Título V (Relações de Parentesco), Livro I (Do Direito de Família), da Parte Especial. Em 08 de maio de 1957, a Lei n. 3.133 veio a alterar o Código Civil, a fim de atualizar o instituto e fazer com que este tivesse maior aplicabilidade, reduzindo a idade mínima do adotante para 30 anos. A diferença de idade entre adotado e adotante foi modificada para dezesseis anos. Deixou de existir a necessidade de o casal adotante não possuir filhos, passando-se apenas a exigir comprovação de estabilidade conjugal por um período de no mínimo cinco anos de matrimônio. Pôde-se, através da citada lei, notar uma pequena evolução no que se refere ao caráter da adoção, uma vez que menos entraves foram impostos a quem quisesse adotar.

Estabelecia ainda a Lei n. 3.133/57 que o parentesco resultante da adoção tinha efeitos apenas para o adotante e adotado. Com exceção do pátrio poder, que era transferido, os demais direitos e deveres em relação ao parentesco natural não se extinguíam. Além disso, em se tratando de sucessão hereditária, o adotante tinha direito apenas a metade do quinhão a que tinham direito os filhos biológicos, segundo o artigo 1.605 do Código Civil de 1916, que foi revogado pelo art. 227, §6º, da CRFB/88, que proíbe qualquer distinção entre filhos legítimos ou legitimados. Pode-se concluir que a adoção ainda possuía o cunho de solução dos problemas do adotante, ou seja, de dar filhos ao casal que não os tivesse biologicamente e para perpetuação das famílias diferentemente dos dias atuais que predomina o caráter humanitário e protetor da criança e do adolescente.

Mais tarde, em 2 de junho de 1965, entra em vigor a Lei n. 4.655, cuja única modificação importante que trouxe, ao instituto da adoção, foi a de permitir que fosse cancelado o registro de nascimento primitivo e substituído por outro, com novos dados. Mantiveram-se as exigências anteriores, ou seja, que os candidatos fossem casados por um período de no mínimo cinco anos. Também através dessa lei, se induziu a legitimação adotiva do filho com idade de até sete anos, só conferida aos pais legitimantes depois de processo regular e mediante sentença que deveria ser inscrita no Registro Civil. Sendo assim, diferentemente do disposto inicialmente no Código Civil de 1916, não mais se fazia essa espécie de adoção por escritura pública, sendo o ato irrevogável.²

Em 1979, veio a lume, no ordenamento jurídico brasileiro, o Código de Menores, como ficou sendo conhecida a Lei n. 6.697 de 10 de outubro daquele ano. Com ele, pôde-se observar um significativo avanço na proteção à criança e ao adolescente e, por consequência, no tratamento dado pela legislação pátria à adoção. O Código de Menores previa dois tipos de adoção: a plena e a simples; assim como o direito romano, que previa a adoção plena e a *minus* plena. A adoção situada na Subseção V e VI da Seção I, “Das Medidas Aplicáveis ao Menor”, era tratada em relação aos menores em situação irregular.

Essa irregularidade é definida pelo abandono do menor, sob todos os aspectos, estando privado das condições essenciais à sua subsistência, cabendo ao Estado resguardar os interesses do mesmo. Tal situação deveria ser reconhecida pelo juiz em decisão anterior à adoção, podendo os requerentes cumular os pedidos de adoção e de definição de irregularidade do menor buscando a obtenção da guarda.

A adoção simples sob o prisma do Código de Menores era aplicada aos menores de 18 anos, em situação irregular, utilizando-se os dispositivos do Código Civil no que fossem pertinentes, sendo realizada através de escritura pública segundo art. 375, do Código Civil de

² GAMA, Décio Xavier. Adoção por duas pessoas e a de maiores de 18 anos. Rio de Janeiro: *Revista da EMERJ*, v. 3, n. 10, 2000. p. 109.

1916.³ A adoção simples impunha condições como o estágio de convivência que era obrigatório para efetivar a adoção, exceto se o adotado não tivesse completado um ano de idade de acordo com o art. 28 do referido Código de Menores.

A adoção plena era aplicada aos menores de sete anos de idade, mediante procedimento judicial, tendo caráter assistencial, vindo a substituir a figura da legitimação adotiva. A adoção plena conferia ao adotando a situação de filho, desligando-o completamente da família biológica. Concedida a adoção plena, era expedido mandado de cancelamento do registro civil original.⁴

Neste tipo de adoção, o estágio de convivência tinha o prazo mínimo de um ano, podendo ser computado o período da guarda que tenha se iniciado antes de o menor completar sete anos de idade, comprovada a conveniência da medida. A figura da adoção plena foi mantida no Estatuto da Criança e do Adolescente com a denominação única de adoção, sendo extinta a adoção simples. Havia ainda, a figura da adoção dos maiores de 18 anos de idade, que se regia pelas regras do Código Civil de 1916.

Com a introdução do Código de Menores no ordenamento jurídico nacional, observa-se uma importante evolução ao tratamento do tema da adoção. Pode-se dizer que pela primeira vez o legislador deixou de proteger a figura dos adotantes que não podiam ter filhos, assim como ocorria desde o direito antigo, para voltar a sua preocupação aos adotados. É apenas em função do bem-estar deste último que a adoção passa a ser aplicada. A proteção da criança é priorizada em função de qualquer outro fator que envolva a adoção, inclusive a impossibilidade dos adotantes em ter filhos.

Rosângela de Moraes Souza afirma que:

O art. 5º do Código de Menores preceituou que a proteção aos interesses dos menores sobrelevaria qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado. Desta forma, concluiu-se que o legislador deixou de se preocupar com o bem-estar dos

³ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007. p. 174.

⁴ *Ibid.*, p. 175.



adotantes, como no princípio se fazia, para voltar a lei no (sic) interesse do adotado, favorecendo-o naquilo que fosse possível.⁵

Nota-se que a adoção do Código de Menores se assemelhava à adoção do Código Civil, salvo no que tange a algumas diferenças como o uso dos apelidos da família substituta, a possibilidade de mudança de prenome, a destituição do pátrio poder e a concorrência em igualdade na sucessão hereditária.

O Código de Menores de 1979, ao restringir toda a sua abordagem aos que se encontravam numa suposta situação irregular, impunha-se como uma legislação tutelar, implicando numa leitura que inferiorizava a criança e não garantia direitos fundamentais.⁶

A Associação Brasileira de Juízes de Menores defendia, então, que a adoção comum, prevista no Código Civil por escritura pública, deveria ser proibida para os estrangeiros residentes no Brasil, objetivando, dessa forma, resguardar os interesses dos menores, assim como evitar a compra e a venda de crianças brasileiras.⁷

Pode-se observar que em nenhum momento o Código Civil de 1916 faz referência à adoção transnacional, apenas regulamentando a adoção por nacionais.

1.2. A Adoção na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 trouxe, no Título VIII, Capítulo VII, regras concernentes ao direito de família, regulando a estrutura da entidade familiar, sua proteção, bem como a proteção à pessoa dos filhos. Dispôs desta forma, nos art. 226 a 230, acerca dos princípios básicos que regulam o direito de família, não se podendo interpretar as regras da legislação ordinária e nem serem elaboradas novas leis, sem que se estabeleça cotejo e adaptação ao texto constitucional, para que não haja discrepância com a Lei Maior.

⁵ SOUZA, Rosângela de Moraes. *Evolução histórica da adoção*. Revista Humanidades, n. 27, 1992, p. 45.

⁶ Ibid., p. 9.

⁷ Ibid., p. 9.

Por ser uma forma de filiação, criando um parentesco eletivo, a adoção também foi alcançada pela nova sistemática constitucional, passando a ser tutelada pelos princípios antes referidos. Em decorrência, o filho adotivo passa a ser tratado sem nenhuma distinção do filho biológico, pois o regime atual faz com que não haja mais nenhuma sanção a ser aplicada àquele filho que não se origina da procriação do casamento.⁸

Importante ressaltar que estes princípios podem ser considerados de ordem pública interna e, assim, de aplicação imediata e imperativa para beneficiar, inclusive, os menores adotados anteriormente. Logo, felizmente os artigos discriminatórios do Código Civil de 1916 que faziam menção ao filho bastardo foram revogados.

1.3. A Adoção no Código Civil de 2002 (Antes da Alteração pela Lei 12.010/09)

Com o Código Civil de 2002 foi adotado um único regime jurídico para a adoção: o regime judicial. O Código Civil entrou em vigor pela Lei 10.406, de janeiro de 2002. A adoção estava disposta no Capítulo IV, nos art. 1.620 a 1.629.

Não havia nenhuma incompatibilidade entre o Código Civil e o ECA, não se podia tratar da adoção sem que se aplicasse os dois diplomas legais, até mesmo porque, ao ler-se as justificativas apresentadas para as emendas realizadas ao capítulo do Código Civil que trata da adoção, verificava-se que traziam como justificativa a necessidade de adaptação do texto do Código ao do Estatuto.⁹

O Código Civil trouxe uma inovação no ordenamento jurídico: a desnecessidade do consentimento dos pais ou responsáveis pelo adotado que não for reclamado por qualquer parente por mais de um ano. Não será então necessária a propositura de ação prévia de destituição do poder familiar.

⁸ Ibid., p. 177.

⁹ BORDALLO, op. cit., p. 175.



Com isso, a adoção atribuía a situação de filho como se naturalmente o fosse, desligando-se o adotado de qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento, que se preservam até mesmo por razões genéticas e biológicas. O parentesco não é apenas entre adotante e adotado, mas também entre aquele e os descendentes deste e entre o adotado e todos os parentes do adotante. E, se um dos cônjuges ou companheiros adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou companheiro do adotante e os respectivos parentes.

Já o Código Civil de 2002, estudado nos próximos capítulos, foi recentemente alterado pela Lei 12.010/09 no capítulo de adoção submetendo à análise do ECA.

2. DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AO TEMA

2.1. A Adoção Internacional no Código Civil de 2002 à Luz da Lei 12.010/09 - Lei Nacional de Adoção

O Código Civil de 2002 acabou por não tratar a respeito da adoção internacional, limitando-se somente a regular a adoção nacional. É evidente a omissão do legislador a respeito de um assunto de suma importância que vem sendo alvo de muitas críticas. O Novo Código Civil em seu art. 1618, então delega a adoção por estrangeiros à lei especial assim dizendo: “A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente”.

Ainda no art. 1619, o Código não apresentou nenhuma inovação ao mencionar: “A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - ECA”.

A nova lei de adoção acabou por revogar quase todos os dispositivos do Código Civil no capítulo da adoção, fazendo menção à total aplicação do ECA para regulamentar o instituto.

Já que o Código Civil não dispõe sobre o referido instituto, cabe analisá-lo sob a ótica do ECA com as recentes mudanças efetuadas pela Lei n. 12.010/2009 que será objeto do presente trabalho.

O Código Civil poderia ter aludido às convenções assinadas e ratificadas pelo Brasil, ou seja, à Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Adoção de Menores de 1984, à Convenção de Proteção da Criança da ONU, de 1989, e à Convenção da Haia sobre Proteção de Crianças e Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, de 1993, mas como estes instrumentos internacionais foram incorporados ao sistema jurídico nacional, estão em pleno vigor e, portanto incluídos na referência do código.¹⁰

2.2. Dos Efeitos da Adoção

No pedido inicial de adoção, o adotante declina o prenome que deseja ter seu filho. Não há limite para sugestões de diferentes prenomes, visto que no país de acolhimento muitos nomes são para nós desconhecidos, podendo significar algo importante para o adotante. Sabemos que o prenome, no Brasil, é imutável, conforme dispõe o art. 58, da Lei n. 6.015/73; entretanto, sua modificação vem prevista no parágrafo único do mesmo artigo e pode ser efetuada se constar de sentença judicial. Nesse sentido, a sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido deste, poderá determinar a modificação do prenome (art. 47, §5º, ECA). Quanto ao nome de família, esse é o primeiro efeito que surge com a decretação

¹⁰ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*: parte geral. 8. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 535.



da adoção, quando o adotando adquire o status de filho legítimo do adotante, assume e transmite o nome de família.

No entanto, há uma considerável dificuldade em decidir sobre a lei aplicável aos efeitos da adoção, uma vez efetivada. O Código Bustamante, em seu art. 74, determina que a lei pessoal do adotante rege os efeitos da adoção concernentes à sua sucessão, e que a lei pessoal do adotado governa tudo quanto se refere ao nome, direitos e deveres que conserva em relação à sua família natural, assim como à sua sucessão com respeito ao adotante.¹¹

A Convenção Interamericana trata dos efeitos da adoção. Nos casos de adoção plena, legitimação adotiva e formas semelhantes, as relações entre adotante e adotado, inclusive quanto a alimentos, bem como as relações do adotado com a família do adotante, serão regidas pela mesma lei que regula as relações do adotante com a família legítima, dentre os principais impedimentos existentes está o impedimento para contrair matrimônio.

O Brasil adota o critério distributivo para a aplicação do instituto da adoção internacional. A *lex fori* regulará o processo da adoção e a forma como esta se efetivará, enquanto que a lei pessoal das partes irá regular os efeitos da adoção. Dessa maneira, se houver alguma incompatibilidade entre os requisitos impostos ao adotante e o exigido por nossa legislação deverá realizar-se a adaptação, a fim de que a adoção possa ser concretizada, atendendo a legislação pátria, bem como a estrangeira.¹²

Conclui-se que, a transmissão do nome de família e a mudança do pronome do adotado decorrem do efeito principal da adoção, que é a constituição do vínculo de filiação paterno-filial. Ou seja, o adotado torna-se filho legítimo do adotante, e este, seu pai/mãe, por desejo manifestado e decretado através de lei.

Fato extremamente benéfico para os adotados, a Convenção de Haia, equiparou conforme art. 23, em todos os Estados Contratantes, os efeitos da adoção. Assim, se o Brasil

¹¹ Ibid., p. 422.

¹² BORDALLO, op. cit., p. 226.

confere situação de filho legítimo ao adotado, este ingressará no país da acolhida garantido pelo princípio da igualdade. Logo, terá todos os direitos sucessórios assegurados como se filho biológico fosse independente da lei do país dos adotantes.¹³

Ainda acerca dos direitos sucessórios da adoção, estes dependerão da lei do domicílio do *de cujos*, conforme explicitado no art.10, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, que determina que a sucessão por morte ou por ausência obedece à lei dos pais em que era domiciliado o defunto ou desaparecido qualquer que seja a natureza e a situação dos bens. Nesse caso, portanto, é inoperante a lei onde a adoção foi efetivada ou a lei do domicílio do herdeiro.¹⁴

A convenção enunciou uma regra de qualificação, por enviar questões sucessórias para o direito sucessório, dizendo em outras palavras, que a adoção e suas consequências não têm ingerência em matéria hereditária. Conclui-se que, os efeitos da adoção internacional obedecerão à lei do domicílio do adotante, enquanto a lei domiciliar do adotado irá dispor sobre o nome, direitos e deveres que conserve quanto à sua família natural, assim como à sua sucessão, com respeito ao adotante.¹⁵

2.3. Adoção Internacional no Direito Internacional Privado

A nova ordem jurídica trouxe avanços significativos para o Direito Internacional Privado perseguindo novos rumos em sua teoria e prática, levando alguns autores a identificar um Direito Privado pós-moderno. Como uma de suas características mais marcantes temos uma maior aproximação com o Direito Internacional Público, na medida em que aumenta seu

¹³ Ibid., p. 230.

¹⁴ ESPINOLA, Eduardo. *A lei de introdução ao código civil brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 312.

¹⁵ DOLINGER, op. cit., p. 491.



campo de atuação. Como exemplo, há o deslocamento do foco de interesse para a problemática das jurisdições concorrentes, o chamado conflito de jurisdições.¹⁶

A adoção internacional, conforme se tem relatado, constitui um dos problemas de mais difícil solução no campo do Direito Internacional Privado. No que se refere aos diferentes critérios de solução para o difícil problema da lei aplicável às condições de fundo, a normativa internacional tem se inclinado para a conveniência da solução distributiva, que procura atender às condições impostas pelas leis em confronto, segundo o critério da repartição. A aplicação do critério distributivo no que tange à adoção, que conta com maior apoio doutrinário, respeita a característica internacional da instituição em estudo, sem recorrer à solução cumulativa de quase impossível aplicação. Critério este que, na tentativa de conciliar os requisitos da lei do adotante com os da lei do adotado, conduz a tal número de impedimentos que torna praticamente impossível a adoção internacional, sendo objeto de estudo do Direito Internacional Privado a solução desses conflitos.

O Direito Internacional Privado é um direito que tem regras próprias sobre como aplicar um determinado direito, regulamentando a vida social das pessoas implicadas na ordem internacional. Dessa maneira, as normas do direito internacional privado indicam, na sua materialidade, o direito aplicável a uma relação jurídica existente entre um direito privado e a conexão internacional. As relações jurídicas de direito privado, na maioria dos casos estão vinculadas estritamente ao território do Estado no qual os tribunais julgam uma eventual lide corrente entre duas partes. Mas hoje em dia são cada vez mais comuns relações jurídicas com conexões internacionais que transcendem as fronteiras nacionais.¹⁷

Nas preciosas lições de Beat Walter:

¹⁶ JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 839.

¹⁷ RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 1.



O conflito existe tão somente quando o direito internacional privado é visto através de uma perspectiva supranacional, ou seja, como cada Estado possui o seu próprio ordenamento jurídico, o direito que será aplicável a uma causa com conexão internacional é aquele que o juiz de um determinado país vai aplicar à lide *sub judice*, conforme sua legislação.¹⁸

Na prática da adoção internacional, surgem vários conflitos que só podem ser resolvidos com a aplicação do Direito Internacional Privado.

A principal fonte legislativa do Direito Internacional Privado no Brasil é a LINDB. A Constituição Federal também se apresenta como uma fonte do Direito Internacional Privado por tratar de assuntos de extrema relevância como nacionalidade, direito e deveres dos estrangeiros, questões dos tratados internacionais, questões sucessórias em matéria internacional, além de relacionar o Superior Tribunal de Justiça em temas de cooperação internacional¹⁹ e da justiça federal, em tema de tratados realizados internacionalmente.²⁰

Embora o Direito Internacional Privado não tenha atingido o grau de modernização que seria o desejável para adequá-lo à nova sistemática, as regras de conflito ainda são aquelas normas rígidas encontradas na LINDB. Espera-se que sua futura modernização leve em conta os novos rumos. Nota-se uma inclusão no direito comparado de normas incluídas na legislação específica como é o caso da adoção internacional, somente com a observância dessa legislação será possível identificar os diversos aspectos da problemática na nova ordem social. O Direito Internacional vem interligando a proteção ao direito da criança e constituindo um novo conceito relacionado ao procedimento de adoção.

3. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

3.1. Princípio do Melhor Interesse da Criança

¹⁸ Ibid., p. 4.

¹⁹ ARAÚJO, Nádia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 138.

²⁰ Ibid., p. 140.



A adoção internacional faz incidir sobre o Direito Internacional Privado, seja em razão do elemento de estraneidade de que se apresenta, ou no momento da constituição do vínculo (nacionalidade estrangeira de uma das partes, domicílio ou residência em países diversos), seja em razão dos efeitos extraterritoriais a produzir.²¹

No processo de adoção internacional, sempre deverá prevalecer o princípio do melhor interesse da criança como finalidade e, conseqüentemente em função disso, o caráter excepcional de que se reveste conforme expresso na Convenção da ONU de 1989 no art. 21 que dispõe sobre os direitos das crianças: “Os Estados Partes que reconhecem ou permitem o sistema de adoção atentarão para o fato de que a consideração primordial seja o interesse maior da criança”.

Esse princípio ditado pelo Direito Internacional Público vem sendo incorporado ao Direito Internacional Privado, nas legislações internas, assim como nas conclusões das convenções internacionais. O instituto da adoção internacional nada mais é do que uma alternativa, uma exceção de preponderar o direito da criança. A opção de ser criada uma família substituta como meio de atender aos interesses imediatos do menor gerando um vínculo de filiação com a garantia de serem respeitados os direitos conferidos pela lei brasileira, equiparando-os ao filho biológico. Logo, a finalidade precípua da adoção é o benefício que dela resultar para o adotado.²²

3.2. Excepcionalidade da Adoção

Conforme o artigo 31, do ECA, “a colocação em família estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção”. A partir deste dispositivo, pode-se identificar o princípio da excepcionalidade da adoção, que é levado em consideração pela

²¹ Ibid., p. 846.

²² JATAHY, op. cit., p. 844.

maioria dos tribunais brasileiros na concessão da adoção. Nota-se que pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça esse princípio tem sido muito utilizado, veja abaixo:

ADOÇÃO INTERNACIONAL. Cadastro central de adotantes. Necessidade de sua consulta. Questão de fato não impugnada.

- A adoção por estrangeiros é medida excepcional que, além dos cuidados próprios que merece, deve ser deferida somente depois de esgotados os meios para a adoção por brasileiros. Existindo no Estado de São Paulo o Cadastro Central de Adotantes, impõe-se ao Juiz consultá-lo antes de deferir a adoção internacional.

- Situação de fato da criança, que persiste há mais de dois anos, a recomendar a manutenção do statu quo.

- Recurso não conhecido, por esta última razão.²³

ADOÇÃO INTERNACIONAL. Cadastro geral. Antes de deferida a adoção para estrangeiros, devem ser esgotadas as consultas a possíveis interessados nacionais. Organizado no Estado um cadastro geral de adotantes nacionais, o juiz deve consultá-lo, não sendo suficiente a inexistência de inscritos no cadastro da comarca. Situação já consolidada há anos, contra a qual nada se alegou nos autos, a recomendar que não seja alterada.

Recurso não conhecido.²⁴

Não é correto levar em consideração exclusivamente a condição financeira do adotante, deve-se levar em conta outros aspectos como a receptividade da família de destino, a possibilidade de oferecer saúde, educação, lazer e acima de tudo amor de uma família. Caso se aplique indistintamente a regra da excepcionalidade a todos os casos de adoção internacional, estar-se-á negando vigência ao princípio do melhor interesse da criança, que constitui um mandado constitucional a ser sempre seguido.²⁵

Nestes termos, entende-se que o princípio do melhor interesse da criança deve ser aplicado a toda e qualquer adoção internacional, no sentido de que se esta trazer reais vantagens e benefícios efetivos à criança, deverá ser deferida. De outro lado, a regra da excepcionalidade determinará a confecção de um procedimento mais rigoroso para a adoção por estrangeiro, funcionando, ainda como favorecedor da adoção por nacional quando este

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 196.406. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em:

<[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%27196406%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%27196406%27.suce.\)\)](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%27196406%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%27196406%27.suce.))>)>. Acesso em: 19 jun. 2015.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 180.341. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=resp+180341&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 19 jun. 2015.

²⁵ JATAHY, op. cit., p. 845.



tiver em igualdades de condições com o adotado estrangeiro. Por isso, a adoção internacional não deve ser jamais abolida, já que fere o princípio do interesse superior da criança quando esta não tiver alternativas melhores que a adoção internacional.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, verifica-se que a adoção internacional tem sido uma das mais belas manifestações de solidariedade humana entre os povos, permitindo uma integração natural entre raças e culturas numa sociedade globalizada tão cheia de contrastes e preconceitos. Como visto, o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado caminham juntos para buscar soluções em meio às dificuldades enfrentadas no âmbito da adoção transnacional e solucionar conflitos entre os Estados.

Entende-se que a adoção internacional é uma realidade que, apesar dos conflitos de cultura, idioma, nacionalidade, poder aquisitivo, é um instituto extremamente necessário. Inicialmente surgiu com o objetivo de socorrer crianças vítimas de guerra, reduzindo o sofrimento enfrentado por elas, e para diminuir o número de crianças abandonadas nas ruas ou em instituições de abrigos de países subdesenvolvidos. Atualmente, o moderno perfil do instituto prioriza cada vez mais o princípio do interesse superior do adotando e tem como princípio universal os direitos da criança, proclamados, reiteradamente nos documentos internacionais: direito a ser educado numa família biológica, direito a uma família substituta como alternativa da primeira, direito à adoção internacional se as circunstâncias do caso concreto não aconselham respeitar a preferência pela adoção nacional.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nádya de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 196.406. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 180.341. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=resp+180341&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 19 jun. 2015.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

CHAVES, Antônio. *Adoção internacional e o tráfico de crianças*. São Paulo: EDUSP, 1994.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Tarcísio José Martins. *Adoção transnacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

DARLAN, Siro. *Da infância perdida à infância cidadã*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

DIAS, Maria Berenice. *Direito de família*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2005.

ESPINOLA, Eduardo. *A lei de introdução ao código civil brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GAMA, Décio Xavier. *Adoção por duas pessoas e a de maiores de 18 anos*. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, v. 3, n. 10, 2000.

GATELLI, João Delciomar. *Adoção internacional: de acordo com o novo código civil*. Curitiba: Juruá, 2008.

JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira*. Saraiva: Rio de Janeiro, 2003.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. São Paulo: Malheiros, 1995.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Direitos da criança e adoção internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.



MORAES, Claudia Lima. *Novas regras sobre adoção internacional no direito brasileiro*. v. 692. Revista dos Tribunais, 1993.

PORTO, Márcia Regina; CARVALHO, Sônia Regina Carvalho (Org.). *Primeiro guia de adoção de crianças e adolescentes*. São Paulo: Winners Editorial, 2000.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SOUZA, Rosângela de Moraes. *Evolução histórica da adoção*. Revista Humanidades, n. 27, 1992.

PAPAI OU MAMÃE – UMA ESCOLHA DE SOFIA? A ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Larissa Polido Nassar Gonçalves

Graduada pela Universidade Federal Fluminense.
Advogada.

Resumo: Analisam-se as questões relevantes envolvendo a questão da Guarda Compartilhada nas relações familiares após a dissolução do vínculo conjugal. Para melhor compreensão do tema, a primeira parte volta-se à análise dos aspectos conceituais e históricos do Direito de Família bem como demonstra as suas adaptações ao longo do tempo. Na segunda parte são estudados os princípios relacionados ao direito de família tendo como norte o tema central do trabalho e suas influências (i) a Síndrome da Alienação Parental (ii) o princípio do melhor interesse da Criança e do Adolescente e (iii) a Mediação de Conflitos. A terceira parte dedica-se ao tema central do presente trabalho abordando as questões ligadas à Guarda Unilateral e à Guarda Compartilhada, desta, serão analisadas suas particularidades, principais aspectos e requisitos a serem observados para o cumprimento de sua função dentro da sociedade familiar. Por fim, faremos uma análise de Jurisprudências demonstrando suas aplicabilidades no tema central do presente trabalho, abordando a nova Lei 13.058/14.

Palavras chaves: Direito Civil; Guarda Compartilhada; Síndrome da Alienação Parental; Mediação de Conflitos; Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.

Sumário: 1. Introdução. 2. A Evolução histórica do Poder Familiar. 3. Princípios do Direito de Família. 4. A Guarda Compartilhada. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, é importante, para introduzir o tema, dizer que o presente trabalho versa sobre as principais características da Guarda Compartilhada e suas consequências para a vida dos filhos menores de idade após a dissolução da sociedade conjugal, demonstrando a



sua importância para a manutenção da convivência familiar prejudicada após o fim da vida conjunta.

De forma que, com o advento da Lei 13.058/2014, que alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil, a guarda compartilhada passou a ter mais importância no cenário jurídico brasileiro. O que não quer dizer que antes mesmo da entrada em vigor da Lei os juízes não aplicavam esta modalidade de Guarda, pelo contrário, sempre que vislumbravam as condições favoráveis a Guarda Compartilhada ou Conjunta era livremente aplicada.

Com a disseminação do divórcio e com os novos conceitos de família, o legislador viu-se diante da necessidade de adaptar-se a esta nova realidade e caminhar junto a ela criando dispositivos que auxiliem nesta adaptação. Neste sentido a aplicação da Guarda Compartilhada deverá atender a requisitos subjetivos que devem estar de acordo com os Princípios que regem o Direito Brasileiro e estão regulados na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em suma, deve-se ter como base o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e o princípio da dignidade da pessoa humana. Ambos devem estar presentes quando da decisão acerca da Guarda a ser aplicada em cada caso uma vez que se deve levar sempre como norte os direitos dos filhos menores de idade.

É esse contexto de garantias e proteção aos interesses da Criança e do Adolescente que serve de base para o presente trabalho. Da proteção aos direitos dos filhos menores de idade e da necessidade de garantir a eles, conforme aduz o artigo 227 da Constituição Federal, a convivência familiar, digna e livre de conflitos que possam causar danos ao seu desenvolvimento físico e mental.

Primeiramente, deve-se tratar sobre o direito de família, seus conceitos e uma breve evolução histórica do Poder Familiar. De forma que será a partir desta transição que emergem

as novas modalidades de família e que com o poder familiar ampliou-se o direito da mulher dentro da sociedade conjugal, não sendo mais o pai o único responsável pela tomada de decisões, mas o será em conjunto com a mãe.

Nesse sentido é válido tratar sobre a Emenda Constitucional n. 66/10, que possibilita aos cônjuges maior celeridade ao processo de separação extinguindo a necessidade de manutenção dos laços do casamento pelo período de até 2 anos para a posterior homologação do divórcio.

É fundamental ainda analisar os importantes princípios que regem o Direito de Família e que serão base para a escolha do modelo de guarda a ser escolhido. Dentre eles encontram-se o basilar Princípio da Dignidade da Pessoa Humana junto ao Princípio do Melhor interesse da Criança e do Adolescente, ambos serão norteadores para a escolha da modalidade de Guarda a ser aplicada. Isso porque uma opção que não tenha como base tais princípios não será a melhor escolha para garantir os direitos dos filhos menores.

Acerca desta garantia a Mediação de Conflitos surge como a possibilidade de adequar a situação dos genitores à aplicação da Guarda Compartilhada, pois quando existe o conflito entre os pais após a separação, mas mantém-se a vontade de conviver em prol do bem-estar dos frutos deste relacionamento é que surge o papel da mediação. Tem-se, ainda, a questão da Síndrome da Alienação Parental, prática que vem se tornando comum nos núcleos familiares após o término do casamento e advém da insatisfação da mulher ou do homem com o fim do casamento.

Finalmente, será analisada a Guarda Unilateral e Compartilhada, apresentando seus pontos principais e trazendo um contraponto entre esses dois tipos. Neste capítulo serão abordadas mais profundamente as questões ligadas à Guarda Compartilhada, seus principais aspectos, os efeitos dessa prática na relação entre pais e filhos e as principais críticas a esta modalidade e à Lei 13.058/14.



2. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PODER FAMILIAR.

Para iniciar o estudo sobre o assunto é fundamental analisar o tema da constituição familiar e a distribuição do poder na família. Esse poder está diretamente relacionado aos direitos e deveres atribuídos aos pais em relação aos filhos e determina os limites desse poder e de quem esse é atribuído. De forma que a mudança desse paradigma de poder altera consideravelmente a composição familiar e suas consequências.

Durante a vigência do Código Civil de 1916, o poder familiar era conhecido com pátrio poder, já que os pais recebiam o título de chefe de família, enquanto a mãe funcionava como uma auxiliadora do pai na administração da instituição familiar.

Com o Estatuto da Mulher Casada, Lei 4.121/62, esta situação foi ligeiramente alterada, passando a determinar que o pátrio poder compete aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher, mas prevalecendo a decisão do pai, ainda que a mãe pudesse recorrer judicialmente.

Segundo o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves: “Conferiu-se, desse modo, o exercício do então denominado pátrio poder aos dois genitores, malgrado tivesse colocado a mulher na condição de mera colaboradora. Reconheceu-se-lhe, todavia, o direito de recorrer ao juiz em caso de divergência entre os cônjuges”¹. Sendo considerado, portanto, um avanço social.

É importante observar ainda a mudança de entendimento social com a análise do artigo 226, § 5º da Constituição Federal² que diz “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”. Isto porque, conclui-se deste

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. v. 6. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 375

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 jun. 2015.

artigo que somente na então Constituição Federal de 1988 foi consolidada a igualdade de direitos entre o homem e a mulher na sociedade conjugal.

No que se refere aos direitos dos filhos, Maria Helena Diniz expõe em sua obra o seguinte entendimento: “Conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho”³.

Para Washington de Barros Monteiro, “O poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos genitores, em atenção ao princípio da paternidade responsável insculpido no artigo 226, §7º da Constituição Federal”⁴.

Torna-se importante mencionar que com a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente se busca proteger ainda mais a posição destes com relação ao poder familiar exercido pelos pais. Segundo Maria Helena Diniz “este diploma desceu a minúcias em termos de proteção e assistência, além de estabelecer medidas definidoras de direitos; outras de caráter administrativo e ainda de punições, de modo a tornar efetiva a proteção e assistência à criança e ao adolescente.” Assim, pode-se visualizar mais um respaldo ao novo poder familiar, garantindo à criança e ao adolescente, condições dignas de vida e sobrevivência e garantia de seus direitos e deveres⁵.

Em suma, pode-se perceber o início da mudança do poder familiar com o advento da Constituição Federal de 1988, que alterou a forma de tratamento dos pais em relação aos filhos. Contudo, somente foi possível efetivar a evolução do poder de familiar com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990 e posteriormente consolidada com

³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família*. V. 5. São Paulo: Saraiva, 1999, p.372.

⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. V. 2. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.346 *apud* RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. V. 6. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 355.

⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.



a reforma do Código Civil de 2002, por tratar a criança e o adolescente como sujeitos de direito.

De acordo com o artigo 1.635 do Código Civil⁶, o poder familiar extingue-se pela morte dos pais ou do filho, pela emancipação nos termos do art. 5º parágrafo único, pela maioridade, pela adoção ou por decisão judicial na forma do art. 1.638 do Código Civil. A partir destas informações serão feitas algumas considerações à respeito da extinção do poder familiar.

Quando se refere à morte dos pais, percebe-se que o poder familiar pertence a ambos os pais. Assim, uma vez que desaparecerem os titulares do direito, mencionados acima, extingue-se o poder familiar, fazendo-se necessária a nomeação de um tutor para proteção dos interesses dos filhos menores. Quanto à adoção é importante salientar que o que ocorre é a extinção do poder familiar dos pais biológicos, transferindo-o aos pais adotantes, os quais passam a adquirir o poder familiar original.

Outra consideração importante trazida expressamente pelo Código Civil, em seu art. 1.636, que deve ser pontuada é que o pai ou a mãe que contrair novas núpcias, ou que estabelecer união estável, não perderão, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar.

É importante retornar ao Código Civil de 1916, e demonstrar que em seu art. 229 dizia que o primeiro e principal efeito do casamento é a criação da família legítima. Segundo Carlos Roberto Gonçalves: “A família estabelecida fora do casamento era considerada ilegítima e só mencionada em alguns dispositivos que faziam restrições a esse modo de convivência, então chamado concubinato[...]”⁷ Todavia, com a Carta Magna de 1988, o conceito de família foi ampliado, e juntamente com a transformação da realidade social, este

⁶ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm >. Acesso em: 18 jun. 2015.

⁷ GONÇALVES, op. cit. p.12

conceito foi expandido, havendo, inclusive, novas interpretações dadas por análise de casos pelos tribunais.

É possível observar, a partir destes novos conceitos de família, a família monoparental, que é a relação entre o pai ou a mãe e seus filhos, sem que seja necessária a coexistência de ambos para formação de família. Ainda segundo Carlos Roberto Gonçalves este conceito de família está “calcado na realidade que se impôs, acabou afastando da idéia de família o pressuposto de casamento. Para a sua configuração deixou-se de exigir a necessidade de existência de um par, o que, conseqüentemente, subtraiu de sua finalidade a proliferação.”⁸

Neste mesmo sentido, pode-se observar o reconhecimento da União Estável como família, sendo que este conceito foi inserido pelo Código Civil de 2002, ao tratar dos aspectos pessoais e patrimoniais desta modalidade de família.

É importante pontuar que a união estável e a família monoparental são apenas exemplos de mudanças de entendimentos sociais causadas, conseqüentemente, pela aplicação da igualdade entre pai e mãe nas relações familiares e do respeito aos direitos e à dignidade dos filhos.

Não se pode esquecer uma nova modalidade importante neste movimento de renovação do direito de família, que é o conceito de família sócio afetiva, que é quando filhos se unem aos seus genitores não biológicos através de laços afetivos. É correto afirmar que este conceito foi consagrado na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal sob a chancela do Superior Tribunal de Justiça, no Enunciado n. 103, aprovado com a seguinte redação:

O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução

⁸ GONÇALVES, op. cit. *apud* DE SOUZA, Ivone Coelho; DIAS, Maria Berenice, Famílias Modernas: (inter)secções do afeto e da lei. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 8, p. 62-69, jan/mar 2001.

assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.⁹

Outra modalidade inovadora do conceito de família é a união homoafetiva, na qual os ministros do STF, ao julgarem a Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4277 e a Arguição Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132, reconheceram a união de casais do mesmo sexo como entidade familiar, conforme se extrai do trecho abaixo:

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 homoafetivos¹⁰.

Em suma, pode-se concluir que com essas modificações que ocorreram em virtude da constante mudança da própria sociedade, tornou-se fundamental que o direito acompanhasse tais modificações para se manter atual no tempo e em sintonia com a vida moderna. De forma que foi necessária a modificação de entendimento de conceitos, como o de família, para acompanhar a evolução social. Isto porque, é preciso que a própria população transforme as normas, seus entendimentos e sua aplicação, para que sejam adequados à realidade social.

Com as transformações da instituição familiar é possível afirmar que vieram novas formas de dissolução da sociedade conjugal. Antigamente, a única forma correta de dissolução da sociedade conjugal para a família tradicional era com a morte. De acordo com o art. 1.571 do Código Civil as formas enumeradas de término da sociedade conjugal são pela morte de um dos cônjuges, nulidade ou anulação do casamento, separação judicial ou divórcio.

Em regra, a forma de dissolução matrimonial que interessa tratar no presente trabalho é a respeito do divórcio, como extinção da sociedade conjugal e como uma forma de

⁹ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2015.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4277. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>>. Acesso em: 18 jun. 2015.



encerramento do vínculo matrimonial. É importante pontuar que essa extinção se dá na relação matrimonial, ou seja, na relação conjugal, mas nunca com relação ao direito dos filhos, pois estes permanecem independentemente da manutenção da sociedade conjugal.

Com a Emenda Constitucional n. 66/10, conhecida como emenda do divórcio, tornou-se mais rápido obter a decisão final que encerra a relação matrimonial. O ponto positivo desta inovação é que minimiza os transtornos causados aos filhos e aos familiares por não exigir mais um período de 2 (dois) anos para obter a separação de fato.

Isto não significa que a nova Emenda veio para banalizar a instituição do casamento, pelo contrário, a intenção dos legisladores foi de auxiliar àqueles que já não estavam satisfeitos com os rumos de sua vida conjugal, e com isso evitar causar prejuízos a si mesmo e aos outros, inclusive e principalmente aos filhos frutos deste casamento, possibilitando o divórcio mais célere e menos burocrático. A nova emenda trouxe a garantia de dissolução do casamento pelo divórcio somente, sem que se exija o cumprimento mínimo de prazo para separação judicial.

Ao se analisar a instituição família como um todo, é importante pensar e refletir no que será melhor para o casal e seus filhos, pois, inicialmente, a manutenção da família como foi criada é a melhor opção, quando há ainda amor, respeito e carinho entre as pessoas. Contudo, quando os sentimentos se modificam, acaba sendo melhor decidir pela melhor forma de convivência.

E enfim, o estudo pretende tratar sobre a melhor forma desta convivência, que se dá após a dissolução da sociedade conjugal. Sabe-se que agora a dissolução conjugal é regida pela nova redação do art. 226, §6º da Constituição Federal¹¹ que diz: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso.”

¹¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. op. cit. nota nº 2.



Neste contexto, questiona-se como ficaria a relação entre os pais diante dos direitos dos filhos. Com a nova emenda se garante maior celeridade para estas decisões, mas, uma vez que decidida a questão do divórcio, como fica a situação dos filhos? Como será feita a fixação de alimentos e estipulada a forma de guarda e suas implicações? E por isso, atendendo ao princípio do melhor interesse dos filhos menores, os pais deverão decidir pela melhor maneira de garantir aos filhos a manutenção da convivência familiar, garantindo aos seus filhos menores o mínimo de danos gerados pela dissolução da sociedade conjugal.

3. PRINCIPIOS DO DIREITO DE FAMILIA

Para uma melhor análise do tema guarda compartilhada, há a necessidade de traçar algumas considerações acerca dos princípios aplicáveis ao Direito Civil, mais precisamente o Direito de Família, para que seja dado um norte para entrar no assunto principal do presente trabalho.

É preciso pontuar a Lei de Alienação Parental (Lei n. 12.318/10), analisando seus aspectos, suas implicações e consequências. Deve-se ressaltar que os princípios apresentados estão diretamente relacionados ao Princípio da Proteção da Dignidade da Pessoa Humana, presente no art. 1º, III da Constituição Federal de 1988, dentro deste mesmo princípio se tem ainda o princípio da afetividade e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente que teve seu ápice com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por fim, é fundamental pontuar a Mediação de Conflitos, instituto de grande importância e utilidade na definição da guarda que será aplicada após a dissolução da sociedade conjugal, por meio da qual o juiz conseguirá visualizar a melhor opção para a guarda dos filhos e a garantir a melhor relação entre os pais, apesar de haver opiniões contrárias.

De forma concisa, analisa-se que a Alienação Parental é a interferência na formação psicológica da criança ou adolescente menores de idade promovida por seus genitores, ou responsáveis causando prejuízos à manutenção ou até mesmo impedindo a criação de laços entre a criança e um de seus genitores.

Ao abordar o tema, a Professora Giselle Câmara Groeninga leciona que:

A Síndrome da Alienação Parental é uma das doenças que emerge quase que exclusivamente no contexto das disputas pela guarda. Nesta doença, um dos genitores (o alienador, o genitor alienante, o genitor PAS-indutor) empreende um programa de denegrir o outro genitor (o genitor alienado, a vítima, o genitor denegrido). No entanto, este não é simplesmente uma questão de ‘lavagem cerebral’ ou ‘programação’ na qual a criança contribui com seus próprios elementos na campanha de denegrir. É esta combinação de fatores que justificadamente garantem a designação de PAS [...]. Na PAS, os pólos dos impasses judiciais seriam compostos por um genitor alienador e um genitor alienado. Como apontado no início deste texto, seria fundamental considerar as contribuições do contexto judicial para a instalação de dita síndrome, ou Fenômeno de Alienação Parental, como se defende aqui ser mais apropriado denominar [...]. O genitor alienante seria, em geral, a mãe que costuma deter a guarda, e que a exerceria de forma tirânica. Inegável é a grande influência que a mãe exerce nos filhos pequenos, dada a natural seqüência de um vínculo biológico para o psíquico e afetivo. O que se observa é que há mães que utilizam sim de forma abusiva, consciente e inconscientemente, o vínculo de dependência não só física, mas, sobretudo, psíquica que a criança tem para com ela [...].¹²

É correto afirmar que esta síndrome pode surgir em diversas ocasiões, bastando apenas atitudes que levem desde a propaganda negativa do outro a falsas acusações com relação à mãe ou ao pai causando com isso um afastamento do genitor e até relações em que o filho é negociado para se obter o que se deseja. Em alguns casos, geralmente, essa síndrome surge devido às discordâncias entre os pais acerca da guarda dos filhos ou ainda no caso de não existir um consenso entre os pais quanto à separação.

Para exemplificar, tem-se a situação em que “muitas vezes a ruptura da vida conjugal gera na mãe sentimento de abandono, de rejeição, de traição, surgindo uma tendência vingativa muito grande. Quando não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-cônjuge. Ao

¹² ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A Guarda Compartilhada e a Lei 11.698/2008. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, v. 10, n. 6, p. 36-59, out/nov 2008. *apud* GROENINGA, 2008, p. 122-123. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/12592/a-guarda-compartilhada-e-a-lei-n-11-698-08>>. Acesso em: 18 jun. 2015.

ver o interesse do pai em preservar a convivência com o filho, quer vingar-se, afastando este do genitor”.¹³

Neste círculo vicioso que é criado, a maior vítima é criança, que acaba por criar um ódio de seu genitor sem fundamentos, simplesmente pelo fato de ser manipulada pelo genitor que detém a sua guarda, pois como ainda não possui maturidade suficiente não é capaz de discernir o certo do errado acaba crendo em falsas verdades. Por mais absurdo que seja, há casos que chegam ao extremo de serem feitas falsas acusações de abuso sexual.

Pela periculosidade de danos causados por essa síndrome é que foi criada a Lei 12.318/2010 que inibe a prática da alienação parental, esclarecendo quanto à suas formas e criando mecanismos para a sua proibição. A lei define ainda o que é alienação parental e dispõe em seu art. 3º sobre os prejuízos causados na criança vítima dessa síndrome:

A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda¹⁴.

Neste sentido, é correto afirmar que a aplicação da guarda compartilhada apresenta-se como um mecanismo processual apto a inibir ou atenuar os efeitos da alienação parental conforme disposto no art. 6º, V da mencionada Lei, pois uma vez determinada que a guarda será de ambos os genitores, mais fácil será o controle dos atos de cada um com o filho, evitando que a distância causada pela guarda unilateral seja um fator complicador nestes casos.

Assim, tem-se que a aplicação da guarda compartilhada nestes casos funciona como uma garantia de que os genitores atuem como pai e mãe de seus filhos, e não misturem a relação homem e mulher neste momento, de modo a atender o melhor interesse da criança e do adolescente. No entanto, é sabido que, é preciso um acompanhamento de profissionais

¹³ DIAS, Maria Berenice. Síndrome da Alienação Parental, o que é isto?. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1119, 25 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8690>>. Acesso em: 18 jun. 2015.

¹⁴ BRASIL. Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 18 jun. 2015.

especializados como psicólogos, em situações como estas para evitar que a criança seja submetida a conflitos causados por seus genitores.

É importante pontuar que é neste sentido que se incluí a questão da mediação de conflitos, tema tratado posteriormente, como procedimento para realizar uma resolução pacífica das disputas surgindo como uma alternativa para buscar um consenso entre os genitores evitando maiores consequências na relação com seus filhos menores.

Segundo prevê o art. 227, caput, da Constituição Federal de 1988, é correto dizer que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão¹⁵.

Pela perspectiva psicológica, o rompimento da relação afetiva dos pais não pode representar para o filho uma violação à sua integridade biopsíquica, cabendo ao Estado criar instrumentos jurídicos e sociais, para que a convivência dos pais se perpetue principalmente nos momentos de crise na família.¹⁶

Na mesma lógica, o menor não pode ser afetado pela dissolução da sociedade conjugal, e para isso foi preciso criar institutos que assegurassem seus interesses. No entendimento de Carlos Roberto Gonçalves, deve-se sempre dar primazia aos direitos dos menores. Neste sentido é que com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente foi dada maior importância a essa questão.¹⁷

É válido ressaltar que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é contemplado em uma série de artigos do mencionado Estatuto, já que sua elaboração teve como objetivo garantir a regulamentação de seus direitos e punir aqueles que vierem a desrespeitá-los. O art. 3º do Estatuto prevê:

¹⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. op. cit. nota nº 2.

¹⁶ MACIEL, Katia Regina Pereira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 87.

¹⁷ GONÇALVES, op. cit. p. 266.



A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e as facilidades, a fim de facultar-lhes o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade¹⁸.

É a luz deste princípio que trataremos acerca da questão da guarda dos filhos em caso de dissolução da sociedade conjugal, e o próprio Código Civil apresenta esta relação, segundo o Enunciado n. 101 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, “sem prejuízo dos deveres que compõem a esfera do poder familiar, a expressão “guarda de filhos”, à luz do art. 1.583, pode compreender tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança.”¹⁹.

Seguindo o mesmo caminho, o Enunciado nº102 da referida Jornada de Direito Civil, continua a tratar sobre o tema, e diz que a expressão “melhores condições” no exercício da guarda, na hipótese do art. 1.584, significa atender ao melhor interesse da criança. Na ótica civil, essa proteção integral pode ser percebida pelo princípio do melhor interesse da criança, ou *best interest of the child*, conforme reconhecido pela Convenção Internacional de Haia, que trata da proteção dos interesses das crianças.²⁰

Então, para que se encontre o melhor caminho para garantir o interesse dos filhos após a dissolução do casamento será buscar o entendimento entre os pais e minimizar os efeitos da separação. Neste caso, entendemos que a guarda compartilhada apresenta a opção mais viável na garantia destes interesses uma vez que com a união dos genitores em prol de um melhor entendimento acerca da criação e educação dos filhos tornaria menos dolorosa esta situação.

Como se pode perceber, no caso de dissolução da sociedade conjugal, a culpa não mais influência quanto à guarda de filhos, devendo ser aplicado o princípio que busca a

¹⁸ BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18069.htm>. Acesso em: 18 jun. 2015.

¹⁹ Conselho da Justiça Federal. I Jornada de Direito Civil. op. cit. nota nº 9.

²⁰ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito Civil: direito de família. V. 5. 8. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 20.

proteção integral ou o melhor interesse do menor, conforme o resguardo do manto constitucional.²¹

É necessário, ainda, analisar o papel da guarda compartilhada e sua adoção na mediação de conflitos. É notório que após a dissolução do casamento a melhor opção é garantir que os filhos sofram o mínimo possível com a separação. E neste caso a guarda compartilhada apresenta-se como a saída mais eficaz.

Inicialmente, deve-se entender o que é a guarda compartilhada, neste momento faremos uma breve introdução ao tema. Guarda Compartilhada é a modalidade de guarda na qual se chama os pais que vivem separados a atuarem em conjunto em prol de seus filhos, visando atenuar os efeitos da separação e garantir que as decisões que dizem respeito aos filhos menores sejam tomadas em comum acordo.

Para auxiliar e controlar os possíveis conflitos existentes é que se utiliza como instrumento de fundamental importância o instituto da mediação, que possibilita o restabelecimento da comunicação interrompida entre os membros da família, bem como que os genitores se conscientizem de seus direitos e deveres.

A mediação visa, assim, à pacificação do conflito familiar através de um acordo obtido pelas próprias partes, com o auxílio do mediador, ao contrário da solução dada pelo Poder Judiciário, que, por ser imposta e fruto tão somente da análise do que consta nos autos, sem levar em conta a subjetividade das relações e as reais necessidades dos membros da família, é constantemente vilipendiada, originando novos conflitos. O processo mediador prioriza, dessa forma, a comunicação entre as partes para a obtenção do acordo.²²

Tal procedimento tem como objetivo auxiliar os pais na busca pelo melhor interesse da criança e do adolescente, minimizando o sofrimento consequente da privação da

²¹ GONÇALVES, op. cit. nota nº 1.

²² ROBLES, Tatiana. Guarda compartilhada e mediação. 2002. Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br>>. Acesso em: 05 set. 2006.



convivência dos genitores. Assim, o instituto da mediação restabelece o diálogo e coloca os pais na situação de pais, respeitando o espaço do filho e suas necessidades, esquecendo-se de alguns momentos dos motivos que os fazem entrarem em conflito.

O principal objetivo deste método é facilitar o diálogo, auxiliando as pessoas a exprimir suas reais necessidades, bem como esclarecer seus interesses, estabelecendo limites e possibilidades para cada um, levando sempre em consideração os efeitos das decisões tomadas.²³

Restabelecendo a comunicação entre os cônjuges e educando-os para que os mesmos tenham consciência da necessidade da preservação de seus papéis de pais, a mediação possibilita que seja adotado o modelo da guarda compartilhada.²³ Garantindo assim, aos filhos a convivência com os pais e aos pais a garantia de igualdade de direitos com relação aos filhos.

4. A GUARDA COMPARTILHADA E A LEI 13.058/14

Para se tratar do instituto da Guarda Compartilhada, será necessário, primeiro, uma introdução a respeito do que é essa guarda, os outros tipos de guarda adotados no ordenamento jurídico brasileiro e as consequências de sua aplicação para a vida dos filhos menores de idade e seus pais após o término do casamento.

Cumprindo observar que a guarda unilateral ainda é aplicada no Brasil, no entanto, com o advento da Lei 11.698/08 que regulou o instituto da guarda compartilhada, surgiu uma alternativa aos juízes e pais que desejam garantir que ambos tenham direitos e obrigações legais sobre a vida dos filhos. E com a nova Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014, o

²³ LEITE, Manoella Fernandes. IBDFAM ACADEMICO, Direito de Família e Mediação: a busca para resolução pacífica na disputa da guarda dos filhos. 2008, p. 4.

instituto da Guarda Compartilhada passou a ser entendido como regra no ordenamento jurídico Brasileiro.

A guarda unilateral é aquela exercida exclusivamente por um dos genitores, decorrente de acordo estabelecido entre eles ou por determinação judicial.

É correto afirmar que essa modalidade de guarda poderá ser requerida pelos genitores ou determinada pelo juízo e caracteriza-se pelo exercício do poder familiar em seu sentido amplo por um dos pais, enquanto o outro terá direito a visitas em prazos determinados pelo juízo ou pelas partes.

Todavia, é importante observar que a guarda unilateral tem o inconveniente de privar o menor de conviver diariamente com um dos genitores, ocasionando, conseqüentemente, um distanciamento natural entre eles e possibilitando até conseqüências mais danosas, como é o caso da alienação parental, situação que pode acarretar uma das novas espécies de dano, que é o denominado dano afetivo.

Ainda em atenção ao princípio do melhor interesse do menor, para que não haja a nefasta perda do contato dos filhos com o pai, gênero, não guardião, resguarda-se a esse último o direito, muito mais um dever, poder-dever, a chamada potestà do direito italiano, de visitas e de convivência com o filho, direito este que deve ser fixado, por acordo, pelos pais ou, na impossibilidade, por decisão judicial (art. 1.589 do Código Civil).²⁴

Assim, o direito de visita deve ser mais do que isso, deve-se garantir ao genitor que não possui a guarda do filho, o direito de fiscalizar sua criação e educação e estreitar os vínculos que o une aos filhos menores. Caso isso não ocorra restará prejudicado o direito fundamental garantido pelo artigo 227 da Constituição Federal no que tange ao direito da criança e do adolescente à convivência familiar.

²⁴ ALVES, op. cit. p. 36-59.

Nos dias de hoje, como é cediço, o requisito fundamental para a fixação da guarda é o melhor interesse do menor, já que a medida deve ser aplicada sempre em seu benefício, por quem quer que seja.

Diferentemente do que ocorria na vigência do Código Civil de 1916, no qual para valorizar a família e inibir a prática do desquite estabelecia sanções quanto à guarda dos filhos estabelecendo ao cônjuge tido como culpado pelo fim da relação conjugal a perda da guarda judicial dos filhos menores, de acordo com o artigo 326 do mencionado Código que “sendo desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente”²⁵.

A guarda unilateral até o advento do Código Civil de 2002 ainda estava muito atrelada à noção de culpa pela dissolução do casamento, não era aplicada para favorecer os filhos, mas para punir o responsável pelo divórcio com a perda da guarda dos filhos menores. Com efeito, hodiernamente, o Código Civil de 2002, em respeito à doutrina do melhor interesse da criança, *the best interest of the child*, afastou por completo qualquer tipo de influência da culpa no direito de guarda judicial dos filhos.²⁶

Em vista do exposto, pode-se verificar que o contato, por vezes curto, dos menores com o genitor não guardião através apenas de esporádicas visitas não é medida recomendável para o desenvolvimento da personalidade deles, sendo imperiosa uma maior participação dos pais na educação e formação de seus filhos.²⁷

Assim, por tais motivos é que se fez necessário buscar alternativas à guarda unilateral gerando espaço para vislumbrar a aplicação da guarda compartilhada. É claro, que a modalidade unilateral não será extinta do ordenamento brasileiro pelos fatos e argumentos que já tratados, contudo, é importante observar que essa não deverá ser a primeira opção após a dissolução do casamento uma vez que se faz necessário manter entre pais e filhos o maior

²⁵ BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 18 jun. 2015.

²⁶ ALVES, op. cit. p. 36-59.

²⁷ Ibid.

vínculo possível semelhante ao criado na vigência do casamento e com a adoção da guarda unilateral essa situação se mostra incompatível.

Como defendido ao longo deste trabalho, deve-se assegurar os direitos dos menores e sua convivência familiar de forma semelhante à existente antes da dissolução do casamento, de forma que o art. 1583, § 1º do Código Civil, com a redação dada pela Lei nº 11.689/2008 traz o conceito de Guarda Compartilhada como “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sobre o mesmo teto, concernentes do poder familiar dos filhos comuns”²⁸.

De maneira que a referida Lei 11.698/2008 veio consagrar esse instituto, uma vez que os juízes antes da sua criação já aplicavam a guarda compartilhada, no entanto não havia nenhum dispositivo na Lei que garantisse tal aplicação, conforme se pode observar no Acórdão do Agravo de Instrumento nº70012467155 de 01 de dezembro de 2005, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que teve como Relator o Des. Luiz Ari Azambuja Ramos:

FAMÍLIA. AÇÃO DE FIXAÇÃO DE GUARDA, VISITAÇÃO E ALIMENTOS. INSURGÊNCIA QUANTO À DECISÃO QUE DETERMINOU A GUARDA COMPARTILHADA ENTRE OS PAIS DA MENOR. DESCABIMENTO. ESTUDO SOCIAL QUE CONCLUI PELA MANUTENÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA. DECISÃO AGRAVADA QUE SE IMPÕE MANTIDA, POR ORA, ATÉ QUE SE OBTENHA MELHORES CONDIÇÕES PARA AVALIAR-SE O QUE SERÁ MELHOR PARA A CRIANÇA. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.²⁹

Como é possível observar no caso exposto, em 2005, mesmo antes da criação da Lei 11.698/2008 a Guarda Compartilhada já era aplicada como uma alternativa à imposição da Guarda Unilateral. Neste caso em tela o casal detinha a Guarda Conjunta da filha menor, no entanto, a mãe requer a Guarda de forma unilateral alegando que a criança prefere o convívio

²⁸ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. op. cit.

²⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão do Agravo de Instrumento nº70012467155.

Relator: Des. Luiz Ari Azambuja Ramos. Disponível em

<[Revista de Artigos Científicos - V. 7, n.1, Tomo III \(J/N\), jan./jun. 2015 | 969](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fno_me_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70012467155%26num_processo%3D70012467155%26codEmenta%3D1272858++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70012467155&comarca=Cachoeirinha&dtJulg=01/12/2005&relator=Luiz%20Ari%20Azambuja%20Ramos&aba=juris.>. Acesso em: 18 jun. 2015.</p></div><div data-bbox=)



materno, contrário ao entendimento da genitora o Relator julgou desprovido o Agravo de Instrumento mantendo a guarda compartilhada.

Com a entrada em vigor da Lei 13.058/14 foram alterados dispositivos importantes do Código Civil, garantindo com isso, a possibilidade de aplicação aos mais variados casos de guarda em discussão no judiciário.

Pode-se observar que a Guarda será exercida independente dos laços do matrimônio, portanto, no que se referem aos direitos dos filhos estes não poderão ser prejudicados quando do rompimento do vínculo conjugal de seus pais. E se deve afirmar, por conseguinte, que o poder familiar não se encerra com o fim do casamento, pelo contrário, é neste momento que os laços devem ser fortalecidos em prol dos filhos menores.

Todavia, em alguns casos, pela falta de bom senso e de respeito dos pais para com seus filhos, a relação entre os genitores acaba por prejudicar a convivência entre pais e filhos, transformando uma situação delicada e traumática que deveria ser tratada com cautela e sensibilidade em palco de discussões, divergências e desentendimentos.

De forma que, cumpre destacar a importância da família no desenvolvimento e crescimento de uma criança, pois será sempre a família o primeiro porto seguro da criança, local onde poderá buscar auxílio e onde terá a garantia do seu direito à saúde, educação, alimentação, lazer entre outros. Na ausência de um dos pais, esta família torna-se incompleta e traz aos filhos a sensação de insegurança e medo, como se uma das bases de seu desenvolvimento estivesse faltando.

Com o intuito de maximizar a efetivação dos direitos e deveres de pais e filhos na relação assistencial, assegurando ao menor um desenvolvimento saudável, correto e efetivo, a guarda compartilhada minimiza esse abismo que ocorre quando da ruptura da sociedade conjugal; se apenas um dos pais ficar com a guarda, dando ao outro somente o direito de

visitas, embora permaneça com o poder familiar inalterado, este efetivamente dele não participará, sendo esta a guarda unilateral, cabendo ao outro apenas o direito de visita.³⁰

Contudo, tal medida só terá eficácia máxima se o poder familiar em conjunto garantido aos pais após a dissolução do casamento for exercido corretamente colocando-se em primeiro lugar os interesses e anseios dos filhos e deixando de lado quaisquer rugas e desentendimentos que venham a ocorrer na convivência após o divórcio, pois se deve atentar para a verdadeira questão que está em jogo, que é tentar garantir que os frutos desta união sejam preservados, e não é tentar achar um culpado pelo fim do casamento, ou algo deste tipo.

Deve-se observar que, a Guarda Compartilhada proporciona aos filhos algo que a unilateral não permite, a convivência integral com ambos os genitores. O que a guarda compartilhada pretende é permitir que os pais continuem a agir como tais, dividindo responsabilidades, participando da vida da criança, que é o que não ocorre no modelo de guarda única onde um possui a guarda e outro o direito de visita. Portanto, a pretensão é a conservação dos laços que uniam os pais antes da separação.³¹

Portanto, no que se refere ao relacionamento entre pais e filhos a guarda compartilhada é uma boa modalidade de guarda, visto que objetiva torná-los cada vez mais próximos mesmo com a dissolução da sociedade conjugal no caso dos cônjuges ou nos casos em que pai e mãe nunca foram casados ou moraram juntos.

Os benefícios não se encerram neste ponto, pode-se verificar também que as decisões a respeito dos filhos quando tomadas em conjunto por pai e mãe são discutidas e analisadas, sendo ao final, em sua maioria, a melhor decisão para todos. Enquanto que nos casos de guarda unilateral, o que acaba ocorrendo é que o genitor que detém a guarda do filho acredita não ser necessário entrar em contato com o outro para tomar decisões e acaba por tomá-las

³⁰ CANEZIN, Claudete Carvalho. *Da Guarda Compartilhada Em Oposição À Guarda Unilateral*. 2008 p. 4. Disponível em: < http://www.professorchristiano.com.br/ArtigosLeis/artigo_claudete_guarda.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2015.

³¹ *Ibid.*, p. 18.



independente da opinião do outro genitor e de seu filho, o que pode gerar um desconforto na relação.

Em suma, é fundamental que os pais entendam que a dissolução do casamento não encerra a relação entre pais e filhos e que independente dos motivos que os levaram a buscar o divórcio, os filhos, frutos dessa união, precisam de ambos para um desenvolvimento saudável e completo. Assim, a guarda conjunta se mostra um instrumento favorável à garantia destes benefícios permitindo a presença contínua de ambos os genitores na vida dos filhos.

CONCLUSÃO

De acordo com o Código Civil de 2002 e a nova Lei 13.058/14 é possível constatar que a Guarda Compartilhada deverá ser aplicada em regra. E em casos excepcionais, previstos em lei, será atribuída ao genitor que possuir maiores condições de prover o bem estar e condições saudáveis de relacionamento com seus familiares, e o direito à saúde, educação e segurança. Deve-se observar que as Guardas funcionam da mesma forma, só que naquela ambos os genitores possuem esta obrigação.

E para mediar uma possível divergência entre os genitores é que se pode incluir como uma opção válida a mediação de conflitos, será esta medida uma forma eficaz de garantir que os genitores discutam questões que os levem ao conflito e tentem solucioná-las em prol do bem estar dos filhos menores que precisam de um ambiente harmonioso e ameno para seu desenvolvimento.

Outro ponto no qual se observa a importância da Guarda Compartilhada é na diminuição e controle da alienação parental, muito comum em casos de separação. A Guarda Compartilhada será de grande utilidade já que participando mais ativamente da vida de seu filho e acompanhando de perto seu desenvolvimento e educação o genitor que antes não

possuía a guarda da criança passa a participar de sua vida o que permite impedir a influência de falsas acusações advindas do outro genitor.

Pelo exposto, pode-se observar a grande eficácia do instituto da Guarda Compartilhada na manutenção dos laços criados com os genitores durante a constância da sociedade conjugal já que será responsável pelo estreitamento dos vínculos entre pais e filhos mesmo que somente um deles possua a guarda física da criança.

Assim, é fundamental ter em mente principalmente o melhor interesse da criança e do adolescente, pois é neste princípio que devem se basear todas as decisões acerca da vida deste ser humano ainda sem capacidade de se autodeterminar, priorizando-se o seu bem estar e sua proteção já que os efeitos da separação podem ser bastante danosos para seu bom desenvolvimento.

Nesse sentido, os fundamentos sociais para a determinação da partilha da guarda jurídica do menor hão de ser aqueles que permitam se tornem solidários ambos os genitores, quando há na esfera econômica dos dois, possibilidade de manutenção da guarda conjunta, quer porque ambos os genitores podem atender aos reclamos afetivos do menor, quer porque ambos os genitores estão em situações assemelhadas no campo emocional, social, econômico e psicológico.

Em suma, por toda abordagem do trabalho, entende-se que, pelo fato de a Guarda Compartilhada buscar a proteção plena dos interesses dos filhos, e, sendo o ideal buscado no exercício do poder familiar entre pais separados; mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico do duplo referencial; mesmo na ausência de consenso do antigo casal; o melhor interesse do menor dita a aplicação da guarda compartilhada. E a nova Lei 13.058/14 só veio consolidar a aplicação de jurisprudência já existente no ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *A Guarda Compartilhada e a Lei 11.698/2008*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, v. 10, n. 6, p. 36-59, out/nov 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12592/a-guarda-compartilhada-e-a-lei-n-11-698-08>>. Acesso em: 18 jun. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 jun. 2015.

_____. Conselho da Justiça Federal. I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2015.

_____. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 18 jun. 2015.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18069.htm>. Acesso em: 18 jun. 2015.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 18 jun. 2015.

_____. Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 18 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4277. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>>. Acesso em: 18 jun. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão do Agravo de Instrumento nº70012467155. Relator: Des. Luiz Ari Azambuja Ramos. Disponível em <[CANEZIN, Claudete Carvalho. *Da Guarda Compartilhada Em Oposição À Guarda Unilateral*. 2008. Disponível em: <\[http://www.professorchristiano.com.br/ArtigosLeis/artigo_claudete_guarda.pdf\]\(http://www.professorchristiano.com.br/ArtigosLeis/artigo_claudete_guarda.pdf\)>. Acesso em: 18 jun. 2015.](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70012467155%26num_processo%3D70012467155%26codEmenta%3D1272858+++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70012467155&comarca=Cachoeirinha&dtJulg=01/12/2005&relator=Luiz%20Ari%20Azambuja%20Ramos&aba=juris.>. Acesso em: 18 jun. 2015.</p></div><div data-bbox=)

DIAS, Maria Berenice. *Síndrome da Alienação Parental, o que é isto?*. Revista *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1119, 25 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8690>>. Acesso em: 18 jun. 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família*. V. 5. São Paulo: Saraiva, 1999

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. V. 6. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEITE, Manoella Fernandes. IBDFAM ACADÊMICO, *Direito de Família e Mediação: a busca para resolução pacífica na disputa da guarda dos filhos*. 2008.

MACIEL, Katia Regina Pereira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. V. 2. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROBLES, Tatiana. *Guarda compartilhada e mediação*. 2002. Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br>>. Acesso em: 05 set. 2006.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. V. 6. São Paulo: Saraiva, 2004.

TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: direito de família*. v. 5. 8. ed. São Paulo: Método, 2013.

A possibilidade de fixação de valor indenizatório mínimo pelo juízo criminal – análise do inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal, com redação determinada pela Lei n. 11.719/2008

Leonardo Julião Bernardino

Graduado pela Universidade Estácio de Sá.

Resumo: O tema relacionado à fixação de valor indenizatório mínimo pelo juízo criminal é bastante controvertido, na medida em que não há regramento para se chegar ao valor indenizatório, nada obstante a edição da Lei n. 11.719/08, que determina a atual redação do inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal. O cerne do presente artigo visa discutir a omissão legislativa em aspectos relevantes para a aplicação do instituto em questão no dia a dia forense, tais como a legitimidade para requer tal indenização, o modo e o parâmetro para alcançá-la de modo a se refletir acerca da necessidade de aprimoramento legislativo sobre o tema.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Sentença condenatória. Valor indenizatório mínimo. Utilidade. Fixação de ofício. Legitimidade para requerimento. Parâmetro de fixação. Dano passível.

Sumário: Introdução. 1. A independência das instâncias e as repercussões da atual sentença penal condenatória. 2. A utilidade de fixação de valor mínimo para reparação dos danos causados pelo agente criminoso. 3. A possibilidade de fixação de verba indenizatória, de ofício, pelo juízo criminal, a legitimidade para requerê-la e seu parâmetro. 4. Dano passível de reparação por meio de sentença prolatada no juízo criminal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute uma das medidas a ser adotada pelo magistrado ao proferir sentença penal condenatória, qual seja, a fixação de valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração penal, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido, a teor do inciso IV do art. 387 do Código de Processo, com redação determinada pela Lei 11.719/2008.

Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema. É que o inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal, com redação determinada pela Lei 11.719/2008, embora contenha norma no sentido de

se fixar valor reparatório mínimo, é vazio de regras, o que enseja debates com posições antagônicas acerca das questões que serão discutidas na presente pesquisa.

Daí, discutir-se-á o dano reparável e a legitimidade para postulá-lo. Será debatida também a fixação da indenização, de ofício, pelo juiz, além do procedimento e parâmetro a ser usados para quantificá-la. Refletir-se-á, ademais, sobre a utilidade prática de fixação de valor indenizatório mínimo ao ofendido, e não do efetivo valor do dano sofrido, devidamente apurado.

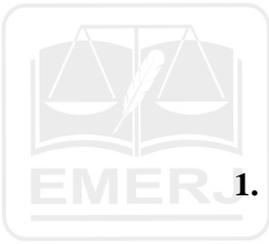
Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho despontando a independência das instâncias e as repercussões da sentença penal condenatória, no qual se alude a dispositivos legais que ensejam sanções em diversos ramos do Direito, com enfoque na sentença penal condenatória, a qual traz comandos que repercutem em diferentes searas do Direito.

Segue-se discutindo, no segundo capítulo, a utilidade de fixação de valor mínimo para reparação dos danos causados pelo agente criminoso a fim de se aferir a necessidade ou não de nova demanda cível com o mesmo desiderato.

O terceiro capítulo destina-se a examinar a possibilidade de fixação da verba indenizatória, de ofício, pelo juízo criminal; a legitimidade para requerê-la e seu parâmetro. Esse capítulo traz à baila questões que incidem sobre o tema do presente trabalho e que geram debates acirrados e posições antagônicas.

No quarto capítulo, reflete-se sobre qual dano é passível de reparação por meio de sentença prolatada no juízo criminal, haja vista o silêncio do legislador a respeito disso, o que resulta em julgados “lotéricos” nas diversas esferas do Poder Judiciário.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória.



1. A INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS E AS REPERCUSSÕES DA ATUAL SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Pela prática de um único ato, o agente pode responder civil, penal, administrativa e politicamente. É o denominado princípio da independência das instâncias. Nesse sentido, as esferas cível, penal, administrativa e política são independentes entre si. Trata-se de respostas autonomamente dadas pelo Estado ao infrator, que, por meio de uma única conduta, viola normas afetas a diversos ramos do Direito.

No ordenamento jurídico em vigor, diversas normas afirmam a autonomia das esferas, entre as quais convém citar a norma contida no § 4º do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil¹, segundo o qual “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. Também prestigia o aludido princípio a regra contida no art. 935 do Código Civil², o qual preconiza que “a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões já se acharem decididas no juízo criminal”. De igual modo, corroborando a independência das instâncias, reza o art. 66 do Código de Processo Penal³ que “Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poder ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 abr 2014

² BRASIL. *Código Civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

³ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: BRASIL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 14 abr 2014

inexistência material do fato”. A independências das instâncias também é expressamente consagrada por meio art.125 da Lei 8.112/90⁴ (Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União), o qual preconiza que “as sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.”

Contudo, importante registrar que a independência das instâncias não é uma regra de natureza absoluta, como excepciona Guilherme de Souza Nucci⁵ ao afirmar que, “Fazem coisa julgada no cível: a) declarar o juiz penal que está provada a inexistência do fato (art. 386, I, CPP); b) considerar o juiz penal, expressamente, que o réu não foi o autor da infração penal ou, efetivamente, não concorreu para a sua prática (art. 386, IV do CPP).” Ou seja, a inexistência do fato e a negativa de autoria declarados imutavelmente no juízo penal, obstam ao ajuizamento de demanda indenizatória na esfera cível.

A lei penal tem regra semelhante no que tange à realização de a conduta incidir em diversas áreas do Direito. É o que se percebe da leitura do art. 91, I do Código Penal⁶, o qual trata do efeito genérico da condenação, secundário, de efeito extrapenal, cujo teor ora é transcrito, “Art. 91 – São efeitos da condenação: I – tornar cerda a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;”

Não é lugar-comum regras legais como múltipla incidência dos ramos do Direito sobre determinada conduta praticada, mas também não se trata de regra excepcionalissimamente tratada pelo arcabouço jurídico vigente no Brasil, como se pode constatar pelos dispositivos legais anteriormente citados. Mas, mais interessante ainda é o mesmo magistrado, investido constitucionalmente de

⁴BRASIL. Lei n. 8112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm> Acesso em: 14 out. 2014

⁵NUCCI, Guilherme Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 12. ed. Rio de Janeiro. Revista dos Tribunais, 2013, p. 197.

⁶BRASIL. Código Penal. Disponível em: BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 out. 2014



jurisdição e legalmente competente para processar e julgar demandas de determinado ramo do Direito, proferir uma única decisão que afeta outras searas do Direito, que não a qual está, especificamente, julgando. É o que ocorre com o deferimento de medidas protetivas de urgência, previstas no art. 22 da Lei 11.340/06⁷ (Lei Maria da Penha), as quais repercutem no Direito Administrativo, Civil, Penal e de Família, como se constata das imposições contidas nos incisos I, II, III e IV e V do artigo mencionado, respectivamente, ao se aplicar ao infrator: “suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003; afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; proibição de determinadas condutas, entre as quais a aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entres estes e o agressor; restrição ou suspensão de visitas ao dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar e prestação de alimentos provisionais ou provisórios.”

Situação semelhante é a que ocorre com a sentença penal condenatória de uma forma geral, por conta da alteração legislativa ocorrida com a redação dada ao inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal pela Lei n. 11.719/2008, objeto do presente artigo científico. Nesse diapasão, a sentença penal condenatória deverá ter dois capítulos: um na seara criminal, que tratará da pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos a aplicada ao agente infrator; e outro, que dirá respeito à verba indenizatória devida por conta da conduta criminosa, atinente ao juízo cível.

⁷BRASIL. Lei n. 11340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm> Acesso em: 14 out. 2014.



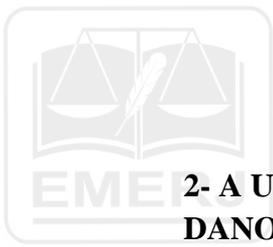
Cleber Massom⁸ esclarece que “Opera-se a determinação de um valor mínimo, mas ainda impreciso. Com o trânsito em julgado da sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada por esse montante preestabelecido, sem prejuízo da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido (art. 63, parágrafo único do CPP). Destarte, transitada em julgado a sentença penal condenatória, não se pode questionar no juízo cível a obrigação de reparar dano causado pelo crime, mas somente seu valor.”

A imprecisão da verba indenizatória suscita indagação. Tal indefinição de valor, ante a ausência de apuração exauriente, inquieta doutrina e jurisprudência pátria, pois, com a prolação da sentença penal condenatória, um título executivo judicial será obtido pela vítima ou seu representante legal ou seu familiar para cobrar verba indenizatória, apurada minimamente, noutro juízo, distinto, cível.

O titular da ação penal tem sua legitimidade questionada para reclamar tal pleito, de cunho exclusivamente patrimonial. Imagine-se a discordância com julgado no tocante somente a parte indenizatória, hipoteticamente fixada em valor irrisório. Ao Ministério Público caberia recorrer para defender interesse individual disponível?

O dano efetivamente passível de indenização, o procedimento para alcançá-la e a forma de quantificá-la minimamente também não foram objeto de regramento pelo legislador. A possibilidade de sua fixação de ofício pelo juiz é outra indagação que se mostra pertinente. Não diferente é a própria utilidade prática, o proveito que se obtém (ou não) com a tutela mal legislada imposta cujo aperfeiçoamento parece ser medida imperativa.

⁸ MASSOM, Cleber. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Método, 2013, p. 380-381.



2- A UTILIDADE DE FIXAÇÃO DE VALOR MÍNIMO PARA REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS PELO AGENTE CRIMINOSO

Importante se refletir sobre a utilidade da existência de um dispositivo legal inserido no Código de Processo Penal, o qual preconiza prestação jurisdicional parcial sobre proteção jurídica conferida pelo Direito Civil, já que o magistrado fixa valor “mínimo” para reparação dos danos ocorridos no delito. Sabe-se que reparar danos é a especialidade do juízo cível, o qual diariamente realiza a recomposição civil de prejuízos causados por toda sorte de eventos.

Transitada em julgado a sentença penal condenatória, a vítima, seu representante legal ou familiar sucessor será portador de um título executivo judicial, nos termos do art. 475-N, II, do Código de Processo Civil, no qual se tornará indiscutível a questão relativa ao *an debeatur*, a obrigação de indenizar, necessitando, todavia, definir-se o *quantum debeatur*, valor certo da indenização.

De fato, o credor de título executivo judicial constituído juízo criminal poderá, desde logo, ajuizar demanda executiva no juízo cível, exigindo o pagamento do valor mínimo fixado na esfera penal. Mas, se não estiver satisfeito com o montante fixado, por não reparar suficientemente os danos sofridos, deverá ajuizar nova demanda de conhecimento, impugnável em diversas instâncias, com a conhecida celeridade do Poder Judiciário, para o fim de perquirir a diferença entre o montante realmente devido e o minimamente fixado. É o que dispõe parágrafo único do art. 63 do Código de Processo Penal⁹, incluído pela Lei 11.719, de 2008, segundo o qual “Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá

⁹BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 12 mai 2015

ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.”

Acaba por resultar na necessidade de se veicularem duas demandas autônomas, que sequer podem ser reunidas por tramitarem em juízos distintos, objetivando o mesmo fim, qual seja, a fixação de uma indenização justa, dando à vítima aquilo que efetivamente lhe cabe, na medida da exata proporção devida.

3. A POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA, DE OFÍCIO, PELO JUÍZO CRIMINAL; A LEGITIMIDADE PARA REQUERÊ-LA E SEU PARÂMETRO

Não menos importante que a reflexão anterior, é a indagação acerca da possibilidade da fixação de valor indenizatório mínimo em questão, de ofício, pelo juiz ao prolatar a sentença condenatória. É que, embora no dispositivo legal conste o verbo “fixará”, não fica claro se tal fixação pode se dar de ofício, sem violação do devido processo legal. Além disso, a legitimidade para requer tal verba e o parâmetro para quantificá-la também foram objetos de amnésia do legislador.

Nucci,¹⁰ abordando os tópicos acima mencionados, entende ser defeso ao juiz fixar, de ofício, a indenização mínima ora analisada. Para o referido autor

admitindo-se -se que o magistrado possa fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração penal, é fundamental haver, durante a instrução criminal, um pedido formal para que se apure o montante civilmente devido. (...) Se não houver formal pedido e instrução específica para apurar o valor mínimo para o dano, é defeso ao julgador optar por qualquer cifra, pois seria nítida infringência ao princípio da ampla defesa.

Nota-se que o doutrinador se preocupa com a prolação de sentença ultra petita, violadora direito do réu, indefeso a pleito reparatório ausente na denúncia.

¹⁰ NUCCI, op. cit., p. 944-945.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Aury Lopes Jr.¹¹, segundo o qual

para que o juiz penal possa fixar um valor mínimo para a reparação dos danos da sentença, é fundamental que: 1. exista um pedido expresso na inicial acusatória de condenação do réu ao pagamento de um valor mínimo para reparação dos danos causados, sob pena de flagrante violação do princípio da correlação; 2. portanto, não poderá o juiz fixar um valor indenizatório se não houve pedido, sob pena de nulidade por incongruência da sentença; 3. a questão da reparação dos danos dever ser submetida ao contraditório e assegurada a ampla defesa do réu; 4 somente é cabível tal condenação em relação ao fatos ocorridos após a vigência da Lei n. 11719/2008, sob pena de ilegal atribuição de efeito retroativo a uma lei penal mais grave (...)"'. Do contrário, não pode haver tal condenação."

De igual modo, este autor garantista também entende que é necessário pleito reparatório expresso, permitindo ao acusado a resistência a tal pedido.

Não obstante a negativa da doutrina ora citada, no Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, encontram-se decisões diametralmente opostas sobre a aplicação da norma inserta no inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal, em que ora se exige, ora não se exige pedido de indenização expressamente formulado. No aresto¹² que segue exigiu-se pedido de condenação expresso:

CRIMES DE ROUBO E ESTELIONATO. DECRETO CONDENATÓRIO. IRRESIGNAÇÃO DO PARQUET QUE POSTULA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE (...) 1-A materialidade e a autoria dos injustos restaram comprovadas diante dos elementos probatórios angariados ao longo da instrução,(...)Por fim, a verba indenizatória não é cabível na espécie eis que, a despeito de o legislador autorizar a fixação da referida reparação, tal fato somente pode ocorrer se houver pleito neste sentido, o que não é a hipótese dos autos e sob pena de afronta ao princípio ne procedat judex ex officio, burlando-se, com isso, o devido processo legal com seus consectários contraditório e ampla defesa, garantidos constitucionalmente aos litigantes. 8RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

O julgado acima transcrito segue linha de raciocínio dos doutrinadores anteriormente citados, oportunidade em que se invocam princípios de índole constitucional para reforçar a tese defendida.

¹¹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1094.

¹² BRASIL. Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0260018-78.2012.8.19.0001. Relatora: Des. Maria Angelica Guedes. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201305016817>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

Já no julgado seguinte¹³, verifica-se pronunciamento do Tribunal acerca da desnecessidade de pleito condenatório expresso:

CRIME DE FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE PESSOAS - FURTO DE CAMINHÃO - RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - REUS PRESOS EM FLAGRANTE APELADOS QUE APÓS INGERIREM, BEBIDA ALCÓOLICAS NO INTERIOR DE UMA BOATE COM O LESADO, SAEM DO LOCAL E SUBTRAEM O CAMINHÃO DELE (...) FIXAÇÃO DE VALOR INDENIZATÓRIO - POSSIBILIDADE VALOR PÉCUNIÁRIO QUE É EFEITO DA CONDENAÇÃO, NOS TERMOS DO ART. 387,IV DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, SENDO DESNECESSÁRIO PEDIDO EXPRESSO NA DENÚNCIA FIXAÇÃO, CONTUDO QUE DEVE SER FIXADA EM VALOR MÍNIMO, EIS QUE A APURAÇÃO DO TOTAL DOS DANOS DEPENDE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PROVIMENTO DO APELO MINISTERIAL (...)

Apesar dos julgados contraditórios proferidos pela Corte Fluminense, o que se dá com base na independência funcional do julgador, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, intérprete da lei federal, já se manifestou a respeito do tema, entendendo que, além de a Lei 11.719 de 2008 não se aplicar a fatos anteriores à publicação dela, o pleito indenizatório previsto no inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal impescinde de pedido expresso formulado nesse sentido, em prestígio aos princípios da ampla defesa e do contraditório, de modo a se permitir a defesa oportuna do acusado. É que se constata da ementa do julgado¹⁴ que segue:

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL RECORRIDO : DARIO MARTINEZ PAVEZ (PRESO) ADVOGADO : CLEOMIR DE OLIVEIRA CARRÃO - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS EMENTA RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIOS DUPLAMENTE QUALIFICADOS CONSUMADOS E HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO TENTADO. REPARAÇÃO PELOS DANOS CAUSADOS À VÍTIMA PREVISTA NO ART. 387, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NORMA DE DIREITO PROCESSUAL E MATERIAL. IRRETROATIVIDADE.

¹³ BRASIL. Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0005824-34.2011.8.19.0006. Relator: Des. Antonio Jose Ferreira Carvalho. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201205004467>>. Acesso em: 30 mar. 2015

¹⁴ BRASIL. Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.193.083. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1193083&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=8>>. Acesso em: 30 mar. 2015.



NECESSIDADE DE PEDIDO EXPRESSO. SUBMISSÃO AO CONTRADITÓRIO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A regra do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, que dispõe sobre a fixação, na sentença condenatória, de valor mínimo para reparação civil dos danos causados ao ofendido, é norma híbrida, de direito processual e material, razão pela qual não se aplica a delitos praticados antes da entrada em vigor da Lei n.º 11.719/2008, que deu nova redação ao dispositivo. 2. Para que seja fixado na sentença o início da reparação civil, com base no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, deve haver pedido expresso do ofendido ou do Ministério Público e ser oportunizado o contraditório ao réu, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa. Precedentes. 3. Recurso desprovido.

Com esteio na doutrina de jurisprudência citadas é inquestionável a possibilidade de fixação pelo juízo criminal de indenização mínima para a reparação dos danos sofridos pela vítima de crime. Até porque a lei autoriza isso. O melhor entendimento é o que exige pedido expresso de condenação indenizatória na inicial acusatória em prestígio ao devido processo legal.

4. DANO PASSÍVEL DE REPARAÇÃO POR MEIO DE SENTENÇA PROLATADA NO JUÍZO CRIMINAL

A modalidade de dano passível de reparação, a ser ordenada pelo juízo criminal, não resta clara. Não há especificidade a respeito no dispositivo legal em análise. Várias interpretações se mostram possíveis, diante da pluralidade de danos existentes na esfera cível.

Flávio Tartuce¹⁵, discorrendo sobre o gênero dano, cita a existência de, ao menos, seis espécies: dano material, moral (individual e coletivo), estético, por perda de uma chance e sociais ou difusos. E nem se diga que os danos coletivos não

¹⁵ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. v. 2. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 341.



interessam ao nosso estudo, porquanto a condenação reparatória coletiva cível, por meio da esfera penal, não é novidade com a edição do diploma legal alterador do inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal, na medida em que há previsão semelhante no art. 20 da Lei 9.605/98, Lei de Crimes Ambientais, segundo o qual “A sentença penal condenatória, sempre que possível, fixará o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido ou pelo meio ambiente”.

O civilista acima mencionado, conceitua os diferentes tipos de dano. Para ele, danos patrimoniais ou materiais¹⁶ “constituem prejuízos, perdas que atingem o patrimônio corpóreo de uma pessoa natural, pessoa jurídica ou ente despersonalizado [...]”¹⁷.

No que tange à reparação de dano imaterial¹⁸, explica o civilista que “Constituindo o dano moral uma lesão aos direitos da personalidade (arts. 11 a 21 do CC), para a sua reparação não se requer a determinação de um preço para a dor ou o sofrimento, mas sim um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial, o que traz o conceito de lenitivo, derivativo ou sucedâneo.” Destaque-se a possibilidade da ocorrência de dano moral coletivo, cuja conduta atinge vários sujeitos de direito simultânea ou sucessivamente. É o que se constata do teor do inciso VI do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor¹⁹, que prevê como direito básico do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais individuais, coletivos e difusos”.

¹⁶ TARTUCE, op. cit., p. 340.

¹⁷ O dano material se subdivide no dano emergente, que é a efetiva diminuição no patrimônio da vítima, e também no lucro cessante, que corresponde a uma frustração de lucro.

¹⁸ Ibid., p. 355.

¹⁹ BRASIL. Lei 8078 de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm Acesso em 19 mai. 2015>.



Os danos estéticos²⁰ “em regra, estão presentes quando a pessoa sofre feridas, cicatrizes, cortes superficiais ou profundos em sua pele, lesão ou perda de órgãos internos ou externos do corpo, aleijões, amputações, entre outras anomalias que atingem a própria dignidade humana.”

Trata-se de modalidade relativamente nova de dano, reconhecida doutrinária e jurisprudencialmente, na medida em que o enunciado de súmula de jurisprudência predominante n. 387 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça reconhece sua autonomia, ao possibilitar a cumulação de indenizações de dano estético e moral.

Já a perda de uma chance²¹ “está caracterizada quando a pessoa vê frustrada uma expectativa, uma oportunidade futura, que, dentro da lógica do razoável, ocorreria se as coisas seguissem o seu curso normal.” É a certeza da ocorrência de fato bastante provável, frustrado por conta de conduta danosa sofrida pela vítima.

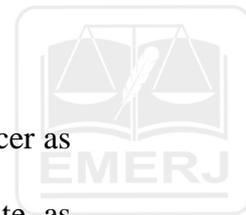
Por fim, o renomado autor esclarece²² que “o conceito de danos sociais ou difusos mantém relação direta com a principiologia adotada pelo Código Civil de 2002, que escolheu entre um de seus regramentos básicos a socialidade, a valorização do nós em detrimento do eu, a superação do caráter individualista e egoísta da codificação anterior. Justamente por isso, os grandes ícones privados têm importante função social, quais sejam, a propriedade, o contrato, a posse, a família, a empresa e também a responsabilidade civil.”

Diante da existência das diversas modalidades de danos, a pergunta que não quer calar é: a que dano ou danos se refere o inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal? O juiz do crime teria especialidade técnica para aplicar as regras

²⁰ TARTUCE, op. cit., p. 384.

²¹ Ibid., p. 385

²² Ibid., p. 399



dirigidas ao alcance do quantum indenizatório? Ao que parece, além de conhecer as espécies de danos, seria necessário ao magistrado conhecer profundamente as disposições atinentes à fixação da indenização previstas na legislação civil, ainda que para fixação de valor indenizatório mínimo.

Apesar de inexistir restrição ressalvada no dispositivo legal estudado, para o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro não é possível a reparação a título de dano moral no juízo criminal. É o que se contata do julgado²³ que segue:

0033123-09.2013.8.19.0202 – APELACAO DES. CLAUDIO TAVARES DE O. JUNIOR - Julgamento: 23/07/2014 – (...) CONDENAÇÃO DO RÉU PELA PRÁTICA DO CRIME DE ROUBO (...). EXCLUSÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. PARCIAL PROVIMENTO DO APELO. (...) Noutra giro, é de se afirmar que apenas o dano material (e não o dano moral) está incluído na regra do art. 387, IV, do CPP. A partir da ausência de ressalva, na norma, quanto ao tipo de dano ou prejuízo que deve ser ressarcido à vítima na sentença penal, deve-se entender pela impossibilidade de se fixar dano moral na sentença penal condenatória, uma vez que se trata de valor que necessita de um grande aprofundamento das provas, e que poderia resultar em um alargamento, ainda maior, da instrução criminal. (...) o objetivo do legislador ao introduzir a fixação da reparação do dano, na sentença criminal, era o de conferir maior celeridade na resposta à vítima. Destarte, o legislador optou em conceder apenas reparação mínima aos danos materiais, os quais, apesar de necessitarem de produção de prova perante a ampla defesa e o contraditório, possuem em regra, fácil apuração, deixando para a esfera cível a verificação de danos morais, a fim de respeitar o prazo razoável do processo penal [...]

Não parece acertada a opção de não se fixar indenização a título de dano moral por meio do juízo criminal, ao argumento de que a dilação probatória a respeito deve ser realizada no juízo cível. Se o legislador não restringiu a reparação dos danos, não cabe ao intérprete fazê-lo, para o fim de determinar que somente o dano material é minimamente indenizável na esfera penal.

²³ BRASIL. Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0033123-09.2013.8.19.0202. Relator: Des. Claudio Tavares de O. Junior. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw> >. Acesso em: 30 mar. 2015.



CONCLUSÃO

O legislador pretendeu conferir avanços com a alteração realizada no inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal por meio da edição da Lei 11.719/08, diploma alterador do referido dispositivo.

Ao se estabelecer, considerando os prejuízos sofridos, a fixação de valor indenizatório mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, o legislador protagonizou a vítima, muitas vezes esquecida pelo Direito Penal.

A intenção de ver reparado o dano sofrido pela vítima até pode ter sido boa. Contudo, o legislador não foi técnico, pelo que a omissão acerca do dano reparável e o procedimento empregado para tanto se mostram flagrantemente prejudicial na prática forense, criando os debates e insegurança jurídica vistos ao longo do presente trabalho sobre o instituto.

Apesar das controvérsias existentes, é possível concluir com o presente artigo científico que a utilidade de se fixar valor indenizatório mínimo para reparação dos danos sofridos pela vítima é questionável, porquanto não assegura a integral reparação do prejuízo, ensejando a propositura de nova demanda no juízo cível, o que vai de encontro às pretensões do legislador.

Constata-se, ainda, que o magistrado não pode fixar tal indenização de ofício, havendo necessidade de pedido expresso nesse sentido e que somente é cabível condenação a título de dano material, consoante vêm decidindo os nossos Tribunais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Código Civil. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Código de Processo Penal. Disponível em: BRASIL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 14 abr 2014.

_____. Código Penal. Disponível em: BRASIL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 out. 2014.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 abr 2014.

_____. Lei 8078 de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm Acesso em 19 mai. 2015>.

_____. Lei n. 8112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm> Acesso em: 14 out. 2014.

_____. Lei n. 11340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm> Acesso em: 14 out. 2014.

_____. Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0033123-09.2013.8.19.0202. Relator: Des. Claudio Tavares de O. Junior. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw> >. Acesso em: 30 mar. 2015.

_____. Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.193.083. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1193083&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=8>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

_____. Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0005824-34.2011.8.19.0006. Relator: Des. Antonio Jose Ferreira Carvalho. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201205004467>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

_____. Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0260018-78.2012.8.19.0001. Relatora: Des. Maria Angelica Guedes. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201305016817>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.



MASSOM, Cleber. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Método, 2013.

NUCCI, Guilherme Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 12. ed. Rio de Janeiro. Revista dos Tribunais, 2013.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil 2 Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.



QUERELA NULLITATIS NAS AÇÕES QUE POSSUEM LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO COM FALTA DE CITAÇÃO DE UM DOS LITISCONSORTES NOS CASOS EM QUE ENVOLVAM DIREITOS REAIS IMOBILIÁRIOS.

Leonardo Matoso Ribeiro
Gomes Brandão.

Graduado pela Pontifícia Católica do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo: O presente artigo possui cinco capítulos em que se aborda o instituto da *querela nullitatis insanabilis* nos casos em que há falta ou vício de citação de um dos réus litisconsórcios passivos necessários em ações que digam respeito a direito mobiliário. No primeiro capítulo do artigo, há uma exposição acerca da discussão que envolve o reconhecimento da existência do instituto, tendo em vista que esse não possui regramento específico na legislação pátria. No segundo capítulo se aborda a aplicação do instituto na prática da vida forense, comentando-se determinados problemas procedimentais apontados pela doutrina pátria. No terceiro capítulo se faz uma breve reflexão sobre a aplicação do instituto à luz do princípio constitucional da razoável duração do processo. Por fim, no quinto e último capítulo se faz o levantamento da jurisprudência do Superior Tribunal Federal acerca da aplicação do instituto.

Palavras chaves: *querela nullitatis*. Direito processual civil. Devido processo legal. Vício de citação. Litisconsortes passivos necessários.

Sumário: 1. A aceitação do instituto da *querela nullitatis* no ordenamento jurídico brasileiro. 2. A aplicação da *querela nullitatis*. 3. Um problema prático na aplicação do instituto da *querela nullitatis*. 4. Análise sobre o instituto da *querela nullitatis* e a razoável duração do processo. 5. Breve análise da jurisprudência do STF sobre a *querela nullitatis*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto enfoca a temática do instituto da *querela nullitatis* nas ações em que são necessárias as citações dos litisconsortes necessários para a regular formação da demanda judicial. Vale dizer, que nas ações em que o Código de Processo Civil determina que haja a citação de ambos litisconsortes, caso isso não ocorra na lide, poderá o litisconsorte prejudicado lançar mão, via de regra, de uma ação autônoma incidental com o condão de, se julgada procedente, anular o processo principal desde de a peça vestibular.



Para tal, estabelece como premissa a reflexão sobre a estrutura do instituto, sua criação e adoção ou não no sistema processual civil, já que não possui previsão expressa no código de ritos e em lei extravagante. Como a querela nullitatis diz respeito a ações em que se encontra presente o requisito processual do litisconsorte necessário, podemos vislumbrar que o uso de ação autônoma de impugnação terá cabimento principalmente nas ações ligadas a direitos reais, mas especificamente quanto a usucapião e propriedade.

Busca-se despertar a atenção para a aplicação do instituto da querela nullitatis nos processos onde há falta de citação de um dos litisconsortes passivo necessário, demonstrando a importância que este instituto possui frente ao moderno direito processual civil, menos arraigado a formalismos e tecnicismos e mais voltada a princípios constitucionais promulgados pela Constituição cidadã de 1988, tais como a ampla defesa e o contraditório.

Pretende-se apontar, também, a importância ímpar do instituto que se encontra dentro das raríssimas possibilidades de se desconstituir decisões com trânsito em julgado, mesmo após o prazo da ação rescisória, quando a lide está pacificada sobre o crivo da chamada coisa soberanamente julgada. Isso se dá, porque nos processos que possuem o vício da falta de citação de um dos litisconsortes passivos necessários o que se tem são “impressões de sentença” e não sentenças propriamente ditas.

Para a consecução dos objetivos ora propostos o presente artigo científico terá como metodologia o tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa.

1. A ACEITAÇÃO DO INSTITUTO DA *QUERELA NULLITATIS* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Dentro da sistemática do processo civil, toda decisão é passível de erro. Por conta disso nasce dentro do processo a possibilidade de revisão da decisão proferida pelo julgador se assim se manifestar uma ou ambas as partes do processo que se sentiram prejudicadas com a decisão proferida. Constata-se, por tanto, que as decisões oriundas do poder judiciário possuem possibilidade de revisão.

Alheio as discussões acerca da existência ou não de uma garantia ao duplo grau de jurisdição, o certo é que uma decisão judicial é basicamente atacada por dois meios: i) recursos processuais –recursos ordinários e extraordinários lato senso; ii) ação rescisória.

Os recursos têm por objetivo, ser “o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna”¹.

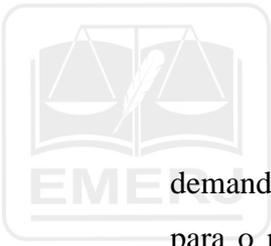
A ação rescisória, como o próprio nome indica, não é uma impugnação que se dá no mesmo processo, mas sim por meio de ação própria, que atua após o transito em julgado de dada demanda. O seu cabimento está vinculado a determinado vício em ação transitada em julgado que devido a sua vultuosidade, o ordenamento jurídico propiciou durante o interregno de certo prazo o interessado atacar o vício e a injustiça por meio de ação própria.

A *querela nullitatis*, por sua vez, também é uma forma de atacar decisões judiciais, mais detidamente, é uma forma de atacar decisões judiciais na sua esfera de existência², ou seja, em um âmbito de direito processual e não de direito material subjetivo. Pode se caracterizar *querela nullitatis* como ação que possui como finalidade a declaração de inexistência de julgado baseado em vício insanável.

Adotando-se a teoria da triangulação processual, a demanda é constituída por uma relação, a chamada “relação processual”, e como toda a relação jurídica ela é necessariamente composta por pessoas. Os sujeitos que devem minimamente figurar em um processo são: i) autor(s); ii) juiz; iii) réu(s). Nesta esteira, o autor ingressa com a

¹CÂMARA, A. F. *Lições de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 59.

² Existe discussão doutrinária acerca do objeto da *querela nullitatis*, se ataca a existência ou validade da sentença. Ambas as posições reconhecem a existência e aplicação da *querela nullitatis*, toda via, para os que acreditam que ataca a existência a ação autônoma de impugnação por nulidade ataca a sentença inexistente. Para os que defendem que ataca a validade, a decisão impugnada seria existente apesar de pendente sua eficácia.



demanda em juízo, o juiz analisando as condições da ação e os pressupostos processuais para o regular processamento do feito determina a citação do réu e esse por sua vez depois de citado começa a fazer parte da demanda e temos então a constituição da relação processual.

Pode ocorrer, toda via, que a citação do réu não ocorra, ocorra de forma inválida, não respeitando os requisitos necessários, ou ocorra somente quanto a um dos réus e não quanto a todos os réus necessários (casos de litisconsorte passivo necessário). Nesses casos, se a demanda prosseguir mesmo sem a regular citação do réu ou de um dos réus necessários na demanda, não haverá a formação da relação processual e conseqüentemente não haverá um regular processamento da demanda, o que atacará diretamente os princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa e do contraditório, subsistindo um processo inválido, que conseqüentemente irá produzir decisões nulas. Nesses processos o que teremos são as chamadas “impressões de sentenças” e não sentenças propriamente ditas. Haverá uma decisão com forma de sentença, produzindo no mundo fático efeito de sentença, mas na verdade não passará de uma decisão nula.

Cabe aqui fazer um apontamento quanto ao cabimento da *querela nullitatis*, que será mais profundamente abordado adiante. Para maior parte da doutrina e jurisprudência, incluso dos superiores tribunais, se o vício de falta de citação ou citação irregular ocorrer no curso da demanda, esse vício deve ser apontado de pronto pela parte prejudicada por simples petição, já que se tratará de um vício processual que poderá ser arguido por qualquer meio a qualquer momento.

Se o processo contendo o vício de falta de citação ou citação irregular chegou ao transitório em julgado, mas se encontra ainda dentro do prazo de dois anos da última decisão que fez transitório em julgado, caberá arguição do vício por ação rescisória. No entanto, se o processo contendo o vício na citação ou a inexistência da citação já houver transitado em julgado então o único cabimento possível será o da interposição da ação de *querela nullitatis*.

Percebe-se que o instituto da *querela nullitatis* possui uma relevância extraordinária e se destaca pelo seu alcance. Enquanto todos os meios ordinários de impugnação processual se dão dentro do transitório em julgado, ou dependendo do vício dentro do prazo de ação rescisória, o instituto da *querela nullitatis* é o único possível de incidir após o prazo do transitório em julgado, mesmo depois da senatoria geral decorrente do transcurso *in albis* do prazo da ação rescisória, ou seja, é uma impugnação que não



tem data pré concebida para sua interposição, não há prazo para se arguir a nulidade do sentença, pode-se por exemplo, se arguir uma década depois do transito em julgado da sentença.

Por ser um meio excepcional e capaz de anular decisões já acobertadas pelo manto da segurança jurídica, somado ao fato de que não há previsão expressa dentro do ordenamento jurídico pátrio para a utilização da *querela nullitatis*, o instituto recebe certa resistência de parte minoritária da doutrina processualista civil que tende a desconsiderar sua existência.

A parte da doutrina que sustenta a não existência do instituto tem como foco de sua argumentação o princípio da legalidade estrita, onde não se pode extrair claramente do texto constitucional, do código de processo civil ou lei extravagante a previsão expressa do instituto da *querela nullitatis*.

No que pese a existência dessa pequena parte da doutrina a doutrina majoritária entre eles, Alexandre Câmara, Rodolfo Hartmann, Fredie Didier, Barbosa Moreira a Arruda Alvim defendem a existência do instituto e sua aplicação.

Nos superiores tribunais a existência do instituto também se encontra já fundamentada, havendo jurisprudência firme nesse sentido. Veja, por exemplo, a aplicação do instituto pelo Superior Tribunal de Justiça³:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. *QUERELA NULLITATIS*. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. NULIDADE RECONHECIDA. IRRESIGNAÇÃO. PRETENSÃO DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DOMÉRITO AFASTADA. PRELIMINARES ACERTADAMENTE REJEITADAS. CITAÇÃO POREDITAL. RÉU CONHECIDO. INVIABILIDADE. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM AJURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA N. 83/STJ. QUALIDADE DE HERDEIROS RECONHECIDA COM BASE NAS PROVAS. SÚMULA N. 7/STJ. FUNDAMENTOS NÃO INFIRMADOS. CONFIRMAÇÃO DA DECISÃO. AGRAVO REGIMENTAL ESPROVIDO

1. A ação anulatória (*querela nullitatis*) é o meio adequado parabuscar a anulação de atos processuais praticados em feito no qual aquele que, necessariamente, deveria figurar no polo passivo da demanda não foi citado para integrar a lide, não prevalecendo, quanto a terceiros, a imutabilidade da coisa julgada.

2. Aplica-se o óbice contido na Súmula n. 7 do STJ na hipótese em que o acolhimento da tese defendida no recurso especial reclama análise dos fatos e dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda.

3. Se a parte agravante não infirma as razões norteadoras do desprovimento do recurso especial, impõe-se a confirmação da decisão regimentalmente agravada por seus próprios fundamentos. 4. Agravo regimental desprovido.

³BRASIL. Superior Tribunal Justiça. Acórdão no AgRg no REsp 1233641 / MG. Relator: Noronha, de J. O. Publicado no D.O em 23/09/14. Acesso em: 30/9/14



Em vista do exposto, pode se concluir que o instituto da *querela nullitatis* possui, de fato, importância ímpar no ordenamento jurídico, propiciando aos prejudicados em dada demanda, que foram ilegalmente cerceados de sua garantia constitucional de devido processo legal e ampla defesa a desconstituírem uma demanda irregular por meio de uma ação própria, apta a anular toda o processo desde a citação. Por ser um meio dotado de força anulatória que não convalesce jamais, há divergência na doutrina acerca de sua adoção no sistema jurídico brasileiro frente sua falta de previsão expressa. Todavia, apesar de existir tal divergência, a parcela que não reconhece a adoção na sistemática processual brasileira é de veras diminuta, pelo que já se encontra pacificado, até mesmo em sede de tribunal superior a existência a aplicação do instituto ora estudado.

2. A APLICAÇÃO DA *QUERELA NULLITATIS*

Como dito anteriormente, o instituto da *querela nullitatis* é de extrema relevância jurídica. Além da relevância já explicitada pode-se destacar ainda dois outros pontos de aplicação do instituto.

Primeiramente o fato de envolver casos em que há a necessidade de citação do litisconsorte passivo necessário. Casos que de tão relevantes o legislador determinou que necessariamente todos os envolvidos no direito em litígio devem participar da demanda. Em segundo lugar porque na maioria das vezes esses casos estão ligados a usucapião urbano e rural, envolvendo por tanto direitos sociais e individuais homogêneo como direito a moradia e a função social da propriedade.

Em verdade para além desses dois pontos de destaque na aplicação do instituto, existem ainda inúmeras casos onde podemos salientar o papel ímpar dessa ferramenta processual, mas que se imiscuídos aqui, extrapolariam o objetivo do presente artigo, pelo que se opta a restringir a exposição da relevância social do instituto as hipóteses de pedido de reconhecimento de inexistência processual por falta de citação de litisconsorte passivo necessário nas demandas em que devem ser citados ambos os cônjuges em que o objeto do litígio seja direito imobiliário (art. 10, §1º, I, CPC).

Via de regra a aplicação da *querela nullitatis* se dará nos casos previstos no art. 10, §1º do CPC. Ou seja, se aplica o instituto para suscitar a nulidade da relação processual por ausência de existência processual por desrespeito as hipóteses de citação na forma de litisconsorte passivo necessário.



Todavia, nada impede que leis extravagantes ao diploma processual civil estabeleçam também a necessidade de citação na forma de litisconsorte passivo necessário. Exemplo disso é à disposição da lei do inquilinato, Art. 62, I da Lei 8245/91, que prevê que o despejo por falta de pagamento deve ser feito com a obrigatoriedade de citação tanto do locatário como do fiador constituído no contrato de locação.

As hipóteses previstas no CPC são: i) que versem sobre direitos reais imobiliários; ii) resultantes de fatos que digam respeito a ambos os cônjuges ou de atos praticados por eles; iii) fundada em dívidas contraídas pelo marido a bem de família, mas cuja execução tenha de recair sobre o produto de trabalho da mulher ou os seus bens reservados; iv) que tenham por objeto reconhecimento, a constituição ou a extinção de ônus sobre imóveis de um ou de ambos os cônjuges.

Como já consignado o foco desse trabalho se dará no estudo da hipótese do art. 10,§1º, I do CPC, ou seja, necessidade – ou vício dessa necessidade – de citação de ambos os cônjuges nas ações que envolvem direitos reais imobiliários. E a respectiva alegação pelo cônjuge não citado ou indevidamente citado que ira suscitar via *querela nullitatis* a anulação de todo o processo por inexistência processual até a data da citação nula ou inexistente.

Delimitado, por tanto, a hipótese de aplicação do instituto aqui apresentado, passemos a um exemplo prático para melhor elucidar a questão. Suponha que marido e mulher, casados no regime comum (comunhão parcial de bens) tenha contraído após o casamento um terreno a título de contrato de cessão de posse. Passando a residir no local com *animus dominis*, e que venham exercendo a função social da propriedade.

De plano, por esse exemplo, tem-se a informação que não houve na hipótese a compra do imóvel por parte do casal, e sim a entrada dos mesmos na posse deste. Nessa esteira e a título ilustrativo considere que esse casal cumpriu os requisitos contidos na lei para aquisição da terra pela denominada usucapião ordinária do art. 1238 do CC de 2002. Veja, nesse ponto, passa-se a não mais trabalhar com direito possessório e sim direito imobiliário o que chama a aplicação do art. 10,§1º, I do CPC. Suponha agora que o proprietário em cartório do imóvel deseje reivindicar a propriedade do bem imóvel e ingressa com uma ação petitória. Se por um acaso esta ação for dirigida a apenas um dos cônjuges habitantes do imóvel, teremos o desrespeito da norma processual insculpida no art. 10,§1º, I do CPC.



Ainda dentro desse exemplo, se no decorrer da ação o proprietário ganhar em todas as instâncias e a ação transitar em julgado, inclusive ultrapassando-se o prazo da ação rescisória e inclusive podendo haver a imissão ou reintegração desse proprietário no bem imóvel, ainda assim, e decorrido o lapso temporal que for 10 (dez), 20 (vinte) ou quantos anos tenham decorrido desta ação, ainda assim, haverá a hipótese do cônjuge prejudicado e não citado de pleitear via ação própria e incidental o pedido declaratório de inexistência processual fazendo anular todo o processo e seus respectivos atos decisórios até a data da citação da petição inicial da ação petitória.

Desse exemplo pode se denotar a importância e a força do instituto da *querela nullitatis*. A sua relevância se dá pelo fato de que quando não há a citação na verdade não se forma a demanda judicial. Não se tem a triangulação processual entre: autor, juiz e réu. E, por tanto, não se tem processo segundo o devido processo legal e por conseguinte não se tem decisões judiciais e sim falsas impressões de decisões judiciais, que podem ser elididas a qualquer momento desde que a parte argua o vício insanável de citação.

3. UM PROBLEMA PRÁTICO NA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA *QUERELA NULLITATIS*

Como dito acima, a *querela nullitatis* pode ser arguida a qualquer momento, em verdade ela pode ser reconhecida de ofício por parte do (s) julgador (res), pois a ausência ou vício de citação é matéria de ordem pública, devido à falta de pressuposto processual e condições da ação, art. 267, IV do CPC.

Apesar de o vício atacado ser de ordem pública não se encontra na jurisprudência pátria caso em que o magistrado de ofício sem a provocação da parte prejudicada tenha proferido a anulação de todo o processo por vício de citação. Isso se dá basicamente por dois motivos: i) devido à quantidade de demandas nos tribunais, o magistrado não tem tempo para revisar todos os autos e buscar nas demandas eventuais vícios cometidos pelas partes; ii) porque a consequência da decretação da anulação do processo é de veras significativa e fatalmente a parte autora vai ser efetivamente prejudicada⁴.

⁴ Cabe explicitar que somente a parte autora na hipótese de reconhecimento do vício se encontrará prejudicada, posto que o réu se vencedor não poderá requerer o reconhecimento do vício pois não haverá



Ainda sobre essa natureza jurídica do vício processual por ausência de citação de litisconsorte passivo necessário ser de ordem pública, nascem duas possibilidades pelas partes de arguição da matéria. Uma por simples petição direcionada ao juízo demonstrando o vício e pedindo para que o mesmo o reconheça e outra por ação autônoma incidental com o mesmo pedido da petição.

Quanto à hipótese de arguição por simples petição o STJ possui entendimento jurisprudencial que é possível, segue jurisprudência da segunda turma de dezembro de 2010, nesse sentido⁵:

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DE LITISCONSORTE PASSIVONECESSÁRIO. HABILITAÇÃO DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS. REJEIÇÃO. CITAÇÃODOS LITISCONSORTES. AUSÊNCIA. HIPÓTESE DE QUERELLA NULITATIS.ARGÜIÇÃO POR SIMPLES PETIÇÃO. POSSIBILIDADE.

(STJ - REsp: 1105944 SC 2008/0259892-7, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 14/12/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/02/2011)

A jurisprudência do TJRJ no entanto é relutante em aceitar arguição de anulação por falta de citação por simples petição, exigindo para tanto a interposição de ação incidental própria. Vide julgado abaixo colacionado⁶:

DES. MARIA REGINA NOVA ALVES - Julgamento: 18/10/2013 - DECIMA QUINTA CAMARA CIVEL
AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. FASE DE CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. OBJEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE SUSTENTANDO A NULIDADE DA CITAÇÃO POR EDITAL REJEITADA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. MATÉRIA QUE DEVE SER ARGUIDA ATRAVÉS DE AÇÃO PRÓPRIA ENOMINADA *QUERELA NULLITATIS*. PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL. RECURSO NÃO CONHECIDO. (Art. 557, caput, do CPC).

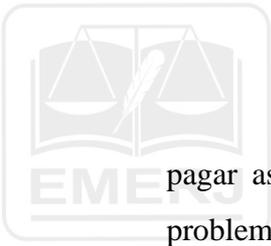
Esse entendimento do TJRJ traz algumas consequências práticas para quem deseja lançar mão do instituto.

A primeira consequência pode ser entendida como um verdadeiro problema. Por essa jurisprudência, tem-se fatalmente uma desnecessária interposição de nova ação judicial que conseqüentemente gerará custos desnecessários para a parte que deverá

para o mesmo prejuízo, e é pacífico em doutrina e jurisprudência que os pedidos de nulidade devem necessariamente estar vinculados a prejuízo efetivo de quem os suscita.

⁵ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Resp. 1105944/SC. Relator: Mauro Campbell Marques. Publicado no D.O em 8/02/2011. Acesso em 13/04/15.

⁶ Brasil. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Acórdão no Agravo de Instrumento 0013341-13.2013.8.08.0011. Relatora: Maria Regina Novaes Alves. Publicado no D.O em 18/10/2013. Acesso e, 13/04/15.



pagar as custas desta nova ação além de eventuais recursos. Soma-se a esse fato o problema da produção de novos autos processuais que irão abarrotar ainda mais os cartórios dos respectivos tribunais.

Uma segunda consequência gerada por essa jurisprudência do TJRJ é o fato de que a demanda irá tramitar incidentalmente a ação originária e, por tanto, será distribuída por dependência e, por conseguinte a Câmara Cível competente para julgamento dos recursos da ação originária também será a competente para o julgamento dos recursos da ação de *querela nullitatis*. Tal regra processual se encontra no art. 33 da Lei de Organização judiciário do Rio de Janeiro

Essa consequência também trás um problema prático. Para expor esse problema lança-se mão do exemplo já apresentado quando da exposição da utilidade prática do instituto.

Partindo do princípio, então, que no mesmo exemplo já apresentado a ação tenha corrido a despeito da citação do cônjuge prejudicado e que o proprietário tenha ganhado em sede de sentença com a mesma sendo confirmada pelo tribunal.

Entendendo que essa ação tenha transitado em julgado e ultrapassado o prazo da ação rescisória, mas ainda não executado o mandato de imissão na posse por parte do proprietário do imóvel, resolva o réu não citado entrar com a ação incidental de *querela nullitatis*. E tendo em vista que está a vias de ser desalijado faça pedido de antecipação dos efeitos da tutela, para que permaneça no imóvel até o final do julgamento da *querela nullitatis*.

Analisando essa situação hipotética, tem-se que muito dificilmente esse pedido será aceito pelo magistrado e pelo tribunal, isso porque, se estará pedindo, de certa forma, que o magistrado desconsidere em juízo de cognição sumária algo que já decidiu em cognição exauriente e se estará pedindo ao Tribunal que se reavalie também em cognição sumária decisão que já foi proferida em sentença e confirmada em sede de apelação. Ou seja, mesmo que presente os requisitos da *querela nullitatis*, inclusive, com os requisitos da antecipação dos efeitos da tutela, possivelmente esta decisão será negada, posto que se confrontará um juízo de cognição exauriente frente um juízo de cognição sumária na mesma demanda.

Esse problema prático poderia ser resolvido se houvesse previsão no Código de Organização Judiciária do Rio de Janeiro que estabelecesse que a ação de *querela nullitatis* não fosse distribuída em sede de recurso por prevenção a câmara vinculada a ação originária, tal como ocorre atualmente.

4. ANÁLISE SOBRE O INSTITUTO DA *QUERELA NULLITATIS* E A RAZOAVEL DURAÇÃO DO PROCESSO.

Ao se tratar do instituto da *querela nullitatis* necessariamente deve-se abordar de um dos embates mais presentes no campo do Direito como ciência. Que é exatamente o conflito entre segurança devido processo legal e a celeridade processual.

O tempo dentro de um processo pode ser visto de duas formas. Uma das formas o delineará como o lapso necessário para a correta decisão do Estado Juiz. Tempo este necessário para ele pacificar corretamente determinada pretensão resistida.

Uma segunda forma de ver o tempo dentro do processo é entendê-lo como o interregno pelo qual uma pessoa que possuía determinado direito subjetivo violado passou tendo esse direito vilipendiado até a decisão final do Estado Juiz.

Pode se perceber sem muito esforço que a primeira interpretação sobre o tempo dentro do processo se coaduna muito mais a dogmática jurídica, enquanto a segunda interpretação possui suas raízes no empirismo, na realidade prática e morosidade do cotidiano da vida forense brasileira.

Cada uma dessas interpretações quanto ao que diz respeito ao tempo dentro do processo judicial irá ser coberta por uma garantia constitucional. Enquanto a interpretação que entende o tempo como algo necessário para a formulação da decisão da questão pela autoridade competente se adéqua ao princípio do devido processo legal que por fim irá reverberar em segurança jurídica, a interpretação do tempo como algo danoso ao titular do direito material se acoberta pelo manto da duração razoável do processo e da celeridade processual.

O certo é que o conflito entre celeridade processual e devido processo legal sempre estiveram em voga nas Academias. Atualmente podemos citar que a situação concreta que mais chama atenção envolvendo tais questões é a formulação de metas pelo Conselho Nacional de Justiça para os magistrados. Fato este que prioriza a celeridade processual em detrimento do devido processo legal. O que acaba gerando um número elevado de sentença contendo erros procedimentais e matérias, que invariavelmente serão objeto de recurso pela parte prejudicada.

Como apontado acima o instituto da *querela nullitatis* visa efetivar algumas garantias constitucionais, quais sejam; o devido processo legal a ampla defesa e o contraditório.



A efetivação dessas garantias por meio do instituto se dá sem levar em consideração o tempo em que está tramitando o processo objeto da ação incidental da *querela nullitatis*.

Assim, a lógica do instituto é no sentido de que não importa quanto tempo o processo esteja tramitando o que importa é que seja cumprido em seu bojo as garantias processuais constitucionais.

Como é sabido no rol das garantias constitucionais (art. 5, LXXVIII) existe a garantia da razoável duração do processo e a celeridade processual.

Veja então que a aplicação do instituto a *prima face* poderia ir de encontro ao princípio da celeridade processual e da razoável duração do processo. Poderia se indagar que haveria na aplicação do instituto um verdadeiro embate entre princípios constitucionais – celeridade processual e razoável duração do processo x devido processo legal a ampla defesa e o contraditório.

Tal interpretação necessariamente iria desaguar em um afastamento do instituto frente a casos concretos em que os processos objetos da ação incidental tenham muitos anos de duração ou de transito em julgado.

Apesar da jurisprudência pátria não levantar exatamente tais argumentos jurídicos o que temos muito das vezes é a relativização do instituto da *querela nullitatis* para defender um estado *quo* a muito constituído pelo processo atacada por vício de nulidade insanável.

No que pese essas considerações acerca do conflito de garantias constitucionais na aplicação do instituto, o que se tem em realidade é um aparente conflito de normas ou melhor de princípio.

Isso se dá porque muito das vezes os tribunais interpretam o princípio constitucional da razoável duração do processo e da celeridade processual de forma equivocada.

Veja que o conceito de duração razoável do processo e celeridade processual não deve ter seu conceito extraído somente levando em consideração o fator tempo isoladamente sobre o processo. Muito pelo contrário, deve o conceito de razoável duração do processo e celeridade ser interpretado em conjunto com os princípios do devido processo legal e da ampla defesa e contraditório.

Explicando melhor, os princípios da celeridade processual e razoável duração do processo devem ser entendidos como os postulados que primam para que o processo tramite corretamente da forma mais célere possível. Por exemplo, no um processo civil



que discuta uma dívida bancária que envolva juros e correção monetária nunca poderá ter o mesmo procedimento que um processo penal que envolva o direito de liberdade do réu. No primeiro, a celeridade processual irá agir para desconsiderar provas desnecessárias; precluir pleitos intempestivos tendo em vista a disponibilidade do objeto do demanda, entre outros. No caso do processo penal a duração razoável do processo e a celeridade do mesmo deverá necessariamente se coadunar as garantias próprias do processo penal tais como a busca da verdade real.

Com base em tal explanação, pode se perceber que os princípios que preconizam a rapidez da tramitação dos processos não podem ser vistos apenas com base no tempo cronológico de uma demanda, mas sim como o tempo necessário e apto capaz de se produzir dentro de um procedimento em contraditório todas as garantias constitucionais estabelecidas para as partes, autor e réu, no atual sistema processual constitucional.

Nesse sentido, pode-se perceber que o conflito entre os princípios da celeridade processual e duração razoável do processo e os princípios do devido processo legal e contraditório andam juntos no que diz respeito a aplicação do instituto da *querela nullitatis*.

5. BREVE ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE A *QUERELA NULLITATIS*

O Supremo Tribunal Federal analisou o instituto da *querela nullitatis* em 4 (quatro) oportunidades.

A seguir será feito um breve relatório dos entendimentos esposados nos referidos julgados. Posteriormente se apresentará uma consideração de como é o entendimento do corte suprema sobre o instituto.

O primeiro julgado sobre o tema na corte constitucional se deu em 14/03/1973 e foi um recurso de embargos de divergência em recurso especial (RE 62128 EDv / SP - SÃO PAULO). No caso não houve reconhecimento dos embargos de divergência, não havendo se quer apreciação do mérito da causa.

Seguindo a ordem, o segundo julgamento que trata do instituto ora em comento é um recurso extraordinário (RE 97589 / SC - SANTA CATARINA) de 17/11/1982 em que se pleiteava junto ao STF o reconhecimento de nulidade de sentença por ser nula a citação do réu revel.



No caso o STF entendeu que existe no direito pátrio o instituto da *querela nullitatis*, mas que, no entanto, a via adequada não seria o recurso extraordinário face ao transito em julgado da causa, sendo a correta via a interposição de uma ação própria declaratória de nulidade.

A terceira oportunidade em que o STF tratou da *querela nullitatis* foi em 30/08/83 em um recurso extraordinário (RE 96374 / GO – GOIÁS) que mais uma vez pedia o reconhecimento e aplicação do instituto em comento tendo em vista falta e nulidade de citação em processo já com transito em julgado. Na oportunidade o STF mais uma vez asseverou que a via própria é uma ação própria declaratória de nulidade, haja vista o transito em julgado da causa e impossibilidade de interposição de ação rescisória.

O último julgado (09/06/2011) no STF que trata de *querela nullitatis* é um recurso de agravo regimental em agravo de instrumento (AI 828652 AgR / SP - SÃO PAULO) em que se analisou a competência para se analisar pedido de *querela nullitatis* em recurso extraordinário. Nesse caso, o STF entendeu que a matéria é infraconstitucional e não poderia ser tratada no recurso extraordinário.

Pode se concluir pelos julgados do STF acerca da *querela nullitatis* que a corte confirma a vigência do instituto, mas assevera que a via correta de interposição do pleito é por ação incidental ao processo pelo qual se pleiteia a nulidade por vício ou falta de citação.

Cabe ressaltar que esse entendimento não impossibilita o STF de analisar uma possível ação de *querela nullitatis*, no entanto, necessariamente deverá estar presente alguma matéria constitucional sendo vilipendiada no caso concreto.

CONCLUSÃO

O presente artigo se propôs a abordar os pontos mais relevantes apontados pela doutrina e jurisprudência acerca da aplicação do instituto da *querela nullitatis* nos casos de falta ou vício de citação em ações que digam respeito a direito imobiliário.

Para alcançar tal objetivo foi analisado em cinco capítulos a estrutura e existência do instituto, sua aplicação prática, eventuais falhas sistêmicas ligadas a seu procedimento, uma breve reflexão do instituto a luz do princípio da razoável duração do processo e por fim o levantamento da jurisprudência do Superior Tribunal Federal sobre o tema.

Conforme pode se verificar, apesar de certa crítica, é pacífica a aplicação e existência do instituto da *querela nullitatis* no direito pátrio. Isso se dá a despeito da falta de previsão expressa do instituto no código de processo civil ou em legislação esparsa.

Pode se constatar que o fato do instituto não possuir previsão expressa fez com que os seus contornos fossem sendo lapidados pelo dia a dia dos tribunais e sobre os comentários dos doutrinadores de direito processual civil. Tal fato acabou por gerar algumas zonas nebulosas sobre a aplicação do instituto, o que acaba por ferir em certo grau a segurança jurídica dos que se socorrem da *querela nullitatis*. Toda via as falhas procedimentais existentes na aplicação do instituto não fazem com que o mesmo deixe de ser uma eficaz ferramenta para aquele que viu seu direito de ampla defesa e contraditório indevidamente suprimido.

Conclui-se também que o instituto possui *a prima face* certo embate com o princípio da duração razoável do processo. Isso se dá pelo fato de que a *querela nullitatis* - que ataca a existência da relação processual - não possui prazo para ser intentada. Podendo, assim, anular um vício ocorrido a muito tempo dentro do processo.

Esse aparente conflito entre o instituto da *querela nullitatis* e a razoável duração do processo é, todavia, sanado na medida em que se interpreta corretamente o que é a “duração razoável do processo”.

Verificou-se que a correta interpretação do princípio afasta o fugaz entendimento de que o mesmo buscaria unicamente um processo rápido. Ao se analisar o princípio da razoável duração do processo a luz dos demais princípios constitucionais se conclui que ele está vinculado não só a um processo rápido, mas também a um processo correto, devendo obedecer necessariamente o devido processo legal a ampla defesa e o contraditório.

Em face de tais questões, pode-se constatar que em verdade não há conflito entre o princípio da duração razoável do processo e a *querela nullitatis*. Sendo ambos instrumentos jurídicos aptos a conceder um processo constitucionalmente justo aos jurisdicionados.

Por fim, ao se analisar a jurisprudência do Superior Tribunal Federal obteve-se um panorama seguro de como o instituto é aceito e aplicado, pacificamente, pelo Tribunal de cúpula do judiciário.



RERERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 62128 / SP. Relator: Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;turma.1:acordao;re:1967-05-15;62128>>. Acesso em: 06 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 97589 SC. Relator: Moreira Alves. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/732142/recurso-extraordinario-re-97589-sc>>. Acesso em: 06 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI 828652 SP. Relator: Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22924904/agravo-de-instrumento-ai-828652-sp-stf>>. Acesso em: 06 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 96374 GO. Relator: Moreira Alves. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/730567/recurso-extraordinario-re-96374-go>>. Acesso em: 06 set. 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil Processo Civil*. 23. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2014.

DIDIER, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 12 ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E OS REFLEXOS E EFEITOS DE SUAS DECISÕES NO BRASIL

Leonardo Vianna Mathias Netto

Graduado pela Universidade Federal Fluminense.
Advogado. Pós Graduando pela Escola de
Magistratura do Rio de Janeiro

Resumo: O tema direitos humanos tem alcançado cada vez mais importância nos ordenamentos jurídicos de cada país, sendo objeto de proteção internacional e, dentro desta perspectiva, assumem grande importância as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Este trabalho aborda os efeitos destas decisões no âmbito interno do Brasil e seus reflexos no campo legislativo e jurídico, com especial ênfase na jurisprudência do STF.

Palavras chave: Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Controle de Convencionalidade.

Sumário: Introdução. 1 As decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a soberania da República Federativa do Brasil. 2. Análise crítica sobre os desdobramentos internos dos casos emblemáticos levados pelo Brasil à Corte Interamericana de Direitos Humanos 3. Visão do STF sobre o tema: dificuldades e perspectivas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Este artigo visa a discutir o aparente antagonismo entre a aceitação pelo Brasil da competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos com a ratificação integral da Convenção Americana, inclusive de suas cláusulas facultativas, como a do artigo 62, que versa sobre a aceitação pelos Estados Partes da competência contenciosa da Corte e um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja, a soberania, inscrita no art. 1º, I da CRFB/88.

A proteção aos direitos humanos tem evoluído constantemente desde o fim da Segunda Grande Guerra Mundial, sob o impacto das graves transgressões aos direitos humanos, como o morticínio indiscriminado das populações civis subjugadas, com o triste destaque dos campos de extermínio nazistas.



Ao crescimento do número e intensidade dos ataques aos direitos humanos, tem-se procurado, em um contexto mundial, contrabalançar com a criação e o fortalecimento de instituições com vistas a coibir e punir estas transgressões.

Aponta-se, como marco inicial do afirmado acima, a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948, que serviu de alicerce para criação de um sistema global ligado a ONU, institucionalizado através da Corte Internacional de Justiça, que é o principal órgão judiciário da Organização das Nações Unidas.

A principal função desta Corte é de resolver conflitos jurídicos a ela submetidos pelos Estados e emitir pareceres sobre questões jurídicas apresentadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas, pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas ou por órgãos e agências especializadas acreditadas pela Assembleia da ONU, de acordo com a Carta das Nações Unidas.

No âmbito do continente americano, assim como na Europa e na África, foram criados sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, corporificado, no caso das Américas, na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Assim, o Brasil é integrante da ONU e, em âmbito regional, da OEA (Organização dos Estados Americanos), internalizando o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, através da ratificação da Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1969, em 25 de setembro de 1992.

Como embasamento para discussão nesse artigo sobre os reflexos internos das decisões da Corte Interamericana, colacionam-se alguns dos casos mais emblemáticos levados pelo Brasil à Corte Interamericana.

Por derradeiro, é feita uma exposição da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no tocante aos direitos humanos, com enfoque especial na visão da Suprema

Corte em relação à internalização dos efeitos das decisões emanadas da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em conclusão, procurar-se-á demonstrar a evolução do sistema de proteção dos direitos humanos no Brasil, com a importante contribuição das decisões da Corte Interamericana, proteção esta que ainda enfrentará um longo e penoso caminho em busca da plena eficácia.

A metodologia utilizada neste artigo é a bibliográfica, com ênfase na análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

1. AS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A SOBERANIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Os Estados localizados nas Américas, soberanamente, através da Organização dos Estados Americanos, com o intuito de criarem um sistema regional de promoção e proteção dos direitos humanos, deram forma ao chamado Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que possui dois órgãos, a saber, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo esta última, objeto deste artigo.

Juntamente à Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos e a Corte Europeia de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos é um dos três Tribunais regionais de direitos humanos, possuindo capacidade contenciosa para resolução de casos envolvendo direitos humanos.

A Corte é composta por sete Juízes oriundos dos Estados membros da OEA, com mandato de seis anos, sendo permitida uma reeleição. Os Juízes estão impedidos de conhecer de casos que envolvam os países de origem¹.

1 ESTATUTO de La Corte. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/estatuto>> Acesso em 13 abr. 2015.



Em caso de violação de direitos humanos ocorrida nestes países, esse caso pode ser submetido à Corte através dos Estados Partes, que tenham ratificado ou aderido ao Pacto de São José da Costa Rica, como é o caso do Brasil, e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Uma peculiaridade interessante é que indivíduos ou organizações não possuem legitimidade para a apresentação destes casos.

A competência contenciosa da Corte se dá, então, pela determinação se algum dos Estados Americanos deve ser responsabilizado internacionalmente pela violação de direitos protegidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

Em busca da efetividade de suas decisões, a Corte conta com um mecanismo de supervisão das sentenças por ela proferidas. Este mecanismo funciona através de solicitação pela Corte Interamericana de informação ao Estado sobre o qual recaiu a referida sentença dos esforços empreendidos para o cumprimento destas dentro do prazo assinalado. Para não se limitar a visão oficial, as vítimas das violações de direitos humanos ou de seus representantes também são ouvidas pela Corte..

De posse dessas informações, a Corte pode concluir se houve ou não o cumprimento de sua decisão e, em caso negativo, estabelecer formas através das quais o Estado envolvido pode assegurar o cumprimento da sentença, sendo que este pode ser convocado perante o Tribunal assim como os representantes das vítimas para uma audiência em que será supervisionado o cumprimento da sentença, pois, se tal não ocorrer, estará enfraquecido o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e vulnerada sua proteção no âmbito das Américas.

Um último aspecto a ser realçado diz respeito ao impacto das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no âmbito interno dos Estados Partes. Essas sentenças por tratarem de casos de repercussão internacional, costumeiramente, causam grande impacto

na jurisprudência dos Tribunais dos diversos países sobre os quais a Corte exerce sua competência contenciosa, pois versam sobre questões que transbordam o arcabouço jurídico interno desses Estados, buscando solução através da Convenção Americana de Direitos Humanos, e não raro, ocasionando reformas legais e modificações jurisprudenciais.

No caso específico do Brasil, dentre os diversos casos que foram submetidos à Corte Interamericana de Direitos Humanos, alguns merecem destaque e serão analisados no capítulo seguinte.

2. ANÁLISE CRÍTICA SOBRE OS DESDOBRAMENTOS INTERNOS DE ALGUNS CASOS EMBLEMÁTICOS LEVADOS PELO BRASIL À CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Nos últimos anos, alguns casos de infrações aos direitos humanos ocorridos no Brasil foram submetidos à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Entre eles, assumiram especial destaque os casos Ximenes Lopes vs. Brasil; Escher e outros vs. Brasil; Garibaldi vs Brasil e Gomes Lund vs. Brasil.

Se é possível apontar desdobramentos positivos no âmbito interno brasileiro, são algumas transformações ocorridas nas estruturas legislativas, jurídicas e políticas. Entretanto, também são evidentes, os obstáculos impostos pelo aparato estatal à plena efetividade das sentenças condenatórias sofridas pelo Brasil nos casos acima apontados.

É importante destacar que, historicamente, o Brasil nunca foi um país que tenha se destacado pela proteção aos direitos humanos, seja pelas nefastas consequências da adoção do regime escravocrata como forma de mão-de-obra no Brasil Colônia e durante quase todo o período imperial, seja após a proclamação da República, pela sucessão de regimes ditatoriais, nos quais, igualmente, eram praticadas diversas violações aos direitos humanos dos cidadãos.

Desse modo, o arcabouço jurídico brasileiro foi sendo moldado nesses contextos, com tristes reflexos na própria jurisprudência da mais alta Corte do país.



A própria formação da composição dos membros do STF, assim como suas decisões, sofrem o influxo do viés político, o que acarreta uma série de dificuldades à implementação de determinadas sentenças, entre as quais aquelas emanadas da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Como demonstração das afirmativas feitas acima, é possível mostrar alguns exemplos, destacando-se, em primeiro lugar, o caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*.

Nesse rumoroso caso, houve a condenação do Brasil, pelo desaparecimento de cerca de 70 pessoas, entre guerrilheiros e camponeses, no conflito do Araguaia (PA), ocorrido na década de 70 e cujos corpos jamais foram encontrados².

A Corte Interamericana estabeleceu a responsabilidade do Brasil pelo desaparecimento forçado daquelas pessoas, reconhecendo a violação aos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade e liberdade pessoal.

Infelizmente, muitos dos efeitos concretos dessa decisão internacional foram obstaculizados por uma série de evasivas e promessas não cumpridas pelo governo brasileiro, que impediram a plena efetividade dessa notável sentença.

Entretanto, é possível destacar alguns efeitos positivos da sentença proferida no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, como a adoção pelo Estado brasileiro de políticas de reparação e memória daqueles que sofreram violações de direitos humanos durante o regime militar, assim como a criação da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (Lei 9.140/95).³

Outro caso que merece ser destacado é *Garibaldi vs Brasil* que tem como fundamento fático o assassinato do trabalhador rural Sétimo Garibaldi ocorrido em 1988, no bojo de uma desocupação extrajudicial, na qual cerca de 20 pistoleiros, que se diziam policiais, invadiram um acampamento do MST (Movimento dos Sem Terra) e provocaram um tiroteio que resultou na morte de Sétimo⁴.

2 REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Secretaria Especial dos direitos Humanos. Comissão Especial Sobre Mortos e Desaparecidos. *Direito à Memória e a Verdade*. Brasília, 2007, p.195 e seguintes.

3 CEIA, Eleonora Mesquita. A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil. *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, v.16; n. 61, p.113-152, jan.- fev. - mar. 2013.

4 CORTE IDH. “*Caso Garibaldi vs Brasil*” Sentença de 23 de Setembro de 2009. Série C n.203, p.39. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>> Acesso em: 13 abr. 2015.

Este caso é paradigmático como exemplo de ineficiência, em alguns casos, do aparato estatal (policial e judicial) brasileiro na obtenção da justiça no caso concreto e cuja solução é buscada na Corte Interamericana de Direitos Humanos: a investigação da morte do trabalhador rural se estendeu por cinco anos, sendo o inquérito policial respectivo arquivado a pedido do Ministério Público, sem a denúncia de nenhum dos responsáveis apontados, apesar de um robusto conjunto de indícios e dos frágeis álibis alegados pelos acusados.

Passada mais de uma década do assassinato de Garibaldi, ainda não se chegou à conclusão do caso, com a responsabilização dos autores do homicídio, em uma triste repetição da falta de solução para inúmeros casos de homicídio ocorridos com cada vez maior frequência no Brasil.

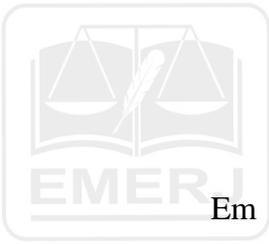
Nesse caso, a Corte estabeleceu a responsabilidade do Estado brasileiro pela falta de diligência na apuração das circunstâncias do crime, que se estendeu por um prazo muito além do razoável, gerando impunidade.

Assim, como no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, esta sentença proferida pela Corte Interamericana carece de cumprimento relativamente à investigação dos fatos.

Como último exemplo dessa triste coletânea de casos, tem-se o caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, no qual a Corte Interamericana condenou o Brasil pela morte violenta de Damião Ximenes Lopes, portador de transtornos mentais, ocorrida nas dependências de uma Clínica de Saúde com convênio com o Sistema Único de Saúde (SUS) em 4 de outubro de 1999.⁵

Na fundamentação da sentença, a Corte Interamericana de Direitos Humanos alegou, assim como no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, a ausência de investigação assim como o não cumprimento, pelo Estado brasileiro, das garantias judiciais no tratamento desse caso, o que retrata o recorrente desrespeito conferido às pessoas com incapacidade mental, em estado de permanente vulnerabilidade, bem como pelo desrespeito à obrigação assumida pelo Brasil ao conferir proteção às pessoas que estejam sob os cuidados de clínicas de saúde mental com convênio com o SUS.

5 BORGES, Nadine. *Damião Ximenes*: primeira condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro. Revan, 2009, p.66.



Em sua sentença, a Corte determinou a infração do Estado brasileiro do acesso à justiça, bem como a duração razoável do processo, tendo em vista que, transcorridos mais de seis anos da propositura da ação, não ter sido proferida sentença neste processo, com flagrante violação aos direitos à vida, à integridade pessoal e a proteção e garantia aos direitos humanos.

Desse modo, é possível apontar, como demonstram os casos acima colacionados, um constante desrespeito aos direitos humanos ocorridos em território brasileiro, sem que o Poder Judiciário tenha cumprido com seu dever básico de assegurar o acesso à justiça como pregado pelo eminente doutrinador italiano Mauro Cappelletti como uma das ondas renovatórias do Direito, e um dos direitos básicos e fundamentais de todo cidadão brasileiro, bem como a plena efetividade na proteção aos direitos humanos..

É justamente na esfera penal, o campo no qual as decisões da Corte Interamericana encontram as maiores dificuldades de implementação, principalmente no que diz respeito à investigação, responsabilização e punição dos agentes que violam hoje, como no passado, os direitos humanos.

Se são evidentes as violações ocorridas nos períodos de arbítrio no passado, é forçoso reconhecer que, no presente, persistem as execuções sumárias, as torturas cometidas por agentes de Estado, as condições insalubres da maioria das penitenciárias, hospitais e casas de saúde brasileiras e a persistência de violações dos direitos humanos ocorridos em nosso território, que denotam a necessidade contínua do aprimoramento do aparato administrativo, legal e institucional.

Desse modo, assume especial relevo o entendimento jurisprudencial da mais alta Corte do país sobre direitos humanos, quer na análise das demandas internas que lá chegam, quer na busca da efetivação das eventuais decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em uma busca incessante de aprimoramento e efetividade.

No próximo capítulo, é realizada uma análise da evolução da jurisprudência do STF no que atine ao enfrentamento das violações dos direitos humanos, com especial destaque a visão

da Suprema Corte brasileira em relação às decisões emanadas da Corte Interamericana nos casos acima mencionados.

3. VISÃO DO STF SOBRE O TEMA: DIFICULDADES E PERSPECTIVAS

Apesar de o Brasil ter reconhecido a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tendo como consequência a obrigatoriedade do cumprimento de suas sentenças no âmbito do território brasileiro, estas tem enfrentado dificuldades em sua implementação.

É importante ser ressaltado que, como não podia deixar de ser, este reconhecimento é facultativo. Entretanto, uma vez reconhecida esta competência, o Estado se obriga no sentido de concretizar as decisões proferidas pela Corte (art. 68, § 1º da Convenção Americana de Direitos Humanos), sob pena de responsabilidade internacional.

Infelizmente, é notória a resistência oposta pelos agentes públicos brasileiros a plena efetivação das sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, seja no âmbito do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário, sendo a atuação deste último, o enfoque deste artigo.

Levantam-se os mais diversos argumentos a fim de justificar esta inércia que vão desde a falta de aparelhamento institucional, de infraestrutura e de pessoal, excesso de ações que tramitam no Poder Judiciário até a ausência de coordenação entre as autoridades dos diversos níveis de governo federal, estadual e municipal.

Assim, assume especial relevo neste quesito, a análise da visão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, por ser este órgão de superposição de todo o Poder Judiciário brasileiro, com jurisdição sobre todo o território nacional.

Como forma de contextualização, pinça-se, a título de exemplo, a ADPF 153, e que serve para caracterizar os óbices políticos e institucionais enfrentados pelas sentenças proferidas pela Corte Interamericana no processo de internalização no Brasil.⁶

⁶BRASIL.. Supremo Tribunal Federal. ADPF 153. Disponível em:<
www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf153.pdf .> Acesso em: 13 abr. 2015



Essa ADPF, assim como no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil* acima analisado, possui como pano de fundo a extensão e alcance da Lei de Anistia, que é a denominação popular dada à Lei nº promulgada em 28 de agosto de 1979, no final da Ditadura Militar e que concedia a todos que cometeram crimes políticos, crimes eleitorais e aos que tiveram seus direitos políticos suspensos durante este período, a anistia ampla e irrestrita.

A citada ADPF nº 153 foi proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil em outubro de 2008 com o pedido de aplicação pelo STF de uma interpretação conforme a Constituição da Lei nº 6.683/79, com o intuito de se obter uma restrição no âmbito de sua incidência.

A finalidade desta ADPF era se obter da Suprema Corte uma declaração que a anistia concedida nos estertores da ditadura não possuía tão largo espectro de modo que não poderia ser estendida, ao contrário do entendimento vigente, aos crimes comuns cometidos pelos agentes de Estado envolvidos diretamente na repressão contra os opositores políticos durante aquele período.

O STF, quando do julgamento da referida ADPF, declarou-a improcedente, tendo como fundamento básico o princípio da separação dos poderes e o fato de a anistia ter sido formalizada em um texto legislativo (Lei nº 6.683/79), e, assim, somente ao Poder Legislativo seria dado revê-la e o segundo fundamento, concluindo pela incorporação desta lei à nova ordem constitucional inaugurada pela promulgação da CRFB/88.

Nas palavras extraídas da ementa da ADPF 153:

A Anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se a anistia, tal como definido pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a (re)instaurou em seu ato originário. A Emenda Constitucional n.26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988.⁷

Desse modo, nesse julgamento, deixou o STF de reconhecer a jurisprudência reiterada e consolidada da Corte Interamericana de Direitos Humanos no sentido da incompatibilidade de disposições de lei de Anistia possuírem alcance indiscriminado, pois, acabam por resultar em impedimentos opostos à investigação e punição dos agentes de Estado envolvidos com

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 153. Disponível em < www.stf.jus.br >. Acesso em 14 abr.2015.

torturas, execuções sumárias, bem como com o desaparecimento de pessoas durante os períodos de exceção.

Na interpretação da Lei de Anistia, exteriorizada no julgamento da ADPF 153, o STF não seguiu os cânones internacionais sobre a matéria, refletindo em colidência frontal com a sentença proferida pela Corte Interamericana que estabeleceu a responsabilidade do Brasil pelo desaparecimento forçado daquelas pessoas, e que reconheceu a violação aos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade e a liberdade pessoal.

A referida decisão do STF confere ao Brasil um destaque negativo no continente sul-americano, tendo em vista que todos os outros países da região que atravessaram, como o Brasil, períodos de ditadura militar, tais como a Argentina, o Chile e o Uruguai, respeitam as sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

As Cortes Supremas destes países assim como as do Peru e Colômbia se pronunciaram em consonância com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, restringindo o alcance das diferentes leis de anistia nacionais, concluindo que tais leis violam a obrigação estatal em investigar e punir as graves violações de direitos humanos cometidos pelos agentes de repressão durante os regimes de exceção sofridos por estes países.

Assenta-se, assim, através deste caso, o grau de dificuldade imposto pela visão do STF em relação à implementação das sentenças proferidas pela Corte Interamericana e que acaba se refletindo em uma precarização na proteção dos direitos humanos, a qual, historicamente, o Brasil nunca deu maior relevo.

Entretanto, é possível, sob o ângulo de perspectiva para o futuro, uma sinalização, ainda que tênue, de mudança do viés jurisprudencial da Suprema Corte brasileira sobre o tema, como se depreende da mudança da visão do STF em relação à posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos.

Tradicionalmente, prevalecia a posição exteriorizada no RE 80.004/SE no sentido de que todos os tratados internacionais possuíam status de lei ordinária, quando internalizadas, no ordenamento jurídico brasileiro.

Mais recentemente, o STF, no RE 466.343, realizou uma interpretação do art. 5º, inc. LXVIII e §§ 1º, 2º e 3º da CRFB/88, à luz do art. 7º, §7, da Convenção Americana de Direitos



Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), declarando ser ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de prisão civil.⁸

Houve, portanto, uma evolução jurisprudencial do STF, que superou seu posicionamento antigo para conferir à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) assim como aos demais tratados de direitos humanos incorporados pelo Brasil um caráter supralegal àqueles ratificados posteriormente à Emenda Constitucional nº 45/04, podendo estes tratados assumirem status de emenda constitucional, desde que aprovados pelo quórum estabelecido no art.5º, §3º da CRFB/88.

CONCLUSÃO

A promulgação da CRFB/88 marca uma mudança na visão do Estado brasileiro em relação à proteção dos direitos humanos.

Conhecida como Constituição Cidadã, é possível, ao compulsar seus artigos, verificar a relevância conferida aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, o que denota uma mudança na visão constitucional sobre o tema.

Entretanto, como se procurou demonstrar nesse artigo, ainda existe uma certa resistência oferecida pelo aparato institucional brasileiro e dificuldade na efetiva implementação dos direitos humanos.

Os casos levados à Corte Interamericana de Direitos Humanos (Caso Gomes Lund vs. Brasil; caso Ximenes Lopes vs. Brasil e caso Garibaldi vs. Brasil) e as dificuldades de implementação das sentenças da Corte são a demonstração cabal da distância a ser percorrida para a plena efetivação dos direitos humanos no Brasil.

Este artigo procurou contextualizar a crescente preocupação mundial com o tema direitos humanos, e que, principalmente, após o fim da Segunda Guerra Mundial, viu a

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 466.343. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 14 abr.2015



criação e o fortalecimento de instituições supranacionais com vistas a coibir e punir estas transgressões.

Dentre essas instituições, foi objeto de análise neste artigo, o funcionamento e atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Apesar do reconhecimento da competência contenciosa da Corte Interamericana, a análise dos casos colacionados demonstra que esse reconhecimento formal ainda não foi suficiente.

Como exemplo dessa resistência institucional, foi analisado o papel do Supremo Tribunal Federal, que, como guardião da Constituição Federal e órgão de superposição de todo o Poder Judiciário brasileiro, deveria atuar em consonância com a Corte Interamericana, mas que, infelizmente, não tem pautado sua atuação neste sentido, como demonstra o resultado do julgamento da ADPF 153.

Entretanto, é possível alimentar, diante de algumas recentes mudanças jurisprudenciais do STF, alguma esperança quanto ao futuro, apto a legitimar o Brasil em face da comunidade internacional, como uma nação que respeita os provimentos judiciais supranacionais, conferindo aos direitos humanos o patamar a eles reservados pela Constituição brasileira.

REFERÊNCIAS

BORGES, Nadine. *Damião Ximenes: primeira condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro. Revan, 2009.

BRASIL.. Supremo Tribunal Federal. ADPF 153. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Eros Grau. Sessão de 29/04/2010. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf153.pdf .> Acesso em: 13 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 466.343. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Cezar Peluso. Sessão de 03/12/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+466343%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ax2k326>>. Acesso em 14 abr.2015.



CEIA, Eleonora Mesquita. A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil. *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, v.16; n. 61, p.113-152, jan.- fev. - mar. 2013.

COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos: a Corte Interamericana e a Implementação de suas Sentenças no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008.

CORTE IDH. “*Caso Garibaldi vs Brasil*” Sentença de 23 de Setembro de 2009. Série C n.203, p.39. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>> Acesso em: 13 abr. 2015.

ESTATUTO de La Corte. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/estatuto>> Acesso em 13 abr. 2015.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Secretaria Especial dos direitos Humanos. Comissão Especial Sobre Mortos e Desaparecidos. *Direito à Memória e a Verdade*. Brasília, 2007.

USO DA PROVA ILÍCITA NO CAMPO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Lívia Corrêa Batista Guimarães
Graduada pela Universidade Federal do Rio
de Janeiro. Advogada.

Resumo: A vedação ao uso de provas obtidas por meios ilícitos no processo está dentro do rol das garantias fundamentais como expressão do princípio do devido processo legal. Entretanto, diante do confronto com outros direitos e garantias constitucionais, sofre ponderações no caso concreto. O presente trabalho pretende abordar como a Constituição da República de 1988 tratou o regime da prova ilícita e quais são as concepções doutrinárias sobre o tratamento a ser dado à garantia. Ultrapassando esse ponto, analisar-se-á os critérios utilizados pela doutrina e pela jurisprudência quando da necessidade de ponderar a vedação ao uso de provas ilícitas com outros princípios constitucionais, para então concluir que a utilização da prova ilícita nos processos das Varas de Família muitas vezes é indispensável para que sejam resguardados outros direitos fundamentais que no caso concreto se mostram preponderantes.

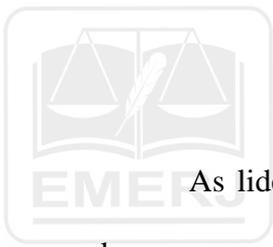
Palavras-chave: Direito das Famílias. Processo Civil. Provas ilícitas. Proibição da prova ilícita como garantia constitucional. Exceções aplicáveis ao Direito das Famílias.

Sumário: Introdução. 1. O regime da prova ilícita como garantia constitucional. 2. Da utilização da prova ilícita no processo civil brasileiro: aplicação do princípio da proporcionalidade. 3. A prova ilícita no processo das Varas de Família. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República apresenta, no artigo 5º, LVI, vedação absoluta sobre a admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no processo. O aproveitamento das provas obtidas com infringência às normas do direito material têm sido alvo de calorosas controvérsias doutrinárias e jurisprudências, já que é cediço que nenhum princípio constitucional deve ser encarado como absoluto.

Discute-se a necessidade do abrandamento da proibição constitucional em casos excepcionais para tutelar direitos constitucionais proporcionalmente mais valorados como nas questões debatidas no âmbito do Direito de Família, pois a própria natureza dessas questões é peculiar.



As lides de família exigem do magistrado sensibilidade e, em muitas situações, ele se depara com o dilema entre decidir pela segurança jurídica e, assim, não admitir a prova ilícita, ou aplicar o princípio da proporcionalidade e cotejar os valores postos em choque, no propósito de decidir pelo melhor caminho na aplicação da justiça.

Dessa maneira, a utilização da prova ilícita nos processos do Direito de Família em casos excepcionais revela-se indispensável para que bens jurídicos relacionados à dignidade da pessoa humana sejam resguardados.

Não é novidade que aquela velha família baseada no casamento monogâmico e formada por pai, mãe e filhos não existe mais, ou melhor, ela existe e tem o seu devido valor, entretanto, o ente familiar passou a ser considerado a partir de um único requisito para a sua constituição, tendo como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana: o afeto.

Diante da mudança de paradigma, surgiram inúmeros conflitos judiciais que precisavam ser solucionados pelo magistrado e é nesse momento que o juiz se depara com processos recheados de provas que, diante do conceito absoluto de provas ilícitas apresentado pela Constituição, seriam inadmissíveis.

Assim, observa-se que de um lado há a vedação constitucional e, de outro, não há como ignorar completamente as informações trazidas por aquelas provas, principalmente quando as partes não detêm outros meios morais e legais para comprovar os fatos ali mencionados.

E é exatamente desse conflito que surge a necessidade da discussão sobre em que casos concretos se mostra necessária a relativização da proibição constitucional a fim de compatibilizar os diversos interesses constitucionais em jogo, perpassando pela evolução doutrinária e jurisprudencial sobre a necessidade de admissibilidade da prova ilícita nas lides familiares.

1. O REGIME DA PROVA ILÍCITA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

A norma esculpida no artigo 5º, inciso LVI¹ da Constituição da República, promulgada em 1988, traz expressamente a impossibilidade da utilização de provas obtidas por meios ilícitos, positivando um dos corolários que compõem o princípio do devido processo legal. A disposição considera, portanto, que não apenas as provas obtidas por meios ilícitos devem ser inadmitidas como também aquelas provas decorrentes de meios de prova ilícitos.

A opção do legislador em trazer a disciplina da matéria para a Constituição tem como objetivo impedir que o Estado, logo após o regime ditatorial, desrespeitasse direitos individuais dos indivíduos como a intimidade e privacidade (artigo 5º, X), a inviolabilidade do domicílio (artigo 5º, XI), o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (artigo 5º, XII) e o direito ao sigilo profissional (artigo 5º, XIII, XIV).

Embora a Lei Fundamental brasileira seja taxativa no sentido da vedação, há grande divergência em torno da possibilidade de flexibilização desse princípio constitucional diante do caso concreto que envolver interesses de maior relevância. A discussão ganhou força em razão do entendimento de que nenhum princípio constitucional pode ser considerado absoluto e, dessa forma, diante de um eventual confronto de princípios numa situação concreta, a solução deverá surgir segundo um critério de justiça prática² conforme explica o respeitável Ministro Gilmar Ferreira Mendes³:

É importante perceber que a prevalência de um direito sobre outro se determina em função das peculiaridades do caso concreto. Não se exige um critério de solução de conflitos válido em termos abstratos. Pode-se, todavia, colher de um precedente um viés para solução de conflitos vindouros. Assim, diante de um precedente específico, será admissível afirmar que, repetidas as mesmas

¹ O artigo 5º, LVI da Constituição da República dispõe que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso De Direito Constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 318-319.

³ *Ibid.*, p. 320.



condições de fato, num caso futuro, um dos direitos tenderá a prevalecer sobre o outro.

Esse juízo de ponderação entre os bens em confronto pode ser feito tanto pelo juiz, para resolver uma lide, quanto pelo legislador, ao determinar que, em dadas condições de fato, um direito há de prevalecer sobre o outro.

Essa técnica de ponderação entre princípios ou princípios e valores consagrados na Constituição já foi encampada pelo Supremo Tribunal Federal em diversos julgados⁴ nos quais há a preocupação fundamental em manter intacto o núcleo essencial dos princípios e valores constitucionais em conflito no caso concreto.

O Brasil ainda caminha a passos lentos em matéria de ponderação de princípios constitucionais quando comparado a países como França e Itália, conforme assevera Leonardo Greco⁵:

Em muitos países, como a própria França e Itália, foram instituídos órgãos especiais dotados de absoluta autonomia, as chamadas autoridades administrativas independentes, que estabelecem critérios uniformes de solução desses conflitos de direitos fundamentais ou de conflito destes com o interesse público, para assegurar, de um lado, o mais amplo acesso possível às provas necessárias à instrução dos processos judiciais e, ao mesmo tempo, preservar ao máximo o interesse público e os direitos fundamentais que possam sofrer ameaça em razão desse objetivo.

Isso quer dizer que embora se admita a mitigação do princípio da inadmissibilidade de provas ilícitas, esta não significa que será admitida qualquer tipo de prova, produzida de qualquer forma e em qualquer momento do processo. A garantia trazida pela Constituição não deve ser completamente extirpada na análise do caso concreto e sim, como já dito, ponderada com outros princípios e garantias da ordem constitucional brasileira, já que esta deve ser interpretada como um sistema unitário de regras e princípios.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 71.373/RS, DJ 22-11-1996, Rel. Marco Aurélio e Habeas Corpus 76.060/SC, DJ 15-5-1998, Rel. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2871373%2E+OU+71373%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/polcdoj>. Acesso em: 18 jun. 2015.

⁵ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 174.

2. DA UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Como primeira premissa, é preciso observar que não somente a proibição do uso da prova ilícita é uma garantia constitucional, mas também o direito a produzir a prova como expressão do princípio do acesso à justiça.

No âmbito do processo penal, a mitigação do princípio da inadmissibilidade de provas ilícitas já é amplamente aceita a fim de admitir provas ilícitas *pro reo*, quando não há outros meios de provar a inocência do acusado. Por outro lado, na seara do processo civil, a flexibilização se torna mais difícil e menos frequente em razão da natureza dos interesses envolvidos.

Entretanto, há nítida tendência na doutrina processualista, notadamente defendida por Daniel Assumpção, no sentido de não se admitir a diferença de tratamento conferida à essas duas áreas do Direito em que se fala da verdade real para o processo penal e da verdade formal para o processo civil.

É claro que a busca da verdade no processo não pode ser entendida como um fim em si mesmo, já que a produção da prova será sempre um instrumento para a prestação jurisdicional efetiva e não o único escopo do processo. Entretanto, deve-se perseguir a busca da “verdade possível”⁶ no processo, ou seja, a verdade que pode ser atingida no processo levando em conta as necessárias limitações constitucionais e infraconstitucionais.

Nessa linha, defende-se a caducidade das expressões verdade real e verdade formal, trazidas pela doutrina tradicional. Nas palavras do autor⁷, a justificativa para tal evolução

⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processo civil*. 5.ed. São Paulo: Método, 2013, p. 412.

⁷ *Ibid.*, p. 413.



encontra-se no fato de que nem sempre os valores protegidos no processo penal são mais valiosos do que os valores do processo civil:

Para tanto, basta imaginar que nem sempre os valores tutelados no processo penal serão mais valiosos ou nobres do que aqueles tutelados no processo civil. Muitas vezes a pena suportada pelo réu em um processo penal tem cunho meramente patrimonial, como ocorre, por exemplo, no pagamento de uma multa ou mesmo de cestas básicas. Outras vezes, alguma espécie de restrição de direito como, por exemplo, ser proibido de acompanhar jogos de seu time, ou ainda a prestação de serviços comunitários. Registre-se, ainda, que essas circunstâncias devem crescer em sua intensidade em virtude do sentido moderno a que rumo o direito penal (despenalização das condutas).

Já no processo civil é possível se ter uma demanda que tenha como objeto um direito indisponível como, por exemplo, aquela que resulta na perda de pátrio poder, ou ainda que altera a guarda de um menor que estaria sofrendo abusos físicos pelo cônjuge que anteriormente detinha a guarda. Nesses casos, evidencia-se que os valores tutelados – e também as consequências geradas pelo processo civil – são mais relevantes e significativos do que aqueles tratados em diversos processos penais, nos quais o resultado é meramente patrimonial.

Dentro dessa perspectiva, admite-se o afastamento do óbice da vedação constitucional com base na aplicação do princípio da proporcionalidade e são estabelecidas algumas condições para a utilização da prova ilícita na formação do convencimento do juiz, como: gravidade do caso; espécie de relação controvertida; dificuldade de demonstrar a veracidade de forma lícita; prevalência do direito protegido com a utilização da prova ilícita comparado com o direito violado; e imprescindibilidade da prova na formação do convencimento judicial⁸.

Diante dessas condições, é possível perceber que, no momento em que se pondera interesses, devemos chegar à solução que resulte em uma mínima restrição possível de cada bem jurídico envolvido. As restrições, em outras palavras, não podem ir além do necessário para a solução de conflitos, tendo como base primordial o princípio da dignidade da pessoa humana que serve de vértice axiológico da Constituição brasileira.

A teoria proporcionalista teve seu entendimento consagrado pelo artigo 257, parágrafo único do Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil originário que dispôs que “a

⁸ Ibid., p. 435.

inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos”⁹. Seria um excelente ponto norteador para a doutrina nessa matéria, entretanto, o referido dispositivo foi suprimido no texto substitutivo elaborado pelo Senado Federal diante dos inúmeros questionamentos que surgiram sobre a sua inconstitucionalidade.

Assim, percebe-se que a doutrina estabelece balizas que devem ser respeitadas no momento em que provas ilícitas são admitidas no processo civil e são utilizadas pelo juiz como elementos que formam o seu convencimento. Sem os referidos limites, poder-se-ia seguir em direção a um caminho extremamente perigoso no qual tudo seria válido em busca de provas que fundamentassem a pretensão das partes. Não é isso que se espera.

A finalidade de limitações trazidas pela Carta Magna não é obstar a produção de provas no processo, já que dessa forma se tornaria ineficaz a prestação jurisdicional estatal, e sim mostrar à parte que ela terá oportunidade e a garantia de produção de provas, como expressão do princípio da ampla defesa, entretanto, não será toda prova que será admitida como válida no processo, levando em conta, por outro lado, o princípio do devido processo legal.

Convém salientar, neste ponto da discussão, que o uso da prova ilícita, mesmo que diante de tal ponderação de interesses, somente pode ser admitido quando não for possível produzir a prova por qualquer outro meio lícito. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart¹⁰:

Para que o juiz possa concluir se é justificável o uso da prova, ele necessariamente deverá estabelecer uma prevalência axiológica de um dos bens em vista do outro, *de acordo com os valores do seu momento histórico e diante*

⁹BRASIL. Projeto de Lei n. 166, de 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?=84496>>. Acesso em: 13 out. de 2014.

¹⁰MARINONI, Luiz Guilherme *apud* SILVA, Luciana Vieira. *Prova ilícita no processo civil à luz do princípio da proporcionalidade*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1188, 2 out. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8997>>. Acesso em: 30 mar. 2015.



das circunstâncias do caso concreto. Não se trata – perceba-se bem – de estabelecer uma valoração abstrata dos bens em jogo, *já que os bens têm pesos que variam de acordo com as diferentes situações concretas.* O princípio da proporcionalidade (...) exige uma ponderação dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o peso que é conferido ao bem respectivo na respectiva situação.

Aspecto interessante surgido na doutrina¹¹ é a dicotomia estabelecida entre a prova produzida pelo Estado e a produzida pelo particular em que se afirma que apenas a primeira estaria submetida à regra do artigo 5º, LVI da Constituição promulgada em 1988. O fundamento para tal diferenciação, encontrado na jurisprudência norte-americana, consiste no fato de que apenas o Estado, conhecido como legítimo produtor da prova, seria o sujeito passivo de tal garantia constitucional.

No entanto, o Superior Tribunal Federal¹² não tem aplicado tal diferenciação, com base no entendimento já consolidado da horizontalidade dos direitos fundamentais, ou seja, entende-se que os direitos e garantias fundamentais não vinculam apenas o Estado, mas também o particular:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. [...]

3. ANÁLISE DAS CONDIÇÕES EM QUE O USO DE PROVAS ILÍCITAS SÃO ADMITIDAS NO DIREITO DE FAMÍLIA

¹¹ PACELLI *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso De Direito Constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 689-690.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 210819. Relatora: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28201819%2ENUME%2E+OU+201819%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/naurvkt>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

Tomando como referência as palavras de Cristiano Chaves de Farias¹³, tanto no processo penal como no processo civil é possível que o bem jurídico a ser tutelado seja considerado mais importante que o bem jurídico privacidade. Assim, em situações concretas como na destituição do poder familiar ou investigação de paternidade não há outra solução a não ser admitir a utilização de provas ilícitas.

Repare que se analisam situações em que a proteção do bem jurídico mais importante não pode ocorrer por outra forma que não seja por meio da utilização de provas ilícitas. Basta imaginar uma ação de guarda em que existam provas ilícitas evidenciando a prática de abuso sexual de um dos genitores contra o menor. Nessa hipótese, tendo como referência a dignidade e o respeito do ser humano em formação, assegurado com absoluta prioridade pelo texto constitucional, deve-se admitir a utilização de tais provas ilícitas.

Não é possível, em hipótese alguma, admitir que proteger o direito à intimidade do genitor em detrimento da dignidade e respeito da criança é fazer justiça. Ao contrário, fazer justiça é possibilitar que os direitos da criança que se encontra em situação de risco sejam resguardados de genitores que se aproveitam da fragilidade e dependência dos menores para os submeterem a condições indignas.

Situação interesse e que ainda hoje é objeto de inúmeras discussões é a da ação de reconhecimento de paternidade em que o suposto pai se recusa a realizar o exame de DNA. É certo que se aplica hoje a presunção de paternidade em situações como essa, entretanto, será que

¹³ FARIAS, Cristiano Chaves apud SILVA, Luciana Vieira. *Prova ilícita no processo civil à luz do princípio da proporcionalidade*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1188, 2 out. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8997>>. Acesso em: 30 mar. 2015.



a criança deve se contentar com a mera presunção de paternidade e nunca poderá ter absoluta certeza sobre sua origem genética?

Trata-se de questão já pacificada no Superior Tribunal de Justiça no Enunciado 301¹⁴ e, posteriormente, a matéria foi objeto da Lei 12.004/09 que praticamente repete o entendimento sumulado pelo STJ, sem qualquer inovação jurídica. Entretanto, embora o assunto já esteja pacificado nos Tribunais, a doutrina ainda debate a questão.

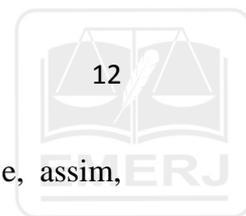
De um lado observa-se o direito de não produzir prova contra si mesmo e de intimidade do suposto pai e, de outro lado, o direito da criança a conhecer a sua real (e não apenas presumida) identidade.

A análise da questão deve ser iniciada pela observância da relativa atenção do legislador constitucional aos direitos da criança e do adolescente. Há uma tendência em considerar, como preponderante, o direito da pessoa de conhecer a sua origem genética. Isso porque, de acordo com nossa opinião, o direito de não se autoincriminar não pode ser suscitado quando estamos falando de um conflito em que se discute o vínculo familiar.

Tal afirmação tem como base o entendimento de que o direito à incolumidade física, como qualquer outro direito, não é absoluto. O direito à intimidade e à intangibilidade do corpo humano pretende salvaguardar apenas um interesse privado enquanto o direito à identidade genética tutela, em última análise, um interesse também público.

Diante dessas ponderações, submeter uma criança ou um adolescente a uma eterna dúvida não atende aos preceitos dispostos pela nossa Constituição. O disposto no artigo 332 do Código de Processo Civil, o qual prevê a impossibilidade de alguém ser constrangido a se

¹⁴ “Em ação de investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=@docn&tipo_visualizacao=RESUMO&menu=SIM. Acesso em: 12 de abril de 2015.



submeter a exame pericial contra sua vontade, deve ser considerado normal geral e, assim, precisa ceder espaço quando a analisamos em conjunto com a vedação da Lei 8.069/90 à restrição ao direito de reconhecimento do estado de filiação. Além disso, o artigo 226 da Constituição determina que seja assegurada à criança e ao adolescente a proteção contra qualquer tipo de negligência e não há forma mais grave de negligência do que impedir o conhecimento da sua identidade genética.

Com a análise de tal caso concreto, pretende-se demonstrar que diante do conflito entre interesses, aquele de cunho individual deve ser posto em segundo plano, como regra, de forma a privilegiar o interesse de cunho social. A prova ilícita no processo cível que, em princípio, é inadmitida, pode ser admitida no processo a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto neste trabalho, ficou constatado que a vedação à utilização de provas ilícitas é um dos princípios constitucionais de maior destaque dentro do sistema constitucional, sendo elemento essencial para a devida observância do princípio do devido processo legal.

Dada a importância na observância de tal princípio e diante da inexistência de direitos absolutos, tratou-se da possibilidade de uma eventual flexibilização de tal direito diante do caso concreto que envolva interesses de maior relevância.

No âmbito processual penal, a mitigação do princípio da inadmissibilidade de provas ilícitas é amplamente aceita como forma de admitir a prova da inocência do réu, quando não há



outra saída para tal. Por outro lado, no processo civil a flexibilização se torna mais difícil em razão da natureza dos interesses envolvidos.

Entretanto, é preciso considerar que nem sempre os valores protegidos no processo penal são mais valiosos do que os valores no processo civil e, dessa forma, é possível sustentar o afastamento da vedação constitucional.

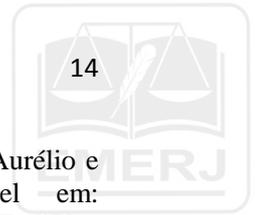
Para que isso ocorra foram colacionados alguns critérios de ponderação a serem utilizados no caso concreto já que de nenhuma forma tal princípio constitucional poderá ser absolutamente extirpado na análise concreta da situação e sim, como já foi explicitado, ponderada com outros princípios e garantias da ordem constitucional brasileira, já que esta deve ser interpretada como um sistema unitário de regras e princípios.

A ponderação de interesses é amplamente utilizada no caso concreto tendo em vista que a finalidade da Carta Magna não é impedir a produção de provas no processo, o que tornaria absolutamente ineficaz a prestação jurisdicional, e sim mostrar à parte que ela terá o direito a produzir provas, inclusive por meios ilícitos, quando não houver outro meio lícito capaz de chegar ao mesmo resultado.

Em situações concretas relacionados ao Direito de Família, não há outra solução a não ser admitir o uso de provas obtidas por meios ilícitos em casos em que os valores discutidos são claramente mais valiosos do que a segurança jurídica. Diante de tal situação, o juiz deverá agir com sensibilidade e aplicar o princípio da proporcionalidade a fim de privilegiar o interesse de cunho social ali posto em detrimento daquele de cunho eminentemente individual.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Projeto de Lei n. 166, de 2010. Disponível em: < <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?=84496> >. Acesso em: 13 out. de 2014.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 71.373/RS, DJ 22-11-1996, Rel. Marco Aurélio e Habeas Corpus 76.060/SC, DJ 15-5-1998, Rel. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2871373%2EENUME%2E+OU+71373%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/polcdoj>. Acesso em: 18 de jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 210819. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28201819%2EENUME%2E+OU+201819%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/naurvkt>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves apud SILVA, Luciana Vieira. *Prova ilícita no processo civil à luz do princípio da proporcionalidade*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1188, 2 out. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8997>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme apud SILVA, Luciana Vieira. *Prova ilícita no processo civil à luz do princípio da proporcionalidade*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1188, 2 out. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8997>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso De Direito Constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processo civil*. 5.ed. São Paulo: Método, 2013.



MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: INSTRUMENTO FACILITADOR DO ACESSO À JUSTIÇA E EFICAZ AUXILIAR DO PODER JUDICIÁRIO

Liz Pierina Martínez Pajaro

Graduada em Direito pelo IBMEC. Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Advogada.

Resumo: O presente trabalho trata do estudo do processo de mediação como um meio alternativo de resolução de conflitos. Inicialmente discorre sobre o conceito, os princípios e características basilares do processo de mediação, que propiciam a aproximação das partes, com a consequente facilitação da solução da controvérsia. Em sequência, aborda o panorama atual do Poder Judiciário, como a demora processual, a excessiva burocratização, altas custas processuais, complexidade procedimental; falta de conhecimento das partes envolvidas no conflito em relação ao processo, que levam à insatisfação da sociedade como um todo. Diante desse contexto, ressurge a importância dos meios alternativos e consensuais de resolução de conflitos, em especial a Mediação, que proporciona o verdadeiro acesso à justiça. A mediação ganha grande destaque ao ser disciplinada no Novo Código de Processo Civil, o que denota a preocupação do Poder Judiciário na tentativa de solução das suas mazelas. A essência do trabalho é demonstrar que a Mediação é um importante aliado do Poder Judiciários na busca do seu novel propósito, a Justiça.

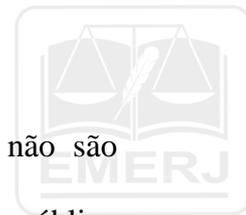
Palavras-chave: Mediação de Conflitos. Acesso à Justiça. Mediação como auxiliar do Poder Judiciário. Direito Comparado.

Sumário: Introdução. 1. Conceitos, princípios e características da Mediação. 2. Panorama atual do Poder Judiciário. 3. Mediação e o Acesso à Justiça. 4. Mediação no Novo Código de Processo Civil : Breves considerações. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto visa a analisar o papel do processo de mediação como um meio alternativo apto para resolução de controvérsias.

A complexidade das relações e a expectativa do cidadão em ver seus direitos garantidos, intensificam o número de demandas que buscam a tutela jurisdicional, gerando acúmulo de processos e a consequente demora processual.



Essas questões causam a insatisfação da sociedade, cujas necessidades não são atendidas de forma adequada e levam ao questionamento da legitimidade do serviço público da justiça, pelo menos quanto à sua eficiência.

Nesse contexto, observa-se o ressurgimento de métodos alternativos de resolução de conflitos como uma possível resposta ao congestionamento do Poder Judiciário e aos anseios sociais pela efetivação do acesso à justiça, especialmente a modalidade concernente à mediação.

A abordagem desse tema justifica-se pela necessidade de se estimular uma cultura de resolução de controvérsias que efetive o acesso à justiça. O verdadeiro acesso à justiça além de abarcar a prevenção e reparação de direitos, abrange a solução de controvérsias de forma negociada e o impulso da sociedade para que possa participar ativamente dos procedimentos de resolução de conflitos e de seus resultados.

Oportuno esclarecer que não é a pretensão deste trabalho, desabonar o Poder Judiciário e seus mecanismos de solução de controvérsias. Há inúmeras situações em que a instauração de um processo judicial se apresenta com único caminho para a solução da controvérsia, por isso não se pretende contrapor ou substituir o Judiciário, mas sim fomentar a discussão a cerca da possibilidade de se oferecer vias alternativas, por meio das quais todos os cidadãos tenham acesso à justiça de maneira rápida e eficaz e desde que esta seja sua opção.

Assim, a mediação de conflitos surge como um auxiliar do Poder Judiciário, que atento às novas exigências da sociedade deve estimular e abrir espaço para as vias alternativas de resolução de conflitos, de forma a reaproximar o cidadão do Poder Judiciário, abrindo espaço para o diálogo.

Objetiva-se demonstrar que a Mediação é um efetivo meio de resolução de conflitos, o qual, em conjunto com o Poder Judiciário levaria a maior satisfação das partes envolvidas.



Nessa linha, dar-se-á especial ênfase ao estudo do panorama atual do Poder Judiciário no que tange ao seu papel monopolizador na resolução de controvérsias, bem como se fará uma breve análise acerca da previsão expressa da mediação pelo Novo Código de Processo Civil.

O estudo que se pretende realizar seguirá a metodologia do tipo bibliográfica e histórica, qualitativa, parcialmente exploratória.

1. CONCEITO, PRINCÍPIOS E CARACTERÍSTICAS DA MEDIAÇÃO

Christopher W. Moore ¹ define Mediação como um mecanismo de resolução de conflitos, autocompositivo e não adversarial, por meio do qual os participantes em disputa são auxiliados por um terceiro para a solução da controvérsia. A terceira pessoa, que deve ser aceita pelas partes, é imparcial e sem interesse na causa, intervindo como facilitador e encorajador do diálogo. As pessoas envolvidas no conflito têm o poder de decisão em suas mãos e participam ativamente para chegar a um acordo de maneira voluntária e mutuamente aceitável. A mediação representa assim um mecanismo de solução de conflitos no qual as próprias partes movidas pelo diálogo, encontram uma alternativa eficaz, ponderada e satisfatória.

Em regra o conflito é abordado como um fenômeno negativo nas relações sociais. Ele é visto como uma briga, agressão, uma guerra, que traz perdas para as partes envolvidas. No entanto, na mediação o conflito é visto como um fenômeno natural inerente ao ser humano e necessário para provocar mudanças. Sem o conflito seria impossível o progresso da sociedade, permanecendo iguais as situações da vida. Assim, a mediação traz uma visão positiva do conflito, importante para a formação do indivíduo e da coletividade.

¹ MOORE, Christopher. *O processo de Mediação*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998, pag. 22.



Quanto à forma adotada pela mediação, não há um procedimento uniforme, ela é apresentada em diferentes modelos, variando de acordo com a cultura do local onde é empregada, com a natureza do conflito e com o estilo do mediador. Além disso, a mediação é utilizada em diversos campos de atividade, com uma área de atuação extensa. Adota procedimentos e enfoques diversos, dependendo da área onde ela é aplicada.² Entretanto, apresenta fundamentos e condições básicas comuns em todas as formas de mediação com métodos elaborados e comprovados com rigor científico.

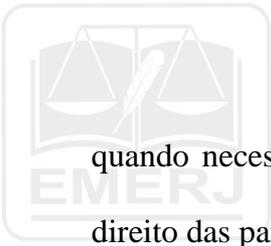
Além disso, a mediação é utilizada em diversos campos de atividade, com uma área de atuação extensa. Adota procedimentos e enfoques diversos, dependendo da área onde ela é aplicada. Entretanto, apresenta fundamentos e condições básicas comuns em todas as formas de mediação com métodos elaborados e comprovados com rigor científico.

O processo de mediação, como outros referentes a métodos apropriados de resolução de controvérsias, apresenta uma série de características básicas e princípios norteadores, que podem variar de país para país. No entanto a maioria dos autores concorda sobre alguns deles, enfatizando que se aplicam de forma diferenciada nos diversos locais onde a mediação é utilizada.

Segundo o princípio da liberdade das partes, ninguém é obrigado a participar de um processo de mediação. As partes participam por livre e espontânea vontade, inclusive não são forçados a negociar, mediar ou fazer um acordo, com o direito de retirar-se a qualquer momento. As pessoas buscam ou aceitam a mediação porque acreditam que podem obter um resultado satisfatório, sendo a voluntariedade condição *sine qua non* para a obtenção do acordo, uma vez que este é alcançado por meio do entendimento e cooperação das partes.

Antes de participar da mediação ou aprovar os termos de um acordo alcançado, as partes têm o direito de obterem informações necessárias sobre o processo de mediação,

² SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, p. 148.



quando necessário, acerca de recursos e opções relevantes ou de seus direitos legais.³ Este direito das partes é certificado pelo princípio do consentimento informado.

De acordo com o princípio de autoridade das partes essas têm a faculdade, o direito e o poder de discutir, definir e decidir qual solução aplicar no caso em questão. O poder de decisão está em suas mãos, sendo responsáveis pelos resultados e pela elaboração e decisão dos termos de qualquer acordo que seja celebrado. Ao mediador cabe somente auxiliá-las na resolução da controvérsia, não lhe competindo o poder de decisão.

A presença de um terceiro interventor é um elemento imprescindível na mediação, diferentemente do que ocorre na negociação, onde as partes barganham diretamente sem nenhuma intervenção. O mediador cria uma nova dinâmica, dirigindo a negociação, facilitando a comunicação, enfim auxiliado as partes à resolução da controvérsia.

O mediador jamais poderá privilegiar uma parte em detrimento da outra, concretizando assim a sua imparcialidade, fundamental no processo de mediação. A imparcialidade do terceiro interventor implica ausência de favoritismo, percebido ou real, de fato ou de palavra, deixando os preconceitos e valores pessoais de lado no desempenho de seu papel. A figura de um mediador imparcial torna mais fácil o estabelecimento de confiança entre as partes, para tanto, o mediador deve valer-se de técnicas que demonstrem a sua posição de imparcial no processo.

Ao desempenhar o seu papel, o mediador deve estar capacitado para tal, em observância ao princípio da competência do mediador. Ele deve possuir uma formação em mediação de conflitos que sirva de base para o seu trabalho e deter qualidades e características que o qualifiquem para assumir essa função.⁴

³ CALMON, Filho Petrônio. *Fundamentos da Mediação e Conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 25.

⁴ SALES, Lilia Maia de Moraes. *Mediare: Um guia prático para mediadores*. 3.ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 4.



A informalidade do processo significa a ausência de normas rígidas e preestabelecidas as quais a mediação esteja restrita. Sua forma dependerá basicamente da situação, do local, da natureza da controvérsia e das partes envolvidas, não há uma forma predeterminada de processo de mediação.

O tempo gasto em um procedimento de mediação normalmente é reduzido, isto resulta em grande parte a informalidade dos procedimentos. Os casos, na sua maioria, são resolvidos em poucos encontros, que duram aproximadamente três horas. Todavia é mister salientar que a maior celeridade será obtida quando há menor conflituosidade e menor carga emocional entre as partes. Esse, porém, não é um empecilho, já que o mediador facilitará o diálogo entre os indivíduos, de maneira que cheguem a um acordo rapidamente e de forma pacífica, sem ressentimentos e reduzindo tensões entre os disputantes.

O baixo custo da mediação é outra característica desse processo, sendo necessária apenas uma sala e uma secretária. Basicamente o único gasto financeiro é com a figura do mediador, que deverá ser pago por ambas as partes. Destaca-se também a ligação direta desse atributo com a celeridade da mediação, uma vez que é um procedimento rápido, tornando-se mais econômico.

Por fim, tem-se a confidencialidade, que representa um dos elementos basilares da mediação. O mediador tem o dever ético de sigilo em relação ao que está sendo discutido durante a mediação, não pode expor os problemas das pessoas envolvidas, nem as revelações que essas lhe fizerem separadamente, exceto se previamente autorizado por elas. Esse princípio influencia a construção de uma relação de confiança entre o mediador e as partes, pois sabendo que nada do que foi dito poderá ser usado em seu desfavor em qualquer outro processo se sentirão mais a vontade para revelar informações importantes sobre a controvérsia. Vale ressaltar que o mediador é impedido de ser citado como testemunha, caso uma ação seja ajuizada.



Dessa forma, o instrumento da mediação apresenta-se como uma forma de solução de conflitos que apresenta inúmeros benefícios, capaz de resolver de forma eficaz as controvérsias que a ela se destinam.

2. PANORAMA ATUAL DO PODER JUDICIÁRIO.

O sistema judicial apresenta uma série de questões que prejudicam a efetividade da tutela jurisdicional e causam a insatisfação da sociedade. A demora processual, a excessiva burocratização, altas custas processuais, complexidade procedimental; falta de conhecimento das partes envolvidas no conflito em relação ao processo, deficiências do patrocínio gratuito e cultura litigante da sociedade. Tais questões A morosidade dos processos deriva além do formalismo processual exagerado, da sobrecarga excessiva de juízes e tribunais, o que ocasiona uma verdadeira inflação processual. O elevado número de processos e recursos resulta em uma consequente morosidade e um aumento do custo da Justiça.

Conforme aponta o relatório Justiça em números, ⁵ publicado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça, durante o ano de 2013, tramitaram no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro 2.837.360 (dois milhões, oitocentos e trinta e sete mil e trezentos e sessenta) casos novos, sendo que já havia 8.315.528 (oito milhões, trezentos e quinze mil e quinhentos e vinte e oito) casos pendentes. Nesse período foram julgados 2.526.997 (dois milhões, quinhentos e vinte e seis mil e novecentos e noventa e sete) processos, ou seja, apenas 22,65% do quantitativo total em tramitação. A consequência natural diante de tal volume pendente é a dificuldade de reduzir a taxa de congestionamento da justiça, tendo em vista o constante aumento do número de processos ingressados e o aumento da carga de trabalho.

⁵JUSTIÇA EM NÚMEROS. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br> >. Acesso em 10 de março de 2015.



Também não se pode ignorar que, em parcela significativa dos casos, o sistema judicial não resolve a “lide sociológica”, mas apenas a “lide processual”. A lide processual é basicamente, aquilo que foi descrito na petição inicial e na contestação apresentadas em juízo, em outras palavras, o conflito aparente, ou seja, aquele que é falado, mas não reflete o que verdadeiramente está causando a insatisfação. Diferentemente da lide sociológica que efetivamente é o interesse das partes, o conflito real. No modelo judicial o juiz analisará apenas os limites em que a lide foi proposta, não podendo decidir além daquilo que foi pedido, *cita, extra ou ultra petita*. Disso se extrai que o Poder Judiciário, com a sua atual estrutura, trata a conflitualidade social de maneira superficial, nem sempre resolvendo o conflito.

Dessa forma, leciona o doutrinador Roberto Portugal Bacellar:

Analisando apenas os limites da lide processual, na maioria das vezes não há satisfação dos verdadeiros interesses do jurisdicionado. Em outras palavras, pode-se dizer que somente a resolução integral do conflito (lide sociológica) conduz à pacificação social; não basta resolver aquilo que foi trazido pelos advogados.⁶

No entanto, há casos em que a instauração de um processo judicial se apresenta com único caminho para a solução da controvérsia, por isso não se pretende contrapor ou substituir o Judiciário, mas sim fomentar a discussão acerca da possibilidade de se oferecer vias alternativas, por meio das quais todos os cidadãos tenham acesso à justiça de maneira rápida e eficaz e desde que esta seja sua opção.

André Gomma de Azevedo sustenta que “a jurisdição enquanto atuação do Estado em substituição à vontade das partes, não pode ser afastada, sob pena de alterar significativamente as estruturas de um Estado Democrático de Direito [...]”.⁷

⁶ BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados especiais: a nova mediação paraprocessual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 223.

⁷ AZEVEDO, André Gomma de. *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Grupo de Pesquisa, 2003, p. 162. Disponível em: < <http://www.vsites.unb.br/fd/gt/> >. Acesso no dia 10 de março de 2015.



A via judicial é extremamente eficaz para responder questões que se refiram aos direitos indisponíveis ou em que haja desequilíbrio de poder entre as partes, além de controvérsias em que seja necessária a sanção de um litigante, em que políticas públicas estejam envolvidas, em que uma parte recusa-se a negociar, dentre inúmeras outras possibilidades.

No entanto, percebe-se, que o Estado não é capaz de dirimir todas as controvérsias levadas à sua apreciação. Assim, o interesse por meios alternativos de resolução de conflitos renasce, dando importância à consciência de que o que importa é pacificar, independentemente de quem o faça seja o Estado ou outros meios justos e eficientes.⁸

3. MEDIAÇÃO E O ACESSO À JUSTIÇA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁹ consagra a garantia do acesso à justiça, também denominada de princípio da inafastabilidade da jurisdição, no artigo 5º, XXXV, que diz: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A garantia constitucional do acesso à justiça é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, componente do núcleo da dignidade humana, eis que dela dependem a efetivação dos direitos e garantias fundamentais discriminados no texto constitucional.

Acesso à justiça não se confunde com acesso ao Judiciário, pois não consiste somente em permitir a apreciação das demandas por este Poder, mas sim a busca por uma tutela jurisdicional efetiva, ou seja, a solução da controvérsia de maneira definitiva. O verdadeiro

⁸ PELLEGRINE, Ada Grinover. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela- *Revista Forense*, São Paulo, v. 102, n. 384, p. 4, março/abril 2006.

⁹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7a0.htm>. Acesso em : 25 de março de 2015.



acesso à justiça além de abarcar a prevenção e reparação de direitos, abrange a solução de controvérsias de forma negociada e o impulso da sociedade para que possa participar ativamente dos procedimentos de resolução de conflitos e de seus resultados.

Mauro Cappelletti ¹⁰ aponta o nascimento de uma nova tendência no movimento mundial por um direito e uma justiça mais acessível. Ele indica três finalidades dessa nova tendência, a saber: a) adotar procedimentos mais acessíveis, mais simples, racionais, econômicos, eficientes e especializados para determinados tipos de controvérsias; b) promover e fazer acessível uma justiça “co existencial”, baseada na mediação, na conciliação e em critérios de equidade social distributiva, na qual seja importante manter situações complexas e duradouras de relações entre indivíduos e grupos, em lugar de fomentar uma relação isolada, com rígidos critérios jurídicos essencialmente dirigidos ao passado; c) submeter à atividade pública a novas formas mais extensas e acessíveis de controle e, no geral, criar formas de justiça mais acessíveis, descentralizadas e participativas, com a participação, em particular, de membros de grupos sociais que estão diretamente interessados na situação ou controvérsia em questão.

Ada Pellegrini ¹¹, da mesma forma, examina o fundamento político da mediação: seu aspecto de participação popular. A mediação é tida como um meio de solução de conflitos, cuja participação das partes é imprescindível, atuando como atores principais na tomada de decisões.

A participação popular mostra-se como um dos objetivos da mediação, uma vez que configura meio de intervenção popular direta, ao permitir aos cidadãos uma ativa participação na resolução dos seus conflitos, encontrando, por si mesmas uma solução para os seus problemas, com ajuda do mediador. As partes se conscientizam dos seus direitos e deveres, da

¹⁰ CAPPELLETI, Mauro. Acesso a la justicia: como programa de Reformas y como método de pensamiento – *Separata de la Revista del Colegio de Abogados*, La Plata, v. 23, n.41, p. 20, 1981.

¹¹ PELLEGRINI, op.cit., p. 4.



possibilidade de decidir e escolher qual melhor caminho a ser tomado, enfim realizam um verdadeiro exercício de cidadania. Este aspecto promove, sem dúvidas, a realização da justiça, em sentido amplo, com o conseqüentemente, fortalecimento da democracia.

Também temos o aspecto de pacificação social, um dos objetivos da mediação. Trata-se de desenvolver nas partes a visão de que a convivência em paz é possível. A mediação proporciona paz social quando valoriza o ser humano, desenvolvendo o diálogo, o respeito e cooperação entre as pessoas, oferecendo a oportunidade de elas mesmas construírem soluções consensuais das suas controvérsias.

Ao se abandonar a visão de competição pela cooperação, do certo e errado, do ganhador e perdedor, com a conscientização dos direitos e deveres dos envolvidos, se trilha o caminho da busca pela paz social.¹² O propósito da mediação, portanto, é pacificar por meio de critérios justos¹³, com o alcance de um acordo justo e satisfatório para todos os envolvidos. Além de proporcionar a melhoria do relacionamento entre as partes, o seu crescimento pessoal, a retomada ou estabelecimento da comunicação e a mútua compreensão de sentimentos e necessidades.

Nesse contexto, há de se pensar que tipo de justiça a jurisdição tem proporcionado em muitos casos, pois uma decisão é justa quando estabelecida em razão de um procedimento baseado na produção de resultados satisfatórios para as partes, em um tempo razoável, com a plena participação ativa das partes na resolução do conflito, além do conhecimento destas quanto à matéria fática e jurídica do processo.

Observa-se, assim, que as características, os princípios norteadores, bem como os objetivos da mediação vão de encontro à facilitação do acesso à justiça. A mediação funciona,

¹² SALES, op.cit., p. 9.

¹³ AZEVEDO, André Gomma de. *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília : Grupo de Pesquisa, 2003, p. 162. Disponível em : < <http://www.vsites.unb.br/fd/gt/> >. Acesso no dia 25 de março de 2015.



portanto, não como um substituto, mas como um instrumento de fortalecimento do Poder Judiciário no sentido de com ele se coadunar para atender o seu propósito: a Justiça.

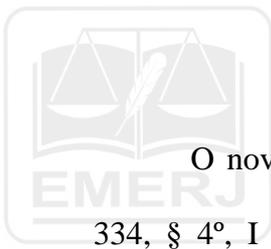
4. MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: BREVES CONSIDERAÇÕES

O novo Código de Processo Civil ¹⁴, sancionado em 16 de março de 2015, cuja vigência se inicia após decorrido um ano da data de sua publicação oficial, introduziu profundas mudanças ao disciplinar, de maneira pormenorizada, mecanismos consensuais de resolução de conflitos. Principalmente, no que tange a Mediação, passou a prever expressamente a obrigatoriedade da sua realização no âmbito do Poder Judiciário, além de outras disposições. Essas previsões representam uma inovação, já que nos Códigos anteriores a mediação sequer era mencionada.

Logo ao início do Novo CPC, no art. 165, *caput*, aparece o fomento à mediação, nos seguintes termos: “os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição”.

Deve ser analisado esse “estímulo” que o novo CPC pretende conferir à Mediação. Estímulo deve ser entendido em um contexto que preserve a autonomia e liberdade das partes, segundo a qual ninguém é obrigado a participar de um processo de mediação, as partes participam por livre e espontânea vontade, sem serem forçadas a negociar.

¹⁴ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 17 de março de 2015.



O novo CPC procura preservar o princípio da liberdade das partes ao prever no art. 334, § 4º, I e II¹⁵, a dispensa da audiência de mediação, nos casos que ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição e quando não se admitir a autocomposição.

No entanto, de fato, a audiência de mediação e conciliação será quase obrigatória. Somente não será realizada nos casos acima, vedado ao magistrado dispensar o ato, mesmo vislumbrando a total improbabilidade do acordo. Inclusive, o não comparecimento injustificado ao ato será considerado ato atentatório à dignidade da justiça.

Ora, como compatibilizar essa obrigatoriedade de fato com o princípio da liberdade das partes? Esse é um dos princípios motores da mediação, já que a parte que se vê obrigada a participar provavelmente estará menos propensa a composição do conflito.

Ainda no contexto do “estímulo” da mediação, o mesmo também deve ser conferido de forma a não se forçar uma negociação. O mediador deve auxiliar as partes na tomada de decisões, influenciando na composição, mas jamais de maneira impositiva, até porque ele não tem autoridade para tomar decisões. O direito de influenciar reside em sua capacidade para melhorar a negociação, na sua experiência e desempenho passado, na sua confiabilidade e na aptidão para aproximar os participantes com base nos seus próprios interesses.

Por essa razão, faz bem o novo CPC ao prever que o mediador deve possuir capacitação mínima, por meio da realização de curso ministrado por entidade credenciada, conforme o art. 167, § 1º¹⁶, de maneira que detenha as qualidades e características que o qualifiquem para a função.

¹⁵ Art 334, § 4º. A audiência não será realizada: I – se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II – quando não se admitir a autocomposição..

¹⁶ Art. 167, §1º. Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal.



Ademais, prevê o novo Código a garantia dos princípios da mediação, como independência, imparcialidade, autonomia da vontade, da confidencialidade, entre outros.¹⁷

No tocante a confidencialidade, segundo a novel previsão do Código no art. 166, § 1º: “a confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas ao longo do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.”. Também prevê o novo Código, no art. 166, § 2º: “em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou mediação.”.

A garantia da confidencialidade, com a preservação do sigilo, tem como objetivo assegurar que, caso não seja alcançada a composição do conflito, com o conseqüente acordo, as partes não sejam prejudicadas com a exposição de eventuais fatos desfavoráveis. Por isso, que se mostra essencial que o juiz não seja o condutor da mediação, já que frustrado o acordo, ele será aquele que julgará a demanda.¹⁸

Outro ponto que merece destaque, é relativo a disposição de que o advogado que trabalha como mediador em uma determinada seccional da OAB não poderá praticar a advocacia nessa mesma seccional¹⁹. Não há dúvidas que a intenção do texto era em manter a imparcialidade. Entretanto, em um campo relativamente jovem e pouco desenvolvido no Brasil, isso pode levar a um déficit de mediadores qualificados. Não seria exagero dizer que a maioria dos mediadores existentes são advogados, e os mais bem-sucedidos não desejarão estar sujeitos a esse impedimento.

¹⁷ Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

¹⁸ TARTUCE, Fernanda. *Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos*. In *Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Org.: Freire, Alexandre; Medina, José Miguel Garcia; Didier Jr, Fredie; Dantas, Bruno; Nunes, Dierle; Miranda de Oliveira, Pedro (no prelo). Disponível em: <www.fernandartartuce.com.br/artigosdaprofessora> Acesso em 12 de abril de 2015.

¹⁹ Art. 167, §5º. Os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do caput, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções



Frisa-se que a instauração da mediação no âmbito do Poder Judiciário não exclui outras formas de mediação extrajudicial, que poderão ser regulamentadas por lei específica ²⁰

De uma maneira geral a regulamentação da mediação pelo Novo Código de Processo Civil mostra-se positiva, mas para funcione é indispensável que as partes sejam deixadas livres para decidir pela participação ou não no ato, além de ser revista a regra do óbice à atividade advocatícia no juízo da inscrição, sob pena de inibir a consolidação de bons e diversificados quadro de mediadores.

Principalmente, para que a mediação atinja as suas finalidades, é necessária a aceitação dos advogados, com uma paulatina mudança de postura, que privilegie a cultura da composição de conflitos, em detrimento da cultura do litígio.

CONCLUSÃO

Verifica-se que o sistema judicial apresenta uma série de problemas e vícios na atividade de prestação jurisdicional, que materializam diversos obstáculos para o seu objetivo principal, a solução do conflito de maneira efetiva. Adiciona-se a isso, o elevado grau de litigiosidade da sociedade moderna, que estruturam a chamada crise da justiça.

A morosidade, excessiva burocratização, a ineficácia de suas decisões, são algumas das mazelas que atingem o Judiciário e levam a repensar a condição do processo judicial como único meio de resolução de disputas.

Diante deste contexto, renasce o interesse de implantação de meios de resolução de conflitos alternativos ao sistema judiciário, como meio de desafogar a justiça tradicional e oferecer novas alternativas à sociedade.

²⁰ Art. 175. As disposições desta Secção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica.



Destaca-se a Mediação como um meio de solução de conflitos, que, de acordo com os seus princípios e características basilares, é propenso a resolução da controvérsia de uma maneira eficaz e satisfatória. Ademais, revela-se como um mecanismo que propulsiona o verdadeiro acesso à justiça, a partir do momento em que produz resultados satisfatórios para as partes, em um tempo razoável, com a plena participação ativa das partes na resolução do conflito.

O novo Código de Processo Civil valoriza sobremaneira a adoção dos meios consensuais de resolução de conflitos e pode colaborar decisivamente para o desenvolvimento da sua prática, sempre que observados e respeitados os princípios norteadores da mediação.

Logo, a mediação apresenta-se como um meio aliado da sociedade e do Poder Judiciário. Para a sociedade representa um meio democrático de solução de disputas, que ao pacificar um conflito não atinge somente os envolvidos, mas todo o universo social. Não é um fenômeno isolado, carregando força capaz de proporcionar a universalização da pacificação. Para o Judiciário representa uma redução significativa do número de processos, solucionando o problema da inflação processual. Ressaltando-se, no entanto, que as deficiências do Poder Judiciário não são o objetivo propulsor da busca por vias alternativas, mas sim uma consequência indissociável.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma de. *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília, Grupo de Pesquisa, 2003. Disponível em: < <http://www.vsites.unb.br/fd/gt/> >. Acesso em 10 de março de 2015

BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados especiais: a nova mediação paraprocessual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7a0.htm >. Acesso em: 25 de março de 2015.



BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 17 de março de 2015

CALMON, Filho Petrônio. *Fundamentos da Mediação e Conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CAPPELETTI, Mauro. Acesso a la justicia: como programa de Reformas y como método de pensamiento – *Separata de la Revista del Colegio de Abogados*, La Plata, v. 23, n.41, p. 20,. 1981.

MOORE, Christopher. *O processo de Mediação*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998.

PELLEGRINE, Ada Grinover., WATANABE, Kazuo., LAGRASTA, Caetano Neto. (Coord.). *Mediação e gerenciamneto do processo : revolução na prestação jurisdicional : guia prático para a instalação do setor de conciliação*. São Paulo: Atlas, 2008.

PELLEGRINE, Ada Grinover. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela- *Revista Forense*, São Paulo, v. 102, n. 384, p. 4, março/abril 2006.

SALES, Lilia Maia de Moraes. *Mediare: Um guia prático para mediadores*. 3.ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos*. In *Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Org.: Freire, Alexandre; Medina, José Miguel Garcia; Didier Jr, Fredie; Dantas, Bruno; Nunes, Dierle; Miranda de Oliveira, Pedro (no prelo). Disponível em: <www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora> Acesso em 12 de abril de 2015



EC/75 IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DOS CD'S E DVD'S-REVITALIZAÇÃO E RESGATE DO MERCADO

Lucileide Lino Peixoto Ruiz

Graduada pela Universidade Cândido Mendes. Advogada.

Resumo: O presente trabalho tem como objeto o instituto jurídico da imunidade tributária prevista no Art. 150, VI, “e”, da Constituição Federal de 1988, qual seja, a incidente sobre a música nacional. Todavia, as imunidades tributárias surgem com a finalidade de preservação dos valores sociais. Dessa maneira, a imunidade do Art. 150, VI, “e”, da Constituição Federal, visa imunizar os CDs e DVS, de modo a fomentar a cultura, a educação e ainda revitalizar mercado interno. É sob este contexto que, será analisada a Emenda Constitucional 75, o fundamento dessa imunidade, como também os direitos autorais dentro da emenda constitucional. Por fim, a imunidade tributária da música, tem como objetivo combater pirataria com preço.

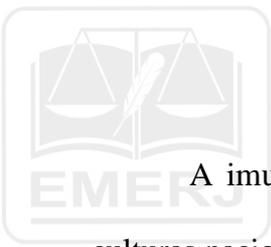
Palavra-chave: Direito Tributário. Imunidade tributária. Guerra fiscal. Música. Cultura

Sumário: Introdução. 1. Fundamento da Imunidade - evitar a pirataria, proteger o produto nacional. 2. Análise da Emenda Constitucional 75. 3. Os direitos autorais dentro da emenda constitucional. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

O atual cenário da música nacional é de plena ebulição, a música nacional sai de um ostracismo, para ganhar um verdadeiro destaque com a Emenda Constitucional 75. Apresenta uma série de renovações no mercado interno, propondo uma maior integração nacional, pela diversidade de culturas. Como também tem a finalidade de revitalizar e resgatar um mercado que estava praticamente parado. Sendo todos prejudicados na sociedade.

As imunidades tributárias previstas no art. 150, VI, da Constituição Federal, expressam uma competência tributária negativa para União, Estados, Distrito Federal, Municípios com relação ao poder de cobrar impostos. A Emenda Constitucional 75 acrescentou uma nova alínea no rol de imunidades. Com intuito de proteção do mercado fonográfico e sua revitalização. Um dos grandes objetivos dessa inovação constitucional foi desestimular a pirataria. Pois, os efeitos da pirataria, durante muito tempo, foram quase a devastação do mercado fonográfico nacional.



A imunidade visa a baratear o acesso à cultura e, facilita a integração das diversas culturas nacionais. Garantindo inicialmente um menor custo de produção, e conseqüentemente um maior acesso à informação.

A imunidade é muito recente, tendo muito divergência sobre o tema, muitos tem defendido que a imunidade fonográfica alcança o ISS também, pois a finalidade precípua da Emenda Constitucional e baratear o produto final.

A emenda da música tem a missão de resgatar o mercado nacional e ao longo do tempo revitalizá-lo. A emenda tem a finalidade de diminuir sensivelmente a barreira econômica, sendo mais acessível às classes menos privilegiadas, difundindo e consolidando a cultura de uma forma geral.

No presente estudo, objetiva-se demonstrar que a imunidade conferida no art. 150, inc. VI, “e”, da Constituição Federal, está diretamente relacionada com a “pirataria” de CDs e DVDs, conseqüentemente o mercado interno terá produtos de qualidade com preço

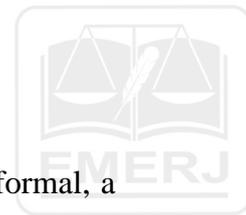
O método procedimental de pesquisa utilizado seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória. O método de abordagem será o dedutivo, onde partindo de normas gerais buscar-se-á aplicação concreta para a norma em estudo.

Dessa forma, o primeiro capítulo deste trabalho, objetiva-se fundamentar a imunidade e sua importância para o resgate da cultura nacional.

No segundo capítulo, será analisada a Emenda Constitucional, que inseriu uma nova alínea, conferida no art. 150, inc. VI, “e”, da Constituição Federal.

No terceiro capítulo, uma breve análise, dos direitos autorais dentro da própria emenda.

1. FUNDAMENTO DA IMUNIDADE – EVITAR A PIRATARIA, PROTEGER O PRODUTO NACIONAL



Durante muito tempo, a indústria fonográfica foi dilapidada pelo mercado informal, a pirataria. Diante dessa relação de consumo, foi necessário que se legislasse sobre o tema, devido a necessidade urgente de revitalizar e resgatar o mercado interno, combatendo pirataria com preço. Caso nada fosse feito, o mercado de produtos fonográficos estaria fadado ao extermínio. O objetivo da imunidade é baratear o produto original, diminuindo a carga tributária, visando estimular a compra deste produto ao invés do pirata, até para que seja possível o pagamento dos direitos autorais dos artistas. O alto custo do produto original geralmente é o motivo dado para a aquisição do produto pirata.

A EC/75 propõe a imunidade tributária para os fonogramas e videofonogramas de artistas e autores brasileiros. A imunidade tem a missão de acabar com os impostos sobre as gravações de música nacional. Dessa forma, sana-se uma injustiça tributária que permite que artistas estrangeiros acabem pagando menos impostos que os artistas brasileiros. Como também promove, a diminuição do preço da música brasileira permitindo, assim, maior acesso da cultura musical à todos os cidadãos brasileiros. Assim, a imunidade visa a difusão da cultura nacional, estimulando as diversidades regionais, o que justificando o tratamento diferenciado, em relação ao produto estrangeiro.

A Emenda Constitucional 75, foi apelidada de imunidade tributária da música, que incluiu uma nova alínea no rol de imunidades a impostos que foi trazida pela Constituição Federal em seu artigo 150, VI, 'e'¹:

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

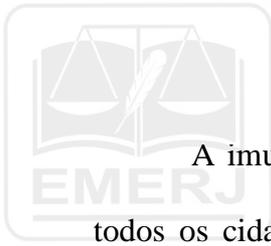
(...)

VI - instituir impostos sobre:

(...)

e) fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser.

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc75.htm>. Acesso em: 06 out de 2014.



A imunidade visa a baratear os custos da produção dos CDs e DVs, permitindo que todos os cidadãos tenham acesso a produtos de qualidade e que todos os artistas também ganhem com o seu trabalho.

Um dos grandes objetivos dessa inovação constitucional foi desestimular a pirataria, pois segundo a justificativa da PEC 98/2007, “A presente proposta de emenda à Constituição é, antes de tudo, um brado em defesa da cultura nacional. É urgente a implantação de medidas que fortaleçam a produção musical brasileira, diante da avalanche cruel de pirataria [...]”, o mercado informal estava acabando com o mercado fonográfico oficial. Ocorrendo uma concorrência desleal, pois se tinha uma carga tributária muito alta que incidia no produto final, não sendo atraente para o consumo devido ao alto preço.

Segundo a PEC 98/2007²

Entre 1997 e 2004, os efeitos da pirataria no setor fonográfico foram devastadores, tendo-se registrado uma queda pela metade no número de artistas contratados, além da perda de mais de 40% no número de lançamentos nacionais. Estima-se ainda que cerca de 2.500 postos de venda foram fechados e mais de oitenta mil empregos formais deixaram de existir desde então. A partir de 2004, a situação pareceu estabilizar-se um pouco, mas já num patamar bastante crítico, com mais da metade do mercado tomado por produtos ilegais e postos empregatícios informais demonstrando que o interesse pelo produto fonográfico não decaiu, mas que a imensa distância financeira entre o produto legal e o falsificado atingiu proporções alarmantes e que precisam ser atacadas (...).

Cumprido destacar que a imunidade tributária referente à música, não será integral, essa imunidade é somente para as obras musicais de autores ou intérpretes brasileiros, não tendo abrangência para a produção musical estrangeira. Sendo uma proteção ao mercado interno.³

Assim, o campo de incidência da imunidade será limitado, pois existe uma ressalva na parte final da alínea “e” que diz que será permitida a incidência do IPI, na saída de CDs, DVs

²BRASIL. Disponível em:<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=474630&filename=PEC+98/2007>. Acesso em: 07 out.2014.

³ CARTA FORENSE . Disponível em:< <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/imunidades-tributaria-da-musica-brasileira/12382>. Acesso em: 07 out .2014.

quanto à etapa de processo industrial. Tal imposto mencionado não terá incidência na Zona Franca de Manaus, pois já existia isenção nesse território antes da emenda constitucional⁴.

Pois esta isenção que é tratada na parte final (salvo) foi introduzida na redação final do dispositivo constitucional exatamente em função da Zona Franca de Manaus, onde estão situadas a maioria das indústrias de prensagem. Se a imunidade fosse dada a todas as indústrias, independentemente de onde estivessem localizadas, elas sairiam da Zona Franca. Assim, esta fase não está alcançada pela imunidade, prevalecendo as isenções concedidas pelas leis específicas, no caso a Zona Franca de Manaus.

A desoneração da carga tributária não foi total, pois ainda terá a incidência de outras espécies de tributos como cobrança de contribuições, como a COFINS e o PIS/PASEP. Pois a imunidade tributária da música muito se aproxima da imunidade dos livros, e para esses somente teve uma desoneração dos impostos. Diante disso, percebe-se que ainda não ocorreu uma desoneração total, mas é um começo para resgatar e revitalizar o mercado interno. Combatendo qualidade com preço em vez de pirataria e informalidade⁵.

O mercado interno, com a venda maciça de produtos falsificados, teve uma queda acentuada, queda essa, que afetou artistas nacionais, e conseqüentemente, houve uma queda de empregos, verificou-se a necessidade de se interferir nesse quadro, acabando com o a concorrência entre o produto original e o pirata, já que o preço do produto pirata é muito inferior em relação ao produto original.⁶

Assim a música, brasileira foi desonerada. Logo, a celebração da EC 75/2013 está em plena ebulição. As limitações da imunidade em foco não constituem significativo obstáculo à realização plena da sua finalidade precípua, de combater a “informalidade” no âmbito musical e, assim, incentivar a difusão oficial da música nacional.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

⁶ CORTOPASSI, Caroline. *Imunidade Musical*. Disponível em: <http://carolinecortopassi.jusbrasil.com.br/artigos/136075453/imunidade-musical> > Acesso em: 30 mar 2015.



2. ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL 75

As imunidades tributárias são normas expressas contidas no texto constitucional que definem negativamente a competência tributária ao não permitir que os entes públicos criem tributos sobre situações específicas precisamente caracterizadas.

A imunidade visa a baratear o acesso à cultura e, facilitar a manifestação do pensamento, a liberdade da atividade intelectual, integrando as diversas culturas nacionais, pois o Brasil é um país com dimensões continentais. Assim, a imunidade garante inicialmente um menor custo de produção e conseqüentemente acesso à informação cultural, como também todos os direitos e garantias aos autores que criaram as suas obras.

Com a Emenda Constitucional não poderá ter a incidência do IPI, e do ICMS sobre CDs, DVDs, Blu-Rays e arquivos virtuais com músicas criadas ou interpretadas por artistas brasileiros.

Proíbe-se, também, que tais impostos incidam sobre obras lítero-musicais, ou seja, sobre as de cunho literário e musical, como os saraus gravados e oferecidos à venda. Nesse contexto, encontra-se uma fina ligação com a imunidade dos livros e periódicos, ambas garantidoras da inclusão de todos na cultura brasileira.⁷

Muitas das discussões envolvendo a imunidade da música são comuns à imunidade dos livros. Especialmente, envolvendo o Imposto Sobre Serviços. O questionamento que se faz é se as duas imunidades alcançam ou não esse imposto municipal, já que o Imposto Sobre serviços não diz respeito ao produto final, mas uma fase intermediária de elaboração da gravação/produção.

⁷ Ibid.



O Supremo Tribunal Federal posicionou-se quanto a essa discussão quanto à incidência ou não do Imposto Sobre Serviços, o Imposto Sobre Serviços incide, o que não incide é o ICMS.

Como a imunidade fonográfica tem um liame direto com a imunidade dos livros, a Constituição assegura a imunidade aos livros, jornais, periódicos e papéis para impressão. Esta imunidade dos livros é objetiva, alcançando o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, Imposto sobre Produtos Industrializados⁸.

Mas, quanto ao Imposto Sobre Serviços, não está imune, que são os serviços gráficos e os serviços de distribuição/entrega de jornais e periódicos. Pois quando se vende um determinado livro, esse está imune ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços.

A imunidade diz respeito ao produto final e ao insumo papel, de que é feito o livro, trata-se do imposto de importação. O serviço gráfico, é uma fase intermediária de elaboração do livro, e quanto ao serviço de distribuição, é uma fase posterior ao produto. Assim, essas duas fases não irão influenciar no preço do produto final e, portanto, a eventual concessão da imunidade não geraria o barateamento do livro, que seria o objetivo da imunidade. Portanto, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a imunidade não alcançaria tais fases e, portanto, a gráfica tem que pagar o ISS e a empresa que entrega os livros também.

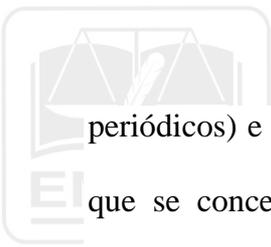
O ISS não incide no produto final protegido (livro, jornal, periódico, DVD, CD), ao contrário do ICMS, mas sobre serviços inseridos na fase intermediária de elaboração do produto imune (ex: serviços gráficos) ou em uma fase posterior (distribuição/entrega dos jornais e

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n.631864. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17486296/recurso-extraordinario-re-631864-stf>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI n.723018. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21406855/agreg-no-agravo-de-instrumento-ai-723018-mg-stf>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n.435978. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18319897/agreg-no-recurso-extraordinario-re-435978-sp>>. Acesso em: 27 abr. 2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 530121. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19736555/agreg-no-recurso-extraordinario-re-530121-pr>>. Acesso em: 27 abr. 2015.



periódicos) e não necessariamente influenciam o preço do produto acabado. Ou seja, mesmo que se concedesse a imunidade em relação ao ISS, o preço do produto final não seria necessariamente influenciado.

Segundo o RE 568454⁹

Quando o serviço é reputado essencial e, de sua tributação possa resultar impedimento ou grave embaraço à atividade do contribuinte, ou, ainda, a extinção mesma de seu modelo de negócio, reconhece-lhe a imunidade. Naquelas raras hipóteses em que a imunidade foi assegurada a algo intangível, como serviço, por exemplo, e não, a algum substrato material, como propaganda. (...) A distribuição dos livros, jornais e periódicos também está abrangida pela imunidade tributária, sob pena de se desconhecer o objetivo precípua da norma constitucional, que, incansavelmente repito, tem de ser o de verdadeiro estímulo à veiculação de ideias e notícias, tal como inerente ao próprio Estado Democrático de Direito.

A mesma discussão citada acima, existe em relação a imunidade fonográfica. A imunidade alcança o ICMS na venda o CDs, DVDs e Blu-Rays. Mas, não está imune quanto ao ISS.

Como a Emenda Constitucional ainda é muito recente, tem-se muito divergência sobre o tema, muitos têm defendido que a imunidade fonográfica alcança o ISS também, pois a finalidade precípua da Emenda Constitucional é baratear o produto final. Pois quanto maior for o número de impostos alcançados, melhor para atingir o objetivo da imunidade. Mas, na mesma forma outros entendem que não, pois, já que a gravação/produção é uma fase intermediária e a imunidade só diria respeito ao produto final, CDs, DVs e Blu-Rays gravados.

Assim, é fácil perceber que se está diante de uma norma que, além de reforçar a garantia da liberdade de manifestação do pensamento e do acesso à informação, como também inclusão social, consagrado no art. 5, IV e IX da Constituição Federal, tendo por objetivo estimular a cultura e a educação, por meio da redução dos custos de impostos.¹⁰

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 434826. Relator: Ministro Cesar Peluso. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24794876/agreg-no-recurso-extraordinario-re-434826-mg-stf/inteiro-teor-112245024>>. Acesso em: 07 mar. 2015.

¹⁰BRASIL Supremo Tribunal Federal. RE n.630462 Relator: Ministro Ayres Brito. Disponível em <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RE_230782_SP_1279119659843.pdf?Signature=b3rPDgiRNh>

3. OS DIREITOS AUTORAIS NA EMENDA CONSTITUCIONAL

A música é uma fonte de cultura, as letras na maioria das vezes retratam uma conjuntura social de fatos e momentos. A música marca épocas, descrevem características individuais de costumes, expressam sentimentos e valores, que são capazes de interferirem no pensar humano, como também no seu comportamento. O compositor traz em seu âmago a liberdade criativa, e essa liberdade tem que ser protegida, garantindo toda a identidade musical.

Nesse momento, importante explicar a definição e a importância do direito autoral: “ o direito autoral é um conjunto de prerrogativas conferidas por lei à pessoa física ou jurídica criadora da obra intelectual, para que ela possa gozar dos benefícios morais e patrimoniais resultantes da exploração de suas criações”.¹¹

Os direitos autorais são divididos, para efeitos legais, em direitos morais e patrimoniais.¹²

Conclui-se então, que o direito autoral, que é obra de propriedade do autor, podendo ser uma pessoa individual ou uma obra coletiva. Quanto às pessoas jurídicas, essas possuem o poder da exploração econômica, que são as grandes indústrias fonográficas.

Na realidade e na praticidade do assunto, o autor produzirá a sua obra, uma vez produzida, os seus direitos autorais serão cedidos para exploração como: formatação, comercialização, responsabilização para a edição.¹³

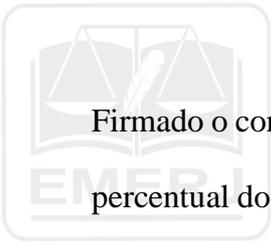
Uma vez realizado o contrato, entre o autor/compositor com a empresa, as cláusulas firmadas serão seguidas, não havendo nenhuma cláusula abusiva, não poderão ser alteradas.

OQ84bwZ4QPPY5EEu0%3D&Expires=1425743503&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=d1d42499ad41a9d53935d7e83040a013>. Acesso em: 07 mar. 2015

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

¹³ Ibid.



Firmado o contrato entre o autor e a empresa, a remuneração do autor, normalmente se dará por percentual dos resultados da vendagem de uma determinada obra. O contrato protege todos que participam da obra, tanto o próprio autor da letra, os intérpretes, músicos, acompanhantes e produtos fonográficos, que vierem a ser reproduzidos. Assim, quando se faz uma utilização ou reprodução de tal obra musical sem prévia autorização estará se violando um direito patrimonial.

A falsificação de CDs e DVs é uma violação ao direito autoral, nos termos do art. 184 do Código Penal. A Súmula 502 do Supremo Tribunal de Justiça dispõe: “presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184§2º, do Código Penal”.¹⁴

Nos termos da proposta para a emenda constitucional, foi realizado uma pesquisa tendo como resultado que o Brasil, que antes ocupava a sexta posição no ranking mundial de produtos fonográficos, passou a ocupar o décimo segundo lugar estando em primeiro lugar no que diz respeito às perdas decorrentes a pirataria no segmento musical.¹⁵

A emenda da música tem a missão de resgatar o mercado nacional e ao longo do tempo revitalizá-lo. Todos serão beneficiados tanto os autores, como todos que estão envolvidos com a obra, serão também beneficiados os consumidores, que terão produtos de qualidade. E não mais um consumo instantâneo como os produtos piratas.

Assim, a emenda constitucional tem a finalidade de diminuir sensivelmente a barreira econômica, tributos que oneram bastante o produto original, tornando-o mais acessível às classes menos privilegiadas no País, difundindo e consolidando a cultura de uma forma geral.

A música remete a segundos que se registra em breve momentos eternizados. Quando se compra um CD ou DVD, se quer que esse momento se perdure. Entretanto, comprando

¹⁴ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Principais julgados do STF e STJ comentados 2013*. Manaus: Dizer Direito, 2014, p.777.

¹⁵ BRASIL. op cit. , Acesso em: 07 out.2014.

produtos piratas, fortalece um mercado informal, que não paga nenhum tributo, todos saindo prejudicados. Prejudicados esse que são: autores e todos que estão envolvidos, os trabalhadores, que foram demitidos devido à baixa vendagem dos produtos originais.

Portanto, a emenda que se discute é de extrema importância para que se resgate e revitalize o mercado fonográfico, para que todos tenham acesso a produtos de qualidade

CONCLUSÃO

O presente trabalho objetivou analisar a Emenda Constitucional 75, que incluiu uma nova alínea no rol de imunidades a impostos, disposto no artigo 150, VI, “e”, da Constituição Federal de 1988. Essa emenda foi apelidada de imunidade tributária da música.

Para tanto, mostrou-se fundamental compreender seu fundamento jurídico, e sua finalidade precípua que é proteger o mercado interno, e conseqüentemente maior divulgação da cultura. Como também aquisição de produtos de qualidade.

Ao se interpretar essa nova alínea, tem-se a certeza que o caminho está certo, é um começo de uma nova era de legislação. Talvez, venham ajustes.

Essa mutação estrutural e conjuntural, busca não ser uma revolução, mas uma evolução inteligente visando a garantir o equilíbrio dos direitos e deveres dos artistas brasileiros.

A Emenda Constitucional 75 tem como objetivo baratear o produto original, combatendo a pirataria. O grande pilar da Emenda Constitucional 75 é combater a pirataria, pois essa, estava acabando com o mercado, assim, tem-se a queda do preço do produto original, combatendo a pirataria com preço. Pois, diminui a carga tributária, tendo como finalidade a estimulação de compras do produto original.



Com a emenda, a música ganha novo cenário e novas conquistas, o restante está a cargo do *marketing* das indústrias fonográficas, para que todos tenham acesso a essa informação. É um novo caminho para todos os brasileiros.

Assim, a imunidade visa a difusão da cultura nacional, estimulando as diversidades regionais, sendo necessário o tratamento diferenciado em relação ao produto estrangeiro.

Busca-se então, uma melhor integração entre as regiões, divulgação da cultura nacional, conseqüentemente tem-se o resgate do mercado interno e sua revitalização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, *Ricardo*. *Direito Tributário*. 7ed. São Paulo: Método, 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc75.htm>. Acesso em: 06 out de 2014.

_____. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=474630&http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=474630&filename=PEC+98/2007>. Acesso em: 07 out.2014

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 434826. Relator: Ministro Cesar Peluso. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24794876/agreg-no-recurso-extraordinario-re-434826-mg-stf/inteiro-teor-112245024>>. Acesso em: 07 mar. 2015

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 630462 Relator: Ministro Ayres Brito. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RE_230782_SP_1279119659843.pdf?Signature=b3rPDgiRNhOQ84bwZ4QPPY5EEu0%3D&Expires=1425743503&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=d1d42499ad41a9d53935d7e83040a013>. Acesso em: 07 mar. 2015

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n.631864. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski RICARDO LEWANDOWSKI. Disponível em:< <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17486296/recurso-extraordinario-re-631864-stf>>. Acesso em: 27 abr.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI n.723018. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21406855/agreg-no-agravo-de-instrumento-ai-723018-mg-stf>>. Acesso em 27 abr. 2015. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n.435978. Relator: Ministra Carmem Lúcia. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18319897/agreg-no-recurso-extraordinario-re-435978-sp>>. Acesso em: 27 abr. 2015.



_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 530121. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19736555/agreg-no-recurso-extraordinario-re-530121-pr>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

CARTA FORENSE . Disponível em:< <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/imunidades-tributaria-da-musica-brasileira/12382>. Acesso em: 07 out .2014.

CASSONE, Vittorio. *Direito Tributário*. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Principais julgados do STF e STJ comentados 2013*. Manaus: Dizer Direito, 2014.

HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2007.



CERTIDÃO DE NASCIMENTO: ESPELHO BIOLÓGICO OU ESPELHO SOCIOAFETIVO?

Luis Fernando Guerrero Ligiero

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e pós graduando na Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O presente trabalho analisará o instituto da multiparentalidade e sua possibilidade de registro na certidão de nascimento. Ponderar-se-á sobre evolução história do direito de família e os princípios norteadores desse tema, em especial o princípio do afeto, na medida em que através desse estudo será possível chegar à conclusão da possibilidade da averbação da realidade socioafetiva. Ademais, o tema abordado é de grande importância na vida dos jurisdicionados porque com a efetivação da multiparentalidade e seu posterior registro prima-se pelo melhor interesse da criança e para chancela do afeto efetivando, assim, o maior primado positivado pela Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana. Deste modo, é necessária um certo ativismo jurisdicional em grau mínimo para garantir a proteção dessa realidade cada vez mais comum na sociedade brasileira.

Palavras-Chave: Direito de Família. Direito Registral. Família. Filiação. Multiparentalidade. Afeto. Busca do melhor interesse do menor.

Sumário: Introdução. 1- Evolução do conceito de família. 2- Dos princípios norteadores. 3- Da Multiparentalidade. 4-A Decisão Do Tribunal De Justiça Do Acre 5- A averbação da sentença de multiparentalidade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo expor a questão da pluralidade das relações familiares, abordando de forma específica o atrito entre essa complexidade e a rigidez da Lei de Registros Públicos que inviabiliza o registro espelhar as reais situações fáticas, como o caso de dupla filiação, enfocando principalmente nos casos ao direito ao registro civil da dupla maternidade/paternidade.

O direito de família tem sua configuração formada pelo complexo de preceitos que organizam as relações jurídicas familiares, norteado tanto por interesses de caráter moral quanto de caráter legal e social. Pela sua natureza complexa, esse ramo tem um misto de normas de ordem pública com um inegável caráter privado. Tal situação cria um conflito



constante entre a autonomia da vontade, com a faculdade das partes disporem sobre suas próprias relações jurídicas, e a determinações de ordem pública

A partir dessa explanação é importante fazer uma conexão com o direito registral e suas implicações na vida das pessoas, pois o Direito, por muitas vezes, agarrado ao formalismo e ao princípio da legalidade não possui respostas para o dinamismo efervescente da sociedade moderna.

Deste modo, cabe ao Juiz muitas vezes se valer das outras fontes do direito, como os costumes e a analogia, a fim de responder ao clamor das partes que o procuram. No âmbito do direito de família a situação é ainda mais evidente, uma vez que a lei de registros públicos, na parte do registro civil das pessoas naturais, não foi planejada para a atual proliferação de tipos familiares distintos.

O presente artigo propõe o enfoque na possibilidade da certidão de nascimento quebrar o paradigma atual de formatação, abrindo-se para a possibilidade de retratar as outras formas de família que já acontecem no âmbito social, como por exemplo, o de dois pais e uma mãe, de somente duas mães e assim por diante.

No percorrer desse artigo científico será analisada a evolução do conceito de família, e principalmente aquele abraçado pela Constituição Federal de 88 e sua evolução jurisprudencial e doutrinária, o reconhecimento de múltiplas realidades como entidades familiares, dignas de amparo legal, a união formada por pessoas do mesmo sexo e a barreira que a lei de registro impõe ao não reconhecer e regular o registro civil de nascimento de forma a reconhecer essa multiparentalidade.

Por fim, será abordada a parca jurisprudência sobre o tema, o que demonstra ser esse tema palpitante e novo no âmbito jurídico tentando, deste modo, trilhar um caminho para solucionar essa demanda que será cada vez mais crescente.

1. EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA



Não se pode iniciar o estudo sobre a evolução sobre o direito familiar sem ser mencionado o Direito romano, porque foi por meio dele que nasceu toda a base do direito de família. O seu desenvolvimento originou uma relação jurídica normativizada pelo Direito, passando a sua existência ser regulada especialmente à instituição do casamento, alicerce básico da biografia ocidental, deixando paulatinamente sua eficácia de polarização no conceito familiar brasileiro nas últimas décadas, sem ser abandonada, contudo, sua importância, como modelo de formação familiar.

Posiciona-se nesse sentido a doutrinadora Maria Berenice Dias que afirma: “foi através desse intervencionismo estatal que levou a criação do instituto do casamento: convenção social para organizar os vínculos interpessoais. A própria organização da sociedade se dá em torno da estrutura familiar. Essa teria sido a forma, segundo a mesma, de impor limites ao homem, restringindo parte de sua liberdade”.¹

O brocardo de que a família se formava com o casamento sendo composta por todos os familiares aglutinados em torno do Chefe da família – o homem – com finalidade de procriação, foi ultrapassado pelo desenvolvimento cultural da sociedade capitalista e pela revolução industrial que transformou o mercado. Deste modo, foi requerido constantemente força trabalhadora assentando as esposas/mulheres no mercado de trabalho e privando do homem o desempenho principal de mantedor da família.

Homens e mulheres começaram de forma concomitante e em igualdade a prover a manutenção de suas entidades familiares, o que ocasionou uma harmonização paulatina entre seus integrantes. Segundo, novamente, Maria Berenice Dias foi nessa fase que a família passou a se formatar como a dos dias atuais ao colocar: “Isso levou à aproximação de seus

¹ DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: 2007, p.29.

membros, sendo mais prestigiado o vínculo afetivo que envolvia seus integrantes. Existe uma nova concepção de família, formada pelos laços afetivos de carinho, de amor.²

A família sofreu grande transformação cultural e conceitual pelo tempo abandonando o viés de ser um mero agrupamento de seres humanos se transformando em uma família organizada pelas prescrições legais do instituto do casamento, com caráter totalmente patrimonial em seu início, para se atingir, por fim, a compreensão contemporânea de família fundamentada na união de interesses e principalmente no afeto.

1.1.2 Evolução Legislativa

O ordenamento jurídico brasileiro antecedente a Constituição de 1988, sobretudo em relação à base legal imposta pelo Código Civil de 1916, somente regulamentava e aceitava como família aquela união formada pelo matrimônio. Este posicionamento é corroborado por Euclides de Oliveira e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka que afirmam³:

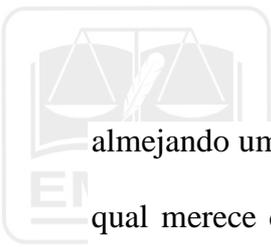
Em sua versão original, trazia uma estreita e discriminatória visão de família, limitando-a ao grupo originário do casamento. Impedia a dissolução, fazia distinções entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações.

A visão acima exposta era preconceituosa e mantinha parte expressiva da sociedade na marginalização, pois era vedada a dissolução do casamento. Além disso, se diferenciavam os filhos considerados ilegítimos na tentativa de preservar o matrimônio e a família tradicional.

Com a evolução histórica do pensamento jurídico e dos costumes sociais, a sociedade passou a entrar em conflito direto com esses postulados jurídicos positivados, sendo esses, na concepção atual, transgressores dos princípios mais embrionários intrínsecos ao ser humano,

² DIAS, op. cit., p. 28

³ OLIVEIRA, Euclides de; Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 06.



almejando uma maior liberdade na sociedade. Advieram, assim, inúmeras alterações na lei, as qual merece destaque a menção mencionada a Lei 4.121/62 (O Estatuto da mulher casada) que restaurou a plena capacidade civil e conferiu o direito de ser dono de bens privados dos bens contraídos com o fruto do seu trabalho.

Ainda merece destaque a Emenda Constitucional de nº 9/77 que incorporou no ordenamento jurídico brasileiro o instituto do divórcio, sendo este regulado pela Lei 6.515/77, que sepultou o principio da indissolubilidade do casamento e permitiu o desenvolvimento de novas famílias diferentes da tradicional.

Todavia, essas leis foram sobrepujadas pela promulgação da Constituição Federal de 1988 que nas palavras de Zeno Veloso⁴: “num único dispositivo, espancou séculos de hipocrisia e preconceito”.

A Carta magna nacional positivou: (a) a igualdade entre homem e mulher (art. 5º caput), (b) consagrou a formação de família não só pelo casamento como também pela união estável (art. 226 §6º), (c) consagrou a igualdade entre os filhos (art. 227 §6º) entre outros direitos. Logo, o que ocorreu que após a Constituição, o Direito de família passou a ser regulado praticamente por esse dispositivo, uma vez que o código civil de 1916 batia de frente em inúmeras questões, se tornando, desse modo, inconstitucional.⁵

Com a promulgação do Código Civil de 2002 a maior parte dos estatutos civis foi ajustado para ficar de acordo com a nova ordem jurídica estabelecida pela Carta Magna procurando modernizar os aspectos relevantes do direito de família. Contudo, por tratar esse direito de casos multiformes e inconstantes é mandatório não só se aplicar a letra fria da Lei, mas, também, criar um pensamento maleável e cada vez mais moderno baseado nos princípios

⁴ VELOSO, Zeno. Homossexualidade e direito. *O Liberal*, Belém, ano 58, nº 29.176, p.03, mai.1999.

⁵ BRASIL, Constituição federal de 05 de outubro de 1988. Artigo 227. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm . Acessado em: 05 abr. 2015.

de todo o Ordenamento Jurídico com o propósito de dar alguma resposta justa às pretensões da coletividade. Deste modo, é mister um esboço sobre os princípios basilares do direito de família, uma vez que são essas as ligações entre a Lei e a pacificação dos conflitos sociais que os Juízes se deparam diariamente.

2 DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES

Superada essa evolução histórica do conceito de família, é relevante uma breve explicação dos principais princípios aplicáveis no tema abordado para melhor compreensão do tema.

2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Ao se discorrer sobre os princípios no Direito de Família, principalmente no âmbito da multiparentalidade, não é possível deixar de fazer referência, em primeiro lugar, ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Tal princípio, está diretamente e simbioticamente relacionado com os anseios mais primitivos de todo o ser humano, ou seja, o sentimento de “ser pai e de ser mãe” e de “ser filho”, como são expostos nos artigos art.1º, III e 226, § 7º, ambos da Constituição de 1988.

A integralidade do Ordenamento Jurídico contempla suas implicações, sendo ele o alicerce constitucional principal de toda a relação social e humana. Nesta linha de pensamento cita-se Rodrigo da Cunha Pereira que afirma⁶: “o princípio da dignidade humano é o mais universal de todos os princípios. É um macro princípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos”.

⁶ PEREIRA apud DIAS. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed. São Paulo: 2009. p. 61,62.



O Princípio da Dignidade Humana desenvolveu-se no convívio familiar e social de forma essencial, não devendo o ordenamento jurídico do direito de família estar de olhos fechados sobre tal fundamento, pois como leciona LÔBO⁷: “além de alcançar os sentimentos maiores da vida humana, vai muito além, até o núcleo de sua existência, impondo inafastável proteção e respeito, que na verdade exige a exclusão de qualquer atitude que possa despersonalizar a pessoa humana.

Por derradeiro, Maria Berenice Dias afirma que tal princípio situa-se como base da família, porque a própria constituição da República lhe dá proteção especial independente de sua formação. Tal posicionamento é mencionado: “a multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum – permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social.”⁸

Diante do exposto, pode-se constatar que além dos inúmeros conceitos, esse princípio nada mais é que o núcleo da própria sociedade e da família, não representando somente um limite à atuação do Estado, mas também para sua ação.

2.2.2 Princípio da vedação ao Retrocesso Social

Esse princípio é de fundamental influência no enfoque na exploração dos direitos de família, uma vez que é por seu intermédio a impossibilidade ao retrocesso, diante das obrigações não reconhecidas legalmente, ao patamar anterior ao do reconhecimento. Diante disso, este princípio é de suma importância, porque o ordenamento jurídico pátrio procurará abarcar e amparar as famílias nas quais passem a existir novas formas de configuração como a pluriparentalidade.

⁷ LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.37.

⁸ DIAS, op. cit., p.62.

O postulado dogmático almeja proteger certos alicerces familiares que a constituição e a evolução social estabeleceram como fundamentais, tais como, o da igualdade entre homens e mulheres na convivência familiar (art.5º e art. 226 da CRFB, ambos caput), o da diversidade das entidades familiares e o do tratamento igualitário entre todos os filhos.

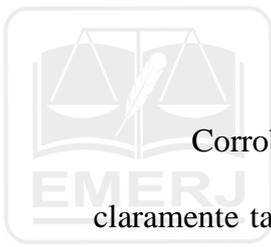
A sociedade brasileira, ao longo de sua formação, foi constituída por várias culturas, sendo esse um dos pilares para o nascimento de modernas formas e tipos de famílias. É primordial retirar desse multiculturalismo as perspectivas para esclarecer a necessidade de o Estado Brasileiro fornecer, para essas novas formas de configuração familiar, uma proteção fundamental.

É excêntrica, atualmente, a defesa do modelo de família histórico-cultural, nos quais os matrimônios eram determinados pelo pai, no antigo pátrio poder, onde tinha papel fundamental como provedor da família e suas opiniões subjugavam qualquer outro desejo como uma verdadeira ditadura familiar paterna, que são, na realidade, feições provenientes de um histórico de tradicionalismo que até nos dias de hoje perdura na cultura mundial.

Apesar desse direito ser em grande proporção subjetivo, é uma garantia protegida constitucionalmente, não tendo a legislação infraconstitucional competência para delimitar essa proteção. Portanto, não pode a legislação nacional querer retornar ao “*status quo ante*” pré-constituição cidadã de 1988.

Nessa linha de pensamento, o doutrinador Lenio Streck⁹ coloca que nenhum texto proveniente do constituinte originário, pode sofrer retrocesso ou lhe dar alcance jurídico social inferior ao que tinha originalmente, pois proporcionaria um retrocesso ao Estado Pré-Constituinte.

⁹ STRECK, apud DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.66.



Corroborando com os ensinamentos de Lenio Streck, o professor Canotilho¹⁰ explica claramente tal vedação ao afirmar: “Neste Sentido se fala também de cláusulas de proibição de evolução reacionária ou de retrocesso social, o legislador não pode eliminá-las posteriormente sem alternativas ou compensações.”

Assim sendo, é imperioso o avanço do direito de família na aceitação dessa nova configuração familiar, sendo o retrocesso algo impraticável. O constituinte originário ao positivizar o conceito de família no caput do artigo 226 da Carta Magna nacional já deixou abertas alternativas para que o Estado protegesse novas formas de família, em detrimento da tradicionalmente reconhecida, resguardando o que era de fato praticado, mas desamparado juridicamente, como as uniões estáveis, inclusive atualmente as homoafetivas.

Esse princípio traduz a proibição do retrocesso social em relação aos direitos fundamentais, em proeminência aos direitos sociais, imputando-lhes estabilidade. O progresso realizado pela Constituição Cidadã de 1988 não podem ser extinto.

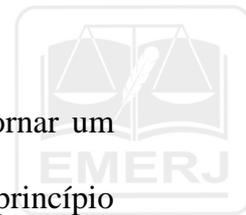
Desse modo, é vedado ao Estado alterar direitos, quer que seja por mera liberalidade, ou como escusa para sua efetivação.

2.2.3 Princípio da Afetividade

O princípio da afetividade deve ser visto, conjuntamente com o princípio da proteção integral, como os dois pilares jurídicos dogmáticos capazes de justificar a multiparentalidade e conseqüentemente a possibilidade do registro civil dessa nova configuração familiar que passa a surgir a cada dia mais em nossa sociedade.

A determinação e o protagonismo do fator biológico e consanguíneo, principalmente após a evolução científica ter tornado possível o exame de DNA, impediram, em grande parte,

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 177.



que esse princípio almejasse ao patamar de coercitividade jurídica hábil para se tornar um postulado jurídica, embora sociedades clássicas já perfilhassem a afetividade como princípio norteador essencial para o desenvolvimento familiar. Nada obstante a isso, a evolução doutrinária e jurisprudencial passou a refrear esses e outros fatores para alavancar a afetividade ao seu atual lugar de destaque.

A força da afetividade sobre todos os outros quaisquer vínculos, nasceu da própria relação social, pois se entendeu que a afetividade está intrínseca ao sentimentalismo humano, não podendo ser afastada do sentimento familiar, podendo constituir-se nessa relação pela própria convivência e constituição da família. Isto impôs ao Estado o devido reconhecimento normativo e legitimação da multiparentalidade, cabendo ao mesmo aviar meios legais de resolver e implementar seus efeitos através dos caminhos principiológicos existentes na Carta Maior, inseridos pelo constituinte.

Embora o princípio do afeto não esteja literalmente positivado no Contrato Social Brasileiro, uma vez que não há a palavra “afeto” escrito em sua redação, tal é acolhido como um princípio implícito que transpassa toda nossa ordem jurídica. Ademais, a própria Constituição Federal abre espaço para essa interpretação ao positivar uma norma em branco em seu artigo 5º § 2º que amplia os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, como abaixo transcrito: “§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”¹¹

¹¹ BRASIL, *Constituição Federal* de 05 de outubro de 1988. Artigo 227. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm . Acessado em: 05 abr. 2015.



Assim, segundo Maria Berenice Dias¹², apesar da Carta Magna não possuir na sua escrita originária e nem na derivada o termo afeto, esse princípio estaria protegido conforme suas palavras:

[...] ao serem reconhecidas como entidade familiar merecedora da tutela jurídica as uniões estáveis, que se constituem sem o selo do casamento, tal significa que o afeto, que une e enlaça as duas pessoas adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. Houve a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual.

Nesta mesma linha de pensamento, o professor Flavio Tartuce¹³ explica: “o afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo afeto não constando a expressão do Texto Maior como sendo um direito fundamental, pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade humana e da solidariedade”.

O afeto é o elemento aglutinador da família. Se há alguma mudança no amor entre os entes familiares pode também ocasionar na própria alteração da estrutura familiar como um todo. Os vínculos de companheirismo e fidelidade são os alicerces das relações conjugais sendo, estas, quebradas em razão do afeto verdadeiro entre os indivíduos.

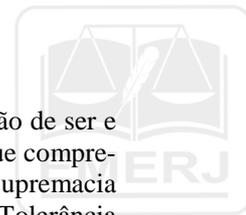
Diante disso, posiciona-se o Professor Fachin¹⁴ defendendo que família tradicional se transformou de uma união de principalmente baseada em interesses patrimoniais e jurídicos para uma relação familiar onde o afeto é a base elementar.

Na transformação da família e de seu Direito, o transcurso apanha uma ‘comunidade de sangue’ e celebra, ao final deste século, a possibilidade de uma ‘comunidade de afeto’. Novos modos de definir o próprio Direito de Família. Direito esse não imune à família como refúgio afetivo, centro de intercâmbio pessoal e emanador da felicidade possível (...). Comunhão que valoriza o afeto, afeição que recoloca novo sangue para correr nas veias do

¹² DIAS, op.cit.. p.69.

¹³ TARTUCE, Flávio. Artigo *Novos Princípios do Direito de Família*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/8468/novos-principios-do-direito-de-familia-brasileiro/2>. Acessado em 05 Abr. 2015.

¹⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos à luz do novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.317-318.



renovado parentesco, informado pela substância de sua própria razão de ser e não apenas pelos vínculos formais ou consangüíneos. Tolerância que compreende o convívio de identidades, espectro cultural, sem supremacia desmedida, sem diferenças discriminatórias, sem anquilamentos. Tolerância que supõe possibilidade e limites. Um tripé que, feito desenho, pode-se mostrar apto a abrir portas e escancarar novas questões. Eis, então, o direito ao refúgio afetivo.

A motivação primordial da obrigação estatal é aceitar a afetividade como não apenas um vínculo que abarca os membros da família, mas sim de um importante postulado retirado da própria cultura humana, nascido do sentimento do homem em relação tanto do dever de dedicação, como também do amor e do companheirismo. Logo, os tribunais brasileiros devem aceitar que o afeto transcendeu a mera figura aglutinadora da família para se tornar um valor jurídico capaz de fundamentar as decisões judiciais.

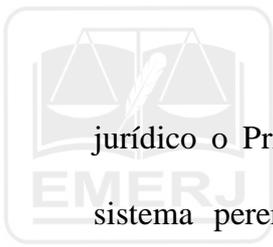
3. A MULTIPARENTALIDADE

O conceito da multiparentalidade é recentíssimo porque o paradigma defendido legalmente para o reconhecimento do estado de filiação era o biológico/sanguíneo. Tal entendimento era baseado na premissa de que os progenitores eram aqueles que possuíram uma relação sexual precedente resultando no estado de prenhez. Contudo, nas culturas ocidentais, principalmente a da família romano/germana que foi baseada no movimento de codificação, mais um parâmetro se agregou ao biológico, qual seja o casamento, uma vez que somente a prole advinda das “justas núpcias” era tida como autêntica e protegida juridicamente.

Essa linha de pensamento é capitaneada por Rodrigues Almeida¹⁵ que afirma: “Daí tinha-se que manter sempre certa este, em contrapartida, pater vero is est, quem nuptiae demonstrat, já que não se tinha como ter certeza da paternidade biológica”.

Todavia, essa linha de pensamento foi rompida no Brasil, como anteriormente já dito, com o advento da Constituição da República de 1988 que introduziu em nosso ordenamento

¹⁵ ALMEIDA, Renata Barbosa de. *Direito civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.85



jurídico o Princípio da Igualdade entre os filhos¹⁶, o casamento passou a não ser mais o sistema peremptório do estado de filiação, posto que foram reconhecidos a todos os descendentes os mesmos direitos dos considerados “legítimos”, independentemente da origem.

Vale ressaltar que com o progresso da ciência e da medicina foi inventado o exame de DNA, sendo esse competente para averiguar com quase grau de certeza a maternidade e paternidade biológicas. Além disso, a sociedade passou a conviver também com a reprodução assistida, que revolucionou todo o dogma do pensamento familiar porque passou a bater de frente ainda mais com conceito mais antigo de fixação da filiação, ou seja, de que a mãe biológica é aquela que gesta a criança dentro do seu ser, dado que com a “reprodução in vitro heteróloga” o sêmen e/ou o óvulo utilizado será de um terceiro.

Nessas circunstâncias é notório perceber que os conceitos tradicionais de família não conseguiriam mais dar uma resposta satisfatória para o caso, já que o fundamento para a determinação da filiação pode se alterar entre a presunção da paternidade (relativa ao matrimônio), a prevalência do vínculo genético (relativa ao exame de DNA), ou até, convergir para a paternidade socioafetividade, conceito moderno do direito de família que conduzirá consigo a possibilidade do reconhecimento da multiparentalidade, pois é mãe/pai aquele que assim exprime a vontade de sê-lo.

Sendo assim, conclui-se que a maternidade/paternidade pode ser fragmentada em três formas de reconhecimento, ou seja, na presumida, biológica e na afetiva. O dilema fundamental aparece, e esse artigo científico tenta respondê-lo, nos casos em que nesses conceitos de pai/mãe são localizados seres humanos diferentes, quer dizer, não há uma única pessoa reconhecida pela criança, pela família ou até pela própria sociedade, na determinação

¹⁶ BRASIL, *Constituição Federal* de 05 outubro de 1988. artigo 227 § 6º: Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm . Acessado em: 05 abr. 2015.

da figura paterna e materna possíveis. Logo, o Poder Judiciário vem recebendo cada vez mais demandas sobre a paternidade/maternidade procurando tentar apaziguar os conflitos sociais existentes nessa lacuna jurídica.

A doutrina moderna do Direito de Família tentando dirimir esse conflito cada vez mais freqüente se firmou no sentido de que existindo litígio na fixação do estado de filiação entre a paternidade/maternidade presumida, biológica e a socioafetiva, essa última tende a prevalecer. Nessa esteira do pensamento vem se posicionando a jurisprudência nacional. Porém, não se deve atribuir, em abstrato, graduação entre os meios de fixação da filiação, pois se deve sempre levar em consideração o princípio do melhor interesse da criança para responder o caso concreto.

Essa conjectura, acima exposta, mostra como as lides atuais vêm se formando no judiciário e que necessitam de uma resposta firme e justa do Estado. Nessa linha merece destaque o ensinamento de ZAMATTARO¹⁷ que assevera: “a multiparentalidade deve ser entendida como a possibilidade de uma pessoa possuir mais de um pai e/ou mais de uma mãe, simultaneamente, produzindo efeitos jurídicos em relação a todos eles, inclusive, ao que tange o eventual pedido de alimentos e até mesmo herança de ambos os pais”.

Embora ainda tímida essa corrente acima exposta, vem ganhando força em nossa jurisprudência e os tribunais brasileiros o reconhecimento dessas pluriparentalidades. Será analisado um caso e, após, sua aplicabilidade no direito registral.

4. DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DA JUSTIÇA DO ACRE

¹⁷ ZAMATTARO, Yves. *O reconhecimento da multiparentalidade no direito brasileiro*. São Paulo, 2013. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI185307,210480+reconhecimento+da+multiparentalidade+no+Direito+brasileiro>. Acesso em: 12 de Abril de 2015.



No dia 27 de junho de 2014, o Juiz de Direito Fernando Nóbrega, da 2ª Vara de Família da Comarca de Rio Branco, proferiu sentença no processo de nº 0711965-73.2013.8.01.0001 reconhecendo a multiparentalidade em demanda de Acordo de Reconhecimento de Paternidade com Anulação de Registro e Fixação de Alimentos em face de dois requeridos.

Na sentença homologatória do acordo entre as partes ficou evidenciado que a genitora da criança atualmente vive em outro relacionamento estável com o pai socioafetivo. Contudo, o pai biológico ao tomar conhecimento da situação entrou em contato com as partes e propôs um acordo para juntos entrarem em juízo para tentarem reconhecer a situação fática da menina, ou seja, a multiparentalidade.

Assim, os requerentes buscaram judicialmente o reconhecimento cumulativo da paternidade registral e do reconhecimento da paternidade biológica. O Juiz, ao se deparar com o caso, determinou a realização de um estudo social e de um exame de DNA que restou provado que a requerente mantinha vínculo afetivo estreito com o pai socioafetivo e que era biologicamente filha do outro requerente.

Dispõe assim o magistrado na sentença¹⁸:

Atualmente, há uma nova realidade das famílias recompostas, com multiplicidade de vínculos, formados, principalmente, pela questão afetiva. Se não houver vinculação entre a função parental e a ascendência genética, mas for concretizada a paternidade - atividade voltada à realização plena da criança e do adolescente - não se pode conceber negar a multiparentalidade.

Diante disso, em prestígio ao melhor interesse da criança, bem como a prova da existência de paternidade biológica e, também, da realidade da paternidade socioafetiva, o Juiz reconheceu a paternidade biológica, sem, todavia, romper o vínculo jurídico proveniente da paternidade socioafetiva homologando o acordo.

¹⁸ BRASIL, disponível em: <http://jcfilholaw.jusbrasil.com.br/noticias/130006981/decisao-inedita-2-vara-da-familia-garante-a-menor-direito-de-ter-dois-pais-na-certidao-de-nascimento> Acessado em 08 de Mai. de 2015



Nessa linha de entendimento o magistrado ainda traz em sua decisão os ensinamentos da ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a qual afirma que “por meio de uma gota de sangue, não se pode destruir vínculo de filiação, simplesmente dizendo a uma criança que ela não é mais nada para aquele que, um dia declarou perante a sociedade, em ato solene e de reconhecimento público, ser seu pai”.¹⁹

Evidenciada a situação real acima exposta, é necessário comprovar a possibilidade jurídica do registro da decisão em questão, levando em conta os princípios próprios da seara registral.

5. A AVERBAÇÃO DA SENTENÇA DE MULTIPARENTALIDADE

Sendo incontroverso o reconhecimento pela jurisprudência o instituto da multiparentalidade, é necessário considerar a exteriorização dessas decisões no sistema registral devido ao princípio da rigidez que permeia esse ordenamento.

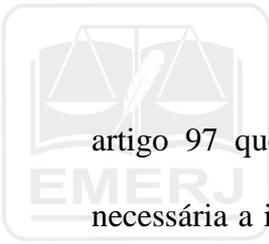
A certidão de nascimento é o primeiro documento da vida civil de qualquer cidadão, e no que tange ao seu estado de filiação, é registrado nas Serventias Extrajudiciais de Registro Civil das Pessoas Naturais.²⁰ Qualquer situação que, por algum meio, altere esse registro, deve se realizado pela averbação da situação por decisão judicial, ou dos casos que a lei expressamente preveja a alteração extrajudicial, o que não ocorre na presente situação.

A Lei de Registros públicos é clara ao positivizar em seu artigo 10, II²¹ que é obrigatória a averbação das decisões judiciais no assento de nascimento. Nessa linha, traz a Lei em seu

¹⁹ BRASIL, *decisão judicial processo 0711965-73.2013.8.01.0001*. Disponível em <http://www.rodrigodacunha.adv.br/multiparentalidade-tac-sentenca-0711965-73-2013-8-01-0001-homologacao-de-transacao-extrajudicial/> Acessado 18 de Maio de 2015.

²⁰ BRASIL, *Lei Federal 6.015* de 31 de dezembro de 1973. Artigo 50. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acessado em 19 de Abril de 2015.

²¹ BRASIL, *Lei Federal 6.015* de 31 de dezembro de 1973. Artigo 10, II: dos atos judiciais ou extrajudiciais que declarem ou reconhecerem a filiação;. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm . Acessado em: 05 abr. 2015.



artigo 97 que a decisão do juiz será averbada por oficial de cartório competente sendo necessária a intervenção do Ministério Público nesses casos devido os interesses de menores envolvidos: “Art. 97. A averbação será feita pelo oficial do cartório em que constar o assento à vista da carta de sentença, de mandado ou de petição acompanhada de certidão ou documento legal e autêntico, com audiência do Ministério Público.”

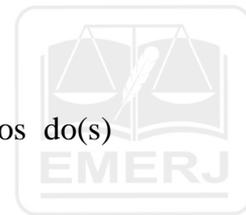
Pelo exame desses dispositivos é perceptível que a lei registral foi toda baseada no princípio da legalidade estrita e da formalidade e não poderia ser diferente uma vez que uma certidão emanada pelo Poder Público goza de presunção de veracidade e tem efeito erga omnes. Desse modo, conforme os ensinamentos de Regina Pedroso não só essa rigidez é importante para arquivar as informações, como também para dar segurança a toda sociedade dos dados contidos:

É importante durante este estudo ter sempre em mente que os registros embora tenham uma função de conservar e publicar os atos do seu arquivo são, sobretudo uma ferramenta de interesse no sentido de proteção e preservação de direitos através da qualificação, ou seja, o registrador antes de disponibilizar seu arquivo via publicidade, analisa a legalidade para fins de, conforme a Lei de Registros Públicos, conferir a autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.²²

Os requisitos de uma certidão de nascimento estão elencados no artigo 54 da Lei de Registros Públicos e não há em nenhum dos seus dez incisos e três parágrafos determinação sobre a existência de constar somente um pai e uma mãe, inclusive positivando o inciso sétimo que devem constar as informações dos pais, sem se atentar ao número e ao sexo dos genitores.

Assim, ao se interpretar esses requisitos a luz da Constituição Federal e aos princípios já explanados é possível que uma sentença ao legitimar a multiparentalidade possa ser registrada pelo Oficial do Cartório, responsável pelo registro de nascimento, por meio da

²² PEDROSO, Regina. *Princípios Dos Registros Públicos*. São Paulo, 2012. Disponível em <http://reginapedroso.blogspot.com.br/2012/03/principios-dos-registros-publicos.html>



apresentação de mandado de averbação, lançando à margem do assento os dados do(s) pai(s)/mãe(s), nos termos da decisão judicial.

Embora essa ocorrência possa parecer inovadora na visão da sociedade, na verdade não o é porque com o Reconhecimento das Uniões Estáveis de casais homoafetivos pelo Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência, na esteira dessa decisão, passou a autorizar a adoção pelas famílias homoafetivas determinando, portanto, na certidão de nascimento da criança o registro de dois pais ou de duas mães.

Outro ponto que corrobora com a possibilidade da averbação da multiparentalidade se deve a decisão do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, de fixação dos formatos de certidões de nascimento, casamento e óbito, para todo o País determinando, portanto, a padronização desses documentos. Essa decisão foi tomada em 2009, por meio dos Provimentos 02 e 03.²³

Vale ressaltar ainda que em relação ao estado de filiação, o CNJ nesses provimentos, tanto na certidão de nascimento, quanto nas demais, estabeleceu a padronização no sentido de estar delimitado na área reservada aos pais o termo filiação, ou seja, um gênero e não como espécie de somente um pai e uma mãe²⁴. Diante disso, se consolidou a forma ideal para a legitimação da multiparentalidade dentro da formalidade imposta nos registros das pessoas naturais.

CONCLUSÃO

Através de toda essa evolução sociocultural e jurídica, concebeu-se a viabilidade de se caracterizar a multiparentalidade, dando-se primazia aos princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Liberdade – em todas as suas formas- e principalmente do afeto, considerando a nossa sociedade cada vez mais complexa e plural.

²³ Provimentos 02 e 03 do Conselho Nacional de Justiça que regulamentou e padronizou o formato das expedições de todas as certidões de nascimento em território nacional.

²⁴ Reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo



O Direito não deve permanecer inerte diante desta existência social. Verdadeiramente, é possível a prática da socioafetividade por mais de um pai/mãe ao mesmo tempo ou por dois (as) pais/mães. Percebem-se, dessa forma, reflexos jurídicos benéficos para o filho, eis que ele terá em relação aos seus pais/mães todos os direitos de família, como os oriundos do poder familiar e alimentos; direitos sucessórios; direitos previdenciários; entre outros.

Vem sendo aceita, portanto, a dupla ascendência, na qual a criança reconhece tanto o pai biológico como o pai afetivo, principalmente perante as circunstâncias familiares em que o menor convive.

Nessa linha de pensamento, começa a existir uma convergência da doutrina e da jurisprudência em direção ao reconhecimento da multiparentalidade com a aceitação da filiação biológica e socioafetiva conjuntamente e de forma integrante, em razão de não haver graduação entre essas duas formas de parentesco. Portanto, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da afetividade e do melhor interesse da criança e do adolescente, compõem cláusulas imperativas no exame das relações multiparentais.

O não reconhecimento dessa situação fática poderia acarretar em graves e permanentes seqüelas na psique da criança, pois se estará privando ao menor todos os direitos inerentes a essa realidade já enraizada em sua mente. O direito deve servir para apaziguar os conflitos sociais e não criá-los.

Diante de todo o exposto, o reconhecimento jurídico da multiparentalidade e sua exteriorização por meio da averbação no registro civil é medida salutar e efetiva para dar concretude máxima tanto à dignidade da pessoa humana, pois a criança passará a ter um registro oficial com os dados reais de sua condição familiar, como também de todos os direitos referentes à pluralidade de pais/mães.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; Rodrigues Júnior, Walsir Edson. *Direito civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL, Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 Maio. 2015.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Provimento nº 2, de 27 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/provimentos-atos-corregedoria/12755-provimento-no-2-de-27-de-abril-de-2009>>. Acesso em: 18 Abr. 2015.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Provimento nº 3, de 17 de novembro de 2009b. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/provimentos-atos-corregedoria/12756-provimento-no-3-de-17-de-novembro-de-2009>>. Acesso em: 18 Abr. 2015.

_____. Lei Federal nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Artigo 50. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acessado em 19 de Abril de 2015.

_____. Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 Abr. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Rejeitado recurso contra decisão que afastou limite de idade em adoção por homossexuais. Notícia publicada em 13 de junho de 2012.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos à luz do novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2006.

DIAS, Maria Berenice Dias, *Manual de Direito das Famílias* – 5. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009

LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEDROSO, Regina. São Paulo, 2012. Disponível em <http://reginapedroso.blogspot.com.br/2012/03/principios-dos-registros-publicos.html>. Acessado em 08 de Abr. 2015.

PEREIRA, Rodrigo Cunha, apud DIAS. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed. São Paulo: 2009.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial: doutrina e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Manual das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.



_____. *Hermenêutica Jurídica em crise*. 2.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias: entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010.

TARTUCE, Flávio. Artigo Novos Princípios do Direito de Família. http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1036. Acessado em 10 de Abr. 2015.

VELOSO, Zeno. Homossexualidade e direito. Belém: Jornal *O Liberal*, 22/05/99.

ZAMATARO, Yves *O reconhecimento da multiparentalidade no direito brasileiro*. São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI185307,210480+reconhecimento+da+multiparentalidade+no+Direito+brasileiro>. Acesso em: 12 de Abril de 2015.



A SOBRECARGA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO COMO SINAL DE UMA DEMOCRACIA ILUSÓRIA

Luis Otávio Fontes Cunha

Graduado pela Faculdade de Ciências
Sociais Aplicadas Ibmecc. Advogado.

Resumo: Com o passar do tempo, as relações humanas se tornaram cada vez mais complexas, o que culminou com o surgimento do Estado. Esse Estado, inicialmente tido como absoluto, passou a ter que respeitar determinados limites trazidos pela Constituição. Todavia, não bastava respeitar os limites impostos, era preciso garantir determinados direitos elencados na Carta Política. No Brasil, o grande número de ações em controle concentrado de constitucionalidade demonstra que esses direitos não estão sendo garantidos. Como consequência, nota-se a existência de uma democracia meramente formal. A essência do trabalho é analisar a realidade brasileira e buscar solucionar esse problema através de ideias buscadas no direito comparado.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Constituição Federal. Democracia.

Sumário: Introdução. 1. O Estado e seu Dever de Respeitar a Constituição. 2. O Poder Judiciário e sua Legitimidade. 3. A Necessidade de Repensar a Democracia Brasileira. 4. A Concretização da Constituição no Direito Comparado. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa enfoca o reflexo da deficiência dos Poderes Executivo e Legislativo no Poder Judiciário. A inexistência de uma democracia real, entendida como aquela em que todos os Poderes do Estado buscam efetivar os objetivos e direitos trazidos pela CRFB de 1988, leva ao desequilíbrio do próprio Estado Democrático de Direito, o que pode ser percebido através do grande número de ações ligadas ao controle concentrado de constitucionalidade. Isso faz com que o Brasil enfrente, além de uma crise social, uma crise institucional.

O controle de constitucionalidade foi inserido no ordenamento jurídico pátrio pela Constituição Republicana de 1891. Em razão da influência do direito norte-americano,



adotou-se, inicialmente, o denominado controle difuso, em que a declaração de inconstitucionalidade é feita de modo incidental e prejudicial ao mérito.

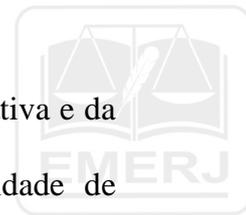
Posteriormente, o tema foi objeto de diversas alterações promovidas pelas Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967, bem como pela EC n.1/69. Com a CRFB de 1988, algumas novidades foram introduzidas, de forma que o controle de constitucionalidade, hoje, assume importante papel na manutenção do Estado Democrático de Direito.

Como efeito de um recente período ditatorial, o constituinte optou por dar tratamento constitucional a diversos temas, ainda que isso fosse desnecessário. O objetivo era, justamente, fortalecer a democracia. No entanto, a sobrecarga do controle de constitucionalidade brasileiro aponta para o oposto.

Os inúmeros casos de ações ligadas ao controle de constitucionalidade tornam clara a existência de uma democracia meramente formal, em que a CRFB de 1988 é frequentemente violada pelos Poderes Executivo e Legislativo. Desse modo, o Poder Judiciário se vê obrigado a atuar para garantir o equilíbrio do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, para que a análise da situação brasileira seja completa, alguns pontos devem ser enfrentados. O primeiro deles, que será tema do primeiro capítulo, envolve o estudo sobre a noção de Estado e a relação entre os três Poderes. Assim, será possível analisar se a sobrecarga do controle de constitucionalidade de um país reflete a incapacidade de os Poderes Executivo e Legislativo cumprirem seus deveres constitucionais.

Em seguida, o segundo capítulo terá como objetivo analisar a questão da legitimidade do Poder Judiciário para decidir sobre temas que envolvam a participação direta dos demais Poderes. Com isso, será possível verificar até que ponto o Poder Judiciário pode agir para que o Estado Democrático de Direito seja mantido e o princípio da separação de Poderes não seja violado.



Por fim, a partir da análise dos mecanismos de controle da atividade legislativa e da atividade executiva, o terceiro capítulo terá como objetivo defender a necessidade de reformular a democracia nacional, para que o Estado Democrático de Direito alcance seu equilíbrio e os direitos e objetivos traçados na Constituição Federal sejam garantidos em seu aspecto material, e não meramente formal. Em outras palavras, é de suma importância que o Brasil crie mecanismos diversos para que seja garantido o pleno exercício da democracia e para que a Constituição Federal seja, de fato, implementada e respeitada.

Portanto, a ineficácia dos Poderes Legislativo e Executivo é demonstrada por meio da sobrecarga que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro sofre. Assim, objetiva-se discutir os motivos pelos quais o Brasil apresenta uma democracia tão desequilibrada, fragilizada e desigual, apesar de possuir uma Constituição Federal que tem como principal característica, justamente, os seus valores democráticos. Para tanto, a pesquisa utilizará a metodologia do tipo descritiva bibliográfica e qualitativa, de modo a apresentar para o leitor as informações necessárias para a completa compreensão do tema.

1. O ESTADO E SEU DEVER DE RESPEITAR A CONSTITUIÇÃO

A noção de Estado tem sido objeto de estudo não só da Ciência Política, mas de diversas áreas do conhecimento humano, como a própria Filosofia. Como consequência, diferentes conceitos foram surgindo ao longo dos anos. A par disso, o Estado passou a ser entendido como fenômeno jurídico, razão pela qual é impossível dissociá-lo do Direito. Assim, a partir da superação da ideia de absolutismo estatal, criaram-se limites ao poder político.



Conforme salienta Dalmo de Abreu Dallari¹:

É importante lembrar que há vários séculos vem sendo desenvolvido, sistematicamente, um esforço no sentido de impor limitações jurídicas ao poder político. A afirmação da existência de direitos naturais, o constitucionalismo, a personificação do Estado, foram etapas vencidas com esse objetivo. A partir do século XIX, especialmente pela contribuição de publicistas alemães, ganhou impulso a teoria jurídica do Estado, transpondo-se para o âmbito público uma série de conceitos do direito privado. Desde então, vem-se aperfeiçoando gradativamente essa conceituação, já se tendo atingido um ponto em que não mais se considera regular qualquer ato do Estado à margem do Direito ou, menos ainda, contrário a este.

Hoje, por ser o Estado uma ordem jurídica e, portanto, disciplinado pelo Direito, exige-se dele não só o cumprimento dos deveres constitucionalmente estabelecidos, mas também o respeito aos limites impostos ao poder estatal, previstos na Constituição Federal. Dessa forma, além de garantir o bem comum do povo, o Estado deve zelar pela observância da Carta Política, inclusive dentro de seu próprio campo de atuação. Isso porque, nas palavras de Sahid Maluf², “o Estado não é um *fim* em si mesmo, mas um *meio* pelo qual o homem tende a realizar o seu fim próprio, o seu destino transcendental”.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a Constituição traz “a ideia de um princípio supremo que determina integralmente o ordenamento estatal e a essência da comunidade constituída por esse ordenamento”³. Assim, a violação ao Texto Magno não só deve ser evitada, como deve ser combatida.

Por tal razão, cabe à própria Constituição trazer mecanismos capazes de impedir que atos inconstitucionais venham a existir no ordenamento jurídico, bem como meios de garantir a anulação desses atos, caso venham a existir, sob pena de a Carta Política perder a

¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Futuro do Estado*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 48.

² MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 35.

³ KELSEN, Hans. La Garanzia Giurisdizionale dela Costituzione, In *La Giustizia Costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1981. p. 152 apud MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1001.



obrigatoriedade de sua observância⁴. Esses mecanismos podem ser agrupados dentro do que se convencionou chamar de controle de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade de um país expõe, de forma clara, a relação entre os Poderes. Isso porque, quanto ao órgão que o exerce, o controle de constitucionalidade, no Brasil, pode ser político ou jurisdicional. O primeiro é aquele realizado pelo veto oposto pelo Chefe do Poder Executivo, na forma do artigo 66, §1º, da CRFB/88, e o que é feito pelas Casas Legislativas, através de comissões, como a Comissão de Constituição e Justiça. O controle jurisdicional, por sua vez, é aquele realizado pelo Poder Judiciário, seja de forma incidental ao processo, seja como objeto principal da ação⁵.

Percebe-se, então, que não só o Poder Judiciário deve realizar o controle de constitucionalidade dos atos emanados do Poder Público. Os Poderes Executivo e Legislativo também têm o dever de fazê-lo. Assim, a atuação consciente e responsável dos três Poderes, além de conferir efetividade à Constituição Federal, garante o equilíbrio do Estado Democrático de Direito.

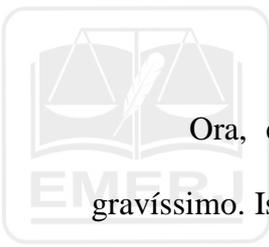
No entanto, não é o que se verifica no Brasil. Aqui, nota-se que o Poder Judiciário está sempre sobrecarregado de ações oriundas do controle de constitucionalidade, tanto em razão de inconstitucionalidade por ação, quanto por inconstitucionalidade decorrente de omissão legislativa.

A inconstitucionalidade por ação é aquela em que a atuação do legislador não se compatibiliza com os princípios e valores consagrados na Constituição⁶. A inconstitucionalidade por omissão, por sua vez, é aquela em que o legislador descumpra seu dever constitucional de legislar, o que pode ocorrer através de omissão total ou parcial.

⁴Ibid.,p. 1005.

⁵MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013,p. 1007.

⁶Ibid., p. 1015-1016.



Ora, em um Estado Democrático de Direito, o vício da inconstitucionalidade é gravíssimo. Isso porque a inconstitucionalidade, em especial, a material, representa a violação dos ditames estabelecidos pela Lei Maior. Assim, ao ser reconhecido tal vício, reconhece-se, ao mesmo tempo, que o Estado falhou em seu dever de garantir a efetividade da Constituição.

Dessa forma, não é exagero afirmar que a sobrecarga do controle de constitucionalidade brasileiro deixa claro que o país vive uma democracia ilusória. O raciocínio é simples: se a Constituição elenca princípios e regras básicas do Estado Democrático de Direito, o grande número de ações oriundas do controle concentrado de constitucionalidade (feito pelo Supremo Tribunal Federal) significa que não só a Constituição da República está sendo violada, mas o próprio Estado Democrático de Direito está sendo ignorado.

Apesar disso, parece que os Poderes Executivo e Legislativo não são sensíveis à realidade enfrentada pelo país. Pelo contrário, ao invés de buscarem maior aproximação e maior interação entre os Poderes, com o objetivo de concretizar os direitos fundamentais previstos na Constituição da República, o que se verifica, na prática, é uma verdadeira disputa de poder. Prova disso é que, não raro, as decisões emanadas do Poder Judiciário são frequentemente questionadas pelos demais Poderes, que buscam deslegitimar a atuação daquele.

Gilmar Ferreira Mendes, ao analisar a questão da inconstitucionalidade material, abordou a problemática existente em torno da atuação do Poder Judiciário em sede de controle de constitucionalidade. Segundo o referido autor:

Como se vê, a inconstitucionalidade por excesso de poder legislativo introduz delicada questão relativa aos limites funcionais da jurisdição constitucional. Não se trata, propriamente, de sindicarem os motivos internos da vontade do legislador (*motivi interior dela volizione legislativa*). Também não se cuida de investigar, exclusivamente, a finalidade da lei, invadindo seara reservada ao Poder Legislativo. Isso envolveria o próprio mérito do ato legislativo⁷.

⁷MENDES; BRANCO, op. cit., p. 1019.



Como se percebe, o tema é polêmico e requer um estudo mais aprofundado. Por tal razão, o capítulo seguinte cuidará do assunto de forma mais apropriada.

2. O PODER JUDICIÁRIO E SUA LEGITIMIDADE

Quando se analisa a sobrecarga do controle de constitucionalidade brasileiro sob o enfoque da deficiência dos demais Poderes do Estado, questionar a legitimidade do Poder Judiciário se torna inevitável. Isso porque, diferente do que ocorre no Legislativo e no Executivo, os membros do Judiciário não são eleitos pelo povo. Seu ingresso é realizado, em regra, mediante concurso público⁸.

Conforme destaca Luís Roberto Barroso⁹, quando a atuação dos órgãos judiciais se limita a resolver conflitos entre particulares, a legitimidade das decisões emanadas do Judiciário não é questionada. Por outro lado, não se pode dizer o mesmo quando a decisão envolve a atuação do Estado, seja como administrador, seja como legislador, uma vez que os membros do Executivo e do Legislativo foram eleitos ou nomeados com o fim específico de administrar e legislar.

No caso do controle de constitucionalidade, o Poder Judiciário atua como intérprete final da Constituição Federal, de forma que o Supremo Tribunal Federal é o responsável por declarar a (in)compatibilidade entre leis e atos normativos e a Lei Maior. Apesar de quase sempre ignorada pela sociedade em geral, tal situação é muito emblemática: leis elaboradas por pessoas escolhidas pelo voto popular são controladas por um tribunal cujos membros, muitas vezes, sequer são conhecidos pela grande maioria da população.

⁸ Utilizou-se a expressão “em regra” pelo simples fato de o ingresso no Poder Judiciário poder ocorrer por meio do quinto constitucional ou, no caso dos Tribunais Superiores, por indicação do Presidente da República.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 421.



Assim, duvidar da legitimidade desse controle não é algo impensável. No entanto, em uma sociedade que se diga democrática, determinados temas não podem ser definidos de maneira unicamente política, através da simples aplicação da ideia de vontade majoritária. Por tal motivo, segundo Ronald Dworkin, a corte constitucional é um verdadeiro fórum de princípios.

Nas palavras do referido autor¹⁰:

A fiscalização judicial assegura que as questões mais fundamentais de moralidade política serão apresentadas e debatidas como questões de princípios, e não apenas de poder político. Essa é uma transformação que não poderá jamais ser integralmente bem-sucedida apenas no âmbito do Legislativo.

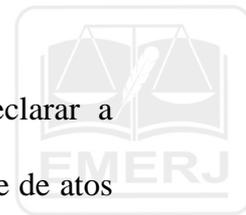
A partir dessa ideia, portanto, é possível afirmar a existência de duas dimensões de democracia: a política e a constitucional¹¹. A democracia política pode ser traduzida como sendo a vontade do povo, entendida como a vontade da maioria. Já a segunda dimensão de democracia, a chamada democracia constitucional ou de Direito, não indica a vontade da maioria, mas estabelece o que não pode ser decidido pela simples aplicação da ideia de prevalência dos interesses majoritários. A consequência disso é que são criados limites ao poder estatal.

Dessa forma, o correto seria falar-se em constitucionalismo democrático, em que a soberania popular encontra limites na própria Constituição. Tais limites são impostos, principalmente, pelos direitos fundamentais, cuja proteção cabe ao Poder Judiciário, em especial, ao Supremo Tribunal Federal.

Por ser apolítico, o Judiciário não deve se importar com opiniões e vontades majoritárias, e sim com o respeito aos princípios e normas constitucionais. Daí surge a ideia de Poder contramajoritário, que, “em nome da Constituição, da proteção das regras do jogo

¹⁰DWORKIN, apud BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 423.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *A pena em uma sociedade democrática - Discursos Sediciosos: crime, Direito e sociedade* – ano 7, número 12, 2º semestre de 2002. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 31/32.



democrático e dos direitos fundamentais, cabe a ela (Corte) a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis (*i.e.*, de decisões majoritárias tomadas pelo Congresso) e de atos do Poder Executivo (cujo chefe foi eleito pela maioria absoluta dos cidadãos)”¹².

Ora, se a Constituição se caracteriza por ser a expressão máxima da soberania popular, o Judiciário, ao exercer sua competência constitucionalmente estabelecida, respeita sua missão institucional. Portanto, atua dentro da legitimidade que lhe foi conferida.

Como bem ensina Luís Roberto Barroso¹³:

A Constituição é o primeiro e principal elemento na interface entre política e direito. Cabe a ela transformar o poder constituinte originário – energia política em estado quase puro, emanada da soberania popular – em poder constituído, que são as instituições do Estado, sujeitas à legalidade jurídica, à *rule of law*. É a Constituição que institui os Poderes do Estado, distribuindo-lhes competências diversas.

Uma leitura apressada acerca das competências de cada Poder, porém, poderia levar à conclusão de que somente o Judiciário tem competência para interpretar a Constituição. Todavia, Erwin Chemerinsky¹⁴ afirma que “todos os órgãos oficiais e instituições estão igualmente comprometidos”. Assim, o Poder Legislativo deve verificar a constitucionalidade das leis editadas por ele; o Executivo deve exercer tal controle por meio do exercício do veto; e o Judiciário deve fazer uso do controle de constitucionalidade para afastar as normas incompatíveis com a Constituição.

Conclui-se, portanto, que o Poder Judiciário e as decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade têm legitimidade, ou seja, representam a vontade soberana. Não aquela circunstancial, existente em um determinado momento, e sim a vontade manifestada no momento da elaboração da Constituição.

¹² BARROSO, op. cit. p. 446-447.

¹³ Ibid., p. 419-420.

¹⁴ CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional law: principles and policies*. New York: Aspenpublishers, 2006. p. 28-33. apud SENGÈS, Gustavo. *O Fenômeno da Correção Legislativa de Decisão Judicial*. 2010. 120 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.



Em que pese haver o dever geral de respeito ao disposto na Constituição, uma vez violada a Lei Maior pelos Poderes Executivo e Legislativo, caberá ao Judiciário atuar para fazer prevalecer a vontade do constituinte. No entanto, no Brasil, tal medida não vem sendo suficiente. Isso porque o que se percebe, com frequência, é que o Poder Judiciário está isolado no combate aos atos inconstitucionais e na defesa da ordem constitucional.

A referida circunstância tem levado o país a enfrentar uma grave crise social, em que podem ser percebidos imensos abismos entre o que a Constituição da República dispõe e o que é efetivamente garantido. Assim, caso se deseje realmente alterar esse quadro, é preciso adotar novas medidas, em que se garanta a interação entre todos os Poderes. Deve-se romper com a ideia de disputa de forças entre os Poderes do Estado, pois tal disputa só garante a perpetuação de uma realidade desvinculada da pretensão do ordenamento jurídico. Todavia, como se trata de um tema que exige análise no direito comparado, as medidas que podem ser adotadas serão objeto de análise no capítulo subsequente.

3. A NECESSIDADE DE REPENSAR A DEMOCRACIA BRASILEIRA

Conforme analisado nos capítulos anteriores, hoje, o Poder Judiciário se vê obrigado a atuar para garantir o equilíbrio do Estado Democrático de Direito. Essa necessidade se encontra inserida em um contexto de alto custo de manutenção de cada um dos Poderes.

A título de exemplo, um estudo divulgado pela organização Transparência Brasil demonstrou que o custo para manter o Poder Legislativo brasileiro está entre os mais altos do mundo¹⁵. Em 2007, o orçamento do Congresso Nacional foi de R\$ 6.068.072.181,00 (seis bilhões, sessenta e oito milhões, setenta e dois mil, cento e oitenta e um reais).

¹⁵ TRANSPARÊNCIA BRASIL. *Congresso Brasileiro é o que mais pesa no bolso da população na comparação com os Parlamentos de onze países*. Disponível em: <<http://www.transparencia.org.br/docs/parlamentos.pdf>>. Acesso em: março de 2015.

Cada Deputado Federal custou aos cofres públicos R\$ 6.600.000,00 (seis milhões e seiscentos mil reais), por ano. Cada Senador, por sua vez, custou R\$ 33.100.000,00 (trinta e três milhões e cem mil reais), por ano. Assim, em 2007, cada parlamentar custou R\$ 10.215.609,73 (dez milhões, duzentos e quinze mil, seiscentos e nove reais e setenta e três centavos).

Quando comparados com valores de outros países, esses os números ficam ainda mais impressionantes. A título de exemplo, na Itália, cada parlamentar custa R\$ 3.985.932,07 (três milhões, novecentos e oitenta e cinco mil, novecentos e trinta e dois reais e sete centavos), por ano. Na Alemanha, o custo anual de cada parlamentar é de R\$ 3.427.515,02 (três milhões, quatrocentos e vinte e sete mil, quinhentos e quinze reais e dois centavos). Na Argentina, o valor é de R\$ 1.299.911,85 (um milhão, duzentos e noventa e nove mil, novecentos e onze reais e oitenta e cinco centavos). Por fim, na Espanha, o custo de cada parlamentar é de R\$ 850.268,42 (oitocentos e cinquenta mil, duzentos e sessenta e oito reais e quarenta e dois centavos).

Diante desses números, é impossível não questionar a ineficiência do Poder Legislativo brasileiro. Ora, não é difícil imaginar que o custo de manutenção do Congresso Nacional está diretamente ligado à estrutura que os parlamentares têm à sua disposição. No entanto, essa estrutura e os recursos disponíveis não têm garantido o cumprimento de deveres constitucionais e o respeito aos direitos fundamentais, afirmação que também pode ser feita em relação ao Poder Executivo.

É fundamental, portanto, alterar a forma como se enxerga o poder. Não é admissível que um país que está entre as dez maiores economias do mundo continue vivendo essa falsa democracia. Quem sofre o reflexo da disputa insensata por poder, entre os Poderes da República, é a sociedade.



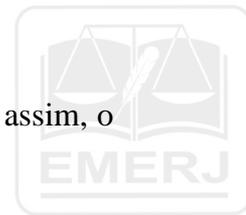
Hospitais públicos precários e sem capacidade de atender à demanda, educação pública de péssima qualidade, falta de saneamento básico para grande parte da população, serviços públicos debilitados e de alto custo para seus destinatários, agências reguladoras ineficientes, dentre outros problemas, representam o reflexo da atual democracia brasileira. Uma democracia incapaz de se pautar nos ditames constitucionais e de atender aos anseios sociais.

Há quem culpe os antepassados por todos os problemas enfrentados hoje. Afinal, o Brasil se desenvolveu a partir de um colonialismo baseado na escravidão e na exploração humana. Há, também, aqueles que, com base nos ensinamentos de Marx, culpam os detentores do capital; ou, ainda, aqueles que afirmam que a culpa é da massa trabalhadora, submersa em uma ignorância que só favorece aqueles que sempre dominaram. Por fim, há quem culpe a corrupção que assola o país.

De fato, tudo que foi dito realmente influencia na situação vivida pelo Brasil. Todavia, o que não se percebe é que, hoje, pouco importa a causa, deve-se buscar a solução. É claro que a solução passa por uma análise histórica, pois somente assim será possível entender a estrutura da sociedade. No entanto, deve-se ir muito além de apontar as causas e os beneficiados com toda essa situação.

É necessário que se lute para que a Constituição Federal seja concretizada e respeitada. Esse é um objetivo apartidário, sem classe social, religião ou qualquer outro mecanismo capaz de dividir uma sociedade. Ao atentar-se para o texto constitucional, a própria dignidade da pessoa humana estará sendo garantida em todas as suas dimensões.

Quando se fala em efetivação de direitos fundamentais, é preciso acabar com essa divisão entre “oposição” e “base aliada” e entre Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. Deve-se lembrar que o poder é uno e que todos os integrantes dos Poderes da



República devem se unir em prol da concretização da Constituição Federal. Somente assim, o Brasil poderá avançar como nação.

4. A CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NO DIREITO COMPARADO

Após a análise da realidade brasileira, é preciso reconhecer a necessidade de reformulação da democracia implementada atualmente no país. Conforme afirmado, hoje, há uma democracia ilusória, meramente formal, em que os Poderes da República não estão em sintonia com a sociedade e seus anseios. Dessa forma, o direito comparado é de grande valia, pois oferece o norte necessário para que se encontre o caminho capaz de garantir o respeito aos direitos fundamentais de forma plena.

Nesse ponto, a Alemanha é um excelente exemplo. Isso porque, após passar pela experiência do regime nazista, promulgou, em 1949, uma Constituição cuja principal característica é a presença de um amplo sistema de direitos fundamentais, pautado em valores como dignidade humana, liberdade e igualdade. Outro traço marcante da Constituição alemã é a preocupação com o controle judicial de constitucionalidade das leis, que é feito pelo Tribunal Constitucional. Essa preocupação com a efetividade do texto constitucional pauta não só a atuação do Poder Judiciário alemão, mas do próprio Parlamento. É o que destaca Carlos Alexandre de Azevedo Campos¹⁶:

Na Alemanha, os membros do Parlamento têm ajustado os projetos de lei à jurisprudência constitucional do Tribunal para evitar possível e futura declaração de inconstitucionalidade. Esta perspectiva tem levado os políticos alemães a procurar saber de juristas e até de ex-membros do Tribunal Constitucional sobre detalhes das decisões judiciais – algo como saber sobre a “astrologia de Karlsruhe”. Stone Sweet diz ser a presença do Tribunal Constitucional tão sentida “nos corredores do poder” que os políticos preferem “negociar as diferenças [entre si] em vez de arriscar a derrota total” na Corte. Operando dessa forma, esse arranjo institucional promove, simultaneamente, o equilíbrio de forças entre os movimentos políticos que disputam

¹⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 101.



o poder na democracia pluralista alemã e a expansão do poder político e do prestígio institucional do Tribunal Constitucional.

Ao mencionar o exemplo da Alemanha, o que se pretende não é supervalorizar o Poder Judiciário, de modo a limitar a atuação dos demais Poderes à concordância ou não daquele. O objetivo de mostrar a realidade alemã é provar que é possível haver interação entre os Poderes, tendo em vista que o fim buscado por todos é o mesmo: a concretização dos direitos previstos na Constituição. Frise-se: o jogo democrático inerente aos Poderes Legislativo e Executivo deve permanecer intacto, sob pena de também se desequilibrar o Estado Democrático de Direito.

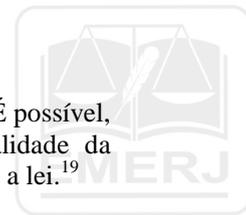
Na Costa Rica, um dos mecanismos criados para dar maior efetividade à Constituição é a possibilidade de dez ou mais deputados formularem uma consulta constitucional, para que a Corte Constitucional do país se manifeste sobre projetos de lei¹⁷. Com isso, partidos políticos de menor expressão ganham força na tarefa de concretizar os direitos fundamentais e passam a ter maior importância no processo legislativo do país, o que só fortalece a democracia costa-riquenha.

No Canadá, tem-se um interessante mecanismo de efetivação e preservação dos direitos fundamentais. A *section 1* da *Charter* canadense afirma que será legítima a restrição a direitos e liberdades, desde que tal restrição se mostre razoável. Assim, a razoabilidade da restrição é definida a partir do diálogo entre o legislador e a Suprema Corte¹⁸. Nesse caso:

Na hipótese de uma lei não satisfazer os parâmetros da *section 1*, a Corte declarará a lei inconstitucional e poderá dar início ao processo de diálogo. Segundo Hogg e Bushell, em declarar a inconstitucionalidade da lei com base nos parâmetros de razoabilidade, a Suprema Corte “explicará porque o *standard* da *section 1* não foi satisfeito” e, assim, indicará “a alternativa legal menos restritiva que teria satisfeito a *section 1*.” O legislador poderá então, utilizando a formulação da Corte, realizar uma “segunda tentativa”. Na prática, o diálogo pela *section 1* pode se realizar com: (1) a declaração de inconstitucionalidade pela Suprema Corte e a indicação das condições de restrição razoável que não foram justificadas; (2) a instituição de nova disciplina legal pelo legislador, visando, substancialmente, alcançar os mesmos propósitos da lei declarada inválida, mas levando em conta a análise pela Corte sobre os “meios

¹⁷CAMPOS, op. cit., p. 134-135.

¹⁸Ibid., p. 141-142.



menos restritivos” que satisfariam os parâmetros da *section 1* da *Charter*. É possível, ainda, um terceiro *round*, (3) com a Corte revisando a constitucionalidade da resposta legislativa, sendo deferente ao legislador ou recusando novamente a lei.¹⁹

Como se percebe, a interação entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo permite que ambos atuem em conjunto para concretizar os direitos e garantias previstos na *Charter*. Como consequência, o que se tem é o fortalecimento de cada um dos atores do processo democrático e da própria democracia canadense.

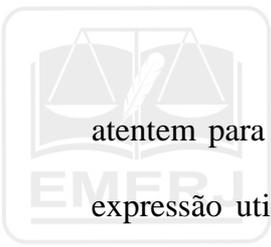
Portanto, ao analisar a realidade dos países supracitados, nota-se a existência de um esforço mútuo em respeitar a Constituição e em efetivar os direitos fundamentais. Todos esses mecanismos fortalecem cada vez mais a democracia desses países, sem retirar, porém, o poder inerente a cada ator dentro do processo democrático. Frise-se: o que se pretende não é conferir poderes ilimitados ao Judiciário, sob o argumento de que este deve zelar pelo respeito à Constituição. O que se quer é a aproximação entre os Poderes e a conscientização de cada um de seus integrantes de que o norte a ser seguido está presente na Constituição e no seu rol de direitos e garantias fundamentais.

CONCLUSÃO

Após analisar a realidade do Brasil, a conclusão não pode ser outra, a não ser a de que a democracia brasileira deve ser repensada. A sobrecarga do controle de constitucionalidade dos atos emanados do Poder Público representa apenas um dos reflexos da crise de representatividade vivida pelo país.

Ao lançar os olhos sobre os direitos fundamentais previstos na Constituição e aqueles que são, de fato, razoavelmente garantidos, percebe-se que ainda há muito a se fazer e muito a evoluir. Para tanto, é preciso que os Poderes da República se aproximem da sociedade e

¹⁹CAMPOS, op. cit., p. 142.



atentem para os anseios do povo. Está na hora de a democracia deixar de ser somente uma expressão utilizada em discursos políticos, mas ignorada no cotidiano da concretização de direitos.

O que se propõe não é a supervalorização do Poder Judiciário, pois isso, assim como a sobrecarga do controle de constitucionalidade, também causaria o desequilíbrio do Estado Democrático de Direito. A proposta é no sentido de que se enxergue o poder como ele realmente é: uno e indivisível. Dessa forma, a ideia de separação de Poderes serve apenas para que não se entregue todo o poder a somente uma ou algumas pessoas.

É preciso que os representantes dos Poderes Executivo e Legislativo conscientizem que a efetivação dos direitos fundamentais não pode ficar sujeita a interesses partidários e de determinados setores da sociedade. Esse é o esforço que vem sendo feito por diversos países do mundo, especialmente após a Segunda Guerra Mundial.

O discurso político baseado na disputa de poder; na troca de cargos ou favores; e na guerra de egos entre base aliada e oposição deve ceder espaço para um discurso de aproximação em favor do avanço do país, com o objetivo de garantir direitos fundamentais e sociais de forma razoável. No entanto, até o momento, o progresso brasileiro parece ficar em segundo plano.

Os atores do processo democrático parecem incapazes de perceber que cada ato inconstitucional emanado do Poder Público afasta a realidade daquilo que a Constituição prevê.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Futuro do Estado*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *A pena em uma sociedade democrática - Discursos Sediciosos: crime, Direito e sociedade – ano 7, número 12, 2º semestre de 2002*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional: teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SENGÈS, Gustavo. *O Fenômeno da Correção Legislativa de Decisão Judicial*. 2010. 120 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

TRANSPARÊNCIA BRASIL. *Congresso Brasileiro é o que mais pesa no bolso da população na comparação com os Parlamentos de onze países*. Disponível em: <<http://www.transparencia.org.br/docs/parlamentos.pdf>> Acesso em: março de 2015.



A APLICAÇÃO DE PRECEDENTES COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL, E AS FERRAMENTAS DE DELIMITAÇÃO DO *COMMOW LAW* (*OVERRULING E DISTINGHISHING*)

Luiz Filipe Pimentel

Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá e em Administração de Empresas pela Universidade Mackenzie Rio. Analista Judiciário Especialidade Execução de Mandados (Oficial de Justiça Avaliador).

Resumo: Atualmente, com a necessidade de prestar uma tutela jurisdicional de forma célere, aplica-se cada vez mais precedentes do STF, STJ, TRF's e TJ's, o que afasta de forma paulatina de práticas puramente legalistas as quais eram mais próximas do *sistema civil law*. Porém, observa-se que não há uma preocupação, em muitos casos, em se utilizar métodos para sua correta aplicação, já existentes no *commow law*, a fim de evitar aplicações errôneas, seja pelo intérprete, seja pelos próprios julgadores. O que se busca com esse trabalho é analisar as técnicas já existentes no sistema brasileiro, e as existentes no direito anglo saxônico a fim de realizar um diálogo extraíndo o que cada uma tem de melhor para uma prestação jurisdicional em prazo razoável, e justa.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Processual Civil. Precedentes. *Commow Law*. Princípio da Duração Razoável do Processo. Efetividade da Prestação Jurisdicional. *Overruling*. *Distighishing*.

Sumário: Introdução. 1. Histórico *Civil Law* e *Common Law* e Princípios Constitucionais correlatos. 2. A força dos precedentes no Direito Brasileiro. Um novo sistema jurídico ou um civil law temperado? 3. Os métodos do *Overruling* e *Distighishing* e a sua aplicação no direito brasileiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Tal tema trata da aplicação de precedentes no Direito Brasileiro como forma de efetivação da prestação jurisdicional, e as principais ferramentas de delimitação do *Commow Law* denominadas *Overruling e Distinguishing*.

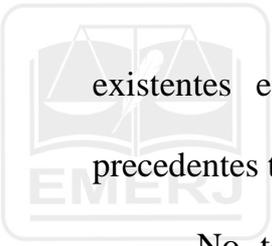


Atualmente com a necessidade de prestar uma tutela jurisdicional de forma célere aplica-se cada vez mais precedentes do STF, STJ, TRF's e TJ's, o que nos afasta cada vez mais de práticas legalistas que eram mais próximas do *sistema civil law*. Porém, não há uma preocupação, em muitos casos, em se utilizar métodos para sua correta aplicação, já existentes no *commow law*, a fim de evitar aplicações errôneas, seja pelo intérprete como pelos próprios julgadores. Muitas vezes aplicando o *obter dictum* no lugar da *ratio decidendi*. O que se busca com esse trabalho é analisar as técnicas já existentes em nosso sistema, e as existentes no direito anglo saxônico a fim de realizar um diálogo extraíndo o que cada uma tem de melhor para uma prestação jurisdicional em prazo razoável, e justa.

O trabalho tem como finalidade a análise da aplicação dos precedentes e efetividade da prestação jurisdicional brasileira, essa última não só na questão tormentosa relativa à celeridade, mas também no tocante à qualidade e segurança jurídica, dialogando com técnicas já existentes como a súmula vinculante, repercussão geral, súmula impeditiva de recursos e as já aplicadas no direito Anglo Saxônico por décadas.

Ao longo do artigo serão analisados se o Direito Brasileiro está caminhando para um processo de mudança do sistema civil law para o commow law e a importância para a segurança jurídica. E será observado se as ferramentas existentes são suficientes para a aplicação de precedentes de forma segura ou necessitamos aprender e internalizar sistemas já existentes no sistema Anglo-Saxônico, em especial o *Overruling* e *Distinguishing*.

Tal artigo, portanto, tem como objetivo geral analisar a necessidade de uma melhor prestação jurisdicional e extrair do ordenamento jurídicos os métodos e normas que visam a efetivá-la e analisar sua real eficácia, comparando com outros métodos

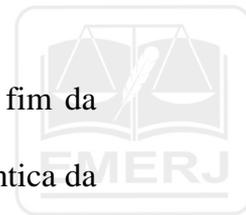


existentes em outros ordenamentos jurídicos, bem como a forma como alguns precedentes tem sido aplicados no Brasil.

No tocante aos objetivos específicos o trabalho se propõe a analisar a preocupação cada vez maior em aplicar precedentes judiciais, seja nos julgados, quanto nos trabalhos doutrinários, e como o ordenamento jurídico brasileiro tem evoluído, extraindo alguns métodos já existentes de aplicação de precedentes judiciais. Comprovar que tais métodos, por si só, não são suficientes para uma melhor efetividade da prestação, pois os julgados paradigmas são muitas vezes complexos envolvendo outras questões, não podendo tal aplicação ser rígida demais, nem muito flexível sob pena de macular a segurança jurídica, não estando os operadores do direito ainda preparados para tal mudança. Defender a necessidade de aplicação de novas técnicas largamente utilizadas em sistemas com tradição na aplicação de precedentes, e realizar uma comparação com alguns julgados em que a aplicação dos precedentes não foi correta e que poderiam ter sido evitados tais equívocos com o uso de tais métodos.

1. HISTÓRICO CIVIL LAW E COMMON LAW E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CORRELATOS

Inicialmente se faz necessário distinguir os dois tipos de ordenamento jurídico mais tradicionais, o *Civil Law* e o *Common Law*. O primeiro é de tradição romanística comumente utilizado nas nações latinas e germânicas, motivo pelo qual também é chamado de romano-germânico. Já o segundo é oriundo de tradição anglo-americana tendo como expoente a Inglaterra e os países do Reino Unido e Os Estados Unidos, e traduzindo para o português significa Direito Comum. A origem de tais sistemas é tão flagrante que o Estado da Lousiana possui raízes em seu Direito Civil no Código Napoleônico, motivo pelo qual nesse aspecto adota o *Civil Law*.



No que toca ao *Civil Law*, esse passou a ter maior importância com o fim da revolução francesa, na qual a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da nação¹.

A distinção mais importantes entre os dois sistemas são as fontes do Direito em que se baseiam.. A fonte mais importante do Sistema Romanista é a Lei, que é o trabalho realizado pelo parlamento, e as características mais marcantes da lei são a abstração e a generalidade. Por sua vez , No sistema anglo-saxão o Direito é construído com base nos usos costumes e pela jurisdição, sendo que esta última consolida os primeiros em decisões judiciais reiteradas.

Ocorre que em um mundo globalizado, cada vez mais são realizados contratos nos quais tais fontes se interligam, além da tecnologia tornar o acesso às informações algo quase que instantâneo. Logo, os dois sistemas possuem características que de alguma forma são interessantes , e não se pode dizer que o uso de somente um deles é o mais adequado. O *civil law* traz a rigidez da lei, a certeza legal daquilo que está escrito, porém, o *common law* apresenta a fidelidade dos usos e costumes e a realidade dos jurisdicionados.

A lei ainda é, em muitos casos, ligada aos costumes, já que esses são anteriores à produção legislativa, a originando, e são consolidados em um texto legal, dotado de imperatividade, generalidade e abstração. E de igual forma surgiu a jurisdição, oriunda da palavra *jurisdicere* dizer o direito, já que no Direito Romano cabia aos magistrados , mesmo antes da existência de leis escritas, dizer o que era de Direito naquela situação apresentada baseados nos usos e costumes. Ou seja, em ambos os casos há uma ligação umbilical com a mesma fonte do direito, tanto a jurisdição quanto a lei se originam da mesma fonte e a partir dela constituem o Direito.

¹ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27.ed .São Paulo: Saraiva, 2004, p. 142.



Outro aspecto importante, é a relação de tais sistemas com os princípios jurídicos, principalmente aqueles previstos na Constituição da República Federativa do Brasil. O primeiro deles é o do Devido Processo Legal, previsto no art. 5º, LIV, CRFB, e deve ser ressaltado que sua origem se deu no Direito Inglês, na chamada Magna Carta, na qual os barões somente fossem julgados pelos seus pares, e os súditos do reino seriam submetidos as leis do reino. Tal princípio evoluiu, deixando de possuir um aspecto exclusivamente processual, como também um aspecto material, no qual a sociedade deverá ser submetida a leis razoáveis, além de efetivamente ser garantido.²

Outros princípios são relacionados diretamente com o Devido Processo Legal, porém, merecem ser destacados para a sua melhor compreensão. A Constituição Federal no art. 5º, XXXV, CRFB prevê o princípio da inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário para reconhecer lesões e ameaças de lesões e dar efetividade à norma constitucional lesionada. Porém, não basta dar o Acesso de maneira meramente formal, mas também material. Nesse caso, no que toca ao aspecto material, não adianta existir uma jurisdição que não seja acessível, daí surge a necessidade de ser comentado a respeito do Acesso à Justiça e das ondas renovatórias de Mauro Capelletti.³

O autor italiano desenvolveu a ideia de 3 ondas renovatórias, nas quais inicialmente previu que se deve superar o primeiro obstáculo, que era o financeiro, hoje sendo aplicado não só na isenção de custas como também pela prestação de assistência judiciária gratuita pelas Defensorias Públicas. A segunda onda renovatória se pauta na representação dos interesses difusos, também denominados como interesses coletivos ou grupais por Mauro Cappelletti.⁴

Porém, é a terceira onda que é mais relevante para este trabalho. Ela é denominada do acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de

² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 24. ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 43.

³ CAPPELETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002 ,p.91.

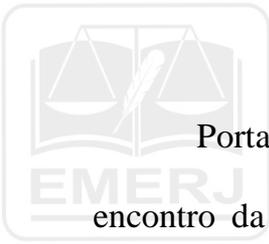
⁴ *ibid.* p. 49.

acesso a justiça. Um novo enfoque de acesso à justiça. Tal onda possui uma amplitude maior, pois é centrada no conjunto geral, focando-se nas instituições, procedimentos e pessoas a fim de processar ou até mesmo prevenir disputas inerentes a vida em sociedade.

Para tal, deve-se buscar de forma ampla uma grande variedade de reformas, que vão desde alteração da estrutura dos tribunais, com a adequação do número de membros para melhor atender ao número crescente de demandas que ali chegam, passando pelos demais profissionais do Direito, que muitas vezes pela má qualidade da prestação de seus serviços, incluindo os advogados das partes, prejudicam o bom andamento do processo, até chegar finalmente às mudanças no direito substantivo. Essas últimas devem ser criadas a fim de evitar a criação de litígios, e uma vez instaurados, facilitar a solução desses, ou seja, tal enfoque deve buscar inovações. Logo, abrangerá também formas de se aplicar a jurisdição o que nos remete a outros sistemas a fim de realizar uma comparação com o atual extraíndo o que há e melhor.

Por fim, outro princípio relevante é o da tempestividade da tutela jurisdicional, também chamado de razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, CRFB e originalmente no art. 8º, 1, Convenção Americana de Direitos Humanos, promulgada pelo Decreto nº 678/1992. Surgiu como uma resposta ao apelo uníssono da sociedade por uma prestação jurisdicional mais célere, porém, essa celeridade deve estar em consonância com a complexidade do processo, pois cada demanda possui suas peculiaridades, e a celeridade não pode ser confundida com pressa, a ponto de gerar uma decisão injusta, pois conforme comparação realizada pelo Professor Alexandre Freias Câmara, o processo se assemelha a um automóvel que se estiver excessivamente rápido gera insegurança.⁵

⁵ CÂMARA, op. cit., p. 68.



Portanto, observa-se que tais princípios relacionados à jurisdição vão ao encontro da necessidade de se aplicar novas técnicas, que venham trazer segurança jurídica e celeridade para que não sejam apenas uma letra morta em na Constituição Federal.

E nesse ponto se faz necessário comparar o sistema brasileiro com o Anglo-Saxônico, pois no anseio da busca desenfreada pela celeridade, poderá o julgador *atropelar* a segurança jurídica com o automóvel da jurisdição.

A aplicação de precedentes não é uma tarefa simples, porém necessária, pois o Brasil é um país com extensões continentais o que gera diversidades, mas boa parte de nossa produção legislativa mais relevante é nacional, sendo aplicada indistintamente. Porém, os precedentes não podem engessar o sistema nacional, uma vez que cada caso concreto possui peculiaridades que podem ensejar outra solução jurídica a caso semelhante, mas não igual. Nesse ponto, faz-se necessário analisar o que já é aplicado no Brasil, e como as técnicas do *Common Law* podem ser úteis à realidade brasileira.

2. A FORÇA DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO. UM NOVO SISTEMA JURÍDICO OU UM *CIVIL LAW* TEMPERADO?

É inegável que o ordenamento jurídico processual brasileiro passa por mudanças, de forma muito mais latente no processo de execução, como em grau recursal. Tais mudanças visam claramente reduzir o tempo em que a prestação jurisdicional efetivamente é entregue, utilizando ferramentas distintas. O presente trabalho limita-se aos precedentes e técnicas aplicadas a eles, onde o essencialmente são observados no grau recursal.



Diversas mudanças foram implementadas, entre elas pode-se citar a sentença de improcedência sem citação, julgamento de recursos especiais repetitivos, e a súmula vinculante. Porém, muitas delas não alteraram significativamente a efetividade da prestação jurisdicional. Bem como nenhuma delas possui características puras de um sistema de precedentes puro, tal qual no *commow law*.

Inicialmente, é importante diferenciar decisão judicial e precedente. O primeiro é o pronunciamento do juiz, ou com o conteúdo do art. 267 e 269, CPC. Já o precedente é a decisão judicial, porém, verificada à luz de um caso concreto capaz de persuadir decisões futuras sobre temas iguais ou semelhantes, e para tal é necessário um tempo para serem seguidos ou não.

Outra diferença importante é a existente entre precedente e jurisprudência, essa última é o conjunto de decisões judiciais em um mesmo sentido, e difere do precedente, pois tem dimensão individual.

A aplicação dos precedentes é digno de muitas críticas, sendo contrário a tal aplicação Lenio Streck⁶. Um dos argumentos é no sentido de que a cultura brasileira é contrária ao sistema de precedentes, e as pessoas confundem o conceito de jurisprudência. Outros argumentos contrários já foram feitos contra a súmula vinculante, e novamente o fazem aqui, tal qual o engessamento do direito, pois sendo este último uma ciência humana, em constante movimento, estaria impedido de evoluir. Relevante também o fato de que poderia tal aplicação macular a independência dos juízes, e de forma mais grave, a própria democracia, pois nesse último caso os juízes das altas cortes do país poderiam interpretar a lei de a constituição de qualquer forma.

Ocorre que tais efeitos são oriundos de um sistema organizado, recursal, ou via competência originária dos tribunais, e de uma forma ou de outra tais decisões serão

⁶ STRECK, Lenio Luiz. *O Fahrenheit Sumular do Brasil: O controle Panóptico da Justiça*. Disponível em: <https://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/o-fahrenheit-sumular-do-brasil-lenio.pdf>. Acesso em 14 de março de 2015.

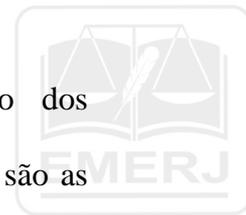


aplicadas, seja reformando as de graus inferiores, ou as mantendo. A força dos precedentes no Brasil já é uma realidade, conforme as técnicas já existentes que se aproximam de tal sistema, mas está longe de se tornar um sistema common law tal qual os países de tal cultura.

Os caminhos traçados pelos dois sistemas são diferentes, e aos poucos tomaram seus contornos e criaram alguns mitos. Conforme a lição de Luiz Guilherme Marinoni⁷, o sistema *Common Law* não se pauta no déficit de legislação, pois nos Estados Unidos não possui tal demanda, o que afastaria tal argumento. O que ocorre, conforme a lição do referido professor, é que o *civil law*, que possui raízes na revolução francesa, foi criado para ser rígido, limitando a interpretação dos magistrados. Porém aos poucos tal visão utópica foi mudando, e surgiu a necessidade de interpretar o Direito, como no caso das regras abertas, na força do constitucionalismo, o que afastou o *civil law* de sua noção original.

Porém, no que toca a precedentes, a história brasileira é diferente da dos países de tradição anglo-saxã. Isso se deve ao fato de que no Brasil na década de 60, foi introduzida a súmula de jurisprudência pelo trabalho do Ministro Victor Nunes Leal do STF. Ocorre que tais súmulas tinham como objetivo serem aplicadas em casos mais simples, possuindo um conteúdo genérico e abstrato e persuasivo, o que facilmente faz com que se afastem do caso que lhes deu origem, e o pior, podem ser aplicadas de forma equivocada. Já no sistema de precedentes, quem as cria são as instâncias inferiores, o que difere do sistema de súmulas vinculantes e do Recurso Especial Repetitivo, que seguem caminho inverso, começando nas instâncias superiores, de forma artificial. Logo, ainda são sistemas diferentes, porém, mais próximos quando se observa a questão relativa aos precedentes.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação Crítica entre As Jurisdições de Civil Law e Common Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes no Brasil. Curitiba. *Revista da Faculdade de Direito*, UFPR. n. 49. p. 54/55. 2009.



Não obstante as flagrantes diferenças, inclusive quanto à criação dos precedentes, percebe-se que em ambos sistemas eles já existiam, e o que muda são as formas de desenvolvimento e eficácia jurídica. Portanto, algumas técnicas são essenciais e podem ser aplicadas em ambos sistemas. São elas o *Overruling* e o *Distinguishing*, aplicadas independente da obrigatoriedade dos precedentes, pois estes podem ser aplicados erroneamente, ou não acompanharem a evolução do Direito, motivo pelo qual serão analisadas de forma mais detalhada a seguir.

3. OS MÉTODOS DO *OVERRULING* E *DISTINGUISHING* E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Muito embora tenham origem no sistema *Common Law*, existem distinções marcantes entre o *overruling* e o *distinguishing* tornando-os institutos distintos.

Overruling é a superação total do precedente por um tribunal, sendo semelhante a revogação de uma lei. O tribunal irá a partir desse momento deixar de aplicar uma regra de direito estabelecida por um precedente, e a partir daí a substituirá por outra, que possuirá outros fundamentos ou natureza⁸.

Apesar de tal técnica ser aplicada pelos tribunais, nada impede que o legislador o faça, e tal dinâmica pode ser observada quando um tribunal superior ou a Suprema corte ao interpretar um texto com base na Constituição, de forma reflexa faz com que o legislador acompanhe tal decisão, alterando ou simplesmente retirando o texto.

Muito embora o sistema brasileiro não preveja o *overruling* expressamente, há de forma semelhante no sistema jurídico atos praticados pelo parlamento visando a adequar o direito positivo às decisões do STF. Quando, o legislador cria outra lei

⁸ WOLKART, Eric Navarro. *Precedente Judicial no Processo Civil Brasileiro*. Salvador. Juspodium. 2013, p.189.



revogando aquela considerada inconstitucional, ou através de ato do Senado Federal, no qual conforme previsão expressa no art. 52, X, CRFB poderá suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, estará seguindo uma orientação de um Tribunal Superior. Logo, não deixará de estar praticando o *overruling* no que toca a sua essência.

Porém, tal instituto é essencialmente aplicado pelos Tribunais, e normalmente ocorre após uma mudança de composição. A corte é composta por indivíduos, mas suas opiniões pessoais nem sempre irão refletir a vontade daquele tribunal, uma vez que as decisões proferidas por ele são denominadas de *per curiam*, ou seja, pelo tribunal. Logo, para a alteração de um precedente se faz necessário o fator tempo, no qual se insere circunstâncias relativas às evoluções em questões políticas, econômicas, sociais e culturais, mas também pode se dar sem tais questões, com a simples alteração de forma de pensar, que em muitas casos somente ocorre com a mudança do julgador. Ora, isso também é observado de forma clara no Brasil, vide a composição do STF que foi modificada na última década a ponto de que provavelmente em 2016 possua somente um único ministro que não foi indicado pelo governo do PT, ou seja, em 14 anos a composição foi praticamente alterada em sua totalidade.

Outra questão relevante no sistema brasileiro é a superação das súmulas vinculantes. Essas são basicamente precedentes vinculantes, e por mais que em nome da segurança jurídica sua modificação ou cancelamento seja difícil, o STF poderá fazê-las. O procedimento de edição, revisão e cancelamento está previsto na Lei 11.417/2006⁹. Conforme previsto no art. 3º há um rol de legitimados para propor tais atos pelo STF, e nos termos do art. 2º §3º do referido diploma legal o quórum para a

⁹ Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=255151&tipoDocumento=LEI&tipoTexto=PUB>. Acesso em 11 de março de 2015.



edição, revisão, cancelamento será o mesmo, 2/3 dos membros do Supremo Tribunal Federal em sessão plenária. Portanto, observa-se mais uma vez um procedimento semelhante ao *overruling* positivado em nosso ordenamento jurídico.

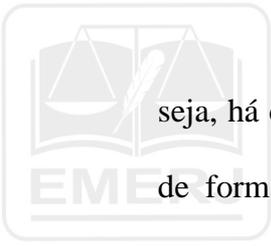
Dentro do instituto do *overruling* também há outro denominado *overriding*. Esse nada mais é que a superação parcial de um precedente, no qual o mantém com as devidas alterações pontuais.

Ainda no estudo do *overruling* há uma técnica de modulação de efeitos que recebe o nome de *prospective overruling*. Trata-se de uma modulação *ex-nunc*, não retroagindo seus efeitos por questões na maioria das vezes de segurança jurídica¹⁰. Para que um precedente seja superado com efeitos *ex-tunc* o Tribunal deve ser sensível a fim de respeitar decisões anteriormente tomadas. Logo, só irá retroagir sobre precedentes recentes, que não tiveram tempo de gerar a confiança e segurança perante a sociedade.

Outra técnica observada que tem estreita relação com a segurança jurídica é a de sinalização, *signaling*. Inicialmente é dada a publicidade de que o precedente foi modificado, mas não será aplicado agora, seria uma espécie de *vacatio* do *overruling*. Na Alemanha, há uma técnica semelhante denominada Decisão Aberta, na qual é comunicado que haverá mudança, chamando a sociedade para discutir.

Existem situações que a lei não contempla, daí a expressão o juiz é a boca da lei não é adequada na atual realidade, mas somente para o juiz positivista. Daí surge a necessidade da análise do segundo método a ser abordado nesse capítulo denominado *Distinguishing*. Tal mecanismo visa ao afastamento ou aplicação de precedentes pelo juiz pelo confronto entre o caso concreto e o precedente, . Inicialmente, deve ser salientado que o juiz do *common law* é analítico e em razão de tal característica poderá aplicar precedentes ou afastar casos assemelhados em razão de uma peculiaridade. Ou

¹⁰ ARAÚJO, Valter Shuenquener. *O princípio da proteção da confiança*. Uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 247.



seja, há casos que parecem ser idênticos, mas não são, e para evitar aplicar precedentes de forma equivocada surge a necessidade da aplicação do *distinguishing*. Portanto, deve-se primeiro confrontar os elementos caracterizadores entre as demandas, e após essa etapa deverá ser extraído o que realmente é a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*, os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica).¹¹ O primeiro, a razão de decidir, são os fatos fundamentais que basearam a decisão, é propriamente a tese jurídica principal aplicada ao caso que serviu de paradigma, já o segundo nada mais é que argumentos de reforço, porém secundários, que por si só não sustentam a decisão. Para tal deve ser observado o contexto fático entre o precedente paradigma e o caso a ser julgado.

Em muitas vezes tal técnica não é observada, fazendo com que precedentes sejam aplicados em sua parte relacionada ao *obiter dictum* ou em contextos totalmente díspares. Tal erro é muito comum no Brasil, até pelo fato de nossa cultura jurídica ser outra e não termos desenvolvido tal percepção.

Dentro do sistema de precedentes, observa-se que esses podem ser incluídos em 3 categorias, a dos precedentes vinculantes, obstativo da revisão de decisão e persuasivo. O primeiro, vinculantes, são observados nos institutos da súmula vinculante, decisões tomadas em controle concentrado e decisões tomadas pelo pleno do STF em processo individual, objetivação do processo. Já o segundo, obstativo da revisão de decisão, impede o recebimento de recursos quando a decisão for fundada em súmula do STF e STJ ou o reexame necessário em decisão tomada contra a Fazenda Pública fundada em decisão dos tribunais superiores. E a terceira categoria é o precedente persuasivo que poderá ou não ser seguido, tendo como exemplo o art. 285-A, CPC, no qual quando a matéria for unicamente de direito e no juízo já tiverem sido proferidas

¹¹ DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Juspodium, 2014, p.406.



decisões de total improcedência em casos idênticos, poderá o magistrado dispensar a citação e proferir sentença

Há uma subcategoria denominada de precedentes magnéticos, que são vinculantes e persuasivos até certo ponto, previstos no art. 543 B e C, CPC, no qual tais recursos são selecionados por repercussão geral, e caso seja julgado o mérito do recurso repetitivo o Tribunal deverá aplicar a decisão se for diferente da sua ou mantê-la. O magnético será também persuasivo pois como a decisão é contrária a decisão dos Tribunais Superiores, esse último poderá modificá-la de plano monocraticamente.

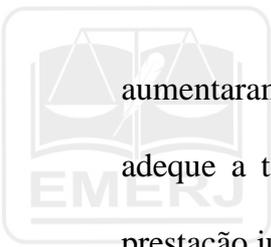
Em breve será observado um outro cenário pois o *distinguishing* será previsto expressamente no novo CPC, lei 13.105/2015¹² em capítulo denominado Precedente Judicial. O art. 520, caput, NCPC diz que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. E continuando, no §2º do referido disposto legal dispõe que será vedado ao tribunal editar enunciado de súmula que não se atenha às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. Ou seja, é a aplicação do *distinguishing* no campo dos enunciados de súmulas de jurisprudência.

Por outro lado, o novo CPC não se preocupou com a consolidação dos precedentes tal qual ocorre no *Common Law*. Ou seja, é inegável que aplicamos o sistema de precedentes, agora de forma expressa, mas adaptado ao nosso sistema jurídico.

CONCLUSÃO

Conforme mencionado, o acesso à justiça é uma realidade, que gerou o fenômeno da judicialização, em virtude do qual as pretensões deduzidas em juízo

¹² Novo Código de Processo Civil ainda está em período de *vacatio legis*. Disponível em : <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1246935&filename=REDACAO+FINAL+-+PL+8046/2010> Acesso em 27 de março de 2015.



aumentaram muito. É importante portanto criar mecanismos para que o judiciário se adeque a tal fenômeno, e mantenha a qualidade de seus julgados e a efetivação da prestação jurisdicional, sob pena da sentença se tornar um pedaço de papel.

Tal evolução é oriunda da necessidade de melhorar a efetividade da prestação jurisdicional, que em um plano maior envolve não só o a aplicação de precedentes para aumentar a segurança jurídica e a celeridade nos julgamentos e evitando recursos desnecessário. Evita a própria demanda que provavelmente será improcedente ou procedente, fomentando outras formas de composição dos conflitos, mais baratas e céleres.

Tais fenômenos demandaram uma alteração no sistema jurídico brasileiro, o que vem sido implementado aos poucos. Não obstante a distinção tradicional nesses dois sistemas tradicionais, observa-se que o fenômeno ocorrido no Brasil vai além, e não seria pretensioso dizer que atualmente há um sistema diverso do que tradicionalmente é visto denominado por alguns de *Brazilian Law*. Ou seja, muito embora o Brasil possua raízes romano-germânicas, com o decorrer da evolução de nosso ordenamento jurídico houve o rompimento de tal “ascendência genética” para criar um sistema peculiar. A tendência é tornar cada vez mais as decisões dos tribunais superiores vinculativas, o que demanda uma análise profunda, e uma revisitação dos institutos aqui tratados.

Não existe um melhor sistema, pois cada sociedade possui suas necessidades e os construiu a fim de saná-las. Muito embora algumas decisões possam parecer absurdas ao confrontá-las com a de outras sociedades diferentes, o senso de justiça é algo comum, e este vai ao encontro do que aquela comunidade construiu durante anos.

O tempo irá dizer se o caminho a ser trilhado está correto, mas sendo o direito uma ciência social, sempre haverá novas necessidades a serem supridas. Mas um



detalhe deve ser salientado, toda a evolução deve, ou deveria, ser trilhada com base na moralidade e no alcance do bem comum, já que a atividade jurisdicional é Estatal. Da mesma forma a do legislador que cria as normas, em especial o Congresso Nacional pois trata-se de Direito Processual. Logo, precedentes que vinculam não podem tornar as decisões injustas, pois conforme dito, seria um retrocesso e não uma evolução, gerando um custo desnecessário para elaborar normas que não vão ao encontro do senso de justiça nacional.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Valter Shuenquener. *O princípio da proteção da confiança. Uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em 11 mar. 2015

BRASIL. Decreto n. 678, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em: 19 ago. 2015.

BRASIL. Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111417.htm> Acesso em: 11 mar.2015

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 19 ago.2015.

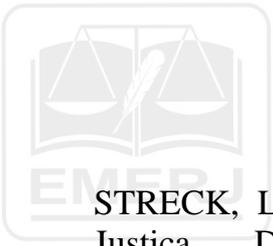
CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 24. ed. São Paulo: Atlas. 2013.

CAPPELETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Juspodium.. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação Crítica entre As Jurisdições de Civil Law e Common Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes no Brasil*. Curitiba: Revista da Faculdade de Direito, UFPR.. 2009.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27.ed .São Paulo: Saraiva. 2004.



STRECK, Lenio Luiz. *O Fahrenheit Sumular do Brasil: O controle Panóptico da Justiça.* Disponível em: <https://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/o-fahrenheit-sumular-do-brasil-lenio.pdf>. Acesso em 14 de março de 2015.

WOLKART, Eric Navarro. *Precedente Judicial no Processo Civil Brasileiro.* Salvador: Juspodium, 2013.

O ESTADO INEFICIENTE EM JUÍZO: A (IM)POSSIBILIDADE DE COMPOSIÇÃO DE LITÍGIOS SEM O ESGOTAMENTO INCONSCIENTE DAS VIAS JUDICIAIS COMO UM OBSTÁCULO À EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA

Marcelo de Oliveira Botelho

Graduado Pela Universidade Estácio de Sá. Pós-graduando pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

Resumo: O princípio da indisponibilidade do patrimônio público, bens e interesses, pronunciado e reproduzido como um mantra intangível, tem sustentado, ainda hoje, a velha ideia de que uma vez demandado, o Estado, em sentido amplo, deve esgotar as vias de defesa, impugnativas, de modo a tentar afastar a responsabilidade que decorre da inobservância do dever jurídico primário, cuja aplicabilidade decorre da própria constituição. Mesmo em casos em que essa possibilidade, a de se afastar a responsabilidade civil do ente estatal, diante da melhor doutrina e da jurisprudência dominante, somente se justificaria por erro, desistência do lesado ou outras questões que possam evitar o encerramento regular do processo, o princípio da indisponibilidade patrimonial ecoa por meio de ondas que contaminam rapidamente a ideias, desestimulando muitos diante das barreiras dogmáticas estabelecidas há muito tempo. Essas barreiras vão criando um ambiente de desprestígio dos Poderes da República, que não conseguem responder às legítimas expectativas da sociedade, de forma satisfatória. Em inúmeras vezes, a solução de demandas recorrentes no Judiciário, que envolvam o tema responsabilidade civil, já é conhecida e esperada por todos os envolvidos, que, infelizmente, delas não mais se ocupam como deveriam. Em outras palavras, essas demandas repetitivas viram números, coisificam o jurisdicionado, e valem mais quando engrossam as estatísticas dos Tribunais espelhados pela República. O mais atingido por essa situação, depois, é claro, do jurisdicionado, é o próprio Poder Judiciário, que se vê submerso nessas demandas cuja solução, frisa-se, todos já conhecem. Esse quadro de anormalidade precisa ser revertido e, para o início dessa reversão se faz necessária uma mudança de postura, de modo a satisfazer os princípios que devem nortear a Administração Pública, principalmente o da eficiência.

Palavras-chaves: Direito administrativo. Princípios da Administração Pública. Bens públicos. Patrimônio. Indisponibilidade patrimonial.

Sumário: Introdução. 1. Responsabilidade civil do Estado – Considerações relevantes. 2. Meio de reparação dos danos. Princípio da indisponibilidade patrimonial dos entes e entidades públicas. 3. Princípio da eficiência como equalizador da atividade da Administração Pública em Juízo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Este artigo científico tem como objetivo realizar uma ponderação constitucionalmente adequada entre os princípios da indisponibilidade patrimonial e o da eficiência no âmbito da Administração Pública em juízo, sobretudo enquanto ré em ações cujo tema em debate é a responsabilidade civil do Estado.



É sabido por todos aqueles que tomaram, ainda que breves, lições de direito administrativo, que o patrimônio público não pertence à Administração, nem ao administrador ou aos demais agentes do Estado, mas sim à coletividade.

É por essa razão que se repete como um mantra que a indisponibilidade de bens e interesse público vedaria, por exemplo, a composição amigável das lides, mesmo nas ações nas quais a imputação de responsabilidade ao Estado seria apenas uma questão de tempo, tempo processual.

Esse mantra tem autorizado o entendimento segundo o qual o Estado, em sentido amplo, por seus procuradores, estaria “obrigado” a interpor todos os recursos cabíveis de modo a se evitar o trânsito em julgado “premature” de ações cuja condenação, pelo senso jurídico comum, se apresenta como certa em razão das circunstâncias concretas, analisadas objetivamente.

Muitas vezes, ações de responsabilidade civil fundadas em uma relação jurídica base comum são levadas ao conhecimento do Judiciário por meio de petições iniciais padronizadas, que são contrariadas por contestações igualmente padronizadas e solucionadas por decisões-modelos, tão padronizadas que serviriam para, sem exagero, todas as demais ações da mesma espécie.

Em muitos casos, a única diferença que identifica essas demandas é o tempo de tramitação processual, que será diferente para cada uma delas, a depender do Juízo em que tramitam e dos valores indenizatório e reparatório envolvidos.

Por outro lado, essas demandas fomentam a prática de atos processuais notadamente contraproducentes, que se diferenciam de Juízo para Juízo, formando o que na prática forense se convencionou chamar de Código Processual do Juízo, gerando insegurança e ineficiência. Para se ter uma breve ideia dessa questão, alguns Juízos dispensam a audiência prevista no art. 277, do Código de Processo Civil, amparados da indisponibilidade do interesse público envolvido; ao passo que outros a mantêm, amparados na estrita legalidade.

A situação é, muitas vezes, desanimadora.

Porém, a aplicação criteriosa do princípio da eficiência, previsto no art. 37, caput da Constituição da República, por meio da ponderação de valores, pode auxiliar no alívio da dureza que encerra a interpretação dada ao princípio da indisponibilidade, causadora de verdadeiras antijuridicidades.

Essa possibilidade, que demanda o engajamento de todos, tem como finalidade a busca de soluções práticas conciliatórias das demandas repetitivas, cuja responsabilidade do Estado é a certeza que se tem, desde a distribuição do processo.

Porém, o presente trabalho não se apresenta como uma espécie de panaceia, mas pretende servir como trilha de modo a retirar do plano das ideias soluções amigáveis, legais e justas que possam prestigiar os princípios da eficiência e da razoável duração dos processos, ambos de extração constitucional.

Este trabalho utilizará a metodologia do tipo bibliográfica e análise jurisprudencial.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – CONSIDERAÇÕES RELEVANTES

A despeito de não ser o tema central deste trabalho, o instituto da responsabilidade civil do Estado deve ser inicialmente desenvolvido de modo a bem situar o objeto principal deste artigo científico, cuja intenção, como já se indicou, é compatibilizar o princípio da indisponibilidade patrimonial com o princípio da eficiência administrativa, de modo a permitir o desbravamento de caminhos que possam otimizar a atividade da Fazenda Pública em Juízo e, conseqüentemente, contribuir para o desafogo do Judiciário.

Assim, ainda que breves, considerações sobre a responsabilidade civil do Estado devem ser expostas, como se fará a seguir.



A responsabilidade civil do Estado, na modalidade objetiva, tem expressa previsão constitucional desde a Carta de 1946, na medida em que o art. 194 já dispunha que “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.”¹

No entanto, o instituto da responsabilidade civil do Estado não seguiu sempre os mesmos parâmetros. Iniciou-se com o conceito de irresponsabilidade, à vista do supremo poder que detinha o soberano, evoluiu para as espécies responsabilidade com culpa, culpa administrativa, risco administrativo e risco integral.

Atualmente está previsto no art. 37, § 6º da Constituição da República de 1988², que consagrou a modalidade de responsabilidade objetiva amparada na teoria do risco administrativo.

Embora a Constituição atual adote a responsabilidade objetiva do Estado sob a teoria do risco administrativo, deve-se ressaltar que a modalidade de culpa administrativa, prevista no art. 43 do atual Código Civil³ (que praticamente repete a letra do art. 15 do Código Civil revogado⁴), ainda é aplicável quando o caso tratar de responsabilidade por ato omissivo.

A teoria do risco administrativo, apesar de dispensar prova da culpa da Administração, permite seja demonstrada a culpa parcial ou exclusiva de terceiro (inclusive do próprio lesado) ou a ocorrência de fato imprevisível e irresistível (força maior ou caso fortuito) para que se exima, parcial ou integralmente, da obrigação de indenizar.

Embora a responsabilidade objetiva do Estado exima o administrado de provar a culpa do agente público, a condenação constitucionalmente está condicionada à prova do dano e do nexo

¹BRASIL. 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: 19/10/2014.

² Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).[...]

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

³BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 19/10/2014

⁴BRASIL. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm> Acesso em: 19/10/2014.

de causalidade entre a conduta deste agente público e o dano que vier a ser efetivamente comprovado.

Acerca dos fundamentos da teoria da responsabilidade objetiva pela teoria do risco administrativo, por elucidativo, transcreve-se parte dos ensinamentos do Professor José dos Santos Carvalho Filho⁵:

Foi com lastro em fundamentos de ordem política e jurídica que os Estado modernos passaram a adotar a teoria da responsabilidade objetiva no direito público. Esses fundamentos vieram à tona na medida em que se tornou plenamente perceptível que o estado tem maior poder e mais sensíveis prerrogativas do que o administrado. É realmente o sujeito jurídica, política e economicamente mais poderoso. O indivíduo, ao contrário, tem posição de subordinação, mesmo protegido por inúmeras normas do ordenamento jurídico. Sendo assim, não seria justo que, diante de prejuízos oriundos da atividade estatal, tivesse ele que se empenhar demasiadamente para conquistar o direito à reparação dos danos.

Há muito esse entendimento é praticado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça – STJ, como se vê da notícia de julgamento veiculada no Informativo semanal n. 318, de 23 a 27 de abril de 2007⁶.

A responsabilidade civil objetiva do Estado no caso julgado pelo STJ, foi imputada independentemente de o agente, causador do dano, estar no exercício da atividade estatal, pois bastou estar na posse do veículo público envolvido no acidente.

DANO MORAL. ACIDENTE. TRÂNSITO. MORTE. PAIS. MENOR. A ação indenizatória foi movida em benefício do menor, então com três anos, que viu ambos os pais falecerem em razão do acidente de trânsito causado por servidor militar à frente da condução de veículo pertencente ao Exército, em uso particular (mudança residencial) autorizado pela unidade em que servia. Houve a condenação da União a reparar os danos materiais, mediante o pagamento de pensão no patamar de sete salários-mínimos, fixados os danos morais em 2.000 salários-mínimos, afóra a determinação de o servidor, via denúncia da lide, pagar os prejuízos da União. Isso posto, faz-se necessário anotar que, em nosso sistema jurídico, a responsabilidade do Poder Público é objetiva ao adotar-se a teoria do risco administrativo e que a condição de agente público, quando contribui de modo determinante para a conduta lesiva, é causa para a responsabilização estatal, dispensado que os danos sejam apenas decorrentes do exercício da atividade funcional, quanto mais se não é classificado como terceiro o agente público que tem a posse do veículo. Responde a Administração pelos danos decorrentes do acidente, mesmo que tenha autorizado a posse do veículo a seu agente, sabedora que se utilizaria em uso particular.

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 546.

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=@cod=0318>> Acesso em 19/10/2014.



Quanto à indenização dos danos morais, ao se considerar a peculiar situação de uma criança em tenra idade perder a companhia dos pais, bem como os patamares fixados pela jurisprudência deste Superior Tribunal, melhor reduzi-la ao correspondente a 600 salários-mínimos⁷.

Hoje, amparadas no art. 37, § 6º, da atual Constituição, doutrina e jurisprudência, como regra geral, elegem requisitos que devem ser verificados no momento da imputação de responsabilidade civil ao Estado, a saber: (i) a pessoa (ente ou entidade) deve ser jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público; (ii) a pessoa jurídica deve prestar serviços públicos; (iii) deve haver comprovação do dano causado a terceiro; (iv) esse dano deve ter sido causado por agente público, nessa qualidade.

Em síntese, presentes esses requisitos, a responsabilidade deve ser imputada ao Estado pelo Judiciário, quando da análise de pretensões deduzidas em Juízo.

No entanto, indaga-se: poderia essa responsabilidade ser reconhecida pela própria Administração? Havendo prestação de serviço público falha, gerado o dano, em vez de contestar e levar às últimas instâncias a causa, poderia a Administração reconhecer a falha e propor, diante de parâmetros jurisprudenciais consagrados, um acordo para evitar o adiamento do decreto condenatório?

A supervalorização do princípio da indisponibilidade do interesse público, confundido quase sempre com o interesse da Administração e, não raras vezes, com os interesses do próprio administrador, em muitos casos obriga a intervenção Judiciário para dizer o que todos os envolvidos já sabem, ou seja, que o Estado, por seus agentes, deu causa ao dano suportado por terceiros e, por esse motivo, deve arcar com o dever jurídico sucessivo de indenizar, responsabilidade.

Porém, como se sabe, essas decisões somente ganham eficácia ao cabo de um moroso e custoso processo judicial. Enquanto isso, rios de dinheiro são gastos para que o Estado se defenda,

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Herman Benjamin. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=@cod=0318>> Acesso em 19/10/2014.

em verdade, prorogue a eficácia da decisão final, de pretensões cuja moralidade e o direito positivo não afastariam.

Em alguns casos, a responsabilidade estatal é indubitosa, ou seja, não há a menor dúvida de que a reponsabilidade civil será, ao final do processo, imputada ao Estado, pois desde o início da relação processual já é possível identificar presentes todos os requisitos para a imputação do dever jurídico sucessivo.

A rigor, os procuradores estatais apenas aguardam o desenrolar da peregrinação processual para dar início ao sistema de pagamento público, pela via do precatório ou da requisição de pequeno valor.

Essa morosidade provocada leva descrédito e insegurança ao terceiro que sofreu o dano, na medida em que terá a sua frente uma trágica escolha, a saber: suportar o prejuízo causado pelo Estado ou amargar a morosidade processual para, somente ao final de longos anos, receber, ou deixar em sucessão, a reparação pelos danos sofridos.

O dinamismo das relações sociais e a atual missão do Judiciário nacional não comportam mais essa incômoda situação. É preciso quebrar paradigmas com eficiência administrativa.

Ao tratar do princípio da eficiência em uma de suas obras, Uadi Lammêgo Bulos⁸ leciona que ele serve para minimizar o formalismo exagerado, com o objetivo de aparar os excessos, tudo em sintonia com os postulados da proporcionalidade e razoabilidade, norteando, assim, o caminho trilhado pelas funções públicas.

De outro lado, é imprescindível esclarecer que esse trabalho é completamente inaplicável às ações de responsabilidade civil, nas quais haja a mínima dúvida acerca da responsabilidade estatal.

⁸ BULOS, Uadi Lamego. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.1021.



Tem-se em mira apenas os casos nos quais a responsabilidade do Estado é, frisa-se, indubitosa, como ocorre, por exemplo, nos casos de erro médico apurado em sindicância ou inquérito policial, danos que decorram de atos administrativos manifestamente ilegais, atos ilícito praticados por agentes públicos, dentre outros.

Porém, quando a questão envolve pedido indenizatório por dano moral, ainda que se reconheça internamente a ocorrência da lesão e, conseqüentemente, do dano, a posição da Administração ainda é refratária à possibilidade de composição amigável da lide.

Assim, a pergunta a ser respondida é a seguinte: poderia o Estado, diante de um caso concreto cuja condenação, ao final do curso processual, será imputada, evitar o prolongamento da causa e encerrar o conflito por meio de acordo?

2. MEIO DE REPARAÇÃO DOS DANOS. PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE PATRIMONIAL DOS ENTES E ENTIDADES PÚBLICOS.

O procedimento de cumprimento das obrigações pecuniárias que resultam de condenações judiciais goza de especificidades típicas da Fazenda Pública.

Essas especificidades impedem que o advogado público oriente a Administração a agir de forma semelhante às disponíveis no campo privado, mesmo que, por exemplo, o cumprimento “antecipado” de uma obrigação traga benefícios ao erário, principalmente em razão do princípio da impessoalidade consagrado no ordenamento pátrio.

E assim o é em razão da tutela conferida aos bens públicos pela Constituição Federal, que estabeleceu um verdadeiro sistema de pagamento dos valores devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária, observada a ordem cronológica dos precatórios⁹.

Instrumentalizando o texto constitucional, o Código de Processo Civil – CPC estabeleceu nos artigos 730 e 731 o procedimento de requisição de pagamento através do precatório, cujo cumprimento se faz pela Fazenda Pública, provocada pelo Judiciário, por meio de ofício requisitório.

No entanto, antes que a decisão esteja apta a ser cumprida, tenha transitado em julgado, em razão da indisponibilidade do patrimônio público, o advogado público, que tem o dever funcional de defender o Estado em Juízo, e, por essa razão, está na linha de frente da demanda, mesmo visualizando uma hipótese na qual uma composição amigável da lide é mais satisfatória à Administração, se vê obrigado a esgotar as vias impugnativas antes de concordar com a expedição do ofício de requisição para pagamento.

Existem casos, recorrentes, nos quais a condenação da Fazenda Pública é apenas uma questão de tempo, como já dito. Já se sabe, inclusive, o valor da condenação que será imposta ao final do processo.

Mas a execução da obrigação contra a Fazenda Pública, diferenciada, impede que o procurador participe, ou proponha, uma composição amigável do conflito.

Após a formação da coisa julgada, depois de um penoso trâmite processual, a Fazenda Pública executada deverá ser citada para opôs embargos no prazo de 30 dias, e não em 10 dias.

⁹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 mai.2015. Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009). (Vide Emenda Constitucional nº 62, de 2009).



A partir de então, é preciso lembrar que na fase de execução podem ser estabelecidos novos debates de questões aritméticas e processuais que prolongarão, ainda mais, a satisfação do direito em debate.

Em suma, processos simples, cuja responsabilidade está bem definida antes mesmo do ajuizamento da demanda, engrossam os números assustadores das estatísticas dos Tribunais, gerando morosidade e ineficiência.

3. PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE PATRIMONIAL DOS ENTES E ENTIDADES PÚBLICOS.

Embora bens públicos não seja o tema principal deste trabalho, cumpre informar que, inobstante à divergência acerca de sua correta definição, neste trabalho se adotará a teoria subjetivista, segunda a qual bem público é aquele pertencente a uma pessoa jurídica de direito público, conforme dispõe o art. 98 do Código Civil¹⁰.

Nesse sentido, parte-se do princípio de que todos os bens públicos são indisponíveis, na medida em que a ideia é a de dominação estatal geral sobre todos os bens¹¹.

No entanto, os bens públicos podem ser classificados em bens indisponíveis, de que são exemplos os de uso comum do povo, como os mares e os rios; bens patrimoniais indisponíveis, como os bens de uso especial, ou seja, aqueles que estão sendo usados pelo Estado, como um imóvel ou um móvel que está servindo à uma repartição do Estado; e o bens patrimoniais disponíveis, como são os dominicais, cuja conceito é residual, ou seja, são todos aqueles que não se enquadram no conceito de bens de uso comum nem no conceito de bens de uso especial.

¹⁰BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 15 mai.2015

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p.426.

Ainda quanto aos bens dominicais, patrimoniais disponíveis, importa registrar que a disponibilidade não é livre, pois a alienação depende de lei, conforme dispõe o Código Civil¹².

No entanto, a proteção geral da indisponibilidade dos bens públicos tem sido usada como um mantra para afastar, por exemplo, a possibilidade de composição amigável de lides nas quais a condenação do ente público é uma questão de tempo processual.

Não é mais novidade o fato de que o Estado é o maior “cliente” do Poder Judiciário, e que processo judicial possui um custo elevado em razão do grande valor agregado com o destacamento de pessoal e bens para possibilitar o acompanhamento de uma quantidade de processos de jurisdição contenciosa que poderia ser melhor administrada.

Com base nesse ideal, por exemplo, O Governo do Estado do Rio de Janeiro autorizou o não ajuizamento de execução fiscal quando o valor for inferior a 2.123,03 UFIR-RJ, que, no ano da autorização (2007), correspondiam ao valor de R\$ 3.737,00¹³.

Seguindo essa linha, a Lei Ordinária n. 6.357/2012, também do Estado do Rio de Janeiro, vedou a inscrição em dívida ativa de débitos inferiores ao equivalente em reais a 450 (quatrocentos e Cinquenta) UFIR-RJ, bem como a distribuição de execução fiscal de débito relativo à ICMS ou obrigações acessórias e penalidade relativas a referido imposto, cujo valor seja inferior a 4.000 (quatro mil) UFIR-RJ

Medidas como essas pretendem contribuir para tentativa de contenção de despesas que, no Poder Judiciário, segundo o Conselho Nacional de Justiça – CNJ¹⁴, no Relatório Justiça em Números de 2014, foi de aproximadamente R\$ 61,6 bilhões, representando 1,3% do Produto Interno Bruto – PIB.

¹²BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 15 mai.2015. Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.

¹³ RIO DE JANEIRO. Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Promoção RTR 03/2015-RCG/PG-02

¹⁴BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em Números 2014. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/documentos_jn/estadual.swf. Acesso em: 19 mai. 2015.



Nesse relatório ficou demonstrado que a despesa da Justiça Estadual é a maior e representa mais da metade de todo o gasto do Poder Judiciário.

Assim, não parece que a indisponibilidade do bem público é observada quando o assunto é despesa com o funcionamento da “máquina” idealizada para resolver os conflitos sociais, motivo pelo qual se afirma que a indisponibilidade dos bens públicos não pode ser usada para inviabilizar a composição amigável de conflitos.

Diante de um número crescente de demanda e, conseqüentemente, de gastos para a composição de conflitos, o Estado necessita ser mais eficiente para evitar um colapso institucional.

Para tanto, já está na hora de lançar mão do postulado constitucional da eficiência de forma efetiva.

4. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA COMO EQUALIZADOR DA ATIVIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM JUÍZO.

Acrescentado ao texto constitucional pela EC 19/1998, o princípio da eficiência objetiva trazer para o campo público a denominada qualidade dos serviços prestados, já bem difundida no campo privado.

A ideia principal do princípio da eficiência é a de reduzir os desperdícios do dinheiro público por meio de uma atuação estatal mais produtiva e econômica.

Para o professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁵, a eficiência administrativa deve ser lida como a melhor realização possível da administração dos interesses da coletividade, de modo a se atingir a plena satisfação dos administrados, com custos reduzidos.

¹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 117.

Assim, consagrado constitucionalmente o dever do Estado de agir de forma eficiente, deve ele encontrar meios de minimizar os custos das atividades que desempenha, estabelecendo o ideal da consensualidade como regra, por meio da conciliação, da mediação e da arbitragem, tudo de modo a tentar, sempre, reduzir os custos, não só econômicos.

É por meio da consensualidade que o Estado poderá atribuir eficácia ao princípio da eficiência previsto na constituição, abrindo mão de fórmulas burocráticas, tradicionais e ultrapassadas de solução de conflitos, que idealizam apenas a postura imperativa e renagam novas possibilidades conexas com a eficiência.

Esse fechamento conceitual hermenêutico, que não observa a consensualidade como uma alternativa legítima, contribui para a manutenção e o aumento do já extenso número de lides que, a despeito de circunstâncias exclusivamente técnicas, se acumulam no Judiciário provocando uma sensação de ineficiência geral.

Para superar esse conservadorismo o Estado deve se valer do princípio da eficiência para flexibilizar, na medida do possível, os interesses em conflito para definir, diante de um pensamento macro, por meio de fórmulas transparentes e seguras, a proteção do melhor interesse público dentre os interesses possíveis.

Em outras palavras, o princípio da eficiência deve servir como o equalizador da administração pública em juízo, aparando os excessos formalistas que impedem o uso de técnicas de solução de conflitos universalmente conhecidas, como a conciliação, a mediação e a arbitragem.

Vale ressaltar que a eficiência administrativa não se confunde com eficiência econômica simplesmente, na medida em que a finalidade última do Estado não encerra um interesse lucrativo, pois, como se sabe, a atividade estatal se caracteriza por meio de valores de diversas ordens.



Por essa razão é que Marçal Justen Filho¹⁶ trata o tema como eficácia administrativa, que seria a atividade da Administração buscando realizar suas funções segundo o menor custo possível.

Não se desconhece que a efetivação do princípio da eficiência encerra um desafio da sociedade moderna, mas que deve ser superado em caráter de urgência, com o auxílio de todos os personagens, por meio de tarefas aparentemente simples, mas com potencialidade de gerar um resultado macro satisfatório.

O Estado deve se apresentar a serviço das pessoas. No entanto, um Estado ineficiente jamais conseguirá cumprir tal fim.

CONCLUSÃO.

Os envolvidos em conflitos de interesse possuem um papel preponderante na mudança de paradigma, de modo a minimizar o formalismo exagerado, amparado na indisponibilidade dos bens patrimoniais, com o objetivo de aparar os excessos, tudo em sintonia com os postulados da proporcionalidade e razoabilidade, norteando, assim, o caminho trilhado pelas funções públicas, guiado pela consensualidade.

Para atingir tal fim, o empenho deve partir de todos. Os atores processuais, sobretudo os intérpretes, devem superar a atribuição de interpretar a lei para interpretar o Direito, minimizando os efeitos sociais danosos que decorrem da proliferação de processos que aguardam soluções já conhecidas.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.207.

De certo que a consensualidade não substituirá a tradicional forma judiciária de composição dos conflitos pelo Estado, e, como dito linhas acima, existe uma margem de atuação do consenso que não pode malferir a legalidade.

No entanto, hoje, o Estado em juízo se apresenta ineficiente, burocrático e não funcional, razão pela qual se afirma que a introdução de ideais de consensualidade, por meio da conciliação, da mediação e da arbitragem, devem ser o ponto de partida para todo e qualquer conflito de interesse levado ao Judiciário.

O Estado precisa conciliar para não submergir no oceano da burocracia que impede a composição amigável de litígios.

Uma atuação antecipada da Administração no sentido de compor os conflitos que desaguam no judiciário é medida que se impõe, imperativamente, devendo o Estado, como um todo, atuar pro ativamente, liderando as tentativas de minimizar os conflitos sociais.

Assim, diante de demandas em que a condenação se apresenta apenas como uma questão de tempo, deve o Estado tomar a iniciativa e tentar, observando a legalidade e os demais postulados constitucionais, compor a lide mediante conciliação eficiente, de forma a, inclusive, diminuir o impacto financeiro de decisões indenizatórias sobre o erário.

A eficiência na solução de conflitos é um desafio a ser vencido, mas deve ser implementado já, pois o Estado não pode continuar figurando como mero expectador de lides que se desenvolvem por meio de questões técnicas que relegam o direito posto para lugares não conhecidos.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9. ed. Malheiros. São Paulo, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/>>

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm > Acesso em: 19/10/2014.

_____. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm> Acesso em: 19/10/2014.

BULOS, Uadi Lamego. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FRANÇA, Philip Gil. *O Controle da Administração Pública*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.



REGISTRO CIVIL DO NOME DE MÃE FICTÍCIA

Márcia Machado Corrêa Schulz e Silva
Graduada em Direito pela Universidade
Estácio de Sá. Advogada. Pós-
graduanda pela Escola da Magistratura
do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O objetivo primordial do trabalho é apresentar as principais vantagens e desvantagens da inclusão de nome de mãe fictícia em certidão de nascimento de crianças e adolescentes adotados por homem solteiro. O artigo busca demonstrar a importância jurídica e social do papel materno na vida das pessoas desde tempos remotos e as consequências nefastas ocasionadas pelo estranhamento social diante de novas configurações familiares em que se encontra ausente a figura materna.

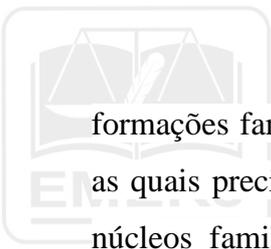
Palavras-chave: Família. Criança e Adolescente. Adoção Monoparental. Nome de Mãe Fictícia no Registro Civil do Adotado.

Sumário: Introdução. 1. Interpretação Teleológica da Adoção Monoparental. 2. Importância social e jurídica de possuir o nome da mãe no Registro Civil. 3. Vantagens e Desvantagens da inclusão de nome de mãe fictícia na Certidão de Nascimento do adotado. 4. Inclusão do nome de mãe fictícia objetivando atender ao melhor interesse do adotado por adoção monoparental. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A adoção monoparental de menores, apesar de regulamentada pela lei e aceita por doutrina e jurisprudência, encontra obstáculos sociais e jurídicos. A ausência do nome da mãe na Certidão de Nascimento do adotado gera preconceitos sociais e dificuldades jurídicas no cotidiano desses menores e de seus pais.

A família tradicional, composta por um casal e seus filhos, convive com novas



formações familiares. Essas trazem diferentes configurações e, por isso, outras necessidades, as quais precisam de soluções jurídicas que garantam a isonomia no tratamento de todos os núcleos familiares. Sendo assim, faz-se necessária a interpretação teleológica da adoção monoparental para a compreensão do objetivo do legislador ao permitir tal espécie de adoção no ordenamento jurídico, haja vista a criação de um novo grupo familiar, muito distinto daquele conceito clássico de família estampado em Constituições passadas.

O homem solteiro que adota sozinho um menor não possui uma mulher que possa figurar como mãe dessa criança ou adolescente. A Certidão de Nascimento e todos os demais documentos do adotado estampam apenas o nome do pai, o que gera estranheza na sociedade brasileira, haja vista a presença, ainda arraigada, da ideia de família como a união de um pai e uma mãe e seus filhos.

Nesse contexto, a importância do nome da mãe no Registro Civil de uma pessoa assume proporções inimagináveis em situações corriqueiras do cotidiano, tais como o preenchimento de fichas médicas e matrículas escolares. O adotado e seu pai se vêem na obrigação de explicar reiteradamente a ausência materna nos documentos do adotado, o que fomenta o preconceito social em relação àquele núcleo familiar.

Não obstante a inclusão de um nome feminino fictício no Registro Civil do adotado traga vantagens, ela não deixa de ser uma ficção jurídica. E como tal origina outros problemas, trazendo consequências psicológicas e jurídicas para a vida do menor adotado, tais como a ilusão de que essa mãe exista em algum lugar distante e possa ser encontrada a qualquer momento.

Entretanto, diante da colisão de interesses é necessária a ponderação de todos os elementos dessa nova situação fática a fim de que seja encontrada uma solução jurídica que melhor atenda aos interesses do menor. A finalidade da adoção é dar-lhe um lar com condições adequadas para que ele cresça e se desenvolva da melhor forma possível física, psíquica e emocionalmente.

Cada instituto jurídico deve cumprir sua função social e, por isso, a adoção monoparental não pode ser desestimulada em virtude da falta de amparo legal diante das consequências advindas dessa nova realidade social. É inadmissível que o preconceito social se transforme em mais um obstáculo para a adoção de menores, haja vista a expressiva quantidade de menores carentes de um pai que os proporcione amparo afetivo e material.

O presente trabalho almeja apresentar a inclusão do nome de mãe fictícia como a melhor medida atual para dar efetividade aos direitos constitucionais garantidos às crianças e

aos adolescentes, uma vez que os constantes constrangimentos suportados por esses menores e seus pais viola a dignidade deles, trazendo danos irreparáveis para suas vidas.

1. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DA ADOÇÃO MONOPARENTAL

O instituto jurídico da adoção surgiu na Antiguidade, pois acreditava-se que o culto doméstico, realizado pelos descendentes, garantiria paz e felicidade aos mortos. A interrupção das oferendas no altar doméstico implicaria desgraça para o falecido, pois ele passaria a ser classificado na mesma categoria dos demônios. Nesse diapasão, permitia-se a adoção como forma de remediar a ausência de filhos consanguíneos, a fim de que o morto pudesse ser homenageado, conforme a religião pregava.¹

Essa crença era amplamente difundida no mundo antigo, de forma que²:

[...] hindus, egípcios, persas, hebreus, gregos, romanos — praticaram o instituto da adoção, acolhendo crianças como filhos naturais no seio das famílias. (...) 'As crenças primitivas impunham a necessidade da existência de um filho, a fim de impedir a extinção do culto doméstico, considerado a base da família', justifica Maria Regina Fay de Azambuja, procuradora de Justiça do Rio Grande do Sul, em seu artigo "Breve revisão da adoção sob a perspectiva da doutrina da proteção integral e do novo Código Civil".

O Brasil conheceu o instituto da adoção com as Ordenações Filipinas, uma vez que Portugal já prezava esse instrumento legal. O Código Civil de 1916³ permitia em seu art. 368, que tanto pessoas casadas, quanto pessoas solteiras, pudessem adotar. Todavia, fazia tantas exigências para os adotantes, fixando idade mínima dos pretendentes, matrimônio regularmente constituído há mais de 5 anos, [...], que mais dificultava do que estimulava a adoção.⁴

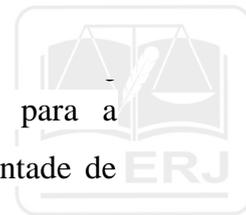
Durante o século XX, notadamente pelo advento das duas grandes guerras mundiais, a mulher foi inserida no mercado de trabalho, o que lhe trouxe autonomia financeira e, posteriormente, aquisição de alguns direitos civis – por exemplo, o voto nas eleições para

1 COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2001, p.58-60.

2 HISTÓRIA da Adoção no Mundo. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/em_discussao/adocao/contexto-da-adocao-no-brasil/historia-da-adocao-no-mundo.aspx>. Acesso em: 07. out. 2014.

3 BRASIL. Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.

4 SANTOS, Lara Cíntia de Oliveira. Adoção: surgimento e sua natureza. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9729>. Acesso em: 08 out. 2014.



homossexuais foram reconhecidas como famílias, pois o elemento essencial para a caracterização da entidade familiar é o vínculo socioafetivo, do qual decorre a vontade de estabelecer uma comunhão plena de vida.¹⁰

Esse cenário multifacetado das famílias do final do século XX impôs ao legislador regulamentar as novas modalidades de adoção, com a finalidade de adaptar a lei às novas configurações familiares. Uniu-se à Constituição Cidadã de 1988¹¹, o Código Civil de 2003¹² e o Estatuto da Criança e do Adolescente¹³.

A Lei de Adoção¹⁴ confirmou a tendência do legislador, pois¹⁵:

Em agosto de 2009, foi sancionada a Lei 12.010, que reforçou a filosofia do ECA quanto à ausência de distinção legal entre os filhos de um casal, independentemente de serem eles adotivos ou biológicos. Foram criadas novas exigências para os adotantes, implantado um cadastro nacional de crianças passíveis de adoção e reforçado o papel do Estado no processo.

Esses indivíduos em crescimento demandam maior proteção por causa de sua vulnerabilidade, o que enseja a necessidade de estímulo à adoção como forma de garantir o seu pleno desenvolvimento e a sua inserção na sociedade como cidadão. Assim sendo, é irrelevante se a família adotante é formada por um casal (homossexual ou heterossexual) ou por um único indivíduo.

A adoção monoparental é aquela em que uma pessoa adota sozinha, sem a participação de outro adotante, uma criança, um adolescente ou, até mesmo, um maior de idade.¹⁶

No mundo contemporâneo, não mais se busca perpetuar o fogo sagrado no altar doméstico. O objetivo atual é criar uma família, unir-se ao outro por laços afetivos, afastar a solidão e transmitir amor a outro ser. Trata-se de ato de amor incondicional, de caráter humanitário, uma vez que o adotante assume a responsabilidade integral pelo adotado, no caso de ser esse criança ou adolescente. Os pais adotivos recebem o encargo de atender às

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *União homoafetiva como entidade familiar*. Disponível em: <<http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalJurisprudencia&idConteudo=193683>>. Acesso em: 15 de mar. 2015.

11 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.

12 BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.

13 BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.

14 BRASIL. Lei n. 12.010, de 03 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.

15 HISTÓRIA da Adoção no Mundo, idem.

16 FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Família Monoparental. Disponível em: <http://www.fujitaadvocacia.com.br/artigo_fujita_001.html>. Acesso em: 11 out. 2014.



necessidades afetivas, emocionais, materiais, educacionais e todas as demais que surgirem até aquele indivíduo alcançar a maioridade.¹⁷

Homens solteiros quando buscam adotar uma criança ou adolescente querem ser pais, entretanto, por vários motivos – por exemplo, orientação sexual, ausência de uma companheira para a vida em comum, questões de saúde - foram impedidos de realizar esse sonho. Sendo assim, eles se tornam para os adotados os pais que não puderam ser com uma prole de sua descendência genética.¹⁸

Esse grupo de adotantes é mais flexível em suas escolhas, aceitando, inclusive, crianças com sérios comprometimentos cognitivos e/ou psicológicos ou portadores de doenças graves, pois seu desejo de ser pai é tão grande, que eles aceitam os desafios de cuidar de indivíduos costumeiramente rejeitados pelos casais adotantes.¹⁹

Os adotantes masculinos e solteiros preferem crianças maiores, que já tenham maior autonomia, pois esse grupo de adotantes são, em sua maioria, pessoas que moram sozinhas. Essa opção é a grande chance para muitas crianças maiores e adolescentes ganharem um pai e um lar, haja vista que a maioria das adoções tardias (adotados com idade superior a sete anos) é feita por pessoas solteiras, porque muitos casais preferem um bebê de até um ano.²⁰

De outro lado, a adoção proporciona ao adotado a convivência familiar e o resgate de todas as dificuldades psicológicas enfrentadas em decorrência da ruptura do vínculo familiar original. O adotado, muitas vezes, passou anos em abrigos, recebendo um mínimo de afeto de cuidadores, muitas vezes sobrecarregados de trabalho, em razão da grande quantidade de crianças a cuidar e o reduzido número de funcionários na instituição. Atualmente, o Cadastro Nacional de Adoção (CNA) possui mais de cinco mil crianças e adolescentes em condições de serem adotados. Entretanto, a cada ano que passa, menores são as chances de uma criança acima de um ano ser adotada, uma vez que os bebês são a opção preferencial dos casais. Em consequência, as crianças maiores se encontram em uma “corrida contra o tempo”, pois anseiam desesperadamente por alguém que possa levá-las logo para casa, antes que seja tarde

17 SANTOS, Carina Pessoa; FONSECA, Maria Cecília Souto Maior da; FONSECA, Célia Maria Souto Maior de Souza e DIAS, Cristina Maria de Souza Brito. Adoção por pais solteiros: desafios e peculiaridades dessa experiência. *Psicologia: Teoria e Prática*. 2011, vol.13, n.2, pp. 89-102. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/ptp/article/view/303>>. Acesso em: 11 out. 2014.

18 PAES, Cintia. “Foi como uma gestação”, diz pai solteiro sobre processo de adoção. Disponível em: <<http://g1.globo.com/dia-dos-pais/2013/noticia/2013/08/foi-como-uma-gestacao-diz-pai-solteiro-sobre-processo-de-adocao.htm>>. Acesso em: 05 out. 2014.

19 FONTE, Liliana. *Novas Famílias – A Monoparentalidade e a Adopção*. Monografia (Licenciatura em Psicologia)-Instituto Superior da Maia (Portugal), 2004. Disponível em: <<http://www.psicologia.pt/artigos/textos/TL0045.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2014.

20 MOURÃO, Paulo. Discriminação contra adoção por homens solteiros e/ou declaradamente gays em Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.amigosdelucas.org.br/blog/?p=1394>>. Acesso em: 07 out. 2014.



demais.²¹

Nesse diapasão, torna-se satisfatório para ambos os lados que a legislação e a jurisprudência atendam às peculiaridades desses núcleos familiares monoparentais, uma vez que a Carta Magna determina a proteção a todas as famílias, independentemente do formato de sua constituição.

2. IMPORTÂNCIA SOCIAL E JURÍDICA DE POSSUIR O NOME DA MÃE NO REGISTRO CIVIL

Desde a antiguidade, a figura materna foi associada à fonte da vida e, por isso, muitas civilizações possuem uma personagem feminina simbolizando a mãe de todos. Os celtas cultuavam as três Matronas, deusas da fertilidade e da maternidade²²; já os egípcios, reverenciavam a deusa mãe protetora Ísis²³; enquanto para os gregos, a deusa Gaia, Mãe Terra, além de dar à luz as montanhas e o mar, também havia gerado, criado e alimentado vários deuses.²⁴ Os romanos ergueram templos a Juno Regina, mãe, salvadora e rainha.²⁵ Na Índia, Durga representa a Grande Mãe, sendo cultuada nos dias atuais durante nove dias no maior festival de Bengala, o *Durga Puja*.²⁶

Da mesma forma, a Virgem Maria no catolicismo representa a mãe protetora²⁷, enquanto Iemanjá personifica a mãe consoladora e a solucionadora dos problemas de seus filhos nas religiões afro-brasileiras.²⁸ Nesse contexto, destaca-se a força do símbolo materno em todo o mundo, o que ensejou a criação de uma data comemorativa anual, conhecida como o Dia das Mães, celebrado em vários países em diferentes meses. No Brasil, Estados Unidos,

21 PROJETO que concede direito a licença a homem é aprovado em Comissão do senado. Assessoria de comunicação do IBDFAM. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/noticias/4817/novosite>>. Acesso em: 05 out. 2014.

22 BULLEN, Mathew. et al. *National Geographic: Guia Visual da Miltologia no Mundo*. São Paulo: Abril, 2010. p. 264.

23 Ibidem. p. 78.

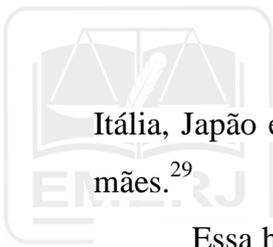
24 Ibidem. p.114-115.

25 Ibidem. p. 209-210.

26 Ibidem. p. 300.

27 AQUINO, Felipe. *O papel da Virgem Maria na Igreja*. Disponível em: <<http://formacao.cancaonova.com/espiritualidade/o-papel-da-virgem-maria-na-igreja/>>. Acesso em: 14 mar. 2015.

28 AFONSO, José de Abreu. Notas sobre o ciclo das mães na mitologia afro-brasileira. Disponível em: <<http://repositorio.ispa.pt/handle/10400.12/3123>>. Acesso em: 14 mar. 2015.



Itália, Japão e Turquia dedica-se o segundo domingo do mês de maio para a homenagem às mães.²⁹

Essa herança histórica traz a ideia de que todo ser humano possui uma mãe, haja vista ter sido gerado por ela. Por isso, ainda que o pai seja desconhecido, a genitora sempre será identificada com certeza. Entretanto, o ato de parir um filho não traz implicitamente o florescimento do amor incondicional, conforme apregoa os mitos. Ao contrário, muitas mulheres abandonam a prole, deixando muitos filhos sem mãe.

Embora a ausência materna, tanto fática como registral, não seja rara na vida de muitas pessoas, a sociedade brasileira ainda considera que todos os seres humanos possuem mãe e, por isso, usa o nome da genitora como chave de identificação em vários bancos de dados, inclusive oficiais. A Receita Federal do Brasil, por exemplo, ao disponibilizar, em seu sítio virtual, o formulário de inscrição de pessoa natural no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF)³⁰ exige o preenchimento do nome da mãe como dado obrigatório.

Nesse sentido, o SEBRAE³¹ informa ao usuário que no formulário para registro de microempreendedor individual será preenchido automaticamente o nome da mãe do requerente, salvo se o nome dela não constar no CPF dele. Nesse caso, o nome da mãe deverá ser informado manualmente.

Seguindo o mesmo modelo, a tela de consulta ao Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIT)³², no sítio virtual do Ministério da Previdência Social, exhibe um campo destinado ao nome da mãe do segurado. Todavia, o usuário pode obter o acesso aos dados cadastrais após assinalar que o nome da mãe é ignorado.

Nesse diapasão, a maioria dos formulários necessários às diversas situações cotidianas possuem um campo destinado ao nome da mãe - sejam para a matrícula em estabelecimentos de ensino, para o atendimento em unidades hospitalares e ambulatoriais ou outras finalidades.

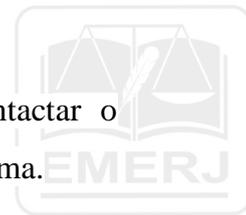
Evidencia-se que a ausência do nome da mãe gera dificuldades em atos simples do dia a dia, como preencher um formulário. Vários indivíduos são obrigados constantemente a informar publicamente que não possuem em seu registro o nome da mãe e, por isso, o campo

29 BARROS, Jussara de. Dia das Mães. Disponível em: <<http://www.brasile scola.com/datas-comemorativas/dia-das-maes.htm>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

30 BRASIL. RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Disponível em: <<https://www.receita.fazenda.gov.br/Aplicacoes/SSL/ATCTA/CPF/InscricaoPublica/inscricao.asp>>. Acesso em: 13 mar. 2015.

31 BRASIL. SEBRAE. *Microempreendedor Individual*. Disponível em: <<http://www.sebraers.com.br/index.php/empreendedorindividual>>. Acesso em: 16 mar. 2015.

32 BRASIL. Ministério da Previdência Social. CNIS. Disponível em: <<https://www5.dataprev.gov.br/cnisinternet/faces/pages/pfcnis/cadastrarFiliado/cadastro.xhtml>>. Acesso em: 15 mar. 2015.



ficará em branco. Em se tratando de preenchimento *on line*, será preciso contactar o atendimento ao usuário para obter o modo de ultrapassar a barreira imposta pelo sistema.

3. VANTAGENS E DESVANTAGENS DA INCLUSÃO DE NOME DE MÃE FICTÍCIA NA CERTIDÃO DE NASCIMENTO DO ADOTADO

A presença de um nome feminino no espaço destinado ao nome da mãe em qualquer formulário evita questionamentos inconvenientes no momento da entrega de tal documento. Essa inclusão se justifica porque a sociedade brasileira encontra-se despreparada, tanto culturalmente como profissionalmente, para lidar no cotidiano com as novas formações familiares.

As organizações, empresariais e governamentais, em sua maioria, não preparam adequadamente os funcionários que prestam atendimento ao público quanto ao preenchimento e recebimento de formulários. Geralmente, os atendentes são pessoas de baixa escolaridade, os quais seguem regras genéricas fixadas em manuais de atendimento, cujo conteúdo não informa qual procedimento a ser adotado nas situações excepcionais. Em consequência, o adotado que estiver inserido em uma situação incomum estará exposto à situações vexatórias, pois dependerá exclusivamente da sensibilidade da pessoa que o atender.

Ao permitir a criação de uma mãe fictícia para uma criança ou adolescente, o Judiciário evita que o adotado seja vítima de assédio moral nas escolas, nos hospitais, nos clubes e nos demais lugares eventualmente frequentados por ele. Trata-se de efetividade do Princípio da Proteção Integral estampado no art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM, Maria Berenice Dias sustenta que³³:

[...] essa necessidade estatal [de preenchimento do nome da mãe em documentos oficiais], certa ou errada, é passada para o ambiente social e escolar, tornando difícil a vida de uma criança com esse vácuo. Ela pode até não ter uma mãe presente, mas não ter um nome na certidão, com certeza, irá gerar algum tipo de pressão.

A inclusão de nome de mãe fictícia não é uma decisão inédita em solo pátrio, pois o

33 BITTAR. Cássia. Mãe no Papel. *Tribuna do Advogado*, Rio de Janeiro, ano XLII, n. 540, p.24-25, ago. 2014.



desembargador Siro Darlan³⁴ foi o pioneiro em adotar tal medida ao criar a família “do Céu”, para as crianças de abrigos que eram identificadas por números. Ele evidencia a importância de dar dignidade humana aos bebês ao dar-lhes o sobrenome “do Céu”, como se todos fossem filhos da fictícia Maria do Céu, haja vista aquelas crianças não possuem uma família. Porém, ele considera a inclusão de nome de mãe fictícia desnecessária quando a criança foi adotada por uma família monoparental, haja vista a existência de um genitor.

Entretanto, a inclusão do nome de uma mãe inexistente em um documento oficial contraria a presunção de veracidade dos registros públicos, pois “A capa de aparência pinçada pela fé pública notarial e registral blinda de uma presunção forte, legal, de veracidade às suas certificações exteriorizadas.”³⁵ Nesse sentido, o Poder Judiciário exibiria uma conduta paradoxal, uma vez que legitimaria uma mentira como fato inidôneo, o que seria uma grande desvantagem dessa inclusão.

A criança ou adolescente adotado necessita estabelecer confiança no mundo, uma vez que já sofreu a perda dos pais biológicos. Por isso, é importante que o adotado seja informado, o mais cedo possível, de que não é filho biológico de seus pais, conforme sustenta a Mestre em Psicologia Clínica³⁶ pela PUC/SP Kátia Gomes.³⁷

A experiência de ser adotado é inerente ao fato de se contar ou não para a criança. A diferença da mãe que conta para aquela que não conta é que uma possibilita que a realidade seja vivida sem mistério, e a outra não. "O problema é o mistério, e a consequente mistura de fantasia e fato [...], se a emoção não é experienciada, ela não pode ser deixada para trás' (Winnicott, 1955a/1997, p. 135).

Assim sendo, a criança que recebe uma mãe fictícia em sua certidão de nascimento pode vir a acreditar que a figura materna imaginária existe em algum lugar e, por isso, existe a possibilidade de ser encontrada a qualquer momento. Para o Presidente da Comissão de Direito de Família da OAB/RJ, Bernardo Moreira³⁸, “há de se pensar se a proteção baseada

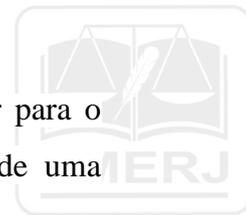
34 Ibidem.

35 ANJOS, Silvestre Gomes dos. Fé pública. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano. XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10634>. Acesso em: 30. mar 2015.

36 A Psicologia Clínica é um método criado, no final do século XIX, por médicos neurologistas e psiquiatras europeus, entre eles o Dr. Josef Breuer, fundamentado na observação e análise de pacientes portadores de distúrbios mentais. Essa forma de tratamento foi desenvolvida por Sigmund Freud, discípulo e amigo de Breuer, no início do séc. XX.

37 GOMES, Kátia. A adoção à luz da teoria winnicottiana. *Winnicott e-prints*, São Paulo, v. 1, n. 2, 2006. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-432X2006000200005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 30 mar. 2015.

38 BITTAR. op. cit., p. 24.



em uma mentira realmente é válida. Ela poderá levar, no futuro, a decepção maior para o infante, ao constatar que o nome que consta em sua certidão de nascimento é de uma personagem.”

Outro aspecto negativo de se criar uma mãe fictícia seria a corroboração do preconceito de que uma família monoparental é incompleta e, por isso, necessita de uma sanatória, qual seja, a inserção de uma mãe, a fim de se assemelhar às demais famílias normais. Para a presidente da Comissão de Direito Homoafetivo da Seccional da OAB-RJ, Raquel Castro³⁹, a decisão contrária a luta pela adoção monoparental ou por casais homossexuais, uma vez que o Judiciário passou a admitir a inclusão dos nomes de dois pais adotivos ou de duas mães adotivas, sem a necessidade de acrescentar genitores fictícios. Por isso, ela entende que a inclusão de uma mãe fictícia reafirmaria uma ideia errônea de que a dignidade da pessoa depende da existência de nome de pai e mãe.

No mesmo sentido, Bernardo Moreira⁴⁰ comenta que “atualmente busca-se a proteção à família em sentido amplo, com a aceitação de qualquer núcleo familiar, seja composto por dois homens ou por duas mulheres, logo, uma decisão judicial que permita a criação de uma personagem materna em uma certidão de nascimento seria um retrocesso.

Nesse diapasão, o psicólogo da Vara da Infância de São Gonçalo Lindomar Darós identifica uma concepção de parentalidade equivocada, uma vez que um pai não necessita de uma mãe no documento do filho para se aproximar da normalidade de família.⁴¹

Da mesma forma, algumas situações cotidianas podem se transformar em atos burocráticos e complexos, dificultando a vida do adotado. Se um pai, em caso de urgência, precisar fazer uma viagem ao exterior com o filho, cuja certidão consta uma mãe inexistente, será necessária uma autorização judicial para aquela viagem, conforme o art. 84, II do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois o pai não terá uma autorização expressa da mãe por meio de um documento com firma reconhecida, nos moldes exigidos pela lei.⁴²

A criação de uma mãe fictícia, sob o aspecto jurídico, é uma ficção jurídica, ou seja, uma criação do Direito para solucionar um conflito social. A Teoria da Ficção Jurídica está presente em vários ordenamentos jurídicos e disseminada nos diversos ramos do Direito, como, por exemplo, no instituto do crime continuado. Vincenzo Manzini⁴³, jurista italiano,

39 Ibidem.

40 BITTAR. op. cit., p. 25.

41 Ibidem.

42 BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.

43 MANZINI *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral. 19.ed. v. 1. São



elucida que “o instituto do crime continuado está fundado, indiscutivelmente, sobre uma ficção jurídica. A ficção jurídica resulta de uma transação entre a coerência lógica, a utilidade e a equidade.”

Na realidade, conforme Bittencourt leciona:

“o crime continuado é uma ficção jurídica concebida por razões de política criminal, que considera que os crimes subsequentes devem ser tidos como continuação do primeiro, estabelecendo, em outros termos, um tratamento unitário a uma pluralidade de delitos, determinando uma forma especial de puni-los.”⁴⁴

O Direito Civil também se utilizou de uma ficção jurídica ao criar o instituto denominado personalidade jurídica, cuja natureza foi elucidada por vários juristas, entre eles Savigny, cuja Teoria da Ficção Legal, prestigiada no séc. XIX, sustentava que a personalidade jurídica era uma ficção da lei, existindo apenas por determinação legal, haja vista não possuir existência real, mas apenas intelectual.⁴⁵

Nesse contexto, a criação de nome de mãe fictícia é uma ficção jurídica com o objetivo de solucionar problemas concretos existentes na vida do adotado. Assim sendo, o fato de o Direito legitimar uma ficção não é obstáculo a concessão de um nome materno para uma criança ou adolescente que não o tenha, uma vez que tal criação remonta ao séc. XII, pois “o crime continuado e sua formulação aos glosadores (1100 a 1250) e pós glosadores (1250 a 1450) e teve suas bases lançadas efetivamente no séc. XIV, com a finalidade de permitir que os autores do terceiro furto pudessem escapar da pena de morte.”⁴⁶

4. INCLUSÃO DO NOME DE MÃE FICTÍCIA OBJETIVANDO ATENDER AO MELHOR INTERESSE DO ADOTADO POR ADOÇÃO MONOPARENTAL

A inclusão do nome de mãe fictícia merece ser identificada como instrumento jurídico a ser utilizado em situações excepcionais, para evitar o sofrimento psíquico do adotado no convívio social. Cuida-se de medida a ser aplicada com a máxima cautela pelo julgador, haja vista os efeitos gerados por tal decisão na vida do adotado e de todos os que com ele

Paulo: Saraiva, 2013. p.789.

44 Ibid, p.788.

45 RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Parte Geral. 32.ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2002. p.87-88.

46 ZAGREBELSKI *apud* BITENCOURT, op. cit., p. 788.

convivem.

Uma ficção jurídica traz intrinsecamente um conteúdo inverídico que foi legitimado pelo Estado. Por isso, todos os envolvidos nesse processo de criação de uma mãe existente apenas no papel possuem uma responsabilidade jurídica e moral de maior extensão.

Em virtude da especificidade da situação, torna-se mister a atuação conjunta de profissionais das searas jurídica, psicológica, pedagógica e assistencial, uma vez que é preciso conjugar múltiplos conhecimentos para determinar a medida adequada a ser aplicada àquele adotado. Trata-se de procedimento essencial ao sucesso da futura decisão judicial, pois a criança e o adolescente são pessoas humanas em desenvolvimento, sem condições psíquicas e emocionais para decidir se a inclusão de nome de mãe fictícia em sua certidão é a melhor solução para evitar o preconceito e os entraves cotidianos decorrentes da ausência materna.

Qualquer decisão a respeito da vida da criança e do adolescente precisa ser pensada, não apenas sob a égide dos fatos presentes, mas, também, em relação ao futuro, haja vista a possibilidade de ocasionar situações traumáticas, de difícil superação, na vida da criatura.

Dessa forma, torna-se imprescindível ao Judiciário formar equipes multidisciplinares⁴⁷ de apoio nas Varas de Família com condições de estudar o impacto da mudança advinda com a inclusão de nome de mãe fictícia na certidão de adotados por pais solteiros. Trata-se de medida profilática, cuja finalidade é evitar um possível pedido futuro de exclusão de nome de mãe fictícia em razão de efeitos nocivos aos adotados.

Nesse diapasão, a inclusão do nome de mãe fictícia somente deve ser permitida quando trazer um diferencial na vida daquela pessoa, de relevância psíquica e social, de modo a concretizar verdadeiramente o princípio da proteção integral e do atendimento ao melhor interesse da criança e do adolescente, estampados no Estatuto Infante Juvenil.

CONCLUSÃO

O nome da mãe é um signo marcante na existência de todo ser humano, pois traz implícita a origem da vida daquele indivíduo, uma vez que todas as pessoas se desenvolveram em um útero materno, ainda que tenham sido concebidas alhures. Assim sendo, a existência do nome da mãe na certidão de nascimento de uma criança ou adolescente é considerado

47 Equipes formadas por profissionais graduados em Direito, Psicologia, Pedagogia e Assistência Social.



elemento sempre presente, ainda que não seja possível encontrar o nome do pai.

Nesse diapasão, a sociedade brasileira adotou como fato incontestável que qualquer pessoa possui mãe e, por isso, o nome dela poderia ser usado como campo distintivo em bancos de dados, como forma de diferenciar homônimos, por exemplo.

Todavia, essa presunção de existência de nome materno em todas as certidões de nascimento tornou-se relativa com a possibilidade de adoção de crianças e adolescentes por homens solteiros. Porém, a sociedade ainda sofre um processo de estranhamento ao se deparar com a realidade cotidiana daqueles que ostentam apenas o nome paterno em seus documentos. Sendo assim, torna-se imprescindível adotar procedimentos que facilitem a convivência na sociedade brasileira contemporânea daqueles que possuem apenas o nome do pai em seus documentos de identificação.

Dessa forma, a permissão judicial para a inclusão de nome de mãe fictícia na certidão de nascimento do adotado por um homem solteiro traz inúmeros benefícios à nova família, entre eles, a desnecessidade de explicar reiteradas vezes que a adoção foi feita apenas pelo pai. Tal medida é verdadeira concretização do princípio da proteção integral elencado no Estatuto da Criança e do Adolescente, cujo objetivo primordial é criar condições favoráveis ao pleno desenvolvimento desses seres em formação, com fundamento no melhor interesse da criança ou do adolescente adotado.

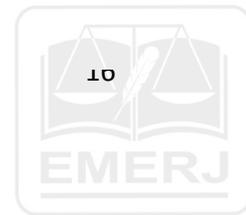
Não obstante as críticas desfavoráveis à inclusão do nome de mãe fictícia ressaltarem a incongruência de o Judiciário corroborar uma inverdade, é sabido que no ordenamento pátrio já existem inúmeras ficções jurídicas⁴⁸, as quais permitem à sociedade resolver conflitos que seriam sem solução, caso o Direito operasse apenas com verdades absolutas.

Nesse diapasão, conclui-se que a inclusão de nome de mãe fictícia na certidão de nascimento funciona como uma “ponte” na transição entre a família tradicional do século passado⁴⁹ e as novas configurações familiares do século vinte um⁵⁰, uma vez que busca evitar a discriminação de crianças e adolescentes pelo mero fato de pertencerem a uma família cuja composição ainda é rara nos dias atuais.

48 A pessoa jurídica, criada pelo Direito Civil, e o crime continuado, elaborado pelo Direito Penal, são exemplos de ficções jurídicas aceitas pelo ordenamento jurídico pátrio, conforme o art. 40, CC e o art. 81, CP, respectivamente.

49 Famílias compostas pelo pai, a mãe e seus descendentes.

50 Famílias com composições diversas, tais como, dois pais e seus filhos; duas mães e sua prole; pai, mãe e os filhos das uniões anteriores e atuais.



REFERÊNCIAS

AFONSO, José de Abreu. Notas sobre o ciclo das mães na mitologia afro-brasileira. Disponível em: <<http://repositorio.ispa.pt/handle/10400.12/3123>>. Acesso em: 14 mar. 2015.

ANJOS, Silvestre Gomes dos. Fé pública. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano. XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10634>. Acesso em: 30. mar 2015.

AQUINO, Felipe. *O papel da Virgem Maria na Igreja*. Disponível em: <<http://formacao.cancaonova.com/espiritualidade/o-papel-da-virgem-maria-na-igreja/>>. Acesso em: 14 mar. 2015.

BARROS, Jussara de. Dia das Mães. Disponível em: <<http://www.brasile scola.com/datas-comemorativas/dia-das-maes.htm>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITTAR. Cássia. Mãe no Papel. *Tribuna do Advogado*, Rio de Janeiro, ano XLII, n. 540, p.24-25, ago. 2014.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 13. reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____. Emenda Constitucional n. 09, de 28 de junho de 1977 à Constituição Federal de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc09-77.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____. Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____. Lei n. 12.010, de 03 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm>. Acesso em:



15 mar. 2015.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. *CNIS*. Disponível em: <<https://www5.dataprev.gov.br/cnisinternet/faces/pages/pfcnis/cadastrarFiliado/cadastro.xhtml>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. Disponível em: <<https://www.receita.fazenda.gov.br/Aplicacoes/SSL/ATCTA/CPF/InscricaoPublica/inscricao.asp>>. Acesso em: 13 mar. 2015.

BRASIL. SEBRAE. *Microempreendedor Individual*. Disponível em: <<http://www.sebraers.com.br/index.php/empreendedorindividual>>. Acesso em: 16 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *União homoafetiva como entidade familiar*. Disponível em: <<http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalJurisprudencia&idConteudo=193683>>. Acesso em: 15 de mar. 2015.

BULLEN, Mathew. et al. *National Geographic: Guia Visual da Miltologia no Mundo*. São Paulo: Abril, 2010.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2001.

DOLTO, Françoise. *As Etapas Decisivas da Infância*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FONTE, Liliana. *Novas Famílias – A Monoparentalidade e a Adopção*. Monografia (Licenciatura em Psicologia)-Instituto Superior da Maia (Portugal), 2004. Disponível em: <<http://www.psicologia.pt/artigos/textos/TL0045.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2014.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Família Monoparental. Disponível em: <http://www.fujitaadvocacia.com.br/artigo_fujita_001.html>. Acesso em: 11 out. 2014.

GOMES, Kátia. A adoção à luz da teoria winnicottiana. *Winnicott e-prints*, São Paulo, v. 1, n.2, 2006. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-432X2006000200005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 30 mar. 2015.

GOMES, Orlando. Atualizado por Humberto Theodoro Júnior. *Introdução ao Direito Civil*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HISTÓRIA da Adoção no Mundo. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/contexto-da-adocao-no-brasil/historia-da-adocao-no-mundo.aspx>>. Acesso em: 07. out. 2014.

ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da Criança e Adolescente*. Doutrina e Jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

JONES, Ernest. *Vida e Obra de Sigmund Freud*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

KUSANO, Susileine. Da Família Anaparental: Do reconhecimento como entidade familiar. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7559>. Acesso em: 06 out. 2014.

MANZINI *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MOURÃO, Paulo. Discriminação contra adoção por homens solteiros e/ou declaradamente gays em Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.amigosdelucas.org.br/blog/?p=1394>>. Acesso em: 07 out. 2014.

PAES, Cintia. “Foi como uma gestação”, diz pai solteiro sobre processo de adoção. Disponível em: <<http://g1.globo.com/dia-dos-pais/2013/noticia/2013/08/foi-como-uma-gestacao-diz-pai-solteiro-sobre-processo-de-adocao.htm>>. Acesso em: 05 out. 2014.

ROSSATO, Luciano, LÉPORE, Paulo Eduardo e CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Comentado artigo por artigo. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SANTOS, Carina Pessoa; FONSECA, Maria Cecília Souto Maior da; FONSECA, Célia Maria Souto Maior de Souza e DIAS, Cristina Maria de Souza Brito. Adoção por pais solteiros: desafios e peculiaridades dessa experiência. *Psicologia: Teoria e Prática*. 2011, vol.13, n.2, pp. 89-102. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/ptp/article/view/303>>. Acesso em: 11 out. 2014.

SANTOS, Jonabio Barbosa; SANTOS, Morgana Sales da Costa. Família Monoparental Brasileira. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 10, n. 92, p.01-04, out./2008 a jan./2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/Artigos/PDF/JonabioBarbosa_R ev92.pdf>. Acesso em: 10 out. 2014.

SANTOS, Lara Cíntia de Oliveira. Adoção: surgimento e sua natureza. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9729>. Acesso em: 08 out. 2014.

VIANNA, Guaraci. *Direito Infante-Juvenil*. Teoria, Prática e Aspectos Multidisciplinares. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.



A CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS RACIAIS

Marcos Rodrigo Silva Santos

Graduado pela Universidade Cândido Mendes. Servidor Público da Secretaria de Segurança Pública.

Resumo: Este artigo tem por escopo analisar se a política de cotas, discutida pelo STF na ADPF 186, seria uma forma de privilégio de cunho odioso e discriminatório ou um ressarcimento para que um grupo, antes segregado, seja promovido e elevado a um patamar em que se alcance a igualdade.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Cotas. Princípio da Isonomia. Ações Afirmativas.

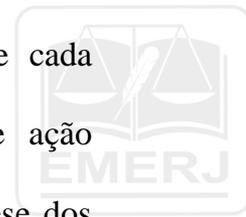
Sumário: Introdução. 1. Princípio da Isonomia. 2. Ações afirmativas. 3. Constitucionalidade da medida. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Este artigo científico tem por escopo fazer uma análise sobre a constitucionalidade do sistema de cotas, buscando verificar se tal sistema vem a ser um privilégio odioso ou um ressarcimento.

Ao longo deste artigo será aferido se o princípio da isonomia está sendo violado ao destinar um percentual de vagas para negros nas universidades, concursos públicos, na iniciativa privada, e nos demais segmentos a partir da distinção entre aquilo que se chama de igualdade formal e igualdade material.

No segundo capítulo, será definido o que vem a ser as ações afirmativas das quais o sistema de cotas é espécie. Mais à frente, dentro do mesmo capítulo, será mencionado o objetivo das ações afirmativas.



Dando continuidade, haverá uma análise sobre a conclusão a que cada ministro chegou para entender como constitucional a referida política de ação afirmativa. Assim, a constitucionalidade da medida é estudada a partir da síntese dos pronunciamentos feitos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal ao fundamentarem seus votos no bojo da ADPF 186 e das teses trazidas pelos advogados das partes envolvidas.

A presente pesquisa seguirá as metodologias bibliográficas, de natureza descritiva-qualitativa e parcialmente exploratória.

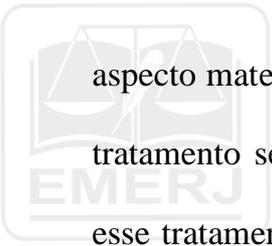
1. DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O princípio da igualdade ou isonomia tem sua sede na Constituição da República Federativa do Brasil no artigo 5º, inciso II.

A *prima facie*, a interpretação literal desse dispositivo limita o referido artigo a uma concepção restrita ao seu aspecto formal, que remonta à ideia já trazida pelo mundo antigo de que todos os seres humanos são naturalmente iguais¹.

No entanto, tal concepção embora não seja errada é incompleta. Pois hoje a doutrina e a jurisprudência dos tribunais superiores evoluíram no sentido de que o dispositivo não só deve ser visto em seu aspecto formal, quando, por exemplo, alguém viola uma lei penal, independente de quem seja e da condição sócio-econômica que ostente a esse agente transgressor devem ser infligidas as penalidades previamente cominada, pois a lei deve ser imposta de forma indistinta a todos. O princípio em epígrafe, tem o condão de elidir a aplicação de privilégios odiosos ou injustificáveis aos indivíduos. Porém, reitera-se que o princípio da isonomia deve ser visto também em seu

¹ GOMES, Joaquim B. Barbosa, *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 19-31;39-84 e 94-129



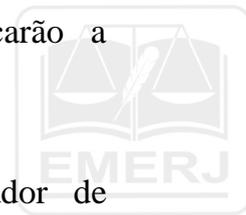
aspecto material, em que cada um deve ser tratado de maneira diferenciada desde que o tratamento seja justificado pela condição em que a pessoa se encontra, para que com esse tratamento diferenciado propicie ao indivíduo alcançar o patamar de igualdade de condições².

Aponta-se, como exemplo, uma isenção fiscal concedida aos deficientes físicos que adquirirem veículos automotores. Será que isso seria um privilégio? Será que é justo, razoável e constitucional?

Ao verificar pelo aspecto formal, as pessoas, deficientes ou não, merecem igualdade de tratamento. Como qualquer pessoa, o deficiente que queira adquirir um carro deverá seguir todos os trâmites normais para a aquisição do automóvel, como as normas pertinentes ao contrato de compra e venda, transferência de propriedade, emplacamento e demais ônus advindos com a aquisição da coisa, pois a lei se aplica a todos indistintamente. No entanto, ao analisar sob a ótica do aspecto material do princípio em tela, deve-se verificar se há alguma coisa que diferencie o grupo alvo do benefício, que são os deficientes físicos, da maioria das pessoas, e depois perquirir se essas pessoas, nas condições em que se encontram, precisariam ou não, efetuar adaptações especiais para conseguir exercer a atividade que elas exercem, qual seja, condições para conduzir um veículo da mesma forma que as pessoas não deficientes.

Respondendo a indagação, quanto a tratar-se de um privilégio a resposta é positiva, porém no que tange a ser odioso e inconstitucional, a resposta negativa se impõe. Em primeiro lugar, porque o grupo alvo, os deficientes, é diferente. Sua deficiência física é uma das coisas que o individualiza em meio a uma multidão, isso não é mencionado de forma pejorativa, mas sim, para análises e ponderações de

² GOMES, op. cit., p. 19-31;39-84 e 94-129



critérios de razoabilidade e proporcionalidade, que embasarão e justificarão a possibilidade de aplicação do benefício.

Em segundo lugar, verifica-se que para que o indivíduo portador de necessidades especiais que venha a adquirir e conduzir o seu carro ele terá que fazer adaptações que o possibilitem a dirigir seu veículo, portanto isso implicará em um maior custo, um dispêndio financeiro, o que não ocorrerá se uma pessoa dita “não deficiente” adquirir seu automóvel, essa última não arcará com tais custos. Sem contar que se fosse de outra forma estaria, mesmo que de forma oblíqua, obstando o direito de inclusão, alijando a aplicação de políticas públicas, ações afirmativas e violando princípios como dignidade da pessoa humana no que se refere ao tratamento do grupo carecedor de proteção e mecanismos especiais.

Logo, deve-se procurar verificar no caso concreto, se o que está em questão é ou não um privilégio injustificável, pois a isenção é um privilégio fiscal, mas deve-se perpassar por todas essas etapas conforme as supracitadas para aferir se o privilégio é odioso, ou seja injustificável diante do caso concreto e dissonante dos ditames constitucionais de igualdade, razoabilidade e proporcionalidade. Enfim, a isenção oferecida trata-se de um mecanismo de inclusão ou até mesmo uma ação afirmativa, tema que será explorado a seguir.

Ações inclusivas, como a citada no parágrafo anterior, também são aplicáveis a outros grupos que possam se encontrar tanto em situação de marginalização ou exclusão social ou de vulnerabilidade, como as populações negra e indígena.

Assim, define-se igualdade em dois aspectos a igualdade formal, que afirma que todo homem deve ser tratado de forma igual não podendo adquirir mais direitos ou se isentar de obrigações, se fundando em critérios injustificáveis enquanto que a igualdade material é aquela que quando aplicada serve para promover, elevar os grupos



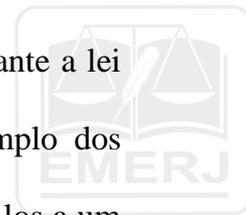
desfavorecidos a uma igualdade de condições com as demais pessoas, por exemplo, idosos, mulheres, crianças e adolescentes.

O princípio da isonomia no seu aspecto material estabelece uma relação com a política de cotas raciais. Pois, a política das cotas visa corrigir a desigualdade existente entre negros e brancos no que tange à igualdade de condições ao acesso ao ensino universitário. Logo, aquilo que pode ser visto como um privilégio injustificável, por parecer um critério discriminatório, parece encontrar guarida no ordenamento jurídico pátrio sob a ótica da isonomia material porque busca corrigir desigualdades, incluir as populações negras e indígenas, e retirá-las de uma situação de vulnerabilidade.

Logo, a política pública em tela configura um privilégio que se justifica pelos motivos acima já expostos, não podendo ser considerada como um privilégio odioso e sim como um meio de dar concretude ao princípio da isonomia no que tange ao seu propósito.

Pois é cediço, neste país, que, ao longo do tempo, entre o período pós-abolicionista e até os dias de hoje, conforme demonstrado por estudos sociais, antropológicos e econômicos, os negros ainda se encontram em uma situação de muita desvantagem em relação à maioria da população³. Lembra-se que isso se deve também a um processo histórico, pois, após a abolição da escravatura, os negros foram alijados de uma gama significativa de direitos que lhes propiciassem o pleno desenvolvimento, fato que se deu em virtude da política de imigração, a qual atraiu para o país imigrantes alemães, italianos e eslavos para trabalhar em diferentes campos e funções. Dessa forma, a população negra foi alijada do mercado de trabalho, e conseqüentemente da possibilidade de ascensão social, política e cultural, sendo colocada à margem da sociedade, quadro que até hoje não se alterou muito.

³ Ibid., p. 19-31;39-84 e 94-129



Ao longo dos séculos foi adotada a ideia de que todos são iguais perante a lei apenas sob o aspecto formal, mas vários grupos de forma indireta, a exemplo dos negros, se mantiveram marginalizados, porque não se enxergou que para elevá-los a um patamar, de igualdade deveriam ser aplicadas medidas protetivas e assecuratórias. O princípio da isonomia era interpretado e aplicado de forma estanque.

Reconhecidamente sem uma educação e estudo decentes é difícil para qualquer pessoa ascender social e economicamente. E, até mesmo entre os que estudam, quanto mais especialização tiver mais chances terão de alcançar melhores posições⁴.

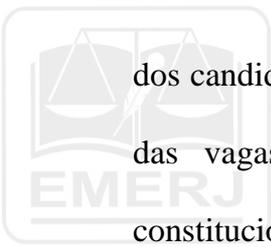
No entanto, o país adotou um sistema de acesso ao estudo universitário que não parece ser justo ou igualitário como preconiza a Constituição da República. Nesse sistema, pessoas que foram agraciadas pela oportunidade de terem condições de usufruírem de um padrão de vida melhor são colocados no mesmo contexto fático junto àqueles que vivem em uma situação de vulnerabilidade em vários aspectos, para competirem como se estivessem em igualdade de condições, trata-se do sistema da meritocracia injusta⁵.

Logo, o dispositivo não só deve ser visto em seu aspecto formal, como pensamento norteador que impõe igualdade de tratamento a todos, rechaçando a privilégios odiosos, mas deve ser observado também em seu aspecto material, na qual cada um deve ser tratado sim, de maneira diferenciada desde que o tratamento seja justificado pela condição em que a pessoa se encontra.

A fim de dar uma nova dinâmica, rompendo esse critério injusto de seleção, a política de cotas veio para corrigir esse sistema de competição desigual. Obrigando a fazer uma diferenciação entre os candidatos, levando em conta suas peculiaridades, como por exemplo, etnia, alunos egressos da rede pública, condição sócio econômica

⁴ Ibid., p.19-31;39-84 e 94-129

⁵ Ibid., p.19-31;39-84 e 94-129



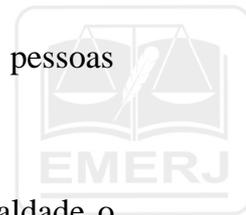
dos candidatos, separando-os dos demais, a fim de que possam competir entre si dentro das vagas destinadas aos cotistas. Logo, a medida ainda cumpre o objetivo constitucional inserto no artigo 3º da Magna Carta visando retirar a grande maioria da população brasileira, que é negra, de uma situação de vulnerabilidade. As ações afirmativas se coadunam com o dispositivo citado, também corrigem esse mecanismo injusto que durante décadas alijou a maioria da população do acesso à educação universitária e perpetuava uma mesma classe ocupando as vagas que davam acesso a esse ensino. Portanto, a política de cotas surgiu como resposta para corrigir essas desigualdades.

Portanto, foram causados aos negros, danos que podem ser evidenciados desde o pós abolicionismo até os dias de hoje com critérios que os preteriam da possível e talvez inevitável ascensão social, com a adoção de medidas que mais excluía e segregavam, destinando-os à marginalização e à vulnerabilidade. A ideia de corrigir desigualdades, reparar o mau que houve no passado e a adoção de políticas públicas de ação afirmativa reforçam a ideia de que as cotas também seriam uma forma de ressarcimento ou como os civilistas diriam, uma forma de compensação⁶.

Cabe ao Estado, ao reconhecer o dano causado, repará-lo e estendê-lo não só para universidades e concursos públicos, mas também para empresas privadas, desfiles de modas, novelas, comerciais e outros setores da iniciativa privada e da administração pública, buscando pelo menos aumentar a proporção de negros presentes nestes setores. O tema ainda é polêmico. Pois muitas pessoas são refratárias por entenderem que tal medida viola o princípio constitucional da igualdade, por ainda só enxergarem o referido princípio exclusivamente sob uma ótica formal⁷.

⁶ Ibid., p. 19-31;39-84 e 94-129

⁷ Ibid., p.19-31;39-84 e 94-129

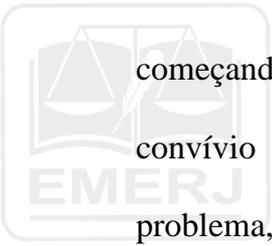


Daí surge a questão: se todos são iguais perante a lei, por que algumas pessoas merecem tratamento diferenciado?

A resposta reside na análise da correta extensão do princípio da igualdade o qual não se limita ao seu sentido formal conforme já supracitado. O princípio da igualdade, primordialmente, deve ser invocado em seu aspecto material, no qual se reconhece que, aqueles que são iguais deverão ser tratados de forma igual, porém aqueles que são desiguais deverão ser tratados levando em conta as suas peculiaridades. Cabe lembrar que cada um ou cada grupo tem suas peculiaridades, observando essas peculiaridades é que se saberá a justa medida que a lei ou qualquer mecanismo ou privilégio será ou não aplicado a estes. Tem-se verificado no que tange a tais peculiaridades, que o Estado tem reconhecido que há grupos mais carecedores de amparo e, por conta disso, passou a criar mecanismos de diferenciação para privilegiar grupos que se encontram em situação desfavorecida ou de maior vulnerabilidade a fim de que esses estejam em paridade de armas com os demais grupos, como a mulher que precisou de mais amparo como a concessão de auxílio a gestante e salário maternidade a fim de ser protegida dentro do mercado de trabalho e não ser preterida em relação ao homem⁸.

O Estado Brasileiro reconheceu negros e índios como povos que estariam nesse perfil, porém, lamentavelmente, muitas pessoas ainda enxergam a política de cotas para negros como um privilégio odioso, por enxergarem o negro apenas individualmente e não de forma coletiva. Parte da população insiste em não querer enxergar que os negros de forma coletiva encontram-se devido a razões históricas e sociais em situação mais desfavorecida e o pior é não enxergar que o sistema político-social de ascensão de classes, como ele existe, propiciam a esses, possibilidades diminutas de ascensão, já

⁸ Ibid., p. 19-31;39-84 e 94-129



começando por uma maior dificuldade de acesso a boas escolas, boas bibliotecas e ao convívio social que lhe dê mais oportunidades. Para se enxergar a dimensão do problema, é preciso ver o negro não como um ser individualizado, mas como um grupo e a luz de um contexto histórico-social, pois assim começa-se a entender a razão do privilégio e também do porquê da necessidade de ressarcir-lo do que já houve⁹.

Cabe ainda mencionar que os ministros do STF, Marco Aurélio de Mello, Celso Antônio de Mello e Joaquim Barbosa Gomes na mesma esteira e coadunando com o que foi descrito neste artigo, ao responderem se as cotas ferem o princípio da igualdade asseveram que a igualdade incerta no texto do artigo 5º da CRFB é uma igualdade formal, na qual todos são iguais perante a lei porém, a igualdade não é só isso, a igualdade de fato é algo a ser atingido, devendo ser promovida, garantindo a todos igualdade de oportunidades conforme artigo 3º da CRFB, logo as políticas afirmativas são constitucionais e necessárias. O assunto é encarado pela comunidade negra, em especial pelos cotistas como uma vitória. Para eles ser cotista é um orgulho. Pois por trás de tudo isso há um passado de lutas, sofrimento e hoje de conquistas. Há um compromisso assumido, um direito realizado, hoje os grupos antes segregados e sem perspectivas, se sentem mais reconhecidos e começam a aspirar patamares mais altos¹⁰.

2.AÇÕES AFIRMATIVAS

É de máxima importância tecer alguns comentários a respeito do que venham a ser as ações afirmativas. Em síntese, as ações afirmativas são mecanismos que buscam retirar algum grupo que esteja de alguma forma marginalizado ou desfavorecido e trazê-lo a uma condição de igualdade com o restante da sociedade. São medidas

⁹ GOMES, op. cit., p. 19-31;39-84 e 94-129

¹⁰ SEGALLA, Amauri; BRUGGER, Mariana; CARDOSO, Rodrigo. As Cotas Deram Certo. Revista *ISTO É*. São Paulo. Ano 37, nº 2264, p. 48-54, ABR/2013

extraordinárias e especiais voltadas a esses grupos discriminados ou vitimados por algum tipo de exclusão social ocorridos no passado ou até mesmo no presente. O objetivo dos que militam por essa política social seria atingir uma série de objetivos que não foram alcançados apenas com o combate a algum tipo de discriminação. A ideia central seria a de que não basta proibir, deve-se promover e levar em conta as diversidades e o pluralismo, de forma que haja uma transformação no comportamento e na mentalidade da sociedade¹¹.

As ações afirmativas são feitas através de políticas que propiciem uma maior participação desses grupos discriminados em diversos setores como na saúde, educação, economia, cultura bem como na aquisição de bens materiais. Atualmente, existem muitas ações afirmativas no Brasil. Dentre elas destacam-se as concessões de bolsas de estudo, medidas de proteção diferenciada para grupos ameaçados, por exemplo a Lei Maria da Penha e a política de acesso a educação por meio das cotas, que vem a ser uma espécie do gênero ações afirmativas. Cabe ainda esclarecer que não se trata de medidas anti-discriminatórias. Pois, essas apenas visam a reprimir os discriminadores ou conscientizar aqueles que possam vir a discriminar. Já as ações afirmativas são preventivas e reparadoras, no sentido de favorecer indivíduos que historicamente foram discriminados e desfavorecidos¹².

3. CONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA

Após várias discussões, o pretório excelso enfrentou a questão e entendeu que a política de cotas aplicadas nas universidades se coadunam com a Constituição Federal e são aptas para corrigirem o histórico de discriminação racial no país. A questão foi

¹¹ BRASIL. ministério da educação. Educação para as relações étnico-raciais: ações afirmativas (Cotas/Prouni). Disponível em www.ministeriodaeducacao.gov.br acesso em 18/06/2015.

¹² Ibid.



enfrentada pela suprema corte no bojo da ADPF 186 a qual foi deflagrada pelo DEM com a finalidade de discutir a constitucionalidade da iniciativa adotada pela UNB que assegura a reserva de 20 % das vagas de seus vestibulares para negros e para índios, independente de vestibular¹³.

Em que pese a expressiva vitória em plenário, o relator da ação, o ministro Ricardo Lewandowsky, assinalou a provisoriedade das cotas, pois a medida que as desigualdades forem desaparecendo não há que se aplicar a política das cotas, pois eternizar tal medida seria o mesmo que dizer que a desigualdade a qual se pretende combater nunca desaparecerá, já o ministro Joaquim Barbosa, autor de vários artigos sobre o assunto, em uma de suas obras, reproduziu em um trecho de seu trabalho dizendo que a discriminação esta diretamente ligada a competição, pois quanto mais intensa é a discriminação mais poderosos são os meios e mecanismos que impedem o grupo discriminado a confrontar em paridade de armas e igualdade de condições o grupo discriminador . Logo, é previsível que aqueles que sempre se beneficiaram com o *status quo* não só preguem a sua manutenção como também demonstrem inconformismo com a medida¹⁴.

Portanto, a política de cotas, afrontando essa dinâmica perversa, qual seja a manutenção do *status quo* e da meritocracia injusta da atual política de ingresso nas universidades públicas, natural que sofra oposição sobretudo daqueles que se beneficiam ou se beneficiaram da discriminação de que são vítimas os grupos minoritários.

O ministro ainda define as ações afirmativas como políticas públicas voltadas à concretização do princípio da igualdade material e a neutralização dos efeitos perversos

¹³ SANTOS, DÉBORA. G1. STF decide, por unanimidade, pela constitucionalidade das cotas raciais. Disponível em <http://g1.globo.com/educacao/noticia/2012/04> acesso em 18/06/2015.

¹⁴ Ibid.



dos diversos tipos de discriminação (racial, de gênero, de idade, de origem e compleição física).

Agora, com as ações afirmativas, a igualdade deixa de ser algo estanque e passa ser um objetivo constitucional a ser alicerçado pelo Estado.

As ações afirmativas não são ações típicas de Estado, podendo inclusive serem adotadas pela iniciativa privada e até mesmo pelo poder judiciário como ocorreu no sul dos Estados Unidos onde a exclusão era tão absoluta e a discriminação tão flagrante que não houve outra alternativa senão, o próprio judiciário impor medidas de ação afirmativa. O ministro Joaquim Barbosa Gomes, realçou que, nenhuma nação obtém o respeito internacional enquanto mantém em seu plano interno, grupos discriminados. Na história contemporânea não há registro de nenhuma nação que tenha se erguido de uma condição periférica à condição de potência política e econômica, digna de respeito na cena política internacional, mantendo no plano interno uma política de exclusão, sendo ela aberta ou dissimulada, em relação a uma parcela expressiva da sua população¹⁵.

Ao debater a constitucionalidade da medida dos onze ministros apenas o ministro Dias Toffoli não participou do julgamento, porque, anteriormente, havia elaborado um parecer a favor das cotas quando era advogado geral da união.

Em plenário, o ministro Lewandowsky enfatizou que até hoje os critérios sociais e econômicos utilizados para ingresso nas universidades se mostram insuficientes para promover a inclusão, mostrando a necessidade de incorporar critérios étnicos. Dando continuidade à votação, o ministro Luiz Fux declarou que ao longo dos anos a opressão racial da sociedade escravocrata brasileira deixou cicatrizes que se refletem na diferenciação dos afrodescendentes¹⁶.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.



Em seguida, a ministra Rosa Weber, aduziu que se os negros não chegam às universidades por óbvio não compartilham de igualdade de condições e chances com os brancos. Se a quantidade de negros e brancos fosse equilibrada poder-se ia se dizer que o fator cor não é relevante. Já a ministra Carmen Lúcia, embora pense que as ações afirmativas não sejam a melhor das opções, pois segundo a ministra, o melhor seria ter uma sociedade na qual todos fossem livres para serem o que quiserem. Mas, como assim não ocorreu ao longo dos anos, a ministra entende que cotas é uma necessidade para uma sociedade onde isso não ocorreu naturalmente. Na sessão o ministro Joaquim Barbosa, entendeu que as ações afirmativas visam combater não somente manifestações flagrantes de discriminação, mas a discriminação de fato, que é absolutamente enraizada na sociedade e é tão enraizada que as pessoas nem a percebem¹⁷.

Prosseguindo, o ministro Cezar Peluso entendeu a política de cotas como adequada, necessária e com peso suficiente para justificar as restrições que trazem direitos a outras etnias. Porém, é uma experiência que faz o Estado brasileiro, a qual pode ser controlada e aperfeiçoada. Durante a audiência, o ministro Gilmar Mendes, embora tenha votado a favor das cotas, chamou a atenção para a ocorrência de eventuais distorções que poderão advir caso tal critério adotado na política de cotas raciais não seja combinado com um critério sócio-econômico. O ministro chamou a reflexão sobre as possíveis distorções eventualmente involuntárias e eventuais de caráter voluntário que podem ocorrer e ressaltou também sobre a atuação de um “tribunal” que opera quase que sem transparência nenhuma. Que tem o poder de decidir quem é negro e quem é branco em uma sociedade altamente miscigenada. Contudo, o ministro Gilmar Mendes ainda propôs a revisão do modelo criado pela UNB, que segundo ele, “ainda é constitucional”, mas se for mantido como está pode vir a ferir a constituição¹⁸.

¹⁷ Ibid.

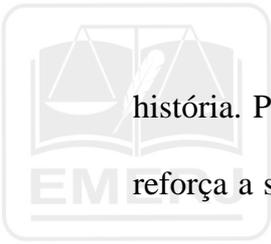
¹⁸ Ibid.



Em seguida, em sucinta e não menos importante análise, o ministro Marco Aurélio, não só reconheceu que há uma dívida da sociedade brasileira quanto aos negros bem como a necessidade de pagá-la a fim de alcançar e dar concretude ao princípio da igualdade. O ministro Celso de Mello, à luz do direito internacional, traz à baila compromissos internacionais assumidos pelo Brasil que impõem a execução responsável dos compromissos assumidos nesses pactos em relação a todas as pessoas, mas principalmente em relação aos grupos vulneráveis que sofrem a perversidade da discriminação em razão de sua origem étnica ou social. Por fim, o ministro Ayres Brito assinala a importância de dar um *plus* na política pública promocional de igualdade, não bastando proteger, é preciso promover, elevar e fazer com que os demais segmentos ascendam ¹⁹.

No entanto, a despeito da vitória expressiva em plenário houve quem pugnasse pela inconstitucionalidade da política de cotas. A advogada do DEM, a doutora Roberta Kauffman apresentou argumentos contrários. Primeiro, destacando o caso dos irmãos gêmeos univitelinos, que se inscreveram no vestibular da UNB juntos e um foi aprovado pelo sistema de cotas e o outro não. A advogada tentou demonstrar assim a falibilidade do critério de seleção pelo sistema de cotas, asseverando ainda que os critérios para ver quem seria beneficiado pela política de cotas seriam critérios mágicos e místicos. Ato contínuo, Roberta ainda afirma que a imposição de um estado racializado traz consequências perversas para a formação da identidade de uma nação, não existindo nem racismo bom nem racismo politicamente correto. Tais argumentos foram refutados pela doutora Indira Quaresma. A advogada da UNB sustentou que a medida adotada pela universidade visa corrigir a falta de acesso dos negros à universidade, os quais foram alijados de riquezas econômicas e intelectuais ao longo da

¹⁹ Ibid.



história. Por fim, Indira Quaresma ressalta que a ausência de negros nas universidades reforça a segregação racial. A advogada relata que a UNB retira os negros dos campos de concentração de exclusão e os coloca na universidade ²⁰.

CONCLUSÃO

Logo, após demonstrar e definir o que vem a ser as políticas de ações afirmativas e verificar que a política de cotas é parte do universo englobado pelas ações afirmativas, chegou-se à conclusão de que a medida, ao visar corrigir desigualdades perpetradas ao longo dos anos, se coaduna com o princípio da isonomia no que tange ao seu aspecto material, que obriga a dispensar tratamento diferenciado em virtude das peculiaridades de cada indivíduo e de cada grupo. Na mesma esteira, o Supremo Tribunal Federal assinalou a constitucionalidade da medida no bojo da ADPF 186, votada no dia 26 de abril de 2012.

Cabe acrescentar ainda que independente da classe social, econômica e cultural que hoje ocupem praticamente todos os negros foram vítimas dos resquícios da tirania escravocrata e também dos mecanismos perversos que os mantêm na condição de vulnerabilidade que ainda se encontram.

Portanto, é inadmissível a ideia de associar, além do fato de ser negro a exigência de uma condição sócio-econômica desfavorável, pois, ao adotar tal critério estará, de alguma forma, punindo os negros que ascenderam, vencendo obstáculos muitas vezes desumanos. Para tentar exemplificar o que fora dito, cita-se, por exemplo, o caso de dois irmãos que recebem uma herança ou até uma compensação, em virtude de serem filhos do mesmo pai, que embora fosse um homem abastado economicamente

²⁰ Ibid.



abandonou os filhos infligidos a eles em virtude disso a uma situação de preterição de direitos básicos e de vulnerabilidade. Com o advento de eventual sentença judicial que reconheça o vínculo paterno e o consequente direito de herança ou os danos sofridos ao longo da vida desses dois irmãos, caso um deles tenha prosperado, tal motivo daria ensejo para que esse seja excluído da partilha ou da compensação pelos danos sofrido já que também foi abandonado, pelo contrário, ambos terão o mesmo direito o que implicará na divisão da herança e possivelmente da compensação em partes iguais.

Sabe-se que, todo instituto modernamente introduzido no país, deve ser aperfeiçoado. Logo, o critério acima esposado, não pode servir como mais um meio de segregar, ainda que seja para afastar a população negra favorecida economicamente, mas poderá ser utilizado como critério desempate entre dois candidatos negros que tenham concorrido pelo sistema de cotas.

A insistência na ideia de que todos os negros devem ser contemplados é extraída da ideia de que cotas não é um privilégio e sim um ressarcimento por um ato ilícito cometido contra um povo.

Superada a fase do reconhecimento da constitucionalidade das cotas. É preciso que as instituições democráticas e a iniciativa privada recuperem os anos perdidos e as sequelas deixadas em todas as camadas sociais, em todos os órgãos do serviço público e em seus respectivos concursos, nas empresas privadas, na televisão, nas propagandas, filmes, teatros e novelas, com a implantação da política de cotas.

Logo, a conclusão a que se chega é de que a política de cotas é uma espécie de ação afirmativa que dá concretude ao princípio da igualdade em seu aspecto material.

Porém, não deve o legislador se limitar a um só setor, mas ampliar o campo de incidência do instituto e também evitar fraudes.



Deve-se criar critérios eficazes de aferição da raça. Neste trabalho, é sugerido que tal aferição seja feita pelo critério do fenótipo. Pois esse é o meio mais seguro para se verificar se o candidato agraciado é negro, se é afrodescendente, se realmente tem aparência e traços de negro, porque são os que têm aparência e traços típicos da raça é que sofrem a discriminação, preconceito e são estigmatizados.

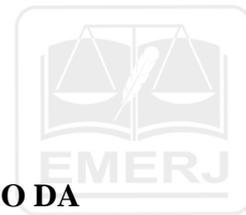
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. ministério da educação. educação para as relações étnico-raciais: ações afirmativas (Cotas/Prouni). Disponível em www.ministeriodaeducacao.gov.br acesso em 18/06/2015.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A Experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SANTOS, DÉBORA. G1. STF decide, por unanimidade, pela constitucionalidade das cotas raciais. Disponível em <http://g1.globo.com/educacao/noticia/2012/04> acesso em 18/06/2015.

SEGALLA, Amauri; BRUGGER, Mariana; CARDOSO, Rodrigo. As Cotas Deram Certo. Revista *ISTO É*. São Paulo. Ano 37, nº 2264, ABR/2013.



A EFICÁCIA DA RESSOCIALIZAÇÃO JUVENIL ATRAVÉS DA EXECUÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO

Maria Clara Freitas Ferreira Moreira

Graduada pela Universidade Candido Mendes e advogada pós graduanda na EMERJ.

Resumo: O presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo realizar um levantamento teórico sobre o tratamento dispensado aos adolescentes em conflito com a lei, com ênfase no tratamento expresso nos dispositivos legais e a realidade de um estabelecimento de cumprimento de medida de internação. No curso do trabalho é analisada a mudança de paradigma no trato do adolescente infrator, estatuído na Lei 8069/1990, bem como com a própria Constituição Federal. A comparação entre do discurso jurídico e sua efetividade foi fomentado a partir da vivência em uma unidade de internação. O estudo desenvolvido orientou-se na busca de resposta para uma indagação inquietante: o sistema socioeducativo é capaz de alcançar a ressocialização dos adolescentes?

Palavras-Chave: Adolescente. Conflito. Lei. Estatuto. Criança. Adolescente. Ressocialização. Ato. Infracional.

Sumário: Introdução. 1. Adolescentes em conflito com a lei na história 2. Finalidade Alcançada- Um relato da realidade de uma unidade socioeducativa 3. Solução proposta para a questão enfrentadas pelos adolescentes em conflito com a lei. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Com o fim da ditadura militar vivida no Brasil, começa a ser construído um novo cenário, dando espaço a opiniões e posturas diferentes da anteriormente enfrentada, nasceu então o Estado Democrático de Direito no Brasil.

E foi nesse contexto que em 1990 surgiu a Lei 8669, denominada de Estatuto da Criança e do Adolescente. Abandonando o Código de menores, o ECA passou a tratar o adolescente como sujeito de direito e não como um objeto. A referida lei trouxe um ganho gigantesco no tratamento desses jovens, no entanto sua efetivação é ínfima, haja vista que a própria mentalidade social enxerga aqueles que cometem ato infracional como os grandes responsáveis pela violência de forma geral.

Deve-se analisar, nesse contexto, se as medidas impostas aos adolescentes em conflito com a lei, com o fim de reeducá-los, estão cumprindo, em alguma medida, com a sua finalidade e se representam a melhor alternativa para o futuro da juventude brasileira. Com relação a esse ponto, também devemos tratar do amplo debate a cerca da redução da maioria penal, uma vez que, no que tange ao tema violência praticada por adolescente, no



fim a grande pergunta é se a solução não seria a maior punição daqueles que praticaram atos infracionais, mostrando- se como a solução para toda essa questão envolvendo esses jovens.

O objetivo neste trabalho é problematizar esse enfrentamento no que tange aos adolescentes autores de ato infracional, no sentido de construir uma visão real do que esses adolescentes são, do que eles precisam para saírem dessa condição, de que forma eles cumprem essa medida de internação e o que eles realmente representam para a onda de violência vivida na cidade do Rio de Janeiro.

E para alcançar o objetivo supra citado, analisar-se-á a questão jurídica das medidas, assim como sua aplicabilidade e eficácia da medida de internação na sociedade atual. Com o estudo em relação aos agentes envolvidos em toda essa trama e quanto ainda é preciso caminhar para haver a efetivação das previsões legislativas reservadas a esses jovens.

1. ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI NA HISTÓRIA

Foi no período imperial que começaram as preocupações com os infratores. Na vigência das Ordenações Filipinas a imputabilidade penal era alcançada aos sete anos de idade. Aqueles que possuíam entre sete e dezessete anos já possuíam tratamento similar ao do adulto, com atenuação da aplicação da pena, entretanto dos dezessete aos vinte e um anos já poderiam sofrer a pena de morte natural, caracterizada pelo enforcamento, por já serem considerados jovens adultos.¹

O Código Penal do Império, do ano de 1830, introduziu a necessidade de exame de discernimento para a aplicação de pena. Assim, os menores de quatorze anos eram considerados inimputáveis, entretanto aqueles que estivessem na faixa dos sete aos quatorze e tivessem discernimento, poderiam ser encaminhado para as casas de correção onde poderiam ficar até seus dezessete anos de idade. O critério do discernimento foi mantido até 1921, quando a Lei nº 4.242 deixou de lado o sistema biopsicológico pelo critério da imputabilidade de acordo com a idade, saindo de um critério subjetivo e passando para um critério objetivo.²

O primeiro Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, durante o período republicano, muito se assemelhou ao código anterior, diferindo apenas com relação à idade da imputabilidade. Os menores de nove anos eram considerados inimputáveis, sendo que para aqueles que possuíam entre sete e quatorze anos de idade era preciso verificar o grau de discernimento.

Para aqueles que não cometiam qualquer transgressão a legislação penal, a ação era através da Igreja. A primeira casa de recolhimento de crianças no Brasil foi fundada em 1551, em que os jesuítas tinham como objetivo isolar as crianças índias e negras dos pais, por considerá-los uma má influência.

A prática de abandono de crianças tornou-se comum no século XVIII, principalmente crianças ilegítimas, filhos de escravas com os senhores proprietários, eram deixados nas portas de igrejas e conventos. E é com a intenção de solucionar esse problema que a Roda dos expostos foi importada da Europa e, mantida aqui pela Santa Casa de Misericórdia.

¹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 05.

² Ibid., p. 05.



No ano de 1912, o Deputado João Chaves apresentou um projeto de lei que afastava a criança e o adolescente do processo penal, propondo uma especialização tanto dos tribunais quanto dos próprios juízes. Essa proposta representa uma mudança de paradigma no tratamento da criança e do adolescente.³

Nessa época, o cenário internacional também estava voltado para estabelecer um tratamento diferenciado dos menores. O Congresso Internacional de Menores em Paris, em 1911 e a Declaração de Gênova de Direitos da Criança, em 1924 são eventos que evidenciam o destaque dispensado para o tema.

Nesse contexto de mudanças foi criado o primeiro Código de Menores, Decreto nº 5.083, no ano de 1926, que cuidava dos menores abandonados. A orientação era de que o Estado teria o dever de proteger os menores, mesmo que garantias fossem suprimidas. Esse Decreto depois foi substituído pelo Código de Mello Mattos, em 1927. Com base no novo código, ficava a cargo do juiz decidir o destino dos menores⁴.

No referido Código havia medidas assistencialistas que tinham por objetivo reduzir o número de menores em situação de risco, isto é, moradores de rua. Por outro lado, a responsabilidade penal daqueles que possuíam entre quatorze e dezoito anos, merecia punição, embora atenuada. Aqueles que tinham até quatorze anos recebiam a punição com objetivo meramente educacional. Nesse momento já fica construída a categoria do Menor, caracterizando uma infância pobre e potencialmente perigosa.

Em 1941, foi criado o SAM- Serviço de Assistência ao Menor, isso porque a Constituição de 1937 devido às lutas dos direitos humanos buscou ampliar o horizonte social da infância e da juventude⁵.

Assim, a tutela da infância ficou caracterizada pela quebra do vínculo familiar e este substituído pelo vínculo institucional, tentando adequar, portanto, a conduta do menor com o comportamento ditado pelo Estado. Isso tudo com o objetivo de recuperar o menor, sempre com uma preocupação correccional e não afetiva.

No ano de 1943, foi instalada uma Comissão Revisora do Código de Mello Mattos, para dar uma roupagem mais social e jurídica, visto que os problemas relacionados às crianças e aos adolescentes eram sociais. O projeto foi permeado pelo pós- Segunda Guerra com uma visão em prol dos direitos humanos que levaram a ONU a elaborar a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948. Em 1959 tivemos a publicação da Declaração

³ Ibid., p. 06.

⁴ Ibid., p. 06.

⁵ Ibid., p. 07.



dos Direitos da Criança, instrumento jurídico que serviu de fundamento para a doutrina de Proteção Integral⁶.

A década de 60 foi bastante complicada para o Brasil. O SAM sofreu críticas que levaram a sua extinção em 64, sob as alegações de desvio de verbas, superlotação e incapacidade de recuperação dos internos. Logo com o fim do SAM, foi criada a FUNABEM-Fundação Nacional do Bem- Estar do Menor.

A FUNABEM, na prática era mais um instrumento de controle do regime político autoritário exercido pelos militares. Em nome da segurança nacional buscava-se reduzir ou anular as ameaças ou pressões antagônicas de qualquer origem, mesmo se tratando de menores, elevados, naquele momento histórico, à categoria de “problema de segurança nacional”. Em 1967 houve a redução da maioridade penal para dezesseis anos, com a Lei 5228 e dos dezesseis aos dezoito teria avaliação pelo critério subjetivo, caracterizado pela capacidade de discernimento. Mas já no ano seguinte cessa-se o retrocesso e a imputabilidade volta a ser aferida para os maiores de 18 anos de idade.

As discussões sobre o que seria o Código de Menores começaram no final dos anos 60 e início dos anos 70, sendo que somente em 1979 foi publicada a Lei nº 6697. A referida Lei consolidou a doutrina da situação irregular, segregando através da internação dos estigmatizados carentes e delinquentes como a única possível solução.

Com o fim da Ditadura Militar e com o advento da Constituição Federal de 1988 ocorreram inúmeras mudanças no ordenamento jurídico e o mais importante foi o estabelecimento de novos paradigmas. Esse novo modelo prima pelo resguardo da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, atendendo ao binômio coletivo/ social.

No âmbito do direito da criança e da juventude, é rompido o modelo da situação irregular sendo adotada doutrina da proteção integral. A ruptura com o paradigma antigo deu-se em grande medida em virtude de movimentos sociais como o Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua. Esta organização popular resultou do 1º Encontro Nacional dos Meninos e Meninas de Rua, realizado em 1984, cujo objetivo era sensibilizar a sociedade e discutir a questão dos estigmatizados “menores abandonados”. Esse movimento foi um grande mobilizador nacional pela busca de uma atuação da própria sociedade na área da infância e da juventude, buscando assim uma constituição que assegurasse e ampliasse os direitos das crianças e adolescentes⁷.

⁶ Ibid.,p. 07.

⁷ Ibid.,p. 08.



A inclusão dos artigos 227 e 228 na Carta Magna consagrou a constitucionalização dos direitos dos infante-juvenis. Entretanto, para regulamentar e implementar o novo sistema foi promulgada a Lei 8069 em 1990, fruto da articulação dos movimentos sociais, políticas públicas e os agentes jurídicos⁸.

Os movimentos sociais reivindicaram e pressionaram, e, os agentes jurídicos traduziram os anseios da própria sociedade incumbindo ao poder público, através das casas legislativas, o dever de efetivar os anseios sociais e a determinação constitucional.

Nesse viés, entra em vigor o denominado Estatuto da Criança e do Adolescente, que vai além de ser apenas uma lei, enunciando regras do direito material. Consiste na verdade em um microsistema, mostrando todo o instrumental necessário e indispensável para a efetivação da norma constitucional de ampla tutela dos infante-juvenis.

A Lei 8069/90 e a própria Constituição Federal, deixam de lado a Doutrina da Situação irregular, marcada pela judicialização da infância marcada pelo binômio abandono-delinquência. A adoção do ECA representa um marco no tratamento jurídico dispensado à criança e ao adolescente em conflito com a lei.

Implementa-se nesse novo quadro a Doutrina da Proteção Integral, segundo a qual crianças e adolescentes são titulares de direitos. Assim, para a efetivação desses direitos há um sistema municipal, em que se estabelece a política de atendimento ao público infante-juvenil através do Conselho Municipal de Direito da Criança e do Adolescente- CMDCA, em parceria com a própria sociedade civil.

Trata-se de um novo modelo, democrático e participativo, no qual a família, sociedade e estados são co-gestores do sistema de garantias que não se restringe à infância e juventude pobres, protagonistas da doutrina da situação irregular, mas sim a todas as crianças e adolescentes, pobres ou ricos, lesados em seus direitos fundamentais de pessoas em desenvolvimento.⁹

A implementação desse sistema de garantias que representa o verdadeiro desafio aos operadores da área da infância e da juventude. O aspecto formal, com a Constituição de 1988 e com a Lei 8069/90, representa o avanço formal, mas é necessário ver a implementação no plano prático, aplicando a nova sistemática objetivando que haja um tratamento mais justo, igualitário e digno as crianças e adolescentes.

⁸ Ibid.,p. 08.

⁹ Ibid.,p. 10.

2. FINALIDADE ALCANÇADA- VISÃO DA REALIDADE DE UMA UNIDADE SÓCIOEDUCATIVA

O presente capítulo tem por finalidade estabelecer uma comparação entre o texto legal, analisado acima, e a realidade de uma unidade de internação. Com o propósito de verificar em que medida o tratamento dispensado aos adolescentes está adequado à legislação.

A partir dessa vivência é possível afirmar que a realidade observada em uma unidade de internação configura um cenário bem diferente do que foi proposto pelo legislador. Na verdade, os fins perseguidos pelo legislador através da Lei 8069/90, que é considerada uma das mais modernas do mundo, inclusive copiada por diversos países, estão distantes da realidade.

O Estatuto é autoaplicável, contudo, faz-se necessário torná-lo efetivo, que ao contrário do que muitos pensam não permite a impunidade. Nela encontram-se sanções para os casos de adolescente em conflito com a lei. Falta é a executoriedade daquilo que disserta o texto legal.

Diante disso, fica claro que não adianta a criação de novas leis ou modificá-las, se as que estão em vigência ainda não conseguiram ser aplicadas. A primeira regra que deveria ser observada para fazer aplicar a Lei 8069/90 é a destinação do orçamento com prioridade para as crianças e adolescentes.

Assim como ocorre no sistema prisional, o universo socioeducativo é carente de recursos materiais e humanos. Por outro lado, percebe-se a deterioração das relações familiares, a escassez de carinho e cuidado parental, não há amparo afetivo aos adolescentes. Na grande maioria das vezes a família é monoparental, salvo raras exceções há a presença do genitor no seio da família. Assim, quando a genitora se dá conta já perdeu a autoridade sobre o adolescente e ele já cometeu o ato infracional.

Dentro desse quadro caótico o adolescente sofre o abandono social que começa pela própria família, constituída em quase todos os casos por genitores que, muitas vezes por falta de expectativa de vida, tornam-se dependentes químicos e/ou alcoólatras, desempregados, estão presos, ou ainda não oferecem qualquer sensação de segurança e exemplo a ser seguido pelos seus filhos.



Some-se a isso a baixa escolaridade, a falta de oportunidades de emprego digno, condições econômicas precárias, raras oportunidades de acesso à cultura, lazer e esportes. Enfim, um quadro de abandono material e psicológico por parte da família e sociedade.

Além disso, é importante levar em consideração a necessidade que os jovens têm de se auto-afirmarem. A convivência em grupo impõe o compartilhamento de comportamentos e a aceitação de desafios para que o indivíduo seja aceito pelos demais.

Na realidade, o maior problema enfrentado pelo sistema socioeducativo é a falta de vontade política em investir na efetivação da legislação. O que há são profissionais mal remunerados e mal qualificados, a qualificação, nesse caso, consiste em uma qualificação específica no trato dos adolescentes, os psicólogos e assistentes sociais necessitam de uma qualificação especial para trabalharem com adolescentes que se encontram em condição peculiar, a de internos em uma unidade realizando o cumprimento de medida socioeducativa.

Além da má remuneração, jornadas de trabalho extenuantes são fatores que contribuem para o desgaste dos agentes do Departamento geral de ações socioeducativas-DEGASE, responsáveis pela segurança da unidade e pela vigilância dos alojamentos onde se encontram os adolescentes, bem como eventuais descolamentos para comparecimento no Fórum ou Varas da Infância e Juventude. Os agentes ficam submetidos a jornadas de trabalhos muito longas e em condições ruins, e com o contato direto com os próprios adolescentes, acarreta uma convivência turbulenta, que muitas vezes culmina até em agressões.

Importante salientar, pelo perfil dos adolescentes internados serem de baixa renda, o que ocorre é uma falta de interesse do setor privado na realização de defesa dos adolescentes, sendo o trabalho da defensoria de extrema importância na guarda dos direitos desses adolescentes. Dessa forma, na grande maioria dos casos, quem realiza a defesa técnica e presta esclarecimentos na unidade são os defensores, que se mostram profundamente qualificados e atentos com relação à própria vivência desses menores na unidade.

Para analisar a possível efetividade ou não das medidas socioeducativas, existem dois aspectos que precisam ser considerados: de um lado tem-se o ordenamento jurídico prevendo uma série de normas que asseguram um tratamento digno aos adolescentes em conflito com a lei. Registre-se novamente, legislação elogiada e copiada por outros países. Por outro lado, a inefetividade das disposições legais por falta de investimentos em recursos humanos e materiais. Profissionais formados para primar pela disciplina e segurança não podem, ao mesmo tempo, promover a dignidade dos adolescentes em conflito com a lei.

Da mesma forma que a pena de prisão não consegue ressocializar as pessoas submetidas a uma pena privativa de liberdade, as medidas de internação também não atingem os fins estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente. Isso ocorre, dentre outros motivos, porque para alcançar a pretendida socialização/integração social é preciso levar em consideração que os adolescentes que lá se encontram nunca foram socializados, então não há que se falar em ressocialização. Também é preciso considerar que a reintegração social deve levar em conta o meio social no qual os adolescentes estão inseridos.

Importante observar que a porcentagem de adolescentes que precisam ser socializados através das medidas previstas na Lei 8069 representa 80% daqueles que estão internados. Assim, com um pequeno investimento realizado pelo Departamento Geral das Ações Socioeducativas- DEGASE na qualificação dos defensores no trabalho com adolescentes, já resultou em uma diminuição do número de jovens internados.

Dessa forma, percebe-se que o sistema protetivo, na prática, encontra-se divorciado dos fins propostos pela legislação especial. Esse quadro poderia ser alterado se o sistema socioeducativo, quando recebe um adolescente em uma unidade, dialogasse com o sistema protetivo, no sentido de oferecer através das equipes técnicas de ambos os sistemas um suporte efetivo. Também é preciso oferecer um suporte à família do adolescente, para que ao término do cumprimento da medida esse jovem pudesse encontrar uma estrutura familiar capaz de auxiliá-lo nessa socialização.

E, por fim, a grande maioria das pessoas, isso inclui também autoridades, deveria ser conscientizada quanto à importância de se tratar de maneira diferenciada os adolescentes em conflito com a lei. Que a reintegração só pode ser alcançada com medidas protetivas, que não deve haver uma maior punição desses jovens, mas sim que possa ser propiciado a ele o que lhes é de direito, todas as garantias constitucionais de que um adolescente goza, como qualquer outra pessoa, além das garantias especiais por ser pessoa em desenvolvimento.

Não é necessário mais punição, visto que esses jovens já são punidos pela carência de estrutura e instrução para poderem gozar a condição que lhes é devida, de ser adolescente e poder se desenvolver de maneira saudável.

2.1 OS OPERADORES DO SISTEMA



Os operadores do Sistema Socioeducativo são aqueles que pertencem ao DEGASE e atuam no funcionamento da unidade de internção. Compreendem eles: diretores, parte administrativa e os próprios agentes.

O diretor ocupa o posto mais elevado dos funcionários de uma unidade, ele é o indivíduo com a responsabilidade de dirigir e administrar a unidade de internção. Obviamente que o diretor não pode realizar esse trabalho sozinho, por isso necessita de uma equipe ao seu lado, dando o auxílio necessário para que a unidade funcione. Sua atribuição é zelar pela disciplina e segurança.

Na área administrativa há uma equipe que cuida de todas as informações do adolescente, formando uma pasta com todas as informações a ele referentes. Nessa pasta devem conter algumas informações sobre a internção do adolescente, como cópia da representação por exemplo. Além disso, deve ter xerox de documentos de identificação, relatório psicossocial, se houver, informações sobre a família, qualquer informação sobre medida anteriormente imposta se for relevante, Folha de Antecedentes Infracionais- FAI etc.

E os agentes do DEGASE, são aqueles que se encontram em contato direto e intenso com o adolescente. Acompanham os adolescentes nas saídas para atividades externas e na própria locomoção dentro da unidade de internção. Além de serem responsáveis pela fiscalização dos adolescentes quando estes já se encontram no alojamento.

Importante salientar que ao longo dos anos houve uma mudança estrutural muito grande no que tange a atuação dos agentes do DEGASE. Por volta do ano 2000 era comum a tortura e o comércio dentro das unidades de internção. Havendo inclusive, a necessidade de se efetuarem prisões em flagrante por parte dos Defensores Públicos para combater as irregularidades realizadas pelos agentes.

Atualmente o cenário encontra-se mais adequado à legislação, o DEGASE agora faz parte da estrutura da Secretaria de Educação, antes esses profissionais tinham a idéia de Segurança Pública. Hoje com entrada na secretaria de educação, os agentes do DEGASE tem a consciência de que o objetivo é socioeducacional, que eles estão ali como agentes de educação e não só como agentes de disciplina.

Atualmente o panorama é de investimento no DEGASE em qualificação dos seus profissionais, havendo como foi visto uma mudança no quadro de atuação dos agentes, que atualmente realizam um trabalho mais especializado e consciente.

2.2 O CORPO TÉCNICO

A ressocialização do adolescente será avaliada pelo juiz a cada 6 (seis) meses no máximo¹⁰. A base para a reavaliação do adolescente é o relatório psicossocial elaborado pela equipe técnica da unidade onde o jovem se encontra internado. O corpo técnico é composto de: psicólogos, pedagogos, assistentes sociais e psiquiatras. Cada um possui uma tarefa, relacionada com sua qualificação profissional.

No relatório será informado ao juiz sobre a relação do jovem com a sua família, sua avaliação psicológica, se a medida está cumprindo o objetivo de ressocialização, seu rendimento escolar, comportamento na unidade e se ocorre a prática de cursos profissionalizantes, atividades esportivas e projetos oferecidos nas unidades, como o Afrorregae por exemplo. O relatório é formado por um parecer social, um psicológico e um pedagógico, sendo ao final conclusivo apontando para o juiz se, na opinião daquela equipe que acompanha o adolescente desde o início do cumprimento da medida, o melhor para o adolescente é a manutenção da internação ou a progressão para uma medida mais branda.

Como é possível observar, a medida de internação depende quase que exclusivamente do comportamento do adolescente durante sua execução. Claro que, na prática, é impossível que em um ato grave, como roubo por exemplo, o juiz progrida o adolescente para medida menos gravosa no primeiro relatório. O que não é certo, visto que a gravidade do ato deverá ser analisada somente no momento da aplicação da medida socioeducativa e não na sua reavaliação.

Prosseguindo com a linha de raciocínio o psicólogo desenvolve o seu trabalho através da avaliação psicológica para subsidiar a realização do Plano Individual de Atendimento, e depois as avaliações do plano de atendimento para acompanhar o desenvolvimento comportamental do adolescente na unidade e a partir daí poder fazer uma avaliação detalhada e auxiliar o juiz na hora da reavaliação do adolescente.

Fica a critério do psicólogo a utilização de testes auxiliares para a compreensão/definição da personalidade do adolescente. Além disso, ele também poderá prestar atendimento ao grupo familiar quando for verificada pela equipe técnica e, for

¹⁰ Artigo 121, §2º, Lei 8069/90. Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. § 2º A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses.



considerada necessário, visando contribuir no entendimento e intervenção da dinâmica familiar.

O assistente social, no âmbito da unidade de internação, desenvolverá o seu trabalho basicamente em dois âmbitos: a unidade de internação e no local de origem.

A perspectiva deve ser de atenção integral ao adolescente, buscando-se nesses espaços orientar o jovem em relação a projetos de vida, a necessidade de escolarização e profissionalização.

Importante o acompanhamento sistemático ao adolescente e à sua família, trabalhando o convívio familiar, com uma reformulação de condutas pessoais e uma atenção especial ao relacionamento interpessoal com vistas ao retorno do adolescente à comunidade.

Desse modo, o papel do Assistente Social é acompanhar o adolescente durante o período de recolhimento, objetivando restabelecer ou consolidar os vínculos familiares. O método de trabalho baseia-se em um estudo do indivíduo, do grupo ou da comunidade, em seus elementos essenciais, com como na interpretação e diagnósticos das eventuais necessidades do adolescente, para ajudá-lo a desenvolver o próprio senso de responsabilidade e a ter condições pessoais para haver a inclusão social.

Os psiquiatras realizam sua intervenção fazendo uma avaliação da estrutura mental dos adolescentes, sendo aplicados medicamentos ou tratamento especializado quando for considerado necessário. Além dos médicos que realizam trabalho periódico nas unidades de internação.

A proposta pedagógica de atendimento de adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas precisa ser desenvolvida sob o prisma integral, inter-relacionando o aspecto educativo ao terapêutico. A proposta precisa estar sólida para atender e auxiliar na superação das dificuldades dos jovens e preparando-os para sua convivência familiar, comunitária e social.

A ação pedagógica deve viabilizar o desenvolvimento da auto-estima do adolescente e estimular a aquisição de uma visão de mundo que permita uma profunda reflexão para que seja compreendida a necessidade de se relacionar com a família, comunidade e a sociedade como um todo. Esse processo depende da ação pedagógica criar e oferecer condições necessárias para que o adolescente descubra e desenvolva seu potencial e valorize a sua contribuição para a sociedade.



3. SOLUÇÃO PROPOSTA PARA A QUESTÃO ENFRENTADA PELOS ADOELSCENTES EM CONFLITO COM A LEI

Após análise da legislação brasileira referente ao adolescente em conflito com a lei e a realidade de uma unidade de internação, percebe-se que há um longo caminho a percorrer para que o adolescente realmente seja tratado como sujeito de direitos. Apesar do Estatuto da Criança e do Adolescente ser uma das legislações mais avançadas no mundo em matéria de proteção infanto-juvenil, sua aplicabilidade resta comprometida ante as mazelas sociais crônicas do Brasil. Diante da flagrante falência do sistema sócio-educativo.

A prática do ato infracional e a ressocialização do infrator são temas que deveriam ser enfrentados com seriedade no âmbito das políticas públicas. Entretanto, não se vislumbra qualquer vontade política no sentido de uma efetiva inserção desta temática nas pautas de investimentos governamentais.

Este trabalho tem por finalidade alertar para toda a problemática decorrente da delinquência juvenil, desde os danos à integridade biopsicológica dos infratores até suas consequências para toda a sociedade. Do micro para o macro, ilustra-se a história de Sandro, um homem notoriamente conhecido pelo roubo ao ônibus 174, que resultou na morte da Professora Geísa, ao ser repreendido por uma operação policial frustrada.

Por trás do homem Sandro, existiu o adolescente infrator Sandro, um dos sobreviventes da chacina da candelária, que teve sua infância maculada por passagens no tal sistema “sócio-educativo”. Neste sentido, chama-se a atenção para a finalidade do sistema instituído enquanto uma forma de manutenção do *status quo*; nas palavras de Juarez Cirino dos Santos: “o que realmente se sanciona não é o fato punível, mas a posição social marginal do autor”.¹¹

De acordo com Anderson Pereira de Andrade, nem mesmo a aprovação de uma lei extremamente avançada como o Estatuto da Criança e do Adolescente, calcada na Convenção sobre os Direitos da Criança, representou anos após a sua aprovação, a emancipação ética, social e econômica da infância e da juventude brasileira. Muito mais há para fazer, além de elaborar e tentar aplicar as leis, afim de viabilizar saídas para a situação ultrajante a que estão submetidos milhões de meninos e meninas do Brasil. O direito encontra um dos seus limites na falta de compromisso dos governantes com o Estado Democrático de Direito. A

¹¹ DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Ano 5, n 9-10, 1º e 2º sem 2000.



Democracia obriga os cidadãos a exercitar seus direitos formais, como o de voto, e se esquece de cumprir seus deveres materiais, básicos para o exercício dessa cidadania, não pode ser chamada como tal. Deve ser combatida. Os cidadãos, alertas para o desserviço que prestam os sucessivos grupos dirigentes que vêm ocupando o poder em nosso país, devem tomar as rédeas das mudanças, passando a atuar organizadamente a fim de buscar a concretização de todos os direitos fundamentais.¹²

Nesse viés, para se seja realizada a concretização dos direitos previsto à esses adolescentes é preciso muito mais que apenas a efetivação de uma lei, denominada de Estatuto da Criança e do Adolescente e Constituição Federal, é preciso investimento e vontade política para tal.

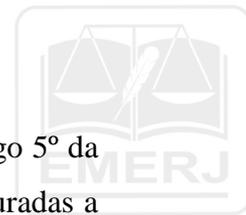
Além disso, a atuação em rede garante maior efetividade em longo prazo da reinserção de desse jovem na sociedade. A lei 8069/90 prevê como órgãos fiscais ou controladores da política de atendimento à criança e aos adolescentes o Ministério Público, o judiciário, os conselhos tutelares e os conselhos de direitos. Razão que se faz necessária, um aproximação destes órgãos fiscais para atuarem de forma conjunta.

Essa atuação formando uma rede, garante não só a possibilidade da tão chamada ressocialização, que nada mais é que apenas socialização, haja vista que a grande maioria destes adolescentes nunca foi inserido na sociedade. Sem contar que permite a reintegração familiar e diminuição da reincidência, evitando o cometimento de novo ato infracional.

Devem ser abandonas, também, ultrapassadas formas de enxergar esses adolescentes, de acordo com os antigos moldes de tratamento dispensado à criança e ao adolescente, vê-se o sistema como uma arma de discriminação social desses indivíduos pobres, oriundos de uma família que foge ao padrão estabelecido pela minoria economicamente dominante. Conseqüentemente, são indivíduos que vivem em situação de abandono e segregação. Além da situação de abandono de qualquer direito fundamental, há a transgressão às normas de direito penal, tendo o menor que ser retirado do convívio social e protegido pelo aparato estatal, que protege e também pune.

Contraopondo-se a esse modelo jurídico, a nova ordem Constitucional e o advento da Lei 8069, impõe-se uma nova forma de enxergar a criança e o adolescente, agora como sujeitos de direito. Além dos direitos fundamentais inerentes a toda pessoa, são portadores de direitos especiais devido a sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

¹² ANDRADE, Anderson Pereira de. *A convenção sobre os direitos da criança em seu décimo aniversário: avanços, efetividade e desafios*. Disponível em: <http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/15_01.pdf>. Acesso em 13 abril 2015. p. 26.



Com relação aos direitos fundamentais inerentes a qualquer pessoa, o artigo 5º da Constituição da República, estabelece além de direitos, garantias fundamentais asseguradas a todos. De uma maneira mais específica há dois artigos que tratam da criança e do adolescente na própria Constituição e merecem atenção especial, é o caso dos artigos 227 e 228, *in verbis*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.¹³

Através da doutrina da proteção integral definem-se os direitos das crianças, estabelecendo-se que, no caso de algum destes direitos ser ou vir a ser ameaçado ou violado, é dever da família, da sociedade, de sua comunidade do Estado restabelecer o exercício do direito atingido, através de mecanismos e procedimentos efetivos e eficazes, tanto administrativos quanto judiciais, se for o caso. Logo, esse conceito de proteção resulta no reconhecimento e promoção de direitos, sem violá-los nem restringí-los, por esse motivo a proteção não pode significar intervenção estatal coercitiva.

A partir desse paradigma têm-se a idéia de universalidade de direitos, evidenciando que as leis, derivadas dessa nova ordem, são para toda a infância e adolescência e não para parte dela. Por isso se diz que com essas novas leis se recupera a universalidade da categoria infância, perdida com as primeiras leis para menores.

Para fins protetivos, não é mais analisada a situação irregular, mas sim o risco social, definido no artigo 98 da Lei 8069/90, mostrando um tipo aberto em que os próprios operadores do direito, com maior liberdade, analisam os casos que ensejam medidas de proteção. Agindo o referido dispositivo no sentido de delimitar e não limitar o campo de atuação do Juiz.

Para garantir a efetivação dos direitos assegurados foi adotado o princípio da descentralização político-administrativa, materializando-se através da esfera municipal, que é a que possui relação direta com a comunidade através dos conselhos municipais de direitos e o próprio conselho tutelar. Nessa nova diretriz a responsabilidade pelas crianças e adolescentes não só para esfera do poder familiar, recaindo também para a comunidade e sobre o poder público, principalmente o municipal, artigo 88, inciso I, do referido Estatuto.

¹³ BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 13 abril 2015. Arts. 227 e 228.



Além disso, ao Juiz, cabe a função de julgar. Tendo sua atuação *ex officio*, elencada nos artigos 148 e 149 da legislação estatutária.

Dessa forma, a doutrina da proteção integral, no seu aspecto formal está bem delineada. O Desafio, como já foi dito anteriormente é torná-la real e efetiva. Para isso é necessário o conhecimento profundo da nova ordem e principalmente o comprometimento de todos os agentes, quais sejam: Ministério Público, Judiciário, Executivo, Técnicos, Sociedade Civil e a própria família, em querer mudar a realidade anteriormente delineada.

CONCLUSÃO

Após essa vasta análise ao longo do trabalho, tanto no que tange às previsões legislativas e constitucionais a cerca do adolescente em conflito com a lei, quanto no que diz respeito a realidade enfrentada por esses adolescentes, conclui-se que há uma discrepância sem tamanho.

Importante destacar que o trabalhão refere-se aos direitos especificamente desse grupo de indivíduos, que ostentam a condição de pessoa em condição peculiar de desenvolvimento e que conseqüentemente merecem tratamento especial e diferenciado.

Atualmente há um desserviço por parte do estado no cumprimento das medidas socioeducativas de internação. Violações constantes sejam na prática de maus tratos realizados pelos agentes do Departamento geral de ações socioeducativas- DEGASE ou na própria omissão no atendimento a esses direitos. Incluindo nesse rol o que há de mais grave nesse cenário catastrófico, a morte de adolescentes internos em unidade do Departamento geral de ações socioeducativas -DEGASE.

É inadmissível tamanhas violações no sistema, uma vez que tratam-se de pessoas que merecem um tratamento diferenciado previsto na própria constituição Federal.

Ainda mais que a criminalidade da adolescência e juventude, se deve primordialmente, à falta de políticas públicas em diversos setores como saúde, educação, habitação, trabalho e emprego.

A questão das infrações cometidas por jovens no Brasil, não deve ser encarada como uma questão de segurança pública simplesmente, mas sim como indicador de restrição de acesso a direitos fundamentais, a cidadania e a justiça.



Uma solução efetiva para os atos de violência cometidos por adolescentes passa necessariamente pela análise das causas e pela adoção de uma abordagem integral em relação ao problema da violência.

É preciso investir na população adolescente para que haja o desenvolvimento desses jovens e não mais o seu encarceramento tratado como forma de resolver todas essas questões.

Não é possível enxergar qualquer avanço econômico e social sem investimento no desenvolvimento desses jovens. Pois é evidente que as raízes da criminalidade se desenvolvem a partir de anteriores situações de violência e negligência social vividas por esses jovens. Essas situações se agravam ainda mais quando há ausência de estrutura familiar e falta de acesso às políticas públicas de base, que deveriam estar disponíveis a qualquer cidadão.

Dessa forma, o encarceramento desenfreado além de agravar a situação de saúde mental e isolamento, representa barreira no desenvolvimento desses jovens para a vida, acentuando sua vulnerabilidade.

No mais, o encarceramento dos jovens, só reforça a segregação realizada pelo sistema, reafirmando a seletividade, a discriminação social e racial.

A esperança de que o debate leve ao avanço não se apaga, de forma a garantir os direitos humanos desse grupo e ampliar o sistema de proteção social e de segurança.

REFERÊNCIAS

ALVES, Sirlei Fátima Tavares. *Efeitos da Internação sobre a psicodinâmica de adolescentes autores de ato infracional*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

AMIN, Andréa Rodrigues et al. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANDRADE, Anderson Pereira de. *A convenção sobre os direitos da criança em seu décimo aniversário: avanços, efetividade e desafios*. Disponível em: <http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/15_01.pdf>. Acesso em 13 abril 2015.

BATISTA, Vera Malaguti S. W. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Ano 2, n 3, 1º sem 1997.



BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 13 abril 2015.

Conselho Nacional do Ministério Público. *Um olhar mais atento às unidades de internação e semiliberdade para adolescentes*. Relatório da Resolução 67/2011. 2013. Disponível <http://www.cnmp.gov.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Relat%C3%B3rio_Interna%C3%A7%C3%A3o.PDF>. Acesso em abril 2015.

_____. *Decreto n 678, de 6 nov 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 13 abril 2015.

_____. *Decreto n 5.017, de 12 mar 2004*. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm>. Acesso em 13 abril 2015.

_____. *Decreto n 99.710, de 21 nov 1990*. Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/114072/decreto-99710-90>>. Acesso em 13 abril 2015.

_____. *Lei no 6.697, de 10 out 1979*. Institui o Código de Menores. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/128333/lei-6697-79>>. Acesso em 13 abril 2015.

_____. *Lei n 8.069, de 13 jul 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 13 abril 2015.

DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Ano 5, n 9-10, 1º e 2º sem 2000.

FRASSETO, Flávio Américo. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Ano 7, n 12, 2 sem 2002.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NICODEMOS, Carlos; FALBO, Ricardo Nery. *Ato infracional, medida socioeducativa e processo: a nova jurisprudência do STJ*. Estudos Contemporâneos das Ciências Criminais na defesa do Ser Humano - Homenagem a Evandro Lins e Silva: O Patrono da Liberdade. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil - Adolescente e ato infracional*. 4. ed. Revista e atualizada incluindo o projeto do SINASE e Lei 12.010/2009. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TAVARES, José de Farias. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 7. ed. revista, ampliada e atualizada de acordo com as leis correlatas. Rio de Janeiro: Forense, 2010



ALYNE PIMENTEL *VERSUS* BRASIL E O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA: UM ESTUDO DE CASO.

Mariana Almeida Picanço de Miranda.

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Advogada. Mestre em Poder Judiciário pela FGV Direito/Rio.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo principal analisar o caso Alyne da Silva Pimentel x Brasil, em tramitação perante o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres (Comitê) da Organização das Nações Unidas (ONU), que monitora o cumprimento pelos Estados-Partes da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres das Nações Unidas (CEDAW). Alyne Pimentel faleceu em um hospital público fluminense por conta da falha na prestação de serviço de saúde. Sua família acionou a justiça brasileira, requerendo uma indenização. Entretanto, dez anos depois do falecimento de Alyne, o caso ainda não transitou em julgado. Será que o acesso à justiça foi realmente garantido à família de Alyne? É o que este artigo pretende analisar.

Palavras-chave: Acesso à Justiça; Direitos humanos; Direito Internacional; Poder Judiciário brasileiro.

Sumário: 1. O Princípio do Acesso à justiça e o processo brasileiro de indenização movido pela família de Alyne Pimentel. 2. O caso Alyne Pimentel x Brasil no Comitê CEDAW/ONU. 3. O papel do Poder Judiciário brasileiro em relação ao caso e à decisão do Comitê CEDAW/ONU. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende estudar o caso Alyne da Silva Pimentel Teixeira x Brasil, cuja tramitação ocorreu no Comitê CEDAW/ONU. Alyne da Silva Pimentel Teixeira, 28 anos, negra, residente do município de Belford Roxo, faleceu em consequência de várias falhas na assistência em um hospital público do estado do Rio de Janeiro, após hemorragia



pós-parto, por conta do nascimento do feto natimorto de 27 semanas, em 16 de novembro de 2002 no Rio de Janeiro, Brasil.

Em 2003, a família de Alyne interpôs ação de indenização em face do estado do Rio de Janeiro, tendo o Poder Judiciário sentenciado o caso somente mais de dez anos após o falecimento de Alyne, não tendo este transitado em julgado ainda. Em 2007, ainda aguardando por uma sentença, a mãe de Alyne, Maria de Lourdes da Silva Pimentel, ofereceu denúncia contra o Estado brasileiro em seu nome e de sua família, junto ao Comitê CEDAW/ONU, que decidiu, em agosto de 2011, pela responsabilização do governo brasileiro por uma morte materna evitável.

A referida decisão do Comitê CEDAW concluiu que houve falha do Estado brasileiro tanto na proteção dos direitos humanos de Alyne, quanto na falta de garantia do acesso efetivo à Justiça para a família de Alyne, tendo em vista que até o presente momento, o processo sequer transitou em julgado. O que justifica esse tempo demasiadamente extenso tanto na prolação de uma sentença (já que se levou dez anos para esta ser proferida) quanto no trânsito em julgado do processo? Seria caso de violação ao Princípio do Acesso à Justiça? A hipótese do presente trabalho é de que sim, houve violação do referido Princípio.

Trata-se de um tema que inquieta, afinal, temos um Poder Judiciário livre e independente, mas será que este está grantindo, de fato, o acesso à justiça de seus cidadãos? Ora, o acesso à justiça não se dá exclusivamente com o direito de petição, como abordaremos mais a frente. É um princípio muito mais amplo, e protetor de um direito fundamental.

Utiliza-se, para a pesquisa, como referencial teórico a obra do autor Antônio Augusto Cançado Trindade: tanto por conta da descrição histórica do processo de internacionalização dos direitos humanos feito por ele, quanto pelo fato dele ter sido um juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que atuou em diversos julgamentos contra o

Estado brasileiro, tecendo sempre uma análise crítica sobre a efetiva contribuição das esferas internacionais na promoção e proteção dos direitos humanos.

1. O CASO ALYNE PIMENTEL *VERSUS* BRASIL

O presente artigo trata de um estudo de caso, especificamente o caso de Alyne Pimentel X Brasil, que tramitou no Comitê sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, da ONU, também conhecido como Comitê CEDAW/ONU.

Alyne Pimentel era uma moça, negra, de 28 anos, que em 11 de novembro de 2002, em seu sexto mês de gravidez, deu entrada numa clínica de saúde privada, a Casa de Saúde Nossa Senhora da Glória de Belford Roxo, com fortes enjôos e dores abdominais.

Apesar da aparente gravidade, a referida clínica somente marcou exames de sangue e urina para dois dias depois, 13 de novembro de 2002, quando foi constatado que não haviam mais batimentos cardíacos do feto natimorto. Por conta disso, foi necessário realizar a indução do parto do natimorto, ocasião em que Alyne ficou desorientada. No dia seguinte, Alyne foi submetida a uma curetagem para a remoção dos restos de placenta, quando passou a ter “hemorragia severa, vômitos de sangue, baixa pressão sanguínea, desorientação prolongada, fraqueza física fortíssima e incapacidade de ingestão de comida”¹.

Diante do gravíssimo quadro de Alyne, mas apenas no dia seguinte ao procedimento de curetagem, os médicos da Casa de saúde tentaram transferir Alyne para um hospital público municipal, que supostamente teria mais recursos: o Hospital Geral de Nova Iguaçu. O referido hospital, entretanto, se recusou a usar a sua única ambulância à noite para transportá-

1 COOK, Rebecca J. *Direitos Humanos e Mortalidade Materna: Explorando a Eficácia da Decisão do Caso Alyne*. Disponível em: <http://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/documents/reprohealth/Pub-AlynePortuguese.pdf> . Acesso em 15 mar. 2015.

la. Assim, Alyne precisou esperar por oito horas para ir ao referido hospital, mesmo já estando com sinais clínicos de coma. Ao chegar ao hospital, Alyne – que não pôde ficar sequer em um leito, por falta de um – teve hipotermia, complicações respiratórias agudas com sintomas de coagulação intravascular disseminada, teve sua pressão sanguínea levada a zero. Ela faleceu no dia seguinte, e a causa oficial da morte foi hemorragia digestiva (sangramento interno) supostamente decorrente do parto do feto natimorto².

Após o falecimento, sua família buscou o Poder Judiciário brasileiro para uma indenização cível decorrente tanto de danos morais, quanto materiais. Sem sucesso, no entanto. Razão pela qual, resolveu buscar apoio internacional, quando recorreu ao Comitê CEDAW, da Organização das Nações Unidas.

Importa definir que a Organização das Nações Unidas sustenta que “a Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, na sigla em inglês), adotada em 1979 pela Assembleia Geral da ONU, é frequentemente descrita como a carta internacional dos direitos da mulher. Consistindo em um preâmbulo e 30 artigos, define o que constitui discriminação contra a mulher e determina a agenda para ações nacionais para extinguir tal discriminação”³.

O Comitê CEDAW foi criado em 1982, e somente em 1999 foi celebrado o chamado Protocolo Facultativo da CEDAW, que prevê a admissibilidade de petições individuais pelo referido “Comitê desde que, dentre outros requisitos, diga respeito à violação de um direito

2 Ibidem.

3 *Alyne Pimentel vs. Brasil no Comitê CEDAW e o direito da mulher à saúde*. Disponível em: <<http://generodemocraciaedireito.blogspot.com.br/2012/09/alyne-pimentel-vs-brasil-no-comite.html>>. Acesso em 20 mar. 2015.

contido na Convenção da qual ora se trata”. Por ocnta disso, foi possível à família de Alyne protocolar uma denúncia em face do Estado brasileiro⁴.

De fato, tanto a CEDAW, quanto o Comitê CEDAW, constituem formas “de concretizar os direitos humanos das mulheres na esfera internacional, compondo, desse modo, o Sistema Mundial de Proteção aos Direitos Humanos”⁵.

Relevante informar que o Comitê CEDAW exerce apenas duas funções: a de fiscalizar e a de opinar. Ou seja, não tem poder de condenar nenhum Estado-membro, pois:

[...] não toma decisão, e as recomendações dele emanadas não têm força de lei, ou seja, em caso de descumprimento, o Estado Parte não está sujeito a sanção, e tendo a faculdade de cumprir ou não, o que representa um problema grave para que o referido tratado possa ser concretizado com êxito⁶.

Diante do caso, o Comitê responsabilizou o Estado brasileiro, e teve como justificativas o fato de estar a morte de Alyne, sem dúvidas, relacionada a complicações obstétricas relativas à gravidez, o que caracterizaria morte materna. Entendeu, também, que Alyne não teve seus direitos garantidos, já que não teve acesso a serviços apropriados com relação à sua gravidez⁷.

Além disso, o Comitê entendeu ser possível o recebimento do caso em uma instância internacional, apesar de existir uma ação em julgamento no Estado-parte. Ocorre que, o tempo de duração do processo sem uma sentença, quando da época do ajuizado da denúncia junto ao Comitê passava de oito anos!

Assim, o Comitê recomendou que o país finalizasse o processo, para que fosse, de fato, garantido o acesso à justiça. Tal decisão é significativa: é uma mudança de paradigma

4 Ibidem.

5 SOUZA, Mércia Cardoso de. *Os direitos humanos das mulheres sob o olhar das Nações Unidas e o Estado Brasileiro*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6095>. Acesso em 18 mar. 2015.

6 Ibidem.

7 COOK, op. cit., p. 4.



tanto em relação à matéria em si, que aponta as violações de direitos quando se trata de saúde materna, quanto às questões processuais internas, que demonstram a falência de um modelo que permite que um processo se arraste por mais de oito anos sem uma sentença! Violação ao Princípio da Dignidade Humana, mas também, ao Princípio do Acesso à Justiça e ao Princípio da razoável duração do processo.

“Infelizmente, o Comitê CEDAW não é dotado de um poder que possa vincular juridicamente os Estados Partes ao cumprimento efetivo das recomendações”⁸. Entretanto, é instrumento de grande valia, pois engloba o sistema internacional de proteção aos direitos humanos. Dentre tais direitos, encontram-se o direito de acesso à justiça e o de razoável duração do processo. Ambos violados pelo estado brasileiro no caso Alyne Pimentel.

2. O PROCESSO BRASILEIRO DE INDENIZAÇÃO MOVIDO PELA FAMÍLIA DE ALYNE PIMENTEL E O PROCESSO NO CEDAW

Três meses após o falecimento de Alyne, ou seja, em 11 de fevereiro de 2003, sua família ajuizou uma ação civil de indenização por danos morais e materiais. Entretanto, somente em novembro de 2013, ou seja, mais de dez anos após o ajuizamento da ação é que houve a sentença cível⁹.

Ou seja, foi preciso que houvesse a interferência do Comitê CEDAW, que com suas recomendações em âmbito internacional pôde coagir o Estado brasileiro a adotar posturas em relação ao caso Alyne Pimentel. Sentenciar o processo cível foi uma delas, sem dúvidas.

Entretanto, é preciso esclarecer que, apesar da sentença, ainda não houve trânsito em julgado da ação! Pelo contrário: a ação indenizatória continua correndo, estando agora em

8 SOUZA, op. cit., online.

9 Para ter acesso ao processo integral, basta acessar o site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro <<http://www.tjrj.jus.br/>> e analisar o processo número: 0015253-21.2003.8.19.0001.

fase de análise de Apelação. Os autos, atualmente, encontram-se no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro desde 03/02/2015. Ou seja, dois anos após a sentença cível. O que demonstra que a morosidade dá cada vez mais lugar ao efetivo acesso à justiça.

Importa lembrar que o Comitê CEDAW concluiu, à época de sua decisão, que “o tempo de oito anos passados desde que a ação foi iniciada constitui um atraso demasiadamente prolongado e não razoável,” o que constituiu em violação ao Artigo 2º(c) de estabelecer proteção efetiva aos direitos das mulheres por meio dos tribunais nacionais¹⁰.

Com base nisso, o Comitê considerou o Brasil diretamente responsável na falha em “cumprir com suas obrigações de assegurar ação judicial e proteção efetivas.” Ou seja, o que se observa é que o Estado brasileiro violou “o direito ao acesso à saúde; o direito ao acesso à justiça; e o direito a ter as atividades dos serviços privados de saúde regulados pelo Estado, conjuntamente com o direito a não ser discriminada”¹¹.

Restou evidente para o Comitê que “o Estado brasileiro não assegurou proteção judicial efetiva e remédios jurídicos apropriados, acentuando que nenhum procedimento foi iniciado contra aqueles que causaram diretamente a morte de Alyne Pimentel”¹². Donde se conclui que o Estado brasileiro não cumpriu com sua obrigação de assegurar proteção e ação judicial efetiva. Violação clara aos Princípios do Acesso à Justiça e da Dignidade Humana.

Apesar da inércia do Estado, a decisão do Comitê no caso Alyne “concretizou os direitos humanos podem ser aplicados para assegurar o direito das mulheres grávidas ao acesso igual na assistência a saúde, e assim aumentar as suas chances de sobrevivência”¹³. É,

10 COOK, op. cit., p. 5.

11 OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. *O caso Alyne Pimentel e o Direito à Saúde no Brasil*. Disponível em: <<http://cebes.org.br/2014/03/o-caso-alyne-pimentel-e-o-direito-a-saude-no-brasil/>>. Acesso em 16 mar. 2015.

12 Ibidem.

13 COOK, op. cit., p. 13.



sem dúvidas, uma grande vitória na promoção e luta pelos direitos das mulheres a constatação de que houve violação a direitos no caso Alyne, e não só “falha do Estado”.

Ao deixar de receber o devido atendimento no hospital público, Alyne Pimentel teve seu direito à saúde – e aqui inclui-se a saúde materna – violado, bem como seu direito de acesso à justiça negado. Tratou-se, portanto, de um caso altamente emblemático na luta pelos direitos das mulheres, bem como na luta por um acesso à justiça igualitário!

A decisão internacional do caso Alyne deverá influenciar, ainda, os julgamentos das futuras ações em casos de violações à saúde materna. Ao Poder Judiciário brasileiro, cabe a invocação das normas utilizadas quando da apreciação do caso Alyne para defender as questões ligadas à saúde materna das brasileiras, tendo como base a Carta Magna.

Entretanto, é preciso que o Poder Judiciário ponha fim ao processo judicial iniciado pela família de Alyne em 2003. Esse vai ser, sem dúvidas, o primeiro passo na construção de uma proteção à saúde materna. O Judiciário é ator fundamental nesse processo: a garantia será não só ao direito à saúde da mulher, mas também ao devido e efetivo acesso à justiça.

É importante ressaltar que, apesar de não haver previsão expressa na Constituição da República acerca dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, nem à saúde materna, há previsão legal direta no “tocante ao direito à assistência a saúde, à maternidade segura, à igualdade por motivo de sexo e gênero, e raça. Como o Comitê explicou, a responsabilidade do Brasil está fortemente ancorada em [sua] Constituição”¹⁴.

Infelizmente, apesar de todo o aparato Constitucional de garantias de direitos, o Estado Brasileiro ainda é violador de direitos humanos, especialmente no que se refere à proteção da saúde das mulheres. Basta lembrar que o Estado Brasileiro:

14 Ibidem.

[...] demorou 17 longos anos para elaborar um relatório ao Comitê CEDAW sobre a situação das mulheres, que foi fruto de um trabalho em conjunto, que envolveu a participação do movimento de mulheres, do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério da Justiça, além da contribuição de especialistas comprometidas com a promoção dos direitos humanos.

Por isso mesmo, sem dúvidas, o caso Alyne Pimentel pode mudar a atuação não só estatal, mas também dos tribunais brasileiros em relação a tema tão delicado quanto à saúde materna. É importante que a Justiça adote uma postura diferente, especialmente depois de ter ficado comprovado internacionalmente que o país ignorou o direito de petição ao deixar de dar um julgamento à lide. Trata-se de claro exemplo de violação ao acesso à justiça, além de permitir as mais diversas violações de direitos das mulheres!

Espera-se que a jurisprudência pátria explore a eficácia da decisão Alyne para que os magistrados brasileiros possam atuar em defesa da melhora “do acesso aos serviços de saúde e assegurar a a igualdade de gênero e raça das mulheres, de uma forma mais ampla”¹⁵.

3. O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA E A EFETIVIDADE DAS DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO EM RELAÇÃO À PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

No momento em que um cidadão não encontra amparo junto a seu Estado em casos de violação a seus direitos fundamentais, cabe à comunidade internacional tomar medidas que garantam a este indivíduo uma proteção a seus direitos. Diante das escolhas e da complexidade do conjunto normativo, cabe àquele que sofreu violação de qualquer direito fundamental, a escolha do aparato internacional mais favorável, tendo em vista os diversos sistemas interagirem em benefício dos indivíduos protegidos¹⁶.

15 Ibidem.

16 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. V. III, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2003, p. 28.

Tal direito surge com o reconhecimento da capacidade jurídico-processual do indivíduo como sujeito de direito no plano internacional. Entretanto, para que haja uma consolidação desse direito ao acesso à justiça internacional, deve-se entender inicialmente a capacidade processual deste indivíduo em vindicar um direito: para que este indivíduo tenha condições de cobrar algum direito, deve-se antes perceber a questão do acesso à justiça. Este é uma garantia constitucional brasileira. É o Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, que prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Trata-se de princípio segundo o qual fica assegurado a todo aquele que se sentir lesado ou ameaçado em seus direitos o acesso aos órgãos judiciais, não podendo a lei vedar esse acesso¹⁷. Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover¹⁸:

Acesso à justiça não se identifica somente com a mera admissão ao processo, ou possibilidade do ingresso em juízo. O acesso à justiça é a idéia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, oferece-se a mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo (universalidade da jurisdição), depois garante-se a todas elas a observância das regras que consubstanciam o devido processo legal, para que possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do contraditório), podendo exigir dele a efetividade de uma participação em diálogo, tudo isso com vistas a preparar uma solução justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação.

Isso porque, a acessibilidade pressupõe a existência de pessoas, em sentido lato, sujeitos de direito, capazes de estar em juízo, sem óbice de natureza financeira, desempenhando adequadamente o seu labor, de sorte a possibilitar, na prática, a efetivação dos direitos individuais e coletivos, que organizam uma determinada sociedade¹⁹.

17 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. V. I. 9. ed.. Rio de Janeiro: lúmen iuris, 2003, p. 46.

18 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo Cintra. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 33

19 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*. Forense, 2ª ed., Rio de Janeiro, 2000, p. 57.

Desta forma, pode o “acesso à justiça” ser visto sob duas perspectivas principais: nos sentidos estrito e amplo. No primeiro, esse conceito pode ser considerado uma extensão do acesso aos tribunais. Uma conotação mais ampla permite abarcar também o acesso à ordem política e aos benefícios decorrentes do desenvolvimento social e econômico do Estado²⁰.

Não é simples encontrar um resultado concreto em relação ao acesso à justiça e a proteção aos direitos humanos. De acordo com Mauro Cappelletti,

A expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos²¹.

Neste mesmo sentido, o Professor Nlerum Okogbule entende que “o acesso à justiça é um conceito abrangente, que inclui a natureza, os mecanismos e até mesmo a qualidade da justiça que se pode obter em determinada sociedade, bem como o lugar do indivíduo no interior desse contexto judicial”²².

O acesso à justiça não deve se limitar somente aos mecanismos processuais para a resolução de contendas, mas deve ainda incluir outras variáveis – as condições físicas das instalações em que se ministra justiça; a qualidade dos recursos humanos e materiais disponíveis; a qualidade da justiça efetivamente prestada; o tempo demandado para a prestação da justiça; a moral ilibada do prestador da justiça; a conformidade com os princípios do devido processo legal; a existência de condições, em termos de custos e de

20 OKOGBULE, Nlerum S. O acesso à justiça e a proteção aos direitos humanos na Nigéria: problemas e perspectivas. In: Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos, *Revista internacional de direitos humanos*, número 3, ano 2, 2005, p. 102.

21 CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Sergio Antonio Fabris editor, Porto Alegre, 2002, p. 8.

22 OKOGBULE, op.cit., p. 103.

tempo, para se buscar justiça; a qualidade dos advogados que assistem às partes litigantes; a incorruptibilidade e a imparcialidade dos operadores do sistema ²³.

Portanto, não pode o acesso à justiça, especialmente se tratando de direitos humanos significar um mero adentrar com uma petição inicial. Há de ser solução efetiva dos direitos fundamentais, obrigação primeira de um Estado, que se pretende democrático e de Direito.

No caso Alyne Pimentel, apesar de ter sido garantido à sua família que ajuizasse uma ação indenizatória, seu acesso à justiça não foi garantido de fato! Não basta que possa ser ajuizada uma petição inicial, mas é direito de todo cidadão brasileiro um julgamento sério e célere, em respeito ao princípio do devido processo legal.

O acesso à justiça deve ser, portanto, uma das mais eficientes formas de realização dos direitos humanos. A Convenção Americana sobre direitos humanos, traz no artigo 25 que:

Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, ela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

No mesmo sentido, Antonio Celso Alves Pereira²⁴ ensina que:

O ponto central da proteção dos direitos humanos, em escala nacional, está não somente na necessária interação entre o direito internacional dos direitos humanos e no direito interno, mas principalmente, na falta de vontade política, na incompetência burocrática, no rancor ideológico das elites e no fracasso do estado impotente, desorganizado e ausente no cumprimento de seus deveres constitucionais mais elementares.

Isso significa que a relação do acesso à justiça com a proteção aos direitos humanos decorre do fato de que somente se puderem chegar aos tribunais as pessoas conseguirão

23 Ibidem.

24 PEREIRA, Antonio Celso Alves. O acesso à justiça e a adequação da legislação brasileira os instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (editor). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San José da Costa Rica, 1996, p. 198.

defender e reivindicar seus direitos fundamentais. Em outras palavras, as estruturas jurídica e institucional existentes em determinado sistema podem chegar a impedir o acesso dos cidadãos aos tribunais, tornando-os incapazes de buscar o cumprimento e a proteção de seus direitos fundamentais²⁵.

Enfim, diante de tal conjuntura, o “acesso à justiça”, em condições igualitárias para todos, vem a ser, na feliz expressão de Osvaldo Alfredo Gozáini, o mais “importante dos direitos humanos”²⁶.

No caso ora analisado, foi imprescindível para a família de Alyne da Silva Pimentel Teixeira buscar ajuda internacional, já que não conseguiu, até o presente momento, ter uma decisão definitiva na ação de indenização proposta em face do Estado do Rio de Janeiro. Por tratar-se de um caso nítido de violação de direitos fundamentais de uma mulher, a opção da família foi de recorrer ao sistema global, por meio do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres da ONU.

Apesar de o Comitê CEDAW/ONU não ser um Tribunal – e, portanto, não ter competência para julgar o Brasil, como no caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos –, suas decisões (que são recomendações para o estado violador de direitos humanos) têm um peso político internacional de grande importância. Isso porque, há um compromisso e uma preocupação do Estado brasileiro em se mostrar internacionalmente como um país garantidor dos direitos humanos. O que faz com que o Brasil assumira uma “obrigação de acatar e implementar a decisão com base no princípio da boa-fé, que rege as relações internacionais”²⁷.

25 OKOGBULE, op. cit. p. 103.

26 GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Introducción al nuevo derecho procesal*. Buenos Aires: Ediar, 1988, p. 198.

27 PLATAFORMA DHESCA BRASIL. *Condenação do Brasil pelo Comitê Cedaw no "Caso Alyne" completa 1 ano*. Curitiba: Plataforma Dhesca Brasil, 2013 (online), disponível em:



O caso Alyne é, de fato, emblemático na luta internacional pela garantia dos direitos humanos das mulheres, já que foi a primeira vez que um caso de morte materna foi decidido por um Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas²⁸.

É um caso que vai além, pois demonstra a pouca preocupação do Poder Judiciário brasileiro para com um tema tão delicado. Por que mais de dez anos após a morte de Alyne o Poder Judiciário brasileiro ainda não se pronunciou sobre o assunto? Afinal, para quem o Poder Judiciário no Brasil garante os direitos humanos?

Cabe ao Poder Judiciário a garantia efetiva dos direitos humanos dos cidadãos brasileiros. Isso significa que se houve uma falha na prestação de serviço de saúde no caso Alyne, caberia ao Poder Judiciário brasileiro, após análise cuidadosa do caso, julgar a ação de indenização proposta pela família de Alyne.

O Brasil, ao ratificar a Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), em 1984, dá cumprimento ao princípio constitucional de prevalência dos Direitos Humanos, estabelecido no art. 4º, II, da Constituição Federal²⁹. É um passo frente à defesa do direito à dignidade da pessoa humana, de fato. No entanto, não pode tal atitude ficar apenas no papel: é preciso que exista, mesmo, um Poder Judiciário forte e garantidor das Convenções e Tratados que versam sobre direitos humanos no Brasil.

Ensina Flávia Piovesan que “em um momento marcado pela crescente “justicialização” ou “jurisdicionalização” do Direito Internacional dos Direitos Humanos, bem como pela intensa adesão do Brasil ao sistema normativo internacional de proteção dos

<http://www.dhescbrasil.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=614%3Aum-ano-condenacao-brasil-caso-alyne&catid=69%3Aantiga-rok-stories>. Consultada realizada em 27 de novembro de 2013.

28 Ibidem.

29 MAGALHÃES, José Carlos de, (prefácio). In: RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 18.

direitos humanos (com destaque ao reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana em 1998), impõe-se à cultura jurídica o desafio de criar, desenvolver e aprofundar a doutrina nacional voltada à matéria³⁰.

Sendo assim, espera-se do Poder Judiciário uma atuação mais firme na luta e promoção dos direitos humanos. Não foi o que aconteceu no caso Alyne Pimentel, como já dito! Ora, uma família precisar aguardar mais de oito anos para ter direito a receber uma sentença? Isso passa do razoável, sem dúvidas.

Dessa forma, só restou ao Comitê CEDAW que criticasse duramente o Estado brasileiro e, com isso, fizesse recomendações severas para uma mudança paradigmática em relação à proteção da saúde materna. E isso incluiu o fundamental direito de acesso à justiça!

CONCLUSÃO

Não restam dúvidas de que o caso Alyne Pimentel pode mudar a atuação não só estatal, mas também dos tribunais brasileiros em relação a tema tão delicado quanto à saúde materna. Entretanto, a mudança não ocorrerá somente em relação a tal tema, de crucial importância na construção dos direitos das mulheres, mas também em relação à questão do acesso do cidadão brasileiro à justiça, fundamental na luta do direito.

É importante que a Justiça adote uma postura diferente, especialmente depois de ter ficado comprovado internacionalmente que o país ignorou o direito de petição ao deixar de dar um julgamento à lide. O caso Alyne é um claro exemplo de violação ao acesso à justiça, além de permitir as mais diversas violações de direitos das mulheres!

30 PIOVESAN, Flavia. GOMES, Luiz Flávio. *O sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 7.



Espera-se que a jurisprudência pátria explore a eficácia da decisão internacional do caso Alyne, para que os magistrados possam atuar ainda mais em defesa da garantia de um amplo e irrestrito acesso à justiça, e assim, garantir os direitos de todos os cidadãos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALYNE Pimentel vs. Brasil no Comitê CEDAW e o direito da mulher à saúde. Disponível em: <http://generodemocraciaedireito.blogspot.com.br/2012/09/alyne-pimentel-vs-brasil-no-comite.html>. Acesso em 20 mar. 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. V. I. 9. ed. Rio de Janeiro: Lúmen juris, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2002.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2002.

COOK, Rebecca J. Human Rights and Maternal Health: Exploring the Effectiveness of the Alyne Decision. *Journal of Law, Medicine & Ethics* 41.1 (2013):103-123. Tradução de Maria Elvira Vieira de Mello e Beatriz Galli. Disponível em: http://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/documents/reprohealth/Pub-AlynePortuguese.pdf. Acesso em 27 nov. 2014.

CUNHA, José Ricardo. Direitos Humanos e Justiciabilidade: pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. In: *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 3, ano 2, São Paulo: 2005.

CUSACK, Simone. PUSEY, Lisa. Cedaw and the rights to non-discrimination and equality. *Melbourne Journal of International Law*, Melbourne, v. 14, junho 2013, <http://www.law.unimelb.edu.au/files/dmfile/03Cusack1.pdf>. Acesso em 27 nov. 2013.

FARIA, José Eduardo (organizador). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo (organizador). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002.

GALINDO, George Rodrigo bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e Constituição Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.



GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Introducción al nuevo derecho procesal*. Buenos Aires: Ediar, 1988.

LIMA Jr., Jayme Benvenuto (organizador). *Manual de Direitos Humanos Internacionais*. São Paulo: Loyola, 2002.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MINAYO, Maria Cecília S. (Org.). *Pesquisa social: teoria, método e criatividade*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

OKOGBULE, Nlerum S. O acesso à justiça e a proteção aos direitos humanos na Nigéria: problemas e perspectivas. In: *Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 3, ano 2, São Paulo: 2005.

OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. *O caso Alyne Pimentel e o Direito à Saúde no Brasil*. Disponível em: <<http://cebes.org.br/2014/03/o-caso-alyne-pimentel-e-o-direito-a-saude-no-brasil/>>. Acesso em 16 mar. 2015.

PEREIRA, Antonio Celso Alves. O acesso à justiça e a adequação da legislação brasileira os instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (editor). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San José da Costa Rica: IIDH, 1996.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. GOMES, Luiz Flávio. O sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PLATAFORMA DHESCA BRASIL. *Condenação do Brasil pelo Comitê Cedaw no "Caso Alyne" completa 1 ano*. Curitiba: Plataforma Dhesca Brasil, 2013 (online), disponível em: <http://www.dhescabrasil.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=614%3Aum-ano-condenacao-brasil-caso-alyne&catid=69%3Aantiga-rok-stories>. Acesso em 27 nov. 2014.

RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo (organizador). *Direito e Justiça – a função social do judiciário*. São Paulo: Ática, 1997.

SOUZA, Mércia Cardoso de. *Os direitos humanos das mulheres sob o olhar das Nações Unidas e o Estado Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.ambito->



juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6095>. Acesso em 18 mar. 2015.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado (editor). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San José: IIDH, 1996.

_____. *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. V. III, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003;

Revista Internacional de Direitos Humanos, SUR, n. 3, ano 2. Rede Universitária de Direitos Humanos, São Paulo: 2005.

Universidade de Brasília. Pesquisas Sociais Aplicadas (DATAUnB). *A imagem do Judiciário junto à população brasileira*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 19 jun. 2013.

EVOLUÇÃO NO COMBATE AOS CRIMES VIRTUAIS

Maria Paula Castro de Almeida

Graduado pela Pontifícia Universidade
Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: A sociedade e suas relações estão em constante evolução e, como consequência, o Direito deve acompanhar as mudanças para que não existam relações jurídicas desprotegidas pelo ordenamento jurídico. O uso da internet nas últimas décadas apresentou um crescimento enorme, tornando cada vez mais comuns as interações entre pessoas através do mundo virtual. Com essas novas formas de se relacionar no ambiente cibernético tornaram-se mais comuns as práticas de crimes perpetrados nesse ambiente e tornou-se urgente a regulamentação dessas práticas criminosas, através de leis sobre o tema. A essência desse trabalho é abordar as características principais dos crimes virtuais e fazer uma análise da legislação atual acerca do tema, que surgiu como forma de combate a essas novas práticas.

Palavras-chave: Direito Penal. Internet. Crimes Virtuais

Sumário: Introdução. 1. O surgimento do Direito da Informática. 2. Crimes Virtuais: espécies e sujeitos 2. Lei penal no espaço e lugar do crime. 3. Legislação vigente. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O Trabalho apresentado tem como objetivo abordar o tema dos crimes virtuais, fazendo breves considerações sobre o Direito da Informática e analisando as espécies desses crimes e algumas de suas características para então apresentar as Leis vigentes na atualidade acerca do tema.

A internet surgiu no contexto da Guerra Fria e, com objetivos essencialmente militares, era usada como forma de comunicação entre as forças armadas, caso os outros meios de comunicação fossem danificados ou interrompidos pelos inimigos. Com o passar do tempo foi sendo utilizada com outros objetivos, como a comunicação entre pessoas. Foi então na década de 90 que houve uma explosão da internet e essa passou a ser utilizada pelos mais diversos segmentos sociais e com os mais diferentes objetivos o que tornou nos dias atuais, tarefa difícil imaginar um mundo sem a internet.

Infelizmente não só de pessoas de boa índole vive a rede mundial de computadores. Com esse avanço na utilização da internet foram tornando-se comuns os crimes virtuais. Isso aconteceu porque o Direito não teve como acompanhar as mudanças da sociedade em tempo real, muito menos como acompanhar o surgimento quase que diário de novas tecnologias. Então com o *boom* da internet houve também a ampliação na prática dos crimes nesse ambiente e do número de pessoas prejudicadas por eles.

Durante quase 20 anos de internet, o Brasil não possuía qualquer lei específica que regulamentasse o tema, permitindo que a ação de criminosos fosse mais fácil e se propagasse em grande velocidade.

Foi nesse cenário, no qual se verificava o crescimento e a impunidade dos crimes virtuais, que surgiram em 2012, a Lei n. 12.735 e a Lei n. 12.737 que, entre outras coisas, tornaram crime a invasão de aparelhos eletrônicos para obtenção de dados particulares e promoveram alterações do Código Penal, que então passou a tipificar alguns crimes virtuais.

Esse trabalho científico busca, seguindo a metodologia do tipo bibliográfica e histórica, parcialmente exploratória, em um primeiro momento, fazer algumas considerações necessárias ao entendimento do assunto, demonstrando a importância do Direito acompanhar as mudanças que ocorrem na sociedade.

Em um segundo momento, busca-se fazer uma análise das espécies de crimes virtuais que são encontrados no ordenamento jurídico brasileiro, bem como apresentar seus sujeitos.

Em seguida, pretende-se continuar a análise, através da compreensão do local em que os crimes virtuais consideram-se ocorridos, apresentando alguns dos princípios do Direito Penal bem como a teoria que nosso Código Penal adotou para determinar se a lei penal brasileira será aplicada em determinado caso.



Ao final, pretende o trabalho, analisar a legislação vigente no Brasil sobre o tema, fazendo uma análise de cada uma das modificações que a Lei n. 12.735/12 e a Lei n. 12.737/12 trouxeram para o ordenamento jurídico.

1. O SURGIMENTO DO DIREITO DA INFORMÁTICA

A sociedade sofreu grandes transformações nos últimos anos, entre elas o enorme crescimento no número de usuários da rede mundial de computadores, mais comumente conhecida como internet. Segundo dados fornecidos pelo IBGE¹, do ano de 2009 ao ano de 2013 o número de usuários passou de 35 milhões para 85 milhões aproximadamente, o que significa dizer que em apenas 5 anos, o número de pessoas conectadas à rede, mais que duplicou.

Com essas transformações na sociedade é que vão surgindo novos ramos do Direito, que buscam se adaptar às mudanças e à novas realidades, não permitindo que relações corriqueiras fiquem desprotegidas pelo ordenamento jurídico. Assim surgiu o Direito da Informática, da necessidade de serem reguladas as relações entre as pessoas no mundo virtual, incluindo-se nessa regulamentação o combate aos crimes cometidos nessa esfera.

A influência da informática aconteceu em vários ramos do Direito. Os contratos eletrônicos passaram a fazer parte do cotidiano, modificando especialmente as relações de compra e venda do Direito Civil e do Direito do Consumidor, que agora podiam ser feitas pelo computador. Surgiram também os serviços de compra coletiva, permitindo a compra de produtos e serviços com grandes descontos, através da rede.

¹ ESTATÍSTICAS de usuários de internet, Domínios e Hosts no Brasil. Disponível em <<http://www.teleco.com.br/internet.asp>>. Acesso em 06 jun. 2015.



No campo do Direito Processual Civil surgiram o processo eletrônico² e os primeiros Juizados virtuais, por exemplo. No Direito Penal e Processual Penal também houve mudanças, sendo a mais importante para esse trabalho, o surgimento de leis específicas sobre os crimes virtuais.

Até 2012, como fora mencionado anteriormente, não havia qualquer regulação para infrações perpetradas no ambiente virtual, tornando essas cada vez mais comuns. Os computadores e a rede passaram a ser nova forma para a consecução de crimes que já existiam no ordenamento jurídico brasileiro.

Por esses motivos, surgiu para o Direito a importante tarefa de regular as relações entre os indivíduos no espaço cibernético. Para que seja possível essa regulação, faz-se necessária a identificação dos tipos de crimes que podem ser praticados pela via de computadores, para que a Lei possa regulá-los, evitando assim que se propaguem infinitamente e continuem gerando danos muitas vezes irreparáveis.

2. CRIMES VIRTUAIS: ESPÉCIES E SUJEITOS

Como visto anteriormente, foi nesse cenário de avanços tecnológicos na área da informática, que surgiram os denominados crimes cibernéticos, crimes de informática, crimes tecnológicos, crimes virtuais, crimes digitais; todos sinônimos.

Crime, em seu aspecto formal, na definição de Rogério Greco³, é “aquela conduta que viola os bens jurídicos mais importantes”, que “atenta e colide frontalmente contra a lei penal editada pelo Estado”. Em uma definição analítica, segundo ensina Guilherme de Souza

² A Lei n. 11.419/06 alterou o Código de Processo Civil regulamentando a informatização do processo judicial.

³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p 142.



Nucci⁴, crime seria “toda conduta típica, antijurídica e culpável”. Para esse autor, fato típico seria todo comportamento humano, positivo ou negativo, que provoca um resultado e é previsto como infração penal. Fato antijurídico seria o fato que contraria o ordenamento jurídico. E, por fim, fato culpável, seria a reprovação da ordem jurídica a esse fato típico e antijurídico.

Certo é que da mesma forma que existe a criminalidade tradicional, no mundo físico, existe a criminalidade no mundo cibernético, que pode assumir diferentes formas e métodos diferentes, de acordo com o objetivo e habilidades do criminoso.

Assim, deve-se bucar uma definição para melhor compreensão do tema e muito embora seja o conceito de crime virtual seja conceito com divergência na doutrina, pode-se dizer, segundo a definição de Carla Rodrigues Araújo de Castro⁵ que:

Crime virtual é aquele praticado contra o sistema de informática ou através deste, compreendendo os crimes praticados contra o computador e seus acessórios e os perpetrados através do computador. Inclui-se nesse conceito os delitos praticados através da Internet, pois pressuposto para acessar a rede é a utilização de um computador.

Portanto, os crimes da internet subdividem-se em crimes contra o computador e crimes por meio do computador, ou segundo a doutrina ensina, os crimes digitais podem ser classificados em próprios e impróprios.

Os crimes próprios, também chamados de crimes puros são aqueles que só podem ser praticados na informática, ou seja, a execução e a consumação ocorrem nesse meio. Tratam-se de tipos novos em que o bem jurídico tutelado é a informática. São aqueles em que o sujeito se utiliza necessariamente do computador, que é usado como objeto e meio para execução do crime.

Nesse raciocínio se posiciona Damásio de Jesus⁶:

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p 101.

⁵ ARAÚJO DE CASTRO, Carla Rodrigues apud REDIVO, Rafella; MONTEIRO, Gabriela Loosli. O Direito frente à era da informática. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/1411-2489-1-pb.pdf>>. Acesso em 06 jun. 2015.



Crimes eletrônicos puros ou próprios são aqueles que sejam praticados por computador e se realizem ou se consumem também em meio eletrônico. Neles, a informática (segurança dos sistemas, titularidade das informações e integridade de dados, da máquina e periféricos) é o objeto jurídico tutelado.

Nessa categoria de crimes está a invasão de dados armazenados em computador com o intuito de modificar, alterar, inserir dados falsos e também aqueles que atingem, diretamente o software ou hardware do computador e só podem ser concretizados pelo computador ou contra ele e seus periféricos. Alguns exemplos são a violação de e-mail e o dano em arquivos causado pelo envio de vírus.

Os crimes virtuais impróprios, por sua vez, são aqueles que já estão tipificados pelo Direito Penal mas que são cometidos com a utilização do computador e da rede, ou seja, a máquina em si é utilizada como instrumento para a realização das condutas ilícitas. São, portanto, aqueles já tipificados que violam bens já protegidos pela legislação brasileira, podendo ser praticados de qualquer forma, sendo o computador só mais um meio/instrumento de execução dessa conduta.

Assim, corrobora Damásio⁷:

[...] Já os crimes eletrônicos impuros ou impróprios são aqueles em que o agente se vale do computador como meio para produzir resultado naturalístico, que ofenda o mundo físico ou o espaço real, ameaçando ou lesando outros bens não-computacionais ou diversos da informática.

Diante do exposto e para fins de didática, é importante definir alguns dos crimes impróprios mais praticados em nosso ordenamento jurídico. Primeiramente, os crimes contra a honra, quais sejam, calúnia, difamação e injúria, que dizem respeito à reputação da vítima e estão previstos respectivamente nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal⁸. Podem ocorrer nas redes sociais, nas páginas de internet, por exemplo, se alguém divulgar informações falsas

⁶ DAMÁSIO DE JESUS apud ARAS, Vladimir. *Crimes de informática: Uma nova criminalidade*. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/2250/crimes-de-informatica>>. Acesso em 5 jul. 2014.

⁷ Ibid.

⁸ Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 5 jul. 2014.



que acusem alguém de fato definido como criminoso, fatos que prejudiquem a reputação de outra pessoa, ou ainda ofendam a dignidade do outro.

Em segundo lugar, os crimes contra a liberdade individual, tais quais a ameaça, a violação de correspondências, a divulgação de segredos. A ameaça está prevista no art. 147 do Código Penal e consiste em escrever ou mostrar uma imagem que ameace alguém, avisando que a pessoa será vítima de algum mal ainda que seja em tom de piada ou brincadeira.

São frequentes também casos de discriminação, quando alguém escreve uma mensagem ou publica uma imagem que seja preconceituosa em relação a raça, cor, etnia, religião ou origem de outra pessoa. Várias páginas da rede social facebook são excluídas diariamente em razão de denúncias feitas pelos próprios usuários, de que tais páginas abrigam conteúdo discriminatório.

Verifica-se ainda, inúmeros casos de estelionato, crime contra o patrimônio, previsto no artigo 171 do Código Penal, que na maioria das vezes, ocorre quando o criminoso engana a vítima para conseguir uma vantagem financeira. Pode acontecer em sites de leilões, por exemplo, se o vendedor enganar o comprador recebendo o dinheiro da transação sem entregar a mercadoria. Pode acontecer também quando alguém vende um produto pela internet e não o entrega.

Uma vez feita a definição dos crimes cibernéticos, em próprios e impróprios, cabe fazer uma análise sobre os sujeitos ativo e passivo da relação. Os crimes virtuais são crimes comuns, aquele que segundo César Roberto Bitencourt⁹ “pode ser praticado por qualquer pessoa, não exige qualquer qualidade especial, seja do sujeito ativo, seja do sujeito passivo do crime”.

⁹BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.108.



O sujeito ativo, que é o autor da infração penal, poderá ser tanto pessoa física, como pessoa jurídica, assim como entidade pública ou privada titular do bem jurídico tutelado. O sujeito passivo, que é pessoa ou ente que sofre as consequências da infração penal, poderá ser pessoa física ou jurídica, esta última porque pode, por exemplo, ter seus bens desviados, seu patrimônio deteriorado ou mesmo ter informações sigilosas violadas.

Tão importante quanto a classificação dos crimes informáticos e da análise de seus sujeitos é saber aplicar a lei penal no espaço, isto é, determinar em qual local o crime ocorreu, para que se possa assim, determinar se a lei penal brasileira se aplicará ao caso. Nos ensinamentos de Cezar Roberto Bitencourt¹⁰ “a lei penal, em decorrência do princípio de soberania, vige em todo o território de um Estado politicamente organizado”, todavia, comporta algumas exceções como será explicado em seguida.

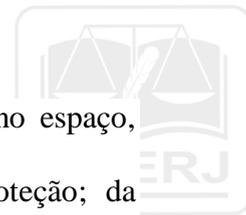
2. LEI PENAL NO ESPAÇO E LUGAR DO CRIME

Com o surgimento da Internet e, com ela, do espaço cibernético, a concepção clássica de território modificou-se, já que esta permitiu uma interação num espaço em que não há limites físicos e exatamente por possuir tal característica é que trouxe maiores dificuldades para o legislador no sentido de definir o lugar do crime.

Diante disto, o conceito de lugar do crime precisou adaptar-se a nova realidade já que com o surgimento do mundo virtual a noção de espaço deixou de ser aquela relacionada ao espaço físico. Nesse sentido, um delito virtual pode ser cometido facilmente entre diversos países, uma vez que na internet não há fronteiras.

Chega-se então a uma questão de suma importância, descobrir o lugar no qual foi cometido o crime para que se possa determinar se o Brasil tem jurisdição para seu julgamento.

¹⁰ Ibid., p. 88.



A doutrina aponta cinco princípios a respeito da aplicação da lei penal no espaço, sendo eles, segundo Mirabete¹¹: da territorialidade; da nacionalidade; da proteção; da competência universal e da representação. Se torna necessária uma breve análise de cada um destes princípios.

O princípio da territorialidade é decorrente da soberania do Estado, que tem jurisdição sobre as pessoas que se encontram em seu território e prevê a aplicação da lei penal nacional ao fato praticado no território do próprio país.

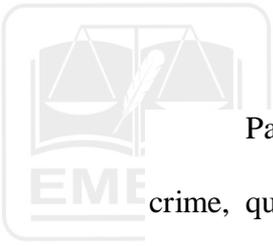
O princípio da nacionalidade, por sua vez, está previsto no art 7º, inc II, “b” do Código Penal e não leva em consideração o local em que ocorreu o delito e sim a origem do agente que praticou tal delito, o Estado no exercício de sua soberania pode exigir que seu cidadão, mesmo que se encontre em país estrangeiro tenha determinado comportamento.

Pelo princípio da proteção, também chamado de princípio de defesa ou da competência real, não se consideram nem o local em que ocorreu o crime nem a nacionalidade do agente que o praticou, e sim se o bem jurídico atingido é nacional.

Já o princípio da competência universal, não considera quaisquer das condições dos anteriormente mencionados, não leva em conta o local do crime, a nacionalidade do agente ou sequer o bem jurídico que foi violado, bastando apenas que o indivíduo encontre-se em território nacional.

Por fim, o princípio da representação, é a aplicação do princípio da nacionalidade, mas não do agente ou da vítima, e sim do transporte em que ocorreu o crime. O legislador autoriza a aplicação da lei penal estrangeira quando frente a delito cometido em aeronave ou embarcação privada, desde de que não este tenha sido perseguido pelo judiciário detentor da competência originária, por deficiência legislativa ou desinteresse punitivo.

¹¹ MIRABETE, Julio Fabrinni. *Manual de Direito Penal*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p 56.



Para a aplicação da regra da territorialidade é necessário, que se esclareça o lugar do crime, que de acordo com a doutrina penalista e a previsão do art 6º do Código Penal, corresponde ao local em que o crime tiver sido praticado ou àquele local em que tenha ocorrido o resultado. Portanto, nosso Código Penal, adotou a teoria da ubiquidade, pela qual se entende como lugar do crime, tanto o local da conduta como o do resultado.

Assim, através da aplicação o princípios supramencionados e da teoria da ubiquidade, terá eficácia a lei penal brasileira quando o crime tem início em território estrangeiro e se consuma no Brasil, e também quando os atos executórios do crime são praticados em nosso território mas o resultado se produz em país estrangeiro.

Feita essa análise, saindo do plano teórico e ingressando no plano prático, deve-se passar a compreensão das leis que existem em nosso ordenamento jurídico no tocante aos crimes virtuais.

3. LEGISLAÇÃO VIGENTE

No Direito Penal, assim como em todos os ramos do Direito, é imperiosa a aplicação do princípio da legalidade, que é cláusula pétrea insculpida no art. 5º, inciso XXXIX da Constituição da República Federativa do Brasil¹² e traz a seguinte redação: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Isso quer dizer que, para que possa haver punição dos crimes praticados no meio digital, deve antes haver previsão legal nesse sentido.

O Brasil nunca demonstrou fortes iniciativas no tocante aos crimes virtuais, deixando o tema sem qualquer previsão e completamente desprotegido por muitos anos, sem leis

¹² BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 5 jul. 2014.



específicas que tratassem dos delitos que estavam crescendo desenfreadamente. Foi apenas no ano de 2012 que foram aprovadas duas Leis específicas em relação ao tema e que trouxeram algumas inovações importantes para o Direito da Informática.

A primeira delas foi a Lei 12.735/12¹³ que passou a tipificar condutas realizadas mediante o uso de sistema eletrônico, digitais ou similares, que fossem praticadas contra sistemas informatizados e similares. Todavia, tal lei foi vetada quase que em sua totalidade pela presidente da República, Dilma Rousseff, restando a essa norma somente instituir que órgãos da polícia judiciária, as polícias civis dos Estados e do DF deverão estruturar setores e equipes especializadas no combate à ação delituosa em rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado¹⁴.

Além disso, a Lei 12.735/12 conservou seu art 5º, que alterou o inciso II do §3º do art. 20 da Lei 7.716/89¹⁵. A lei alterada, que define os crimes de preconceito de raça ou de cor passou a trazer previsão expressa de que o juiz poderá determinar a cessação das transmissões eletrônicas.

Já a Lei 12.737/12¹⁶, trouxe a tipificação criminal de delitos informáticos e alterou o Código Penal em dois dos seus artigos. Foi apelidada de Lei Carolina Dieckmann pois o projeto de lei (PL 35/12) foi elaborado à época em que as fotos íntimas da atriz foram divulgadas na internet.

Cabe analisar cada uma das mudanças trazidas por esta lei.

¹³ Lei n.º 12.735 de 30 de novembro de 2012, que tipifica condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, digital ou similares, que sejam praticadas contra sistemas informatizados e similares. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12735.htm>. Acesso em: 16 mar. 2015.

¹⁴ DILMA sanciona lei dos crimes cibernéticos. Disponível em <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2012/03/presidente-dilma-sanciona-leis-dos-crimes-ciberneticos>>. Acesso em 23 abr. 2015.

¹⁵ Lei n.º 7.716 de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716compilado.htm>. Acesso em: 16 mar. 2014.

¹⁶ Lei n.º 12.737 de 30 de novembro de 2012, que traz a tipificação criminal de delitos informáticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm>. Acesso em: 16 mar. 2015.



Inicialmente, a Lei 12.737/12, em seu artigo 2º, acrescentou ao Código Penal Brasileiro, dentro dos crimes contra a liberdade individual, dois artigos, 154A e 154B, trazendo as condutas que fazem parte do tipo bem como suas sanções e por fim a ação penal utilizada para tais casos.

A conduta prevista no *caput* do art 154A¹⁷ traz como núcleo do tipo o verbo invadir, que significa violar, transgredir, entrar à força em algum lugar. O objeto a conduta, é o dispositivo informático e esse deve ser pertencente a outra pessoa. A expressão instalar vulnerabilidade traz a conduta o indivíduo de obter vantagem ilícita tornando o dispositivo informático acessível à violação¹⁸. A pena prevista é a de detenção de 3 (três) meses a 1 (um ano) para quem incorrer nessas condutas.

O §1º do artigo citado trouxe algumas condutas que foram equiparadas àquelas do *caput*, com o objetivo de punir os atos preparatórios do crime, através da punição daqueles que facilitam a invasão, produzindo, oferecendo, distribuindo, vendendo ou difundindo dispositivo informático que permita o cometimento do crime mencionado no parágrafo anterior. Com essa previsão a intenção do legislador foi punir os indivíduos que estavam indiretamente relacionados ao crime.

O §2º do art. 154A, tratou de proteger o patrimônio da pessoa lesada nas formas do *caput*, trazendo causa de aumento de pena, de um sexto a um terço, para as condutas que gerem prejuízo econômico para a vítima.

O §3º trouxe uma forma de qualificação pelo resultado: “se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido”, a pena passa a ser de reclusão de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos pois

¹⁷ O art. 154A do Código Penal tem a seguinte redação: “invadir dispositivo alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados de informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita”.

¹⁸ NUCCI, op.cit., p. 812.



assim está também tutelando e tratando de forma mais severa os casos que repercutam na vida profissional do lesado.

O §4º tratou também de causa de aumento de pena mas apenas no tocante ao parágrafo anterior. Isto é, será aumentada a pena, de um a dois terços, caso os dados sigilosos protegido no §3º sejam repassados a terceiros e de um terço a metade, no §5º, caso a invasão seja cometida contra os chefes dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, o que representa maior gravidade da infração.

Portanto, após a análise do art. 154A, e segundo as considerações de Guilherme de Souza Nucci¹⁹, concluímos que os bens jurídicos tutelados são privacidade, o sigilo de dados e informações contidos em dispositivos informáticos de qualquer natureza e a propriedade material ou imaterial. Tanto o sujeito ativo quanto o sujeito passivo desse crime, podem ser pessoa física ou jurídica, não se exigindo nenhuma qualidade especial daquele que o comete, configurando crime comum. E, o elemento subjetivo do tipo é o dolo, não se punindo a forma culposa.

O artigo 145B, por sua vez, tratou das ações penais para os delitos cibernéticos. Tais delitos deverão ser processados mediante representação, na forma do art. 39 do Código de Processo Penal. A representação é a manifestação de vontade daquele que foi ofendido quanto a instauração da ação penal. Já nos casos em que houver questões de segurança nacional, ou seja, quando forem cometidos delitos contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos, a ação penal terá natureza pública incondicionada em razão da maior gravidade do ato cometido.

Fora todas as inovações trazidas pelo artigo 2º da Lei 12.737/12, seu artigo 3º trouxe ainda outras modificações ao Código Penal, acrescentando parágrafos aos artigos 266 e 298.

¹⁹ Ibid., p 811-813.



O art. 266 tipifica o crime de perturbação ou interrupção de serviços ligados à comunicação, tais quais: serviço telegráfico, radiotelegráfico ou telefônico estabelecendo a pena de 1 (um) ano a 3 (três) anos e multa para quem cometer o crime. A Lei 12.737/12 ao incluir o §1º a esse artigo ampliou a previsão do caput, aumentando o alcance da norma para os serviços telemáticos e de informação de utilidade pública.

Por fim, o parágrafo único, incluído no artigo 298, que tipifica o crime de falsificação de documento particular, equiparou o cartão de crédito e de débito a documento particular.

Essas foram, todas as mudanças proporcionadas pelas leis expostas, concluindo-se que houve inovações ao cenário jurídico penal brasileiro, que durante muitos anos deixou desprotegidas as relações no mundo virtual, em especial os crimes nesse âmbito mas que atualmente vem tentando combater tais delitos, mesmo que ainda haja poucas leis a respeito do tema.

CONCLUSÃO

Através do estudo das características principais dos crimes de informática, tais como suas espécies, sujeitos e lugar do crime, bem como da legislação especificamente aplicada, o trabalho cumpriu com seu objetivo, qual seja o de compreender o contexto jurídico dos crimes cibernéticos no ordenamento jurídico brasileiro. Após a exposição do tema e da análise de seus institutos, faz-se necessária a realização de algumas reflexões.

O Brasil, durante décadas desde o surgimento da internet deixou desprotegidas as relações que ocorriam entre os indivíduos nesse meio, facilitando a ploriferação de crimes e a impunidade dos criminosos.

Em 2012 foram criadas leis específicas sobre o tema mas que não se mostraram suficientes para combater os crimes virtuais uma vez que a cada dia que passa surgem novas formas de violação de direitos individuais através da rede mundial de computadores. A criminalidade digital dá grandes passos e a legislação não a acompanha.

É nítido, no entanto, que a Lei 12.737/2012 e a Lei 12.375/12 trouxeram grandes inovações ao cenário jurídico penal-informático, permitindo que alguns problemas mais recorrentes, como os crimes contra a honra, entre outros, fossem parcialmente controlados e punidos, através de tipificação.

É necessário, contudo, observar que a não só com Leis se impede o cometimento de crimes no ambiente virtual, já que como visto é impossível que o Direito acompanhe a evolução das tecnologias e o nascimento de outras condutas lesivas.

Diante disto, além de ser extremamente importante que o legislador esteja sempre trabalhando para editar novas normas jurídicas acerca do tema e atualizando as existentes, é necessário que aja em conjunto especialmente com os órgãos com poderes investigatórios, Ministério Público e Polícias, para que haja efetiva prevenção e combate dos crimes digitais, afinal, não adianta ter uma lei a respeito de um tema se esta não for efetivamente colocada em prática.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO DE CASTRO, Carla Rodrigues apud REDIVO, Rafella; MONTEIRO, Gabriela Loosli. O Direito frente à era da informática. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/1411-2489-1-pb.pdf>>. Acesso em 06 jun. 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 5 jul. 2014.



_____, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 5 jul. 2014.

_____, Lei n.º 7.716 de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716compilado.htm>. Acesso em: 16 mar. 2015.

_____, Lei n.º 12.735 de 30 de novembro de 2012, que tipifica condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, digital ou similares, que sejam praticadas contra sistemas informatizados e similares. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12735.htm>. Acesso em: 16 mar. 2015.

_____, Lei n.º 12.737 de 30 de novembro de 2012, que traz a tipificação criminal de delitos informáticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>. Acesso em: 16 mar. 2015.

DAMÁSIO DE JESUS apud ARAS, Vladimir. *Crimes de informática: Uma nova criminalidade*. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/2250/crimes-de-informatica>>. Acesso em 5 jul. 2014.

DILMA sanciona lei dos crimes cibernéticos. Disponível em <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2012/03/presidente-dilma-sanciona-leis-dos-crimes-ciberneticos>>. Acesso em 23 abr. 2015.

ESTATÍSTICAS de usuários de internet, Domínios e Hosts no Brasil. Disponível em <<http://www.teleco.com.br/internet.asp>>. Acesso em 06 jun. 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal anotado*. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Julio Fabrinni. *Manual de Direito Penal*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RECONHECIMENTO *POST MORTEM* DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

Maria Rita Ferreira do Nascimento

Graduada pelo Centro Universitário da Cidade - UniverCidade. Técnico Superior Jurídico da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: A paternidade socioafetiva é uma realidade na sociedade brasileira que não pode ser ignorada pelo ordenamento jurídico. A filiação biológica não é a única que merece a preocupação do jurista, pois a evolução das relações sociais é determinante nos novos rumos do Direito das Famílias. O presente trabalho objetiva demonstrar que a posse do estado de filiação deve ser reconhecida pelo Poder Judiciário, ainda que após a morte do pai, pois o filho afetivo possui os mesmos direitos que o filho biológico em razão do princípio da igualdade de filiação.

Palavras-chave: Paternidade Socioafetiva. Direito à Filiação. Reconhecimento do Estado de Filho *Post Mortem*

Sumário: Introdução. 1. Evolução do Direito à Filiação no Ordenamento Jurídico Brasileiro. 2. Requisitos para o Reconhecimento da Paternidade Socioafetiva 3. Possibilidade de Reconhecimento da Paternidade Socioafetiva *Post Mortem*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca demonstrar que os conceitos de filiação e de parentesco não são estanques na sociedade civil, razão pela qual o jurista, ao atuar no ramo do Direito das Famílias, não deve ignorar a realidade social na qual se insere sob pena de se afastar da verdadeira Justiça Social.

Durante muitos anos, o ordenamento jurídico pátrio priorizou a existência de vínculos biológicos para o reconhecimento da filiação. Tanto é assim, que o legislador



passou a tratar de temas como a investigação de paternidade biológica e o registro de nascimento de filhos biológicos havidos fora do casamento. Todavia, a legislação mantinha-se silente com relação ao reconhecimento de filhos cujo vínculo com os pais não era biológico, mas exclusivamente de afeto.

Apesar do silêncio da legislação, cada vez mais a estrutura das famílias brasileiras foi se alterando e a afetividade não poderia mais ser desconsiderada como um dos motivos para o reconhecimento de filiação, ainda que ausente o vínculo biológico. Assim, coube à doutrina e, posteriormente, à jurisprudência o papel de reconhecer juridicamente a existência da paternidade socioafetiva e definir os seus efeitos, a fim de adequar o Direito das Famílias à realidade moderna.

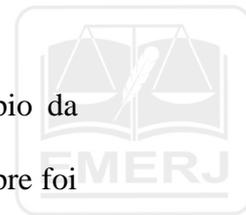
Desta forma, com o objetivo de analisar os principais efeitos jurídicos decorrentes do reconhecimento da paternidade socioafetiva após o falecimento do pai não biológico é que surge o presente trabalho.

Para o exame do tema, foi utilizada a metodologia histórica e bibliográfica, sendo realizada a análise de textos, periódicos, livros doutrinários e jurisprudências dos Tribunais de Justiça Estaduais, bem como do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Em primeiro lugar, buscou-se analisar a evolução do direito à filiação no ordenamento jurídico brasileiro, para, em seguida, se alcançar o conhecimento sobre o conceito e os requisitos para a existência da paternidade socioafetiva.

Por fim, foram examinados alguns aspectos processuais das demandas envolvendo o reconhecimento da paternidade socioafetiva, a fim de se defender a possibilidade de reconhecimento *post mortem* da paternidade socioafetiva.

1. A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FILIAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO



O artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal¹ consagra o princípio da isonomia entre os filhos. Entretanto, o tratamento igualitário para filhos nem sempre foi uma realidade no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que até 1988 era permitida a distinção entre eles.

O Código Civil de 1916² admitia a existência de três classes de filhos: a) legítimos: havidos na constância do casamento; b) ilegítimos: aqueles nascidos de relações não conjugais; c) legitimados: aqueles se tornavam legítimos, caso seus pais contraíssem núpcias.

Para o antigo Código Civil, os filhos ilegítimos seriam tanto os filhos naturais, aqueles cujos pais não eram casados, como os filhos expúrios, aqueles cujos genitores não poderiam casar-se em razão de alguma causa de impedimento para o casamento.

Arnoldo Rizzardo³ demonstra que a atual isonomia entre filhos demorou a ser alcançada. O autor elenca o conjunto de leis, que contribuíram para que o atual estágio do tratamento entre os filhos fosse alcançado no ordenamento jurídico pátrio, conforme passamos a expor.

O Decreto- Lei nº 4.737/42⁴ permitia em seu artigo 1º o reconhecimento pelo pai do filho concebido em uma relação extraconjugal, mas apenas após o desquite do casal. Em 1949, a Lei nº 883⁵, passou a permitir não só que qualquer dos pais reconhecesse voluntariamente o chamado filho ilegítimo após a dissolução do casamento, mas também que o próprio filho pleiteasse judicialmente declaração de sua filiação.

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015

² BRASIL. Código Civil, de 01 de novembro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015

³ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 407

⁴ BRASIL. Decreto-Lei n. 4.737, de 24 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del4737.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015

⁵ BRASIL. Lei n. 883, de 21 de outubro de 1949. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0883.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015



Somente em 1977, com a Lei nº 6515 (Lei do Divórcio)⁶, em seu art. 51, passou a ser possível o reconhecimento do filho havido fora do casamento, ainda que na vigência deste, por meio de testamento: "Art. 51 Ainda na vigência do casamento, qualquer dos cônjuges poderá reconhecer o filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte irrevogável."

Após o advento da Lei 6515, o filho ilegítimo passou a herdar os bens em igualdade de condições com o filho legítimo, já que antes aquele somente recebia metade da herança que o filho legítimo teria direito. O mesmo entendimento passou a ser estendido aos filhos adotivo e incestuoso.

Em 1984, a Lei 7250⁷, acrescentou novo parágrafo ao art. 1º da Lei 883/49, dispondo que o cônjuge separado de fato há mais de cinco anos poderia reconhecer o filho havido fora do casamento, após sentença transitado em julgado.

Assim, em 1988, a Constituição Federal⁸ colocando fim em qualquer discussão sobre tratamento diferenciado entre filhos e passou a prever no art. 227, parágrafo 6º: "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação."

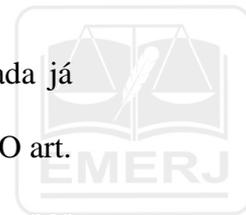
Em razão da nova ordem jurídica, foi expressamente revogado pela Lei 7.841/89⁹, o artigo 358 do Código Civil de 1916 que proibia o reconhecimento de filhos adúlteros ou incestuosos.

⁶ BRASIL. Lei n. 6515, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015

⁷ BRASIL. Lei n. 7250, de 14 de novembro de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7250.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015

⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015

⁹ BRASIL. Lei n. 7841, de 17 de outubro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7841.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015



Em 1990, a Lei 8.069 (Estatuto da Criança e do Adolescente)¹⁰ foi criada já observando o princípio da isonomia entre filhos, prevista na Constituição Federal. O art. 20 do Estatuto dispõe: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

O Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe maior avanço em seu artigo 26: “Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo do nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.”

Assim, restou expresso que independente da dissolução do casamento, os pais podem reconhecer os filhos havidos fora do matrimônio.

Em 1992, a Lei 8.560¹¹ passou a regular a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, cabendo destaque os artigos 5º e 6º que prestigiam o fim da discriminação entre os filhos também no registro de nascimento:

Art. 5º No registro de nascimento não se fará qualquer referência à natureza da filiação, à sua origem em relação aos outros irmãos do mesmo prenome, exceto gêmeos, ao lugar do cartório do casamento dos pais e ao estado civil destes.

Art. 6º Das certidões de nascimento não constarão indícios de a concepção haver sido decorrente de relação extraconjugal.

O Código Civil de 2002¹², por sua vez, não trouxe grandes inovações com relação ao direito de filiação, uma vez que se limitou a reproduzir o texto constitucional, no que diz respeito ao princípio da isonomia entre filhos, sendo silente com relação ao reconhecimento da filiação socioafetiva. Tanto é assim que o artigo 1593 do Código tem a seguinte redação: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de

¹⁰ BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18069.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015

¹¹BRASIL. Lei n.8.560, de 29 de dezembro de 1992. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18560.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015

¹² BRASIL. Código Civil, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015



consanguinidade ou outra origem". O Enunciado 256 do Conselho de Justiça Federal¹³ (CJF) é que trouxe interpretação ampliativa ao artigo mencionado, incluindo a posse do estado de filho como modalidade de parentesco civil.

Assim, pode se verificar que apesar de toda a evolução legislativa em torno da filiação, o legislador pátrio ainda não consegue lidar com os atuais anseios da família brasileira. Desta forma, questões como a filiação afetiva não são amparadas por lei. Não há nenhum parâmetro legal que delimite as hipóteses de reconhecimento de paternidade afetiva. O magistrado pode valer-se exclusivamente da construção jurisprudencial e da doutrina para reconhecer a filiação socioafetiva.

2-REQUISITOS PARA O RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

Para a compreensão do conceito de paternidade socioafetiva é preciso destacar a importância do afeto no Direito das Famílias.

A afetividade é o sentimento norteador do Direito das Famílias, pois é o afeto que une os seus membros e não necessariamente o vínculo sanguíneo. As expressões "mãe é quem cria" ou "pai é quem cuida", tão usadas pela sociedade, demonstram exatamente que as relações de parentesco vão além da consanguinidade.

De acordo com Flávio Tartuce¹⁴, o afeto tem valor jurídico e alcançou a posição de verdadeiro Princípio Geral do Direito aplicado ao âmbito familiar. Segundo o doutrinador, a afetividade gerou três consequências jurídicas na atualidade: o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares; a admissão de reparação por danos em razão do abandono afetivo e o reconhecimento da parentalidade afetiva como nova forma de parentesco.

¹³ BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Enunciados das Jornadas de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2015

¹⁴TARTUCE, Flávio. *O Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Disponível em: <http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>. Acesso em: 30 mar. 2015.



Assim, a paternidade socioafetiva se configura quando presentes quatro requisitos que devem existir de forma concomitante, os quais passamos a expor.

O primeiro requisito é a relação de afeto gerado pela convivência entre pai e filho. Sem a comprovação da existência de laços afetivos entre o genitor e a criança, não se pode falar em paternidade socioafetiva. Desta forma, aquele pai que pouco conviveu com a criança, sendo raras as demonstrações de cuidado e amor não pode ser considerado pai afetivo.

O segundo requisito é o tratamento de filho, ou seja, a criança é educada e criada como verdadeiro filho. O pai afetivo deve ter adotado postura de genitor.

O terceiro requisito é o reconhecimento na sociedade de que aquele indivíduo pertence àquela família na qual se insere. A coletividade já está acostumada com a relação de pai e filho demonstrada.

O quarto requisito, que vem sendo mitigado pela jurisprudência, é o uso do nome de família. O uso do nome de família do pai geralmente ocorre nos casos da chamada "adoção à brasileira", na qual alguém registra o filho que sabe não ser seu. Esta era uma prática muito antiga, em casos de gravidez indesejada ou até mesmo quando se pretende assumir a paternidade de uma criança, sem ter que se submeter ao procedimento da adoção.

Entretanto, a paternidade socioafetiva pode existir mesmo sem que a criança seja registrada em nome do pai não biológico, sendo posterior ao reconhecimento judicial, a alteração do registro, incluindo-se o nome do pais não-biológico no assentamento de registro civil, ainda que se mantenha o nome do pai biológico. Será uma caso de multiparentalidade, a qual já vem sendo admitida na jurisprudência dos Tribunais



Estaduais, estando o tema sujeito ao julgamento de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal.¹⁵

Cristiano Cassettari¹⁶ destaca que após serem constatados os requisitos para o reconhecimento do vínculo socioafetivo, ainda que o pai não biológico venha a perder o afeto, não será possível refutar a socioafetividade já consumada, pois depois de formada ela é irretratável.

Nesse sentido é o Enunciado 339 do CJF¹⁷, que dispõe: "A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho".

Dessa forma, estabelecido o vínculo socioafetivo, não poderá o pai não biológico, simplesmente buscar se eximir da sua posição de pai, como tentam alguns ao terminarem o relacionamento com a mãe da criança a qual perfilhou.

Por fim, cumpre destacar que o Supremo Tribunal de Justiça já reconheceu a presença desses requisitos em uma relação entre mãe não biológica e filho¹⁸. Assim, atualmente, já se fala em parentalidade socioafetiva, da qual seriam espécies a maternidade e a paternidade socioafetiva:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. POSSIBILIDADE.DEMONSTRAÇÃO.

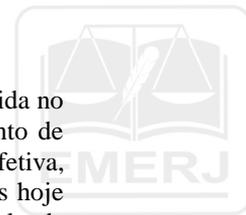
1. A paternidade ou maternidade socioafetiva é concepção jurisprudencial e doutrinária recente, ainda não abraçada,expressamente, pela legislação vigente, mas a qual se aplica, deforma analógica, no que forem pertinentes, as

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal- Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 692186-Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3419008>>. Acesso em: 10 mai. 2015

¹⁶ CASSETARI, Christiano. *Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva*. 2.ed. São Paulo. Atlas. 2015, p. 33.

¹⁷ BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Enunciados das Jornadas de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2015

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1189663 RS 2010/0067046-9. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Civel_Geral/Familia/Jurisprudencia_familia/STJ%20-%20RESP%201189663%20investigacao%20patern%20matern%20socioafetiva.pdf>. Acesso em 10 mai. 2015



regras orientadoras da filiação biológica. 2. A norma princípio estabelecida no art. 27, in fine, do ECA afastadas restrições à busca do reconhecimento de filiação e, quando conjugada com a possibilidade de filiação socioafetiva, acaba por orientar, de forma ampliativa, os restritivos comandos legais hoje existentes, para assegurar ao que procura o reconhecimento de vínculo de filiação socioafetivo, trânsito desimpedido de sua pretensão. 3. Nessa senda, não se pode olvidar que a construção de uma relação socioafetiva, na qual se encontra caracterizada, de maneira indelével, a posse do estado de filho, dá a esse o direito subjetivo de pleitear, em juízo, o reconhecimento desse vínculo, mesmo por meio de ação de investigação de paternidade, a priori, restrita ao reconhecimento forçado de vínculo biológico. 4. Não demonstrada a chamada posse do estado de filho, torna-se inviável a pretensão. 5. Recurso não provido.

Verifica-se, assim, que o estado de filiação não se configura de forma estanque, mas decorre das novas organizações das famílias modernas, cujas relações se alteram constantemente, como no caso de novo casamento de um dos genitores. Por esta razão, o magistrado deve estar atento à realidade de cada caso concreto para determinar se a paternidade socioafetiva está presente ou não.

3-POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIAFETIVA *POST MORTEM*

O direito à filiação é indisponível, decorrendo do próprio princípio da dignidade da pessoa humana. Entretanto, permanece relevante a discussão sobre a possibilidade de reconhecimento da paternidade socioafetiva *póstuma*.

Como já se abordou no presente trabalho, o artigo 1.593 do Código Civil¹⁹ prevê que o parentesco surge da consanguinidade, bem como de outra origem. Assim, a posse do estado de filho, configura parentesco.

O vínculo familiar baseado exclusivamente no afeto, por sua vez, vem sendo reconhecido pela jurisprudência tanto no bojo de ação de investigação de paternidade, como em ações declaratórias de rito ordinário. As duas ações são cabíveis para que a pretensão seja atendida, pois a paternidade não é apenas biológica, sendo possível a investigação da presença do vínculo afetivo, bem como a busca de uma declaração de existência da relação jurídica de parentesco.

¹⁹ BRASIL. Código Civil, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015



Cassetari²⁰ ressalta que a paternidade socioafetiva também pode ser usada como matéria de defesa. Assim, seria possível ao filho, nos autos da ação de negatória de paternidade ou da ação de anulação de registro alegar a existência da paternidade socioafetiva por meio de reconvenção.

Entender pela possibilidade de se alegar a socioafetividade como matéria de defesa é algo coerente com toda a construção doutrinária e jurisprudencial, principalmente no que tange à chamada "adoção à brasileira", na qual o pai não biológico faz o registro do filho de forma livre e desimpedida, não sendo possível a retratação.

Até aqui, verifica-se que, atualmente, há uma facilidade da jurisprudência em tratar do tema. Entretanto, maior dificuldade se verifica quando o filho almeja o reconhecimento da parentalidade socioafetiva após o falecimento do pai (ou da mãe, já que o STJ admite a maternidade socioafetiva, como já visto).

A dificuldade do reconhecimento póstumo passa por aspectos processuais, pois alguns magistrados entendem que falta uma das condições da ação para que o processo possa ser julgado com mérito: a possibilidade jurídica do pedido.

Pode-se destacar os seguintes julgados, nos quais o magistrado de primeiro grau se posicionava pela carência de ação, sendo necessária a reforma pelos Tribunais dos Estados.

No primeiro caso, que segue abaixo, o Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul²¹, entendeu que não há que se falar em carência de ação, pois foi feita uma analogia com os casos de investigação de paternidade *post mortem* quando o vínculo que se pretende reconhecer é o biológico. A decisão coloca a filiação biológica e a socioafetiva na mesma posição, em consonância com a Constituição Federal, que proíbe o tratamento diferenciado entre filhos.

²⁰CASSETARI, op. cit., p. 72.

²¹BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 2008.064066-4. Relator: Desembargador Eládio Torret Rocha. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1326>>. Acesso em: 13 abr. 2015



DIREITO DE FAMÍLIA. DEMANDA DECLARATÓRIA DE PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. EQUIVOCADA EXTINÇÃO DA DEMANDA. CONDIÇÕES DA AÇÃO QUE, CONTUDO, NO CASO, REVELAM-SE PRESENTES. PLEITO QUE, EM TESE, SE AFIGURA POSSÍVEL, INOBTANTE O FALECIMENTO DOS SUPOSTOS PAIS SOCIOAFETIVOS. INTELECÇÃO DOS ARTS. 1.593 DO CC E 227, § 6º, DA CRFB. SENTENÇA CASSADA. RECURSO PROVIDO.

1. O pedido é juridicamente possível quando, em tese, encontra respaldo no arcabouço normativo pátrio. 2. A pretensão ao reconhecimento da parentalidade socioafetiva tem ressonância no art. 1.593 do Código Civil, segundo o qual a filiação origina-se do laço consaguíneo, civil ou socioafetivo. 3. Nada obsta o reconhecimento da filiação após a morte dos pretensos pai e mãe socioafetivos. Se ao filho biológico é franqueado o acesso à justiça na hipótese de investigação de paternidade ou de maternidade post mortem, ao filho socioafetivo, por força do princípio da igualdade entre as filiações (art. 227, par.6º, da Constituição da República), deve ser assegurado idêntico direito de ação. DERAM PROVIMENTO AO RECURSO

A decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul demonstrou que as normas constitucionais que protegem o Direito das Famílias devem ser interpretadas de forma ampliativa e não restritiva.

A partir do julgado, percebe-se que o magistrado somente estará dando efetividade ao princípio de igualdade entre filhos quando ele próprio enxerga a realidade das relações familiares. Nem sempre o filho socioafetivo conta com o apoio dos demais parentes, que, por vezes, pretendem excluí-lo da partilha de bens deixados por aquele que o criou. Assim, nada mais justo do que se reconhecer a existência da posse do estado de filho, ainda que o pai já tenha falecido, sob pena de verdadeiro retrocesso quanto ao princípio da igualdade de filiação.

O Tribunal do Estado de Minas Gerais²², por sua vez, sustenta a possibilidade do reconhecimento da paternidade socioafetiva póstuma, pelo fato de inexistir no ordenamento jurídico qualquer vedação à sua concessão.

²² BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0518.10.006332-1/001. Relator: Desembargador Alberto Vilas Boas. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1326>>. Acesso em: 13 abr. 2015



A ausência da proibição legal é que deve nortear o julgador quando rejeita a preliminar de impossibilidade jurídica de um pedido, qualquer que seja ele. Nesse mesmo sentido deve o magistrado agir quando trata da verificação das condições de ação, na qual se busca o reconhecimento da parentalidade socioafetiva.

Assim, seja pela inexistência de previsão no ordenamento jurídico de impedimento ao reconhecimento póstumo da paternidade socioafetiva, ou pela necessidade de se dar efetividade ao parágrafo 6º do art. 227 da Carta Magna, não se pode afirmar que há carência de ação para a hipótese, cabendo ao Judiciário declarar a existência da relação jurídica, reconhecendo-lhe todos os efeitos, inclusive os sucessórios.

CONCLUSÃO

A conclusão a que se chega com este trabalho é que a sociedade está se modificando e o sistema jurídico evolui para enfim aceitar as diversas formações familiares que existem no país. As famílias modernas mudaram, mas sempre deverão prevalecer o melhor interesse da criança e a preservação do afeto entre os membros de uma família.

O vínculo biológico sem a convivência entre os familiares nada acrescenta ao desenvolvimento emocional e psicológico da criança, pois é a convivência que permite a criação de laços de afeto, fundamentais para formação do cidadão de bem.

Assim, existindo a paternidade socioafetiva ela deve ser sempre preservada já que ocupa o mesmo papel formador de família que a paternidade biológica. O reconhecimento da posse do estado de filho, ainda que *post mortem*, é apto para gerar todos os efeitos civis e patrimoniais que também decorreriam da filiação biológica.

Conclui-se, pois, que a filiação socioafetiva é uma desdobramento da dignidade da pessoa humana, pois toda pessoa tem o direito ao reconhecimento do forte vínculo



que a une ao familiar que a amou e foi responsável por sua criação, ainda que esse reconhecimento somente venha ser pleiteado após a morte do pai.

REFERÊNCIAS

ALBIANTE, Isabel Cristina. *Paternidade Socioafetiva: famílias, evolução, aspectos controvertidos*. Disponível em:

<http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2012/IsabelCristinaAlbinante_Monografia.pdf>. Acesso em: 16 abr.2015

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015

_____. Código Civil, de 01 de novembro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015

_____. Decreto-Lei n. 4.737, de 24 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De14737.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015

_____. Lei n. 883, de 21 de outubro de 1949. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0883.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015

_____. Lei n. 6515, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015

_____. Lei n. 7250, de 14 de novembro de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7250.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015

_____. Lei n. 7841, de 17 de outubro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7841.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015

_____. Lei n.8.560, de 29 de dezembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8560.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015

_____. Código Civil, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015

_____. Conselho de Justiça Federal. Enunciados das Jornadas de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados->



aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2015

_____. Supremo Tribunal Federal- Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 692186-Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3419008>>. Acesso em: 10 mai. 2015

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1189663 RS 2010/0067046-9. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Civel_Geral/Familia/Jurisprudencia_familia/STJ%20%20RESP%201189663%20investigacao%20patern%20matern%20socioafetiva.pdf>. Acesso em 10 mai. 2015

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 2008.064066-4. Relator: Desembargador Eládio Torret Rocha. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1326>>. Acesso em: 13 abr. 2015

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0518.10.006332-1/001. Relator: Desembargador Alberto Vilas Boas. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1326>>. Acesso em: 13 abr. 2015

CASSETARI, Christiano. *Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva*. 2.ed. São Paulo. Atlas. 2015

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2009

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 2.ed. Rio de Janeiro. Forense. 2011

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 5.ed. Rio de Janeiro. Forense. 2007

TARTUCE, Flávio. *O Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Disponível em: <<http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>>. Acesso em: 30 mar.2015



A POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA BASE PARA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL COM A INCIDÊNCIA DAS CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES

Marília Pires Vieira

Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Advogada.

Resumo: Com a crescente importância que se tem dado à pena privativa de liberdade, torna-se primordial reafirmar a necessidade de estrita observância aos critérios legais de aplicação da pena, com vistas a garantir que a pena justa seja aplicada. Com efeito, o Estado Democrático de Direito vigente impõe o máximo de tutela ao bem jurídico mais importante dos dias atuais, qual seja, a liberdade. Não obstante, diante da vedação estatuída pela Súmula n. 213 do STJ, conclui-se que essa pena justa não está sendo efetivamente alcançada. Assim, a essência do trabalho é analisar os argumentos que sustentam a tese do referido verbete, demonstrando que eles não merecem ser acolhidos.

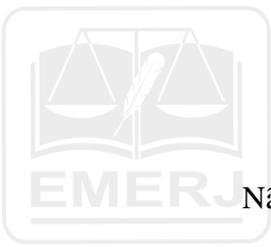
Palavras-chave: Direito Penal. Circunstâncias atenuantes. Mínimo legal. Pena provisória. Dosimetria. Individualização da pena. Súmula n. 231 do STJ.

Sumário: Introdução. 1. Interpretação do Art. 48, Parágrafo Único do Código Penal com Redação Anterior à Lei n. 7.209/84 e do Art. 59 do Anteprojeto do Código Penal de 1969 Frente ao Art. 59 do Código Penal Vigente. 2. Observância à Fase de Individualização Legislativa, ao Sistema da Relativa Determinação e ao Princípio da Legalidade Estrita. 3. A Ausência de Risco de se Chegar à Pena Zero. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho enfoca, no âmbito da aplicação da pena privativa de liberdade, a temática da possibilidade de redução da pena base para aquém do mínimo legal pela incidência das circunstâncias atenuantes. É que a vedação a essa possibilidade, introduzida pela Súmula n. 231 do STJ, tem um reflexo direto na satisfação do princípio da individualização da pena e no alcance da pena justa, o que viola frontalmente a Constituição Federal e produz situações de desigualdade.

Com efeito, em virtude da importância cada vez maior que vem sendo dada à pena de prisão, é imperioso que os critérios legais de sua aplicação sejam observados, pois que são eles que irão permitir que os fins da pena sejam efetivamente cumpridos e que a pena seja aplicada na exata medida da conduta praticada.



Não obstante, não é isso que vem ocorrendo. Diante de uma situação em que dois réus cometeram o mesmo crime, sendo que um deles é primário, tem todas as circunstâncias judiciais favoráveis e confessou o delito, ao passo que o outro é tecnicamente primário, tem maus antecedentes, mas também confessou o mesmo crime, ambos terão a mesma pena provisória, já que o primeiro réu não poderá se beneficiar da circunstância atenuante da confissão em razão da Súmula n. 231 do STJ.

Nesse contexto, pretende-se discutir e rebater os diferentes argumentos que sustentam a vedação em tela, demonstrando-se que eles não se justificam. Para tanto, será utilizada a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa.

Ao longo do artigo, será analisado se o art. 59 do atual Código Penal deve ser interpretado na mesma esteira do art. 48, parágrafo único do Código Penal com redação anterior à Lei n. 7.209/84 e do art. 59 do Anteprojeto do Código Penal de 1969; se há descumprimento à fase de individualização legislativa do princípio da individualização da pena e ao sistema da relativa determinação ou, ao contrário, se há observância ao princípio da legalidade estrita; e se haveria risco de se chegar à pena zero.

Dessa forma, objetiva-se mostrar que houve uma mudança de entendimento do legislador com a reforma penal de 1984 e que, por isso, não há qualquer violação à fase de individualização legislativa ou ao sistema da relativa determinação e, tampouco, o risco de se chegar à pena zero. Há, na verdade, estrito cumprimento da garantia fundamental da individualização da pena e do princípio da legalidade estrita, o que se coaduna com o Estado Democrático de Direito em que vivemos.



1. A INTERPRETAÇÃO DO ART. 48, PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO PENAL COM REDAÇÃO ANTERIOR À LEI N. 7.209/84 E DO ART. 59 DO ANTEPROJETO DO CÓDIGO PENAL DE 1969 FRENTE AO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL VIGENTE

No REsp 146.056/RS¹, que foi um dos precedentes originários da Súmula n. 231 do STJ², o Ministro Félix Fischer usou como argumento à impossibilidade de fixação da pena intermediária abaixo dos limites legais o fato de esse entendimento, desde 1940, nunca ter predominado. Em que pese isso ser verdadeiro, hoje, não se pode mais pensar assim.

Antes da reforma penal promovida pela Lei n. 7.209/84³, o art. 42, inc. II e o 48, parágrafo único do Código Penal⁴ assim estabeleciam:

Art. 42. Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime:

I - determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente;

II - fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável.

Circunstâncias atenuantes

Art. 48. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

(...)

Atenuação especial da pena

Parágrafo único. Se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de um terço até metade, *não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido* [sem grifos no original].

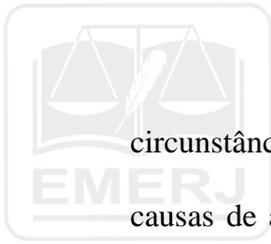
Pela redação desses artigos, pode-se perceber que havia um limite à aplicação das circunstâncias atenuantes, o que se justificava pelo sistema bifásico de aplicação de pena de Roberto Lyra que vigia à época. Por esse sistema, as circunstâncias judiciais e as

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 146056. Relator: Ministro Félix Fischer. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=146056&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 4 out. 2014.

² Súmula 231. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. (BRASIL. Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, de 22 de setembro de 1999. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20'231'\).sub.](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20'231').sub.)>. Acesso em: 14 set. 2014.)

³ BRASIL. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17209.htm>. Acesso em: 4 out. 2014.

⁴ BRASIL. Código Penal de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848.htm>. Acesso em: 14 set. 2014.



circunstâncias legais eram analisadas na primeira etapa, que culminava na pena-base, e as causas de aumento e de diminuição eram analisadas na segunda etapa, chegando-se à pena definitiva.

Dessa forma, resta evidente que a presente discussão não era cabível à época, já que a limitação imposta à pena-base também alcançava as circunstâncias legais. Nesse sentido, narra Dionísio Garcia⁵:

Antes da reforma penal de 1984 era indiscutível na doutrina e na jurisprudência que as circunstâncias atenuantes e agravantes não tinham força de fazer ultrapassar a pena para aquém do mínimo, ou para além do máximo. Isto significava que, se na cominação mínima foi prefixada a pena-base, atendidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, a existência de somente circunstâncias atenuantes era inoperante; de modo inverso, se, além de circunstâncias judiciais contrárias ao réu, só circunstâncias agravantes fossem apuradas, estas seriam irrelevantes se a pena-base tivesse sido fixada na quantidade máxima [...]

Além disso, não se pode esquecer que o referido art. 48, parágrafo único do Código Penal⁶ previa apenas uma hipótese em que a pena não poderia ser reduzida para aquém do mínimo, qual seja, se o agente quis participar de crime menos grave, o que acabou sendo generalizado para todas as demais circunstâncias atenuantes da época e dos dias atuais⁷.

Acerca dessa generalização para os dias atuais, sustenta Cezar Roberto Bitencourt⁸ que não se trata de uma “*interpretação analógica* [grifo do autor], mas verdadeira *analogia* [grifo do autor] – vedada em direito penal – para suprimir um direito público subjetivo, qual seja a *obrigatória* [grifo do autor] (circunstância que sempre atenua a pena) atenuação de pena”, que está prevista no art. 65 do atual Código Penal⁹. É que não há qualquer lei que regule essa situação, sendo necessária uma analogia *in bonam partem* para suprimir essa lacuna.

⁵ GARCIA, Dionísio. As circunstâncias atenuantes e agravantes continuam adstritas aos limites punitivos do tipo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 653, mar. 1990, p. 403.

⁶ BRASIL. Código Penal de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848.htm>. Acesso em: 14 set. 2014.

⁷ CANÍBAL, Carlos Roberto Lofego. *Pena aquém do mínimo* – uma investigação constitucional-penal. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/3f3a0/3f3f5/3f6a9?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>>. Acesso em 6 out. 2014.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 676-677.

⁹ BRASIL. Código Penal e Constituição Federal. 52. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 55.



Em seguida, no ano de 1963, sobreveio o art. 59 do Anteprojeto do Código Penal de 1969¹⁰⁻¹¹, que assim estabelecia:

Art. 59. Quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o quantum, deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um têtço, *guardados os limites da pena cominada ao crime* [sem grifos no original]. (Quantum da agravação ou atenuação)

Ao contrário do dispositivo anterior, esse artigo impede expressamente que qualquer circunstância atenuante ultrapasse os limites legais cominados aos crimes. Entretanto, não se pode esquecer que, com a reforma promovida pela Lei n. 7.209/84¹², tal dispositivo não foi incorporado ao Código Penal vigente, o que impede que ele seja invocado como argumento à vedação trazida pela Súmula n. 231 do STJ¹³.

Nesse mesmo sentido se posiciona Rosivaldo Toscano¹⁴, o qual afirma que “Mesmo assim, o senso comum teórico passou a se ancorar no pensamento de um autor [Nelson Hungria] que não foi contemporâneo da L. 7.209/1984. Faltou, assim, historicidade na interpretação que culminou na S. 231/STJ e na repercussão geral do STF.”

Por fim, quando da entrada em vigor da Lei n. 7.209¹⁵ em 1984, os seguintes dispositivos foram trazidos à parte geral do Código Penal de 1940¹⁶:

Fixação da pena

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime,

¹⁰ O Código Penal de 1969 nunca entrou em vigor, pois foi revogado quando ainda estava no seu período de vacância, que durou dez anos. Seu anteprojeto foi elaborado e apresentado, por Nelson Hungria, ao Governo em 1963, sendo que, após a sua revisão por uma comissão formada por especialistas da época, foi editado o Código Penal de 1969 pela Junta Militar então no poder. Entretanto, conforme narra Francisco de Assis Toledo (*Princípios básicos do direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 65-66), diante das inúmeras críticas feitas e após ter tido o seu período de vacância prolongado por mais um ano, tal Código foi revogado e preferiu-se fazer uma reforma no Código Penal de 1940 em vigor.

¹¹ BRASIL. Decreto-lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/De11004.htm>. Acesso em: 6 out. 2014.

¹² BRASIL. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17209.htm>. Acesso em: 4 out. 2014.

¹³ BRASIL. Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, de 22 de setembro de 1999. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20'231'\).sub.](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20'231').sub.)>. Acesso em: 14 set. 2014.

¹⁴ SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. As circunstâncias legais e a aplicação centrífuga da pena. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 100, n. 908, jun. 2011, p. 238.

¹⁵ BRASIL. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17209.htm>. Acesso em: 4 out. 2014.

¹⁶ BRASIL, op. cit., p. 53-55.



bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

(...)

Cálculo da pena

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Por meio de uma simples interpretação sistemática desses dispositivos, pode-se perceber que o limite imposto à fixação da pena aquém do mínimo foi somente à pena-base. É que, levando em consideração que o art. 68¹⁷ em questão estatui que “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código”, bem como, nos dizeres de Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior¹⁸, emprega a expressão “‘Em seguida’, isto é, não mais se atendendo ao critério do art. 59”, deve-se convir que a redação do art. 59¹⁹ (e, conseqüentemente, de seu inc. II) se refere tão somente à primeira fase de aplicação da pena, vale dizer, à fixação da pena-base, não se estendendo, dessa forma, à pena provisória.

Sendo assim, conclui-se que todos os argumentos embasados nas legislações anteriores não se sustentam, principalmente porque em sentido diverso do que estabelece o Código Penal atual. Acolhê-los, portanto, violaria o princípio da legalidade, tão importante na seara do Direito Penal.

¹⁷ BRASIL, op. cit., p. 55.

¹⁸ SANTOS JÚNIOR, op. cit., p. 239.

¹⁹ BRASIL, op. cit., p. 53.



2. OBSERVÂNCIA À FASE DE INDIVIDUALIZAÇÃO LEGISLATIVA, AO SISTEMA DA RELATIVA DETERMINAÇÃO E AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA

O princípio da individualização da pena, pilar do Estado Democrático de Direito vigente e direito fundamental previsto no art. 5º, inc. XLVI da Constituição Federal²⁰, determina que a sanção penal aplicada seja um reflexo da análise, por parte do magistrado, de todos os elementos e circunstâncias presentes no caso concreto, de maneira que a pena imposta ao final esteja de acordo com a situação particular de cada réu.

Com efeito, se uma das finalidades da pena é a retribuição pelo crime praticado, deve-se buscar um processo de aplicação da lei penal personalizado, vedando-se em absoluto a padronização e a abstração no momento da imposição das sanções penais. A resposta punitiva do Estado deve equivaler a uma sanção justa e proporcional ao mal causado pelo agente à sociedade, isto é, deve estar de acordo com as suas finalidades, com a magnitude do bem jurídico afetado e com a gravidade da conduta contra ele perpetrada.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o princípio da individualização da pena é composto por três fases²¹. Em primeiro lugar, na fase de individualização legislativa, o legislador fará uma seleção dos bens jurídicos mais importantes, escolherá as condutas que, se praticadas contra tais bens, serão passíveis de punição e irá dosar a quantidade de penas mínima e máxima que servirão de limites abstratos à atuação do magistrado na fase seguinte, conforme o sistema da relativa determinação. Em seguida, na fase de individualização judicial, havendo a prática do crime e concluindo o juiz pela sua existência, se procederá à fixação da pena ao agente, observando todos os elementos do caso concreto. Por fim, na fase

²⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 2 jan. 2015.

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 37-38.



de individualização executória, haverá a execução da pena, na qual se deverá respeitar a classificação do condenado, seu comportamento e os benefícios a que fizer jus no cumprimento da sanção que lhe foi atribuída.

Diante desse cenário, argumenta-se que a possibilidade de ultrapassar os limites da pena-base por meio da aplicação de uma circunstância atenuante viola a fase de individualização legislativa e o sistema da relativa determinação, pois que se deve observar as penas mínima e máxima cominadas pelo legislador, sob pena de dar ensejo ao surgimento de um outro tipo penal²² e ferir a redação do art. 67 do Código Penal²³, que traz expressamente a palavra “limite”²⁴. Esse argumento, no entanto, não merece prosperar.

Em primeiro lugar, conforme já foi mencionado, apesar de o art. 59 do Código Penal²⁵ estabelecer que o magistrado deve observar os limites abstratos de pena impostos pelo legislador, tal dispositivo somente se aplica à pena-base, uma vez que o art. 68 do Código Penal²⁶ traz a expressão “em seguida” para se referir às demais fases de aplicação de pena, às quais o art. 59²⁷ em questão não será aplicado.

Com efeito, se o ordenamento jurídico segue o sistema trifásico de aplicação da pena, é de se entender que não haverá o surgimento de um outro tipo penal, mas apenas a observância dos dispositivos em tela, os quais determinam o que o magistrado deverá seguir em cada fase de aplicação da pena. Haverá, na verdade, o surgimento de uma pena provisória, que será confirmada ou não em sede de pena definitiva.

Ademais, não se ferirá a redação do art. 67 do Código Penal²⁸, pois ele se refere tão somente ao concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, em nada acrescentando na

²² DELMANTO apud GARCIA, op. cit., p. 403.

²³ BRASIL, op. cit., p. 55.

²⁴ GARCIA, op. cit., p. 405.

²⁵ BRASIL, op. cit., p. 53.

²⁶ BRASIL, op. cit., p. 55.

²⁷ BRASIL, op. cit., p. 53.

²⁸ BRASIL, op. cit., p. 55.



primeira fase de aplicação da pena²⁹. Sendo assim, o limite de pena nele referido seria apenas em relação ao cômputo das circunstâncias preponderantes.

Em realidade, não se pode conceber um sistema de dosimetria penal em que se nega a aplicação de uma circunstância a que o réu faz jus. Isso seria ferir o princípio da individualização da pena, pois que não seriam analisados todos os elementos e circunstâncias do caso concreto e, conseqüentemente, não se chegaria à pena mais adequada e justa, vale dizer, na exata medida da culpabilidade do apenado.

Nesse sentido, tem razão Carmem Silvia de Moraes Barros³⁰ quando afirma:

Por sua inegável carga garantística, o princípio da individualização da pena é irrenunciável. (...) Para que as garantias constitucionais sejam efetivadas é necessário que tenham real operatividade e que cumpram a função de tutela da dignidade da pessoa humana. Assim não bastam bonitos discursos ou boas leis, é necessário que as decisões judiciais – quer de conhecimento, quer executórias – estendam esses princípios até as máximas possibilidades de realização. Os juízes estão vinculados aos princípios constitucionais e não podem contrariá-los através de suas decisões.

Em virtude disso, tem-se verificado uma prática nos Tribunais, à qual Cezar Roberto Bitencourt³¹ dá o nome de “estelionato judicial”: para evitar que se ofenda o princípio da individualização da pena, de um lado, e a Súmula n. 231 do STJ³², de outro, os juízes têm optado por, na primeira fase de aplicação da pena, encontrar, a todo custo, qualquer circunstância legal que eleve a pena-base, de modo que na segunda fase poderão, então, efetivar a atenuante presente no caso concreto.

Contudo, não há prática mais danosa ao princípio em tela do que aumentar a pena-base quando não há motivos para tanto. É que se está afrontando, dessa forma, o direito fundamental do acusado de ter a sua pena-base estabelecida de acordo com a sua

²⁹ SANTOS JÚNIOR, op. cit., p. 233.

³⁰ BARROS, Carmem Silvia de Moraes. A fixação da pena abaixo do mínimo legal: corolário do princípio da individualização da pena e do princípio da culpabilidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 7, n. 26, abr. 1999, p. 293-294

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. O arbítrio judicial na dosimetria penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 85, n. 723, jan. 1996, p. 504.

³² BRASIL. Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, de 22 de setembro de 1999. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20'231'\)](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20'231'))>.sub.>. Acesso em: 14 set. 2014.



culpabilidade, com os seus antecedentes, com a sua conduta social, com a sua personalidade, com os seus motivos, com as circunstâncias e consequências do crime, e com o comportamento da vítima, nos termos do artigo 59 do diploma repressivo³³.

Além disso, não se pode esquecer que, independentemente da quantidade de pena imposta na pena-base, o art. 65 do Código Penal³⁴, que traz o rol de atenuantes, emprega o advérbio “sempre”, não havendo como se cogitar, portanto, da não aplicação de tais circunstâncias. Nesse sentido, afirma Cezar Roberto Bitencourt³⁵ que a “previsão legal, definitivamente, não deixa qualquer dúvida sobre sua *obligatoriedade* [grifo do autor]”, sendo que Carlos Roberto Lofego Caníbal³⁶ vai mais além, asseverando que se trata de norma cogente “[...] e norma cogente em direito penal é norma de ordem pública, máxime quando se trata de individualização constitucional de pena”.

Dessa forma, o não reconhecimento de uma circunstância atenuante viola também o princípio da legalidade estrita, o qual, de acordo com Luigi Ferrajoli³⁷, determina que o julgador observe não só a legalidade formal das normas, que é a relativa aos procedimentos e à competência para sua edição, mas também a legalidade substancial delas, que diz respeito à sua filtragem constitucional.

Assim, ao contrário do que se tem afirmado, a possibilidade de redução da pena provisória para aquém dos limites da pena-base consiste na observância à fase de individualização legislativa, ao sistema da relativa determinação e ao princípio da legalidade estrita. Não se pode pretender interpretar os dispositivos do Código Penal a fim de se chegar a uma conclusão previamente querida, sob pena de ferir direitos do apenado e a própria vontade do legislador.

³³ BRASIL, op. cit., p. 53.

³⁴ BRASIL, op. cit., p. 55.

³⁵ BITENCOURT, op. cit., p. 676.

³⁶ CANÍBAL, op. cit.

³⁷ FERRAJOLI apud GRECO, Rogério, *Curso de direito penal*: parte geral. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 99.

3. A AUSÊNCIA DE RISCO DE SE CHEGAR À PENA ZERO

Argumenta-se contrariamente à aplicação cogente das atenuantes o fato de que a ausência de determinação do *quantum* de redução promovido por tais circunstâncias pode conduzir à pena zero, subsistindo, dessa forma, a impunidade no ordenamento jurídico brasileiro³⁸. Em que pese esse ser um raciocínio bastante comum, ele não se sustenta.

Em primeiro lugar, a aplicação da pena não se traduz em mera dosimetria matemática, não havendo que se falar, por isso, em risco de se atingir a pena zero. As atenuantes, de acordo com o sistema trifásico adotado pelo Código Penal, são analisadas antes das majorantes e minorantes, de maneira que ainda subsiste a possibilidade de se elevar a pena após o cálculo das circunstâncias em questão.

Assim se posiciona Cezar Roberto Bitencourt³⁹, o qual aduz:

Outro grande fundamento para admitir que as atenuantes possam trazer a pena para aquém do mínimo legal é principalmente a sua posição topográfica: são valoradas antes das causas de aumento e de diminuição; em outros termos, após o exame das atenuantes/agravantes, resta a operação valorativa das causas de aumento que podem elevar consideravelmente a pena-base ou provisória.

Além disso, toda atividade do magistrado, incluindo a de aplicação de pena, deve ser norteada pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, ambos com disposição constitucional. É que tais princípios impõem que o magistrado analise o caso concreto, vale dizer, as características objetivas e subjetivas de cada situação em particular, de maneira a cominar a sanção penal mais justa. Diante de um crime, por óbvio, não poderia o juiz não aplicar uma pena, salvo nos casos legalmente previstos.

Nesse sentido, vale trazer a lição do Ministro Vicente Leal, do STJ⁴⁰:

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 597270 QO-RG. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28597270%20ENUME%20+OU+597270%20EPRCR%20%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/o7s48q9>>. Acesso em: 3 jan. 2015.

³⁹ BITENCOURT, op. cit., p. 678.

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 175136. Relator: Ministro Vicente Leal. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=175136&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 3 jan. 2015.



O nosso Código Penal [...] estabelece regras de precioso alcance, que conferem relevância [...] a todas as circunstâncias do delito, de modo a que a pena imposta atenda a sua finalidade, na linha filosófica do sistema, que concebe a sanção penal como remédio jurídico de duplo alcance: **reprovação** e **prevenção do crime** [grifos do original]. E na busca desse ideal merece relevo em outro princípio que ao primeiro se encontra estreitamente vinculado: o da **proporcionalidade** [grifo do original], que recomenda ao Juiz, ao fixar a pena, mensurar cuidadosamente as condições pertinentes ao acusado e ao delito, de modo a aplicar a adequada e justa sanção.

Aliás, vale ressaltar que atualmente não vigora mais o período revolucionário francês em que a burguesia, com destaque para Cesare Beccaria⁴¹, com medo do poder que os juízes detinham no período absolutista e das arbitrariedades que eles cometiam, inaugurou o brocardo do juiz como mera boca da lei e o sistema da absoluta determinação das penas com o fim de reduzir ao máximo a discricionariedade dos magistrados⁴². Em outras palavras, à época, a função dos juízes se limitava à aplicação mecânica da lei.

Por outro lado, pode-se afirmar que a proibição do cálculo obrigatório das circunstâncias legais constituiria uma analogia *in malam partem*, a qual é vedada em direito penal, porquanto se estaria criando uma norma que não existe no diploma repressivo. Miguel Loebmann⁴³ vai mais além, sustentando que, na verdade, estar-se-ia diante de uma lacuna da lei, e que, por isso, a interpretação deve ser a mais benéfica possível ao apenado. Assim, para o autor, deve ser feita uma analogia *in bonam partem*.

Em suma, não há qualquer risco de se atingir a pena zero pelo simples cômputo de uma circunstância atenuante para aquém do mínimo legal estatuído, seja pela existência de uma terceira fase de aplicação de pena, seja pelo fato de que, reconhecido o cometimento de um crime, não haverá que se falar em não aplicação de pena. A questão é que o sentimento de justiça em relação ao mal causado pelo agente não pode conduzir a um desrespeito aos direitos do apenado.

⁴¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução Torrieri Guimarães. 7. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 18-19.

⁴² PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral – arts. 1.º a 120*. 11. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 725-726.

⁴³ LOEBMANN, Miguel. As circunstâncias atenuantes podem sim fazer descer a pena abaixo do mínimo legal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 81, n. 676, fev. 1992, p. 393.



CONCLUSÃO

Conforme visto no presente trabalho, não existem argumentos que sustentem a vedação imposta pela Súmula n. 231 do STJ. Na verdade, sua aplicação tem gerado situações injustas, que vão de encontro aos princípios básicos do Estado Democrático de Direito vigente, principalmente aqueles que dizem respeito ao bem jurídico tutelado mais importante: a liberdade.

Nessa linha, restou demonstrado que se deve primar pela historicidade no momento da interpretação do Código Penal em vigor. Em que pese o entendimento majoritário sempre ter sido no sentido de que as atenuantes não poderiam levar a pena base para aquém do mínimo legal, hoje não é mais isso que se extrai da lei penal e do “novo” sistema de aplicação de pena que vigora.

Além disso, verificou-se que é a própria vedação trazida pela Súmula n. 231 do STJ que viola os princípios da individualização da pena e da legalidade estrita e o sistema de relativa determinação. Ora, se é da vontade do legislador que o magistrado siga os limites mínimos cominados aos crimes no momento da verificação da pena-base e se foi da vontade do legislador que não houvessem quantidades predeterminadas de redução de pena para as atenuantes, não resta qualquer motivo para não seguir o sistema legal de aplicação de pena.

Com efeito, se se concluiu que não há risco de se chegar à pena zero, até porque existem outros princípios que norteiam a atividade do julgador que impedem que tal situação ocorra, salvo nos casos admitidos pelo próprio legislador, não se pode permitir que o medo de injustiça impere. Se esse é o caso, que se altere o Código Penal para adaptá-lo a esse sentimento, mas que não se promova o seu desrespeito enquanto ele vigorar nos termos em que está.



REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Aplicação da pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 187-212, out. 2000.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROS, Carmem Silvia de Moraes. A fixação da pena abaixo do mínimo legal: corolário do princípio da individualização da pena e do princípio da culpabilidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 7, n. 26, p. 291-295, abr. 1999.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução Torrieri Guimarães. 7. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. O arbítrio judicial na dosimetria penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 85, n. 723, p. 497-505, jan. 1996.

_____. *Tratado de direito penal: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Código Penal de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848.htm>. Acesso em: 14 set. 2014.

_____. Código Penal e Constituição Federal. 52. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 set. 2014.

_____. Decreto-lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del1004.htm>. Acesso em: 14 set. 2014.

_____. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17209.htm>. Acesso em: 4 out. 2014.

_____. Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, de 22 de setembro de 1999. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20'231'\).sub.](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20'231').sub.)>. Acesso em: 14 set. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 146056. Relator: Ministro Félix Fischer. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=146056&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 4 out. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 175136. Relator: Ministro Vicente Leal. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=175136&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 3 jan. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 597270 QO-RG. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28597270%2E%2E+OU+597270%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/o7s48q9>>. Acesso em: 3 jan. 2015.

CANÍBAL, Carlos Roberto Lofego. *Pena aquém do mínimo – uma investigação constitucional-penal*. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/3f3a0/3f3f5/3f6a9?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>>. Acesso em 6 out. 2014.

DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – La ley del más débil*. 2. ed. Madri: Trotta, 2001.

GARCIA, Dionísio. As circunstâncias atenuantes e agravantes continuam adstritas aos limites punitivos do tipo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 653, p. 403-405, mar. 1990.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

LOEBMANN, Miguel. As circunstâncias atenuantes podem sim fazer descer a pena abaixo do mínimo legal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 81, n. 676, p. 390-393, fev. 1992.

LUZ, José Jorge Ribeiro da. A discricionariedade do juiz quanto à aplicação da pena. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 83, n. 708, p. 281-284, out. 1994.

MACHADO, Agapito. As atenuantes podem fazer descer a pena abaixo do mínimo legal – inteligência do art. 68 do código penal após a redação da lei 7.209/84. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 647, p. 388-390, set. 1989.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 4. ed. São Paulo: RT, 2011.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral – arts. 1º a 120*. 11. ed. São Paulo: RT, 2012.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. As circunstâncias legais e a aplicação centrífuga da pena. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 100, n. 908, p. 233-259, jun. 2011.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Circunstâncias do crime. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, n. 23, p. 67-80, jul. 1998.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.



O DIREITO AO ESQUECIMENTO – ANÁLISE CRÍTICA DIANTE DO CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS MEIOS DE EFETIVIDADE DAS MEDIDAS JUDICIAIS

Mateus Reis Queiroz

Graduado pela Universidade Estácio de Sá.
Advogado.

Resumo: A revolução dos meios de comunicação social trouxe novas situações fáticas, e, conseqüentemente, novos conflitos sociais. Diante do amplo acesso e da velocidade de propagação das informações, conteúdos pessoais são frequentemente violados em nome do direito à informação e à liberdade de expressão, sendo imprescindível a intervenção estatal. Com o objetivo de dirimir esses conflitos, o direito ao esquecimento ganha, neste momento, um novo conceito e uma responsabilidade muito maior. Esse é o cenário que deu azo a este artigo científico, que tem por escopo abordar qual direito fundamental constitucionalmente assegurado há de predominar em cada caso concreto, analisando ainda as normas existentes no ordenamento jurídico brasileiro e como a jurisprudência tem se manifestado acerca do tema, beneficiando-se, brevemente, do direito comparado. O trabalho também analisa a efetividade das decisões judiciais que tutelam o direito de ser esquecido.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Princípio da dignidade da pessoa humana. Direito ao esquecimento. Privacidade x Informação. Direito Comparado. Medidas de efetividade.

Sumário: Introdução. 1. Fontes do Direito do Esquecimento. 2. A Aplicação do Direito ao Esquecimento. 3. A efetividade das medidas judiciais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O direito ao esquecimento não é uma novidade no mundo jurídico. A vida em sociedade já fez com que muitas pessoas se socorressem a ele. Criado na Europa e com incidência, especialmente, no âmbito do direito penal, almejava-se uma proteção à intimidade e à privacidade contra a curiosidade alheia, impedindo, assim, que a mídia social explorasse a pessoa e a vida privada do criminoso por tempo ilimitado.

Com o surgimento da internet, e, principalmente, impulsionado por uma de suas características mais peculiar, qual seja, a perpetuidade, esse direito ganhou uma nova dimensão social e jurídica. Com efeito, fatos e informações pessoais veiculados na rede se eternizam e se propagam de uma maneira vertiginosa, em sentido diametralmente oposto ao



que ocorria com os meios de comunicação de outrora, cujas informações eram submetidas a um filtro mais rigoroso e depois acabavam por se perder no tempo.

Diante desse novo cenário, o conflito entre direitos constitucionais é fatal. Se de um lado as pessoas têm o direito de obter informações sobre os acontecimentos a sua volta, por outro, a pessoa a qual tais fatos dizem respeito também é merecedora de tutela.

Desse modo, tais conflitos se deságuam no Poder Judiciário, que além de proferir decisões capazes de proteger o direito ao esquecimento, sem suprimir o direito à informação, deverá enfrentar um desafio ainda maior, proferir decisões que sejam capazes de serem cumpridas.

Nesse sentido, este trabalho tem por objetivo principal abordar o direito ao esquecimento no cenário da sociedade da informação, ou seja, busca-se discutir como dirimir os conflitos entre direitos fundamentais, cada vez mais comuns na atualidade e, mais importante, busca-se debater um dos maiores desafios enfrentados pelos aplicadores do direito, qual seja, como conseguir efetivá-los.

Assim, diante desse novo cenário conflituoso, e, ainda, diante da ausência de leis especiais, tendo a nova lei do marco civil da internet regulado de forma tímida o tema, reservando ao Poder Judiciário a solução da questão, deverá este se socorrer aos princípios constitucionais, inspirando-se no direito comparado, para assim criar precedentes e alcançar a almejada e importantíssima segurança jurídica.

Em razão dessa competência atribuída pelo Marco Civil, a atuação do Poder Judiciário deverá ser pautada no método de ponderação de valores, harmonizando o interesse público e o interesse privado, preservando-se, assim, a harmonia do sistema constitucional, atento aos direitos individuais, sem suprimir, contudo, os direitos à história, e à liberdade de expressão e imprensa.



Como exposto, uma das questões mais tormentosas dessa temática diz respeito à possibilidade, na prática, de se assegurar a efetividade da decisão judicial. Para alcançá-la, deverá o aplicador do direito atentar para o fato de que os provedores de pesquisa apenas direcionam para outros sites, não tendo força para realizar prévia filtragem do conteúdo de acordo com a busca realizada, devendo, desse modo, a decisão se voltar diretamente contra o provedor de conteúdo.

A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa, e histórica, visando sopesar a viabilidade da proposta em questão.

1. Fontes do Direito ao Esquecimento.

O direito ao esquecimento não foi previsto de forma expressa pelo legislador constituinte e nem pelo legislador ordinário. Essa omissão normativa constitui um dos obstáculos a ser enfrentado nessa temática, que poderá ser equacionada pela aplicação de princípios e postulados, sendo imprescindível para essa análise uma abordagem aos direitos da personalidade.

Os direitos da personalidade surgiram com a finalidade de limitar poderes e conter abusos. Antes da Revolução Francesa, a sociedade era marcada por abusos e arbitrariedades praticadas pela nobreza e pelo Estado, que se confundia com a pessoa do Clero. Irresignados com tal postura, os particulares franceses se voltaram contra o seu próprio Estado e obtiveram sucesso em limitar a atuação estatal.

Entretanto, essa conquista de liberdade pelos particulares, que ficaram livres da interferência do Estado, especialmente após a revolução industrial, resultou em novos



excessos, porém, não mais pelo Estado, mas pelas classes econômicas dominantes, e o que se viu foi o surgimento de novos abusos e arbitrariedades¹.

Nesse cenário, com o objetivo de conter essas injustiças surgem os primeiros contornos acerca dos direitos da personalidade, concebidos como certos direitos inerentes ao homem, tidos como preexistentes ao seu reconhecimento por parte do Estado².

Por ir de encontro à ideologia liberal, os direitos fundamentais enfrentaram forte resistência, somente ganhando força na segunda metade do século XX, quando a sociedade mundial ficou sensibilizada pela ocorrência de duas guerras mundiais, ocasião em que se almejou uma nova ordem jurídica, com novos valores³.

Inspirada na Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, que reconheceu expressamente a dignidade da pessoa humana, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conferiu posição de destaque ao princípio da dignidade da pessoa humana⁴, que realizou uma mudança na interpretação do direito, trazendo uma investida mais humanista.

A concepção da dignidade da pessoa humana é um conceito aberto, que tem por objetivo proteger a condição humana, a pessoa deve ser tratada como pessoa e não como coisa. Pode-se citar como um dos efetivos conteúdos do princípio da dignidade da pessoa humana o princípio da privacidade, previsto no art. 5º, inciso X da Constituição da República Federativa do Brasil.

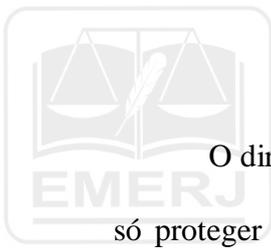
Este princípio guarda em seu seio o direito ao esquecimento, entendimento este estampado no enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que elenca tal direito no rol dos direitos da personalidade.

¹ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 4.

² Roberto de Ruggiero *apud* SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 5.

³ Umberto Eco *apud* SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 6.

⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil - A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 50.



O direito à privacidade, hoje, vai além do campo doméstico, ele tem por finalidade não só proteger à vida íntima, pessoal e familiar de cada indivíduo, mas também à informação acerca de dados pessoais. Consoante pontua Anderson Schreiber⁵, [...] “se toda pessoa tem direito a controlar a coleta e uso dos seus dados pessoais, deve-se admitir que tem também o direito de impedir que dados de outrora sejam revividos na atualidade, de modo descontextualizado, gerando-lhe risco considerável”.

No Brasil, o marco civil da internet – Lei 12.965/14 – apesar de ter regulado de forma tímida essa polêmica matéria, verifica-se que este contribuiu com a tutela de direitos fundamentais dos usuários e preencheu lacunas legais. Com efeito, determina este a observância aos direitos humanos no uso da internet, e até reconhece a privacidade como um princípio a ser observado nas relações on-line, porém, concentra no Poder Judiciário a possibilidade de remoção de dados postados ilegalmente por terceiros, retirando do provedor de serviços de busca a responsabilidade e o poder de decisão acerca da remoção do conteúdo de seu domínio.

Nos EUA, por sua vez, o direito ao esquecimento é conhecido como, *right to be forgotten*, e a legislação americana ganhou um reforço na tutela desse tema. O estado da Califórnia vai adotar a “lei delete”, que entrará em vigor em janeiro de 2015, e tem por finalidade apagar as informações fornecidas a sites da internet por jovens, evitando-se, assim, que os atos praticados na euforia da juventude interfiram em seu futuro pessoal e profissional⁶.

Na jurisprudência, tanto nacional quanto internacional, as decisões também são dispares.

⁵ SCHREIBER. op. cit. p. 170.

⁶ "Lei Delete" da Califórnia permitirá apagar passado digital. disponível em: <<http://tecnologia.terra.com.br/internet/lei-delete-da-california-permitira-apagar-passado-digital,c88beb4109151410VgnCLD2000000ec6eb0aRCRD.html>>. Acesso em: 12 out. 2014.



O Tribunal de Justiça da União Europeia, no final de maio de 2014, determinou a retirada de um link no sistema de buscas do Google (mas não aceitou o pedido quanto à eliminação do mesmo conteúdo de um jornal – isentando os meios de comunicação dessa decisão. Entendeu a Corte que o direito ao esquecimento não pode apagar a história).

O site encaminhava para uma matéria de um jornal que tratava sobre um leilão que incidira em um imóvel do requerente por conta de uma dívida antiga já resolvida. Porém, mais importante que o reconhecimento do direito ao esquecimento, essa decisão reconheceu a responsabilidade dos sites de busca pelo processamento que é feito em seu domínio, obrigando-os a respeitar a privacidade dos usuários em qualquer caso.

A referida decisão apontou ainda para o cuidado que se deve ter ao excluir de imediato o conteúdo de um site uma vez que, a depender da natureza da informação objeto da questão, bem como do interesse público que a norteia, aquelas informações não merecem ser tuteladas pelo direito ao esquecimento.

No âmbito nacional, a jurisprudência tem se inclinado no sentido de entender pela impossibilidade de os provedores de buscas retirarem de seus sistemas os links que encaminham para as informações e dados de seus usuários, defendendo que não compreende em seus serviços a prévia filtragem do conteúdo buscado pelo usuário.

Portanto, o direito ao esquecimento encontra guarida em nosso ordenamento jurídico, sendo um dos atributos da personalidade da pessoa humana, de modo que não há dúvidas de que temos o direito de exercê-lo, porém, não de forma absoluta.

Por isso, o julgamento dos casos que envolvem o direito ao esquecimento não é fácil uma vez que envolve a colisão entre direitos e garantias fundamentais, o que faz necessário o



uso de alguns critérios de aplicação dos princípios, dentre eles, o método de ponderação de interesses⁷.

2. A Aplicação do Direito ao Esquecimento

Os direitos fundamentais ostentam no Direito Contemporâneo uma natureza principiológica. Consequentemente, esses direitos não são absolutos⁸, e encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados na CRFB/88⁹.

Diante da variedade de direitos fundamentais prevista na Carta Magna de 1988, é comum aos aplicadores do direito ter que decidir sobre qual direito deva prevalecer¹⁰, apesar de não ser uma tarefa simples.

Com efeito, em se tratando de direitos fundamentais, os critérios de interpretação tradicionais, como o critério hierárquico, o cronológico, ou a da especialidade não são capazes de resolver essa antinomia de valores¹¹.

Portanto, havendo uma colisão de direitos, o primeiro passo é identificá-los e isolá-los. O passo seguinte consiste na verificação acerca da existência da reserva legal, dito de outro modo, é saber se nesse caso a Constituição Federal já teria, de modo antecipado, dado a solução do conflito.

Em caso de não haver reserva legal, torna-se imprescindível a aplicação do princípio da concordância prática ou da harmonização¹², na qual o interprete deverá buscar a conciliação ou a harmonização dos direitos objetos do conflito.

⁷ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 677.

⁸ SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio. *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 368.

⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 30.

¹⁰ MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 365.

¹¹ *ibid.*, p. 386.

¹² LENZA. *op. cit.* p. 677.



Nesse sentido, é a lição de Alexandre de Moraes¹³ que observa que o interprete deve “coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito do alcance de cada qual, sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua”.

Somente após passar por essa etapa e não sendo obtida a composição, é que o interprete deverá se voltar para o método da ponderação propriamente dita.

O operador do direito deverá realizar um balanceamento, uma equalização entre os direitos, ou seja, colocado na balança, busca-se dar uma solução mais justa, mais próxima do real. Para o jurista Marmelstein, a ponderação é uma atividade intelectual que, diante de interesses colidentes, elegerá a que deve prevalecer e a que deve ceder, o que, inevitavelmente, acarretará no descumprimento de alguma norma, em favor de outra¹⁴.

O interprete deverá atentar ainda para a atribuição de pesos no caso concreto. Sarmiento ensina que o julgador deve procurar o peso genérico que a norma constitucional confere a certos princípios e ao peso específico imputado no caso, de modo que a restrição de cada interesse deverá ser opostamente proporcional ao peso que ostentar¹⁵.

Entretanto, essas operações precisam ser ratificadas. Assim, para refinar o resultado, devem ser aplicadas mais duas operações complementares.

Nesse sentido, deverá o interprete verificar se está havendo a abolição de algum direito em questão ou não. Com efeito, o resultado nunca poderá ser a abolição, poderá ser a restrição, inclusive, a de um ou até a dos dois direitos, mas nunca a abolição de algum deles, devendo-se, sempre, buscar preservar o núcleo dos direitos fundamentais.

¹³ MORAES. op. cit. p. 30.

¹⁴ MARMELSTEIN. op. cit. p. 394.

¹⁵ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. 104.



Para evitar-se essa abolição, torna-se indispensável nessa etapa a aplicação do princípio da proporcionalidade que terá também por objetivo a preservação dos direitos fundamentais¹⁶, de modo que deverá ser avaliado se a própria decisão judicial que determinou a aplicação da norma que restringiu o direito fundamental foi válida ou não¹⁷.

Esse princípio deve ser analisado sob três aspectos: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Pela adequação, deve o juiz verificar se o meio empregado foi o adequado para se atingir o fim pretendido. Pela necessidade, deve-se atentar para o fato de que a medida deve ser estritamente necessária, em outras palavras, a medida não pode ser nem excessiva e nem insuficiente. Por fim, pela proporcionalidade em sentido estrito, deve a medida ser, em um aspecto geral e amplo, positiva, ou seja, ela não pode violar direitos mais importantes do que aquele que se busca preservar¹⁸.

Ultrapassada essa etapa, deverá haver a averiguação se a solução encontrada atende minimamente a dignidade das pessoas envolvidas no caso, ou seja, se a conclusão encontrada atende minimamente a dignidade da pessoa humana. Ainda que o resultado não seja o melhor, ter-se-á um resultado constitucional, e, abraçado pela segurança jurídica.

Esse, inclusive, é o entendimento do ilustre doutrinador Edilson Farias¹⁹, que pontua que a dignidade da pessoa humana é um princípio norteador em caso de colisão entre direitos fundamentais, e que, inclusive, dá unidade e coerência ao conjunto desses direitos.

Assim, a solução do conflito deve ser aquela que melhor promove a dignidade da pessoa humana.

¹⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A doutrina dos princípios jurídicos e a teoria dos direitos fundamentais como partes de uma teoria fundamental do direito*. Revista de Direito do estado. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 103.

¹⁷ MARMELSTEIN. op. cit. p. 372.

¹⁸ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *A resolução das colisões entre princípios constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 7.

¹⁹ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. 2. ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 87.



Desse modo, a ponderação entre princípios constitucionais é uma técnica de extrema importância para a preservação da ordem constitucional, sendo de grande ajuda ao Poder Judiciário no exercício da atividade jurisdicional.

Portanto, cada caso terá uma solução única. O melhor equacionamento é aquele que observa as peculiaridades do caso concreto, de modo que a dignidade da pessoa humana deve estar sempre presente como parâmetro para uma decisão justa. Em certos casos há de prevalecer o direito a intimidade e a privacidade, homenageando o direito ao esquecimento, e em outros casos deve prevalecer o direito a informação, privilegiando o interesse público.

E é justamente neste sentido que tem caminhado a jurisprudência. De fato, no informativo nº. 527 do STJ, a Corte Superior, pela primeira vez, julgou o tema, e proferiu duas decisões e duas visões acerca do direito ao esquecimento, tendo em vista que, a despeito de ter reconhecido este direito em ambas, em uma entendeu pela inexistência de dano a ensejar a reparação civil.

Com efeito, o primeiro acórdão²⁰ tratou sobre um acusado de ter participado da “chacina da candelária”, mas que havia sido absolvido, e muitos anos depois, foi retratado no programa “Linha Direta” da emissora Rede Globo. O homem alegou que a notícia veiculada em rede nacional reacendeu na sua vizinha a imagem de “chacinador” e ódio social, o que teria lhe tirado o sossego e a privacidade, eis que teve, inclusive, de se mudar para preservar a sua segurança e a de seus familiares. A emissora, por sua vez, alegou que os fatos já eram públicos, e que teria, apenas, se limitado a relatá-los, sem qualquer ofensa pessoal.

Nesse caso, o STJ reconheceu o direito ao esquecimento e, mais importante, fez prevalecer o direito à privacidade sem suprimir o direito à informação, apenas restringindo-o. Consignou, acertadamente, que o programa poderia ter sido exibido relatando esse caso

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.334.097 - RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 29 mar. 2015.



emblemático, sem, contudo, exibir o nome e a imagem do indivíduo que já havia sido absolvido. O Ministro Luis Felipe Salomão, em seu voto, aplicou, por analogia, a norma que garante aos condenados que já cumpriram a pena o direito ao sigilo da folha de antecedentes criminais e à exclusão dos registros de condenação no instituto de identificação, nos termos do art. 748 do CPP, e, assim, com melhor e mais razão, os indivíduos que foram absolvidos não poderiam permanecer com esse estigma, merecendo a tutela do direito ao esquecimento.

No segundo acórdão²¹, a Corte Superior tratou sobre o caso “Aída Curi” e, de modo diverso, entendeu pelo não acolhimento do direito ao esquecimento com a consequente indenização. Este caso trata da jovem Aída, de 18 anos, que foi abusada sexualmente por três homens e jogada do terraço de um edifício na orla de Copacabana, para tentar simular um suicídio, vindo a falecer em decorrência da queda, na década de 50, no Rio de Janeiro.

Este caso é um dos mais conhecidos da história do noticiário policial nacional, tendo sido também relatado no programa “Linha Direta”, que divulgou nomes e fotos reais do crime, o que, reativou lembranças dolorosas aos irmãos da vítima, que pleitearam indenização por danos materiais, morais e à imagem.

Neste julgado, o STJ entendeu que a indenização não seria cabível uma vez que se tratava de um caso que havia entrado para o domínio público, no qual seria impossível contá-lo sem mencionar o nome da vítima, e, assim, se tornaria impraticável a atividade da imprensa. Ressalte-se que, para não suprimir a o direito a atividade e liberdade de imprensa, privilegiou-se, nesse caso, o direito a informação em detrimento do direito a imagem e ao esquecimento.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.335.153 - RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 29 mar. 2015.



Esse mesmo caso será apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, sendo objeto do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 833248²² e que, inclusive, teve a repercussão geral reconhecida pela Corte.

Essas duas decisões fomentaram a discussão em torno da aplicação do direito ao esquecimento e começam a delinear o caminho a ser traçado pela jurisprudência. Assim, constata-se que o direito ao esquecimento não é absoluto, de modo que por ostentarem natureza principiológica, a sua aplicação depende diretamente do caso concreto.

3. A efetividade das medidas judiciais

Além do complexo procedimento a ser enfrentado pelos juristas para saber se o direito a ser esquecido será merecedor da tutela jurisdicional, os aplicadores do direito devem enfrentar ainda outro grande problema, que é a forma como se deve efetivar esse direito.

Em se tratando da mídia televisiva, em que não há uma perpetuidade, uma disponibilidade em tempo integral no acesso às informações, tendo em vista que as notícias a serem passadas são decididas previamente pela emissora, uma das formas de efetividade da medida judicial é a reparação civil do dano *a posteriori*, que foi justamente a adotada pelo STJ, no julgamento do caso já citado “chacina da candelária”²³.

Nesse julgado, a Corte Superior acolheu o pedido autoral e adotou uma sanção posterior ao fato ensejador do dano, tendo sido o causador da lesão condenado a indenizar à vítima em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

²² STF julgará caso que envolve direito ao esquecimento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=282657>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

²³ STJ aplica direito ao esquecimento pela primeira vez. Disponível em: <<http://amagis.jusbrasil.com.br/noticias/100548144/stj-aplica-direito-ao-esquecimento-pela-primeira-vez>>. Acesso em: 12 abr. 2015.



Nem a jurisprudência e nem a doutrina debatem a respeito da possibilidade de um pedido preventivo, ou seja, há dúvidas se o lesado poderia requerer preventivamente a não exibição da matéria.

Apesar dessa omissão, em se tratando de matérias jornalísticas, em atenção ao direito e garantia da liberdade de imprensa e buscando-se combater qualquer tipo de censura, o ideal é evitar essa vedação prévia, devendo ser adotada, nas hipóteses em que houver abusos, essa penalidade *a posteriori*.

Ademais, o reconhecimento do direito ao esquecimento não necessariamente importa em um dever de reparação de danos civis. Com efeito, ainda que haja a violação de um direito, o dever de indenizar exige ainda outros requisitos, como a efetiva ocorrência de um dano a outrem, e o nexó de causalidade entre o ato praticado e o dano experimentado.

Com efeito, essa foi a linha de raciocínio adotada pelo STJ no julgamento do caso “Aída Curi”, no qual, a Corte Superior entendeu que as vítimas e seus familiares faziam jus ao direito ao esquecimento, porém, não faziam jus a indenização diante do lapso temporal transcorrido. Consignou no acórdão que “na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um direito ao esquecimento, na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, lembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes”²⁴.

Noutro giro, a Corte Europeia de Justiça criou outra medida para a efetivação do direito ao esquecimento.

Como já estudado na página 6, a referida Corte teve a oportunidade de julgar um caso envolvendo a divulgação de dados pessoais na internet. Nesse julgado, a Corte entendeu que

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.335.153 - RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 29 mar. 2015.



toda vez que existirem informações irrelevantes, imprecisas, inadequadas ou excessivas sobre uma pessoa, o próprio site (no caso, o condenado foi o Google) é o responsável por retirá-las.

Essa decisão fez com que o Google criasse um conselho privado para analisar caso a caso a relevância de interesse público. Ressalte-se, porém, que quem deveria estar realizando essa atividade é o Poder Judiciário, sob o crivo do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Considerando que se trata de direitos fundamentais em conflito, o juiz é a autoridade competente para o julgamento desses casos²⁵.

No Brasil, diante da criação do Marco Civil da Internet, que traz o devido processo legal como um de seus vetores, determinou-se que cabe ao Poder Judiciário decidir sobre a retirada ou não de um conteúdo ou link da rede mundial de computadores, de modo que os sites e provedores da internet somente estariam responsabilizados caso descumprissem uma ordem judicial²⁶.

Há de se ter cautela também para se evitar o efeito inverso do direito de ser esquecido, qual seja, tornar o fato ainda mais conhecido por ter ingressado em juízo com o objetivo justamente oposto.

No que concerne à internet, há ainda um desafio maior, que diz respeito a sua efetividade ser ainda mais difícil de ser obtida. Com efeito, em se tratando de casos ocorridos na internet, há de considerar que nem todos os fatos poderão ser apagados. A uma pela impossibilidade técnica de controle²⁷, especialmente, pela dificuldade em coletar todos os materiais, tendo em vista ser a internet um campo fértil para a promulgação e divulgação de dados. A duas pelo princípio da territorialidade, pois o alcance das decisões judiciais está

²⁵ LEMOS, Ronaldo. *Esquecer o direito ao esquecimento*. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:YtJAD3j10G4J:www1.folha.uol.com.br/colunas/ronaldolemos/2014/11/1552821-esquecer-o-direito-ao-esquecimento.shtml+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

²⁶ Direito ao Esquecimento em Debate na UNESCO. Disponível em: <<http://observatoriodainternet.br/direito-ao-esquecimento-em-debate-na-unesco/>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

²⁷ A polêmica sobre o direito ao esquecimento na internet. Disponível em: <<http://www.assisemendes.com.br/a-polêmica-sobre-o-direito-ao-esquecimento-na-internet/>>. Acesso em: 29 mar. 2015.



adstrito ao território em que elas são proferidas. É dizer, os links são removidos apenas naquela região, de modo que se o indivíduo definir o site de buscas para a região de outro país, a obtenção daquele conteúdo será bem sucedida.

Segundo os especialistas, uma solução para esse problema seria simples, sendo solucionado pelo site de buscas ao levar o direito a ser esquecido para a versão global (.com)²⁸.

Diante do desenvolvimento tecnológico e social, pôs-se em risco o equilíbrio entre a liberdade de expressão e a privacidade que havia no passado. Desse modo, devem os operadores do direito se comprometer a resgatar esse equilíbrio perdido há 20 anos.

Portanto, apesar dos desafios apontados, não há dúvidas de que o reconhecimento desse direito representa um grande passo para o Estado Democrático de Direito. E esses desafios devem ser um combustível para os juristas na dedicação ao tema, buscando-se cada vez mais o seu desenvolvimento e a sua qualificação.

CONCLUSÃO

O direito ao esquecimento, longe de se tratar de uma novidade na doutrina jurídica, ganhou relevância, recentemente, no mundo do direito.

Nacionalmente, após a edição, em 2013, do enunciado 531, da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF), bem como após o STJ reconhecer, em 2014, pela primeira vez, esse direito; e, internacionalmente, também no ano de 2014, quando a Corte da União Europeia o consagrou.

²⁸ Europa quer expandir 'direito ao esquecimento' na web para o mundo todo. Disponível em <<http://olhardigital.uol.com.br/noticia/europa-quer-expandir-direito-ao-esquecimento-na-web-para-o-mundo-to-do/45410>>. Acesso em: 30 mar. 2015.



O reconhecimento desse direito assegura às pessoas a possibilidade de serem esquecidas por fatos praticados durante a sua vida, de modo que a não observância desse direito resultaria em uma verdadeira punição *ad aeternum*, eis que o indivíduo estaria condenado a conviver para sempre com o seu erro.

O direito ao esquecimento constitui um dos atributos da personalidade da pessoa humana, e está calcado nos direitos à privacidade e à intimidade. Ocorre que, frequentemente, tais direitos vão de encontro a outros direitos fundamentais, especialmente, o direito à informação e à liberdade de expressão e de imprensa.

Desse modo, a colisão entre esses direitos fundamentais se mostra inevitável, trazendo uma primeira tarefa a ser enfrentada pelo operador do direito, qual seja, a aplicação ou não da tutela do direito de ser esquecido, ou seja, a prevalência de um direito ou de outro.

Como exposto, essa análise deverá ser realizada em etapas, sendo imprescindível, que ao final, não tenha havido a abolição de nenhum direito, sendo, possível, contudo, a sua restrição, bem como que a solução encontrada atenda a dignidade da pessoa humana, ainda que minimamente.

Assim, tratando-se de princípios, estes deverão ser minuciosamente estudados em cada caso, levando-se em consideração tanto os direitos fundamentais e individuais da pessoa humana, quanto a história da sociedade, que é um direito de todos.

Analisando os meios de efetividade do direito de ser esquecido, pontuou-se que a proteção pode se dar de tanto forma preventiva quanto de forma repressiva. A primeira modalidade se fundamenta na dificuldade de reparar a lesão aos direitos da personalidade, prestigiando os direitos individuais da vítima, evitando-se a ocorrência do dano. A segunda, por sua vez, consiste em uma punição pecuniária e, serve melhor o direito à liberdade de imprensa e de expressão, não deixando margem para a censura.



Apesar de a legislação ainda tratar o tema de forma tímida, verifica-se um movimento legislativo no sentido de melhor regulamentá-lo, e normas como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Marco Civil da Internet, e a lei 12.737/12 (Lei Carolina Dieckmann), trazem uma maior proteção ao tema, e, conseqüentemente, uma maior segurança jurídica.

Portanto, não há dúvidas de que o direito ao esquecimento é merecedor da tutela estatal, porém, não de forma absoluta e irrestrita, uma vez que um fato que deva ser de conhecimento público não será por ele tutelado, devendo o aplicador do direito ter a sensibilidade de ponderar, em cada caso concreto, qual direito há de prevalecer.

E caso o direito de ser esquecido mereça a tutela no caso concreto, é imprescindível que aquele que cometeu o ato delituoso sofra a sanção prevista na lei, visando-se, assim, coibir a prática reiterada de tal conduta.

Desse modo, mostra-se imperativa a adequação do Direito, que tem o poder de regular a vida em sociedade e proteger os direitos fundamentais, às novas relações fáticas, uma vez que uma das virtudes do direito é justamente a transformação.

REFERÊNCIAS

BARAN, Katna. Os limites do direito de ser esquecido. *Jornal Gazeta do Povo*. Publicado em: 14 de junho de 2013. Disponível em:

<<http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/justicadireito/conteudo.phtml?id=1381368&tit=Os-limites-do-direito-de-ser-esquecido>>. Acesso em: 11 abr. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.334.097 - RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 29 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.335.153 - RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 29 mar. 2015.



CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *A resolução das colisões entre princípios constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2010.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. 2. ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A doutrina dos princípios jurídicos e a teoria dos direitos fundamentais como partes de uma teoria fundamental do direito*. Revista de Direito do estado. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LEMONS, Ronaldo. *Esquecer o direito ao esquecimento*. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:YtJAD3j10G4J:www1.folha.uol.com.br/colunas/ronaldolemos/2014/11/1552821-esquecer-o-direito-aoesquecimento.shtml+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

Roberto de Ruggiero *apud* SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 201.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio. *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil - A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Umberto Eco *apud* SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. A polêmica sobre o direito ao esquecimento na internet. Disponível em: <<http://www.assisemendes.com.br/a-polemica-sobre-o-direito-ao-esquecimento-na-internet/>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

_____. Direito ao Esquecimento em Debate na UNESCO. Disponível em: <<http://observatoriodainternet.br/direito-ao-esquecimento-em-debate-na-unesco/>>. Acesso em: 30 mar. 2015.



_____. Europa quer expandir 'direito ao esquecimento' na web para o mundo todo. Disponível em <[http://olhardigital.uol.com.br/noticia/europa-quer-expandir-direito-ao-esquecimento-na-web-para-o-mundo-to do/45410](http://olhardigital.uol.com.br/noticia/europa-quer-expandir-direito-ao-esquecimento-na-web-para-o-mundo-to-do/45410)>. Acesso em: 30 mar. 2015.

_____. "Lei Delete" da Califórnia permitirá apagar passado digital. disponível em: <<http://tecnologia.terra.com.br/internet/lei-delete-da-california-permitira-apagar-passado-digital,cb8beb4109151410VgnCLD2000000ec6eb0aRCRD.html>>. Acesso em: 12 out. 2014.

_____. STF julgará caso que envolve direito ao esquecimento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=282657>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

_____. STJ aplica direito ao esquecimento pela primeira vez. Disponível em: <<http://amagis.jusbrasil.com.br/noticias/100548144/stj-aplica-direito-ao-esquecimento-pela-primeira-vez>>. Acesso em: 12 abr. 2015.



EFICÁCIA VINCULANTE DOS PRECEDENTES E TÉCNICAS DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Matthew Riddell Millar Júnior

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Cândido Mendes (UCAM). Advogado.

Resumo: O presente trabalho visa a analisar os efeitos das decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no julgamento de demandas repetitivas, através dos institutos jurídicos próprios da legislação processual, à luz da adequação da doutrina dos precedentes aplicada em países de tradição jurídica anglo-saxônica.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Demandas Repetitivas. Precedentes Judiciais. Objetivação das demandas. Efeito Vinculante.

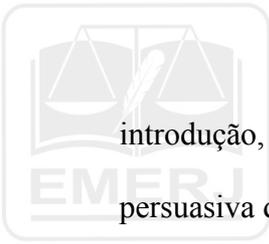
Sumário: Introdução. 1. A aproximação dos Sistemas da *Comon law* e da *Civil law* e o Ordenamento Brasileiro. 2. A doutrina do *Stare Decisis*. 3. Os Precedentes na Atual Sistemática do Ordenamento Jurídico Brasileiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é o de analisar a eficácia dos precedentes dentro da atual sistemática de resolução das demandas repetitivas perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, serão trazidas à argumentação posições doutrinárias dominante e minoritária acerca do tema, bem como o atual posicionamento da jurisprudência dos Tribunais Superiores, de modo a discutir se os efeitos dos precedentes nas demandas repetitivas vêm satisfazendo as diretrizes dogmáticas da Teoria dos Precedentes e os objetivos buscados pelo legislador ao introduzir os mecanismos de solução de conflitos massificados.

Nesse sentido, no primeiro capítulo, se buscará tecer breve comentário acerca do sistema da *comom law*, pautado na força dos precedentes, e sua atual miscigenação com o sistema da *Civil Law* nos diversos ordenamentos jurídicos ocidentais. A abordagem desse fenômeno tem por objetivo clarificar a experiência do ordenamento jurídico brasileiro na



introdução, ao longo de anos, de diversos mecanismos que visam valorizar a eficácia persuasiva dos precedentes.

No capítulo seguinte, o objetivo será o de perquirir acerca dos fundamentos da Teoria do *Stare decisis*, com análise das suas bases, bem como de alguns dos seus institutos que se revelem pertinentes ao direito brasileiro no sentido da maior efetividade dos precedentes. Tal análise tem por escopo aferir o modo de produção da jurisprudência e a força normativa que deles advém dentro dos países que adotam primordialmente o modelo precedentalista, descrevendo um parâmetro a ser aplicado aos precedentes estabelecidos pelos Tribunais Superiores brasileiros.

Após, no capítulo três, pesquisar acerca de dois dos principais instrumentos processuais que essa nova lógica de objetivação do processo, dada pela valorização da eficácia dos precedentes, apresentam, quais sejam, a Repercussão Geral e o julgamento unificados em recurso repetitivo. Esse exame abordará a origem, intenções e eficácia dos precedentes judiciais que emanam dos julgamentos proferidos com a observância desses instrumentos processuais, ingressando na derradeira discussão acerca da natureza a ser atribuída a eficácia de tais precedentes à luz da aplicação dogmática do *Stare Decisis*.

1. A APROXIMAÇÃO DOS SISTEMAS DA *CIVIL LAW* E DA *COMMON LAW*

É comum nos sistemas jurídicos ocidentais que os precedentes jurisprudenciais sejam considerados como fonte formal do direito¹. Entretanto, a força obrigatório e vinculante de decisões de órgãos jurisdicionais varia conforme o ordenamento jurídico e o sistema adotado. Essa distinção se esclarece a partir do sistema primordialmente acolhido por determinado ordenamento.

¹ OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes, *Introdução ao Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.176



O sistema da *Civil Law*, como se concebe atualmente, teve sua gênese a partir do conturbado cenário social que envolvia a França quando do rompimento com o absolutismo monárquico². Os ideais da Revolução Francesa, de cunho liberal, envolviam a necessidade de uma segurança jurídica acerca das leis. Era, portanto, uma demanda do novo regime que as leis fossem ditadas pelo povo, através dos representantes legislativos, e que essas normas fossem claras e intangíveis a interpretações dos juízes. Esses atores jurídicos, até então, ostentavam a desconfiança da população e da insurgente classe burguesa, dado que historicamente, pertenciam a classe nobre, ligados de forma umbilical ao regime monárquico deposto. Desse modo, as leis eram editadas com clareza e com o fim de regulamentar a maior parte das situações da vida em sociedade, deixando pouca margem par a intervenção do Estado-Juiz. Essa positivação exacerbada culminou com a edição das chamadas codificações Napoleônicas. Esse sistema, pautado na positivação legal das diversas situações sociais foi concebido como o sistema da *Civil Law*, que repousa suas bases na família de direito romano-germânica.

O sistema da *Common Law*, por sua vez, pode-se dizer, teve uma evolução mais gradual, sem nenhum marco formativo que tenha demandado a ruptura com certo regime. Sua origem remonta à Inglaterra feudal, onde as bases jurídicas pautavam-se muito mais nos costumes e princípios partilhados (“*law of the land*”) do que em leis escritas. Esse direito consuetudinário, pela amplitude das normas a que recorria (costumes, princípios etc.) era tangibilizado pelas decisões dos Tribunais da época, regulando as situações sociais. Esses precedentes, além de emanarem de uma força criativa, tal qual ocorre na função legislativa, gozavam de certa estabilidade e perpetuação no tempo, conferindo segurança jurídica aos jurisdicionados. Estas características, que traduzem verdadeiro DNA desse sistema, ainda hoje perduram nos países que adotam o sistema da *Common law*, que tem suas raízes históricas

²MARINONI, Luiz Guilherme, Aproximação crítica entre as jurisdições de civil Law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*. Ano 15. n. 59. jul./set. 2007. p. 36



ligadas a Inglaterra e posteriormente a suas colônias, e que, por isso, é chamado de modelo anglo-americano.

Modernamente, ainda é possível verificar nos sistemas jurídicos a dicotomia apontada. De um lado, temos sistemas que seguem as diretrizes da *Civil Law*, com países filiados a tradição romano-germânica do Direito. Do outro, temos países que fundam seus sistemas jurídicos na família anglo-americana, a *Common Law*. Essa separação, entretanto, pode-se dizer, revela apenas uma relação de prevalência de um ou outro sistema em determinado ordenamento jurídico. Não se pode mais dizer que um sistema jurídico, sob a perspectiva desses sistemas, seja puro. Não é mais possível que se encontre um país filiado à família romano-germânica onde não ocorram influxos do sistema anglo-saxão e vice-versa.

De fato, os sistemas traduzem manifestações culturais distintas que, com o passar do tempo, têm sido objeto de influências recíprocas, na medida em que a lei positivada ganha maior relevância no regime do *common law* e, por sua vez, os precedentes judiciais ganham maior importância no Direito de tradição romanística. Nesse sentido leciona René David ao afirmar que “a *common law* conserva hoje a sua estrutura, muito diferente da dos direitos romano-germânicos, mas o papel desempenhado pela lei foi aí aumentado e os métodos usados nos dois sistemas tendem a aproximar-se; sobretudo a regra de direito tende, cada vez mais, a ser concebida nos países de *common law* como o é nos países da família romano-germânica.”³

O sistema jurídico brasileiro repousa suas raízes no sistema da *Civil Law*, de modo que pode assim ser classificado. Contudo, como já explicitado, é possível verificar que hoje essa separação também no ordenamento jurídico brasileiro não resta tão pura. Embora ainda seja prevalente o sistema fechado, onde se busca, através da legislação, prever e regular a maior

³ DAVID, René, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins fontes, 2002, p. 20.

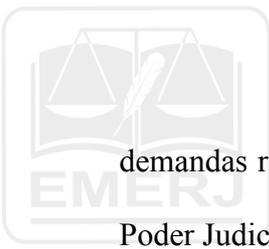


parte das situações sociais existentes, a atual sistemática já experimenta aspectos típicos da *common law*, notadamente na teoria dos precedentes.

Essa miscigenação advém, principalmente, das necessidades estabelecidas pela “Crise do Judiciário”, que diante da crescente demanda em face de seus Tribunais, tem se mostrado incapaz de atendê-las de forma satisfatória de acordo com os tradicionais métodos do sistema da *civil law*.

Como já se disse, as demandas judiciais, animadas por um crescente acesso à justiça, representam por muitas vezes um mesmo tipo de tutela jurisdicional pretendida, havendo identidade quanto aos fatos que as ensejam, gerando as já mencionadas demandas repetitivas, que em nossa atual sociedade configuram verdadeiras demandas de massa. Desse cenário se extraiu a necessidade de resolver tais demandas massificadas de forma mais célere e com resguardo da segurança jurídica, já que demandas análogas devem ensejar o mesmo tratamento. Assim, foram integrados ao ordenamento jurídico brasileiro diversos mecanismos aptos a proporcionar o julgamento dessas demandas de forma unitária, tornando objetivo, em parte, a solução de conflitos postos frente ao Judiciário, que tradicionalmente, na sistemática pátria, são considerados processos subjetivos. É possível citar como exemplo desses mecanismos as súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal e o julgamento de Recursos Repetitivos no Superior Tribunal de Justiça, os quais serão abordados mais adiante.

De todo modo, apesar do cenário atual do ordenamento, que, como dito, adere em alguns pontos ao sistema da *common law*, através da aplicação mais prestigiada da teoria dos precedentes, é preciso ressaltar que não ocorre uma mutação sistêmica para as tradições anglo-saxônica. Há, em verdade, uma aproximação dos sistemas, que comungados visam atender de forma mais satisfatórias a crescente requisição do Judiciário na solução de



demandas repetitivas, a fim de superar um dos grandes motivos que caracterizam “a crise do Poder Judiciário”.

2. A DOCTRINA DO *STARE DECISIS*

Como se viu, há hoje uma inegável aproximação entre os sistemas da *common law* e da *Civil Law* nos diversos sistemas jurídicos ocidentais. No Direito brasileiro, pautado na tradição romano-germânica, o ponto de interseção com o sistema anglo-americano é justamente a busca do fortalecimento da normatividade vinculante dos precedentes emanadas das cortes judiciais. Para a melhor compreensão do papel dos precedentes em nosso sistema jurídico e os mecanismos que o compõem, é preciso antes compreender em que consiste a teoria dos precedentes aplicada há muito no sistema da *Common Law*, também denominada de *Stare Decisis*.

A doutrina do *stare decisis* remonta a expressão em latim *stare decisis et quia non movere*⁴ e significa, em breve síntese, que, tendo uma Corte superior decidido uma questão jurídica de certa maneira, estabelecendo um precedente judicial, esta Corte e as inferiores a aquela vinculadas, continuarão a aderir este entendimento firmado, aplicando-o aos casos futuros que encontrem identidade quanto aos fatos.

Essa doutrina dos precedentes, portanto, denota um sistema hierarquizado, de modo que os precedentes fixados não gozam de força vinculante sobre julgadores em grau superior ou de mesma instância, salvo nas hipóteses em que compõem o mesmo órgão jurisdicional. Nesse caso, como se verá, há certo grau de vinculação. Sendo assim, temos que na sistemática

⁴ Eis o significado da expressão *stare decisis* segundo José Anchieta da Silva (1998, p. 57): “Interpretação literal do que estaria a compreender tal expressão seria ‘*stare decisis et quia non movere*’ ou mantenha-se a decisão e não se pertube o que foi decidido. Sobre o *stare decisis* se assenta um dos pilares de todo o sistema judiciário, por exemplo, dos Estados Unidos da América do Norte, porque para todo o direito anglo-americano, as decisões judiciais e, principalmente as decisões judiciais dos tribunais superiores forma, por assim dizer, uma forragem por sobre a qual caminham todos os demais julgadores. (os destaques constam do original).”



da *Stare Decisis*, as decisões de juízes de primeira instância não contêm eficácia vinculante em relação a outros julgadores. Já as decisões dos juízes de segunda instância vinculam os da primeira e assim sucessivamente.

É possível, portanto, identificar na doutrina do *Stare Decisis* a construção de eficácia vinculante dos precedentes nas dimensões vertical e horizontal.⁵

A vertical é aquela já aludida. A partir da organização judiciária hierarquizada é possível estabelecer uma relação de subordinação entre as Cortes Superiores em relação as demais instancias, de modo que os julgados daquelas prevalecem em face do decidido nas instâncias inferiores. Essa prevalência, na doutrina do *Stare Decisis*, não implica apenas na possibilidade de reforma do mérito das decisões inferiores pelos Tribunais superiores, senão que na própria vinculação destes aos precedentes que este próprio estabelece. Desse modo, firmada uma tese em julgamento paradigma, denominado precedente, com base em determinado contexto, devem os tribunais inferiores ficarem adstritos ao entendimento estabelecido nesse precedente quando postos a julgar casos análogos, não podendo conduzir em seus julgados com a superação do entendimento firmando por órgão jurisdicional hierarquicamente superior.

A dimensão horizontal, como sugere a nomenclatura, traz a noção de que os Tribunais e outros órgãos do Poder Judiciário devem observar seus próprios julgados que deram origem ao precedente. Nesse sentido, como visto acima, as decisões emanadas do próprio órgão devem ser para com estes, vinculante, de forma que o órgão fique impedido de revisitar a matéria no mérito, prestigiando a segurança jurídica.

Em ambas as dimensões, esse efeito impeditivo é denominado pela doutrina Norte Americana de *binding effect*.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 153



Como se vê, há imediata ligação entre a doutrina do *stare decisis* e o Estado Democrático de Direito, já que ela prestigia a uniformização dos julgados acerca de determinado caso, assegurando valores fundantes da ordem democrática pautada no Direito, que são, dentre outros, o tratamento isonômico e na estabilidade nas relações jurídicas estabelecidas na sociedade. Sucede que, a constates transformações evolutivas da sociedade, por exemplo, dos pontos de vista moral e econômico, podem tornar inadequada ou mesmo injusta uma decisão que goze de certa estabilidade e ostente a qualidade de precedente vinculante. Desse modo, a manutenção desse tipo de decisão revelaria um paradoxo, na medida em que uma decisão injusta afrontaria a própria noção de Estado Democrático de Direito.

Visando à superação desse aparente conflito, a própria doutrina do *Stare Decisis* estabelece cuidadosos métodos que determinam a aplicação de um precedente ao caso em julgamento, bem como as técnicas referentes superação de determinado entendimento.

No que concerne à própria formação do precedente, deve-se destacar que não é qualquer decisão de órgão superior que se afigura como precedente vinculante na tradição Americana, berço da doutrina em análise. Na doutrina do *Stare Decisis* é fundamental que se identifique se o resultado do precedente firmado se deu por unanimidade ou maioria de votos dos membros do tribunal que produziu a decisão. Não sendo o caso de unanimidade, tem-se que o precedente gozará apenas de força persuasiva, e não de normativa vinculante.

Em segundo plano, os precedentes não devem ser aplicados de forma automática. É preciso que haja um cuidadoso exame entre as circunstâncias do caso posto em julgamento e aquele que se cogita como o precedente vinculante. Para isso é essencial na análise do precedente que se separe a *ratio decidendi* das *obiter dictas*. A primeira se refere ao exame das circunstâncias do caso que dão ensejo a norma essencial da decisão que soluciona do caso concreto. A segunda revela apenas outras alegações de opiniões acerca da lei, dos princípios ou valores que serviram para elaborar o raciocínio dos julgadores, mas não integram a solução em si do caso posto. Dessa foram, resta



evidente que apenas aquilo que integre a *ratio decidendi* do julgado compõe o precedente vinculante, de modo que somente quanto a esta parte deve haver adequação com o caso em que se vise aplicação do precedente. Esse juízo de adequação é denominado na teoria do *Stare Decisis* de *distinguishing*. Na forma do modelo adversarial do Direito Norte Americano, cabe a parte a quem aproveite realizar o *distinguishing*, provando a semelhança dos casos e a necessidade de julgamento conforme o precedente apontado, o que de certa maneira se conforma com a máxima de nosso ordenamento processual de que a prova cabe a quem alega.

É preciso destacar ainda, que a doutrina dos precedentes não exige uma obediência cega a decisões passadas. Permite-se, conforme visto, que decisões desarrazoadas ou errôneas, ainda que assim tenham se revelado pelo transcurso do tempo, sejam afastadas. Essa superação do precedente deve ser feita de forma cautelosa, já que repercute, por exemplo, na esfera da segurança jurídica, através da técnica de *Overruling*, pela qual é possível adotar nova orientação jurisprudencial quando a assumida no precedente não se mostrar a melhor medida de justiça⁶. Essa nova orientação, como já se viu quando da análise das dimensões vertical e horizontal do *Stare Decisis*, só pode ser tomada pelo próprio órgão jurisdicional superior que proferiu o precedente, devendo ainda demonstrar as razões que ensejaram a sua superação, bem como optar ou não pela modulação dos efeitos transitórios para o novo paradigma. Quanto a este último ponto cabe destacar as técnicas denominadas de *signaling* e a *anticipatory overruling*⁷, em que se aponta no julgamento para superação de um precedente, sem, no entanto, fazê-lo no momento, por razões da estabilidade das relações produzidas sobre a ótica autorizativa do precedente.

⁶ MARINONI, op. cit., p. 390. Relembra o processualista paranaense, citando Melvin Eisenberg, que o precedente deixa de corresponder quando não atende mais os padrões de congruência social e consistência sistêmica, em trecho assim relatado: “...um precedente está em condições de ser revogado quando deixa de corresponder aos padrões de congruência social e consciência 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”.

⁷ Entenda-se por *anticipatory overruling* a atuação antecipatória das Cortes de Apelação estadunidenses em relação ao *overruling* dos precedentes da Suprema Corte. Trata-se, em outros termos, de fenômeno identificado como antecipação a provável revogação de precedente por parte da Suprema Corte.

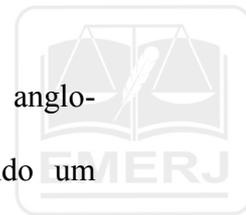


Desse modo, é possível concluir que a utilização dos precedentes a partir das premissas estabelecidas na teoria da *Stare Decisis* permite que se conduza à estabilidade do direito, fornecendo uma base para que o operador jurídico possa prever a decisão que a Corte deverá tomar, sem que, entretanto, isso revele um indevido engessamento normativo, já que métodos estão disponíveis para a superação de precedentes. Ademais, é sensível que a sedimentação de certo precedente uniformiza a jurisprudência, evitando ou mitigando em razoável medida a litigância em torno de situações fáticas repetitivas.

Diante das sólidas bases estabelecidas acerca dos precedentes na doutrina do *Stare Decisis*, como toda sua evolução dogmática fruto da experiência de longo tempo, natural que o ordenamento jurídico brasileiro se sirva de suas premissas para melhor aplicação dos institutos que consagrem a maior força normativa dos precedentes, conforme será visto adiante.

3. OS PRECEDENTES NA ATUAL SISTEMÁTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

O regramento dado pelo ordenamento jurídico brasileiro à matéria tem sofrido profundas modificações ao longo das últimas décadas. As legislações constitucional e processual têm cuidado de introduzir instrumentos diversos que atendam a uma padronização jurisprudencial e sirvam, ao mesmo tempo, para amenizar a crescente demanda frente ao Judiciário, que tem flertado com uma ineficiência paralisante, diante da aviltante quantidade de demandas postas a sua apreciação. Dentre essas inovações, destacam-se os institutos da súmula vinculante, o indeferimento liminar dos recursos especiais e extraordinários, a repercussão geral, o julgamento unificado dos recursos especiais repetitivos e o julgamento liminar de improcedência do pedido. Esses e outros instrumentos acabaram por trazer ao



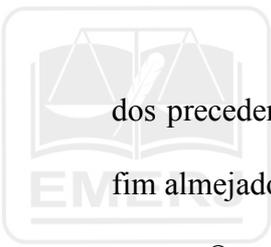
sistema jurídico brasileiro caracteres cada vez mais aproximados às do modelo anglo-saxônico, que, conforme visto, pauta-se da doutrina do *Stare Decisis*, revelando um movimento do ordenamento que cada vez mais prestigia a força normativa dos precedentes judiciais.

Apesar desse movimento de aproximação experimentado pelo ordenamento pátrio, pode-se dizer que, como regra, a sistemática brasileira possibilita ao julgador afastar-se do entendimento firmado pelo Tribunal a qual esteja vinculado, podendo até mesmo desconsiderar enunciados editados na súmula do mesmo ou de Tribunais Superiores, afastando o ordenamento pátrio da noção de hierarquia estabelecida na doutrina do *Stare Decisis*. Essa regra, entretanto, resta mitigada a partir do alcance das súmulas vinculantes, e, em certa medida, a partir dos institutos da repercussão geral e julgamento unificados em recurso repetitivo. Pela relevância desses dois últimos institutos e por representarem melhor a simbiose entre nosso sistema e a doutrina do *Stare Decisis*, cabe neste capítulo uma análise mais detida acerca desses instrumentos.

Na legislação processual, o julgamento de recursos pautados em demandas repetitivas que tratem de matéria de direito federal encontra sua disciplina no artigo 543-C do Código de Processo Civil.

Introduzido pela Lei 11.672/08 no Código de Processo Civil, a sistemática relativa aos recursos repetitivos teve como principal objetivo, segundo exposição de motivos no próprio projeto de lei antecedente (projeto de L. 1.213/07)⁸, reduzir o excessivo número de Recursos Especiais, que na maioria das vezes versavam sobre o mesmo conteúdo jurídico. Esse primário objetivo, entretanto, não opõe embargo para o reconhecimento da valorização

⁸ “Somente em 2005, foram remetidos mais de 210.000 processos ao Superior Tribunal de Justiça, grande parte deles fundados em matérias idênticas, com entendimento já pacificado naquela Corte. Já em 2006, esse número subiu para 251.020, o que demonstra preocupante tendência de crescimento. 6. Com o intuito de amenizar esse problema, o presente anteprojeto inspira-se no procedimento previsto na Lei no 11.418/06 que criou mecanismo simplificando o julgamento de recursos múltiplos, fundados em idêntica matéria, no Supremo Tribunal Federal.” (EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS PL 1.213/2007)



dos precedentes a partir da inovação legislativa, que, pode-se dizer, configura o meio para o fim almejado.

O artigo 543-C do Código de Processo Civil, basicamente, trata de uma técnica de processamento para o julgamento de Recursos Especiais submetidos ao Superior Tribunal de Justiça que revelem controvérsia massificada e pulverizada em diversos processos acerca de uma única matéria. Trata-se de uma técnica de julgamento por amostragem. Segundo o regramento, cabe ao Tribunal local, onde é interposto o Recurso Especial, selecionar os recursos que mais bem representem a controvérsia massificada, submetendo-os em seguida a superior instância e sobrestando os demais, que aguardarão o julgamento desses recursos paradigmas pelo Superior Tribunal de Justiça.

Na orientação objetiva desse trabalho, o mais importante, entretanto, não é a forma pela qual esses recursos representativos de demandas repetitivas são levados a julgamento, mas sim os efeitos que o sucedem, que denotam uma eficácia condicionante para o julgamento dos demais recursos sobrestados. Tais efeitos encontram-se no §7º do já mencionado artigo 543-C.

Conforme essa normativa, a publicação do acórdão paradigma, que firma a tese adotada no recurso representativo de controvérsia, produz os seguintes efeitos nos recursos suspensos no tribunal *a quo*: a) terão seguimento denegado na hipótese do acórdão recorrido no Tribunal ter a mesma orientação daquele entendimento exarado no julgamento do recurso paradigma; b) serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese dos acórdãos terem orientação divergente da decisão exarada pelo STJ no recurso representativo de controvérsia, oportunizando eventual juízo de retratação do mesmo órgão que julgou o mérito federal em segundo grau de jurisdição.

Contudo, é da interpretação do §8º do art. 543-C do CPC que se pode realmente extrair a verdadeira eficácia do precedente emanado no julgamento dos recursos representativos de

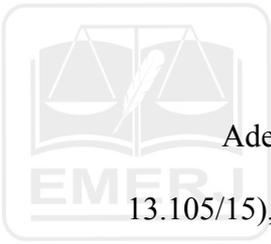
controvérsia. Da interpretação literal do dispositivo se extrai que ao Tribunal de origem é dado manter sua decisão em contrariedade a tese firmada pelo STJ no julgamento do recurso representativo da controvérsia, dando seguimento ao processamento do recurso especial, encaminhando-o a superior instância. Dessa interpretação, concluir-se-ia que o precedente estabelecido do recurso repetitivo teria uma mera força persuasiva. Essa, entretanto, não deve ser a norma extraída do dispositivo legal.

Segunda melhor orientação doutrinária, o dispositivo deve ser interpretado com base na já referida técnica do *distinguishing*, ou seja, ao tribunal *a quo* só será possível manter sua decisão caso entenda que a tese firmada pelo STJ no julgamento do recurso paradigma não encontre a devida adequação com as circunstâncias do caso objeto do acórdão mantido. Interpretação diversa admite que o tribunal mantenha decisão contrária a matéria já pacificada na superior instância, retardando a solução definitiva da lide, rompendo com a premissa basilar da hierarquia da doutrina dos precedentes e contribuindo para o abarrotamento de processos, o que justamente se visava minorar com a adoção da sistemática dos recursos repetitivos. Nesse sentido da intangibilidade da tese firmada pela superior instância, esclarece Marinoni⁹:

O inciso II, ao determinar que, na hipótese de o acórdão recorrido divergir do precedente estabelecido, o recurso deverá ser “novamente examinado pelo tribunal de origem”, deve ser interpretado no sentido de que o tribunal de origem, por estar vinculado ao precedente, deve se retratar.³⁶

Desse modo, ainda que revele uma posição minoritária na doutrina, é de se entender que a eficácia dos precedentes em sede de recursos respetivos deve ser tomada como vinculante para os tribunais inferiores, prestigiando a segurança jurídica, isonomia e a duração razoável do processo, dando algum sentido a essa inovadora sistemática, prestigiando-se a dogmática da teoria dos precedentes.

⁹ MARINONI, op. cit., p. 498.



Ademais, a nova codificação processual civil, Código de Processo Civil de 2015 (lei 13.105/15), ainda em período de *vacatio legis*, fortalece as bases do entendimento aqui endossado, no sentido da eficácia vinculante dos precedentes estabelecidos nos recursos especiais paradigma, na medida em que em vários dispositivos estabelece a necessidade de observância das teses firmadas nos recursos representativos de controvérsia pelo STJ.¹⁰

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, entretanto, não endossa a perspectiva minoritária, o que se evidencia a partir da impossibilidade de interposição de Reclamação quando a decisão atacada contrariar tese firmada em sede de recursos representativos de controvérsias.¹¹

Outro instrumento adotado pelo ordenamento que prestigia a força dos precedentes é a Repercussão Geral tomada em sede de Recurso Extraordinário. Introduzida pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 que adicionou o §3º no artigo 102 da CRFB/88, a Repercussão Geral possibilita que o Supremo Tribunal Federal admita apenas os Recursos Extraordinários que obedeçam os critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica, que se adequem a normativa constitucional, o que denota o já referido caráter de objetivação na solução das demandas individualizadas.

A sistemática de processamento dos recursos extraordinários nos quais se reconheça a repercussão geral é muito semelhante àquela dispensada aos já tratados recursos repetitivos, estando disciplinada no Código de Processo Civil em seus artigos 543-A e 543-B, dispositivos introduzidos pela Lei 11.418/06. Conforme se depreende, também são selecionados recursos representativos da controvérsia, que são encaminhados, nesse caso, ao STF para julgamento, sobrestando-se os demais até o posicionamento definitivo da Corte.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rcl n. 21.883. Relatora: Ministro Moura Ribeiro. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=45626754&num_registro=201402817941&data=20150406&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 12 abril. 2015

Seguindo a mesma linha de abordagem anterior, afasta-se da análise procedimental da repercussão geral, dando enfoque aos efeitos do julgamento dos recursos paradigmas sob os demais recursos extraordinários sobrestados no Tribunal *a quo*. Nessa esteira, podemos dizer que os efeitos do julgamento dos recursos paradigma são fundamentalmente dois. Caso o STF entenda pela inexistência de repercussão geral, os demais casos que estavam sobrestados na origem (art. 543-B, § 2º) serão automaticamente inadmitidos. Quando a Corte Suprema reconhecer a repercussão geral e julgar o recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos tribunais de origem, que poderão declará-los prejudicados, casos as decisões recorridas estiverem em conformidade com o pronunciamento do STF, ou retratar-se, caso o julgamento do Supremo seja contrário ao firmado nos acórdãos objeto de recursos extraordinários idênticos (art. 543-B § 2º).

Novamente a questão posta aqui recai sobre o segundo efeito, qual seja, sobre a possibilidade de manutenção de acórdão de Tribunal em confronto com o entendimento exarado pela STF em recurso extraordinário em que se tenha reconhecida a repercussão geral. Há verdadeiramente uma discricionariedade dos Tribunais quanto a retratação do mérito do acórdão atacado pela via do recurso extraordinário, ou seja, a eficácia do precedente seria meramente persuasiva? A resposta, em nosso sentir, só pode ser negativa.

A doutrina majoritária¹² e a jurisprudência¹³ negam a existência de eficácia vinculante para as decisões tomadas em sede de repercussão geral. Afirmam basicamente que o próprio poder constituinte derivado cuidou de implantar o método pelo qual a jurisprudência da corte em controle difuso ostentaria eficácia vinculante, qual seja, a súmula vinculante. Dessa forma, não seria possível que se implementasse dois instrumentos diversos com a mesma função,

¹² MORAES, de Alexandre. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2007, p. 542.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp n. 1096244. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=8582087&num_registro=200802154195&data=20100312&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 17 mar. 2015.



sendo certo que a edição da súmula vinculante exige, como um de seus requisitos, o julgamento reiterado da Corte acerca de determinado tema.

Tal entendimento, entretanto, endossado pelas cortes maiores do sistema judiciário brasileiro afronta os próprios objetivos da implementação do instrumento da Repercussão Geral através da EC nº 45/04, pois, segundo ele, os Tribunais podem simplesmente negar a tese firmada pelo STF e dar continuidade no processamento do recurso extraordinário, mantendo o aviltante volume de recursos que chegam a nossa suprema corte.

Destaque-se ainda que negar eficácia vinculante aos precedentes formados em repercussão geral é permitir que cortes hierarquicamente inferiores tomem decisões que afrontem diretamente o posicionamento pacificado no próprio STF. A partir de uma interpretação sistemática mais ampla, é possível que se compreenda a insuperável contradição desse entendimento. Se ao Supremo Tribunal Federal cumpre dar a última palavra acerca da matéria constitucional, não se mostra viável que cortes em posição hierarquicamente inferior possam afastar-se desse entendimento, decidindo de forma contrária, usurpando verdadeiramente competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal.

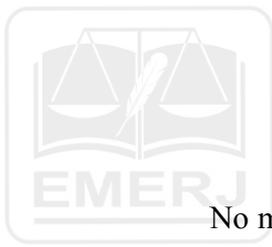
A despeito da controvérsia doutrinária acerca da eficácia vinculante ou persuasiva especial dos precedentes estabelecidos em recursos repetitivos no STJ e repercussão geral no STF, não se pode negar que tais inovações normativas revelam uma maior inclinação de nosso ordenamento em relação a doutrina dos precedentes, prestigiando uma tendência de uniformização jurídica e racionalidade do sistema Judiciário a partir da jurisprudência, tornando-a em verdadeira fonte primária do direito.

CONCLUSÃO

Os ordenamentos jurídicos lastreados na *Civil Law*, de origem romano-germânica, incontestavelmente experimentam influências típicas de sistemas jurídicos pautados na *Common Law*, mormente no que tange à incorporação, dentro das normas positivadas, das premissas básicas do direito consuetudinário anglo-saxão, na forma como atualmente é compreendido. Nessa perspectiva, a doutrina do *Stare Decisis* Norte Americana, teoria que pauta o direito na força obrigatória dos precedentes, é a referência para a correta compreensão desse fenômeno de miscigenação entre os sistemas. Sendo tal doutrina a maior expressão da atual *Common Law*, as transposições de sua dogmática devem ser observadas e adequadas aos ordenamentos que pretendam a valorização da força normativa dos precedentes.

O ordenamento jurídico brasileiro, seguindo a tendência de conjugação entre os sistemas, motivado pela chamada “Crise do Judiciário” e na busca por maior celeridade na prestação jurisdicional nas chamadas demandas massificadas, passou a adotar em sua legislação diversos institutos tendentes a imbuir os precedentes de maior força normativa.

A Lei 11.672/08, responsável por incorporar a sistemática dos recursos especiais repetitivos, revelou, a obrigatoriedade de observância do precedente firmados pelo Superior Tribunal de Justiça a partir do julgamento do recurso paradigma. Como demonstrado, a norma que deve ser extraída do disposto no art. 543-C, § 7º, II, do Código de Processo Civil, é no sentido de que os acórdãos que foram decididos em confronto com a jurisprudência firmada em recurso repetitivo deverão ser adequados a ela, com retratação, se for o caso, pena de renegar a premissa básica da doutrina dos precedentes, que estabelece como pilar a hierarquia dos órgãos judicantes. O seguimento do recurso especial a que alude o §8º do citado dispositivo, só pode ser compreendido a partir do momento em que o tribunal, ao efetuar o *distinguishing*, não reconheça similitude entre as circunstâncias fática do recurso paradigma e o que se quer dar seguimento.



No mesmo sentido, deve ser compreendida a Repercussão Geral, com o aditivo de que ao STF é dado o papel constitucional de dar a última palavra acerca da interpretação de dispositivo constitucional que incida sobre certa circunstância fática que reflita uma demanda massificada. Desse modo, ainda com maior razão, aos Recursos Extraordinários julgados com o reconhecimento da repercussão geral, deve ser dado o caráter vinculante à tese firmada pela mais alta corte do país.

As proposições ora apresentadas vão ao encontro da missão que foi outorgada ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal pela Constituição de 1988, bem como do princípio constitucional da segurança jurídica e o da efetividade da prestação jurisdicional, e não interfere na liberdade de julgamento do juiz, que continuará examinando os fatos e fazendo a adequação a eles da norma cujo sentido foi determinado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rcl. n. 21.883/SC. Relator Ministro Moura Ribeiro. 06 de abril de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=45626754&num_registro=201402817941&data=20150406&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 12 abr. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 1.096.244/SC. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. 08 de maio de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=8582087&num_registro=200802154195&data=20100312&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 17 mar. 2015.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso Especial, agravos e agravo interno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

DAVID, René, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4 ed. São Paulo: Martins fontes, 2002.



DINAMARCO, Cândido Rangel. Efeito vinculante das decisões judiciais. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, v.2.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *A transformação do civil law e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil*. Cadernos Jurídicos da OAB-PR, Curitiba, v. 03, p. 1- 3, jun. 2009.

MORAES, de Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.



RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO PARA DOENÇAS GRAVES, SOB A PERSPECTIVA DE DECISÕES RECENTES DO STF

Monica Machado da Silva

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito.

Resumo: A questão jurídica ora em debate versa sobre o fornecimento de medicamentos de alto custo e a responsabilidade do Estado perante os cidadãos. Neste aspecto é tema atual, tendo surgido a partir da Constituição Federal de 1988 que consagrou o direito universal à saúde e estabeleceu a responsabilidade do Estado na implementação deste direito fundamental perante a sociedade brasileira. O SUS veio como instrumento para organizar e efetivar a universalização da saúde, porém as dificuldades surgiram e com elas a judicialização deste tema de vital importância para a sociedade. Assim, o posicionamento que vem sendo construído pelo STF ao se debruçar sobre esta questão, gerará efeitos muito além das partes em conflito, refletindo no modo como a democracia brasileira tratará o tema saúde pelas próximas gerações.

Palavras-Chave: Responsabilidade do Estado. Direito à Saúde. Fornecimento de Medicamentos de Alto Custo. SUS. Perspectiva do STF.

Sumário: Introdução. 1 Direito à Saúde. 2 Responsabilidade do Estado. Direito Subjetivo à Saúde. Política Nacional de Medicamentos. Jurisdicionalização. 3 Análise do posicionamento do STF. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como enfoque a análise do posicionamento atual da mais alta corte do Brasil, no que se refere à responsabilidade do Estado quanto à distribuição através do Sistema Único de Saúde - SUS de medicamentos de alto custo para tratamentos de doenças graves, diante das numerosas batalhas travadas judicialmente, que vem fundamentando a construção jurisprudencial sobre o tema.

Inicialmente será abordado o histórico do SUS e da universalização do direito à saúde, confrontando a perspectiva do direito em face do dever do Estado e os limites impostos.

Tem-se como pilar do Sistema de Saúde Único, o artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB, que assim preceitua: “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.”

Cumpre ressaltar que a competência para o fornecimento de medicamentos de alto custo a pessoas sem condições de custeio é do Poder Público, sendo tal competência comum à União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios, que deverão “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”, conforme preceitua o artigo 23, inciso II da CRFB/88. Assim, todos os entes da Federação, cada qual no seu âmbito administrativo, têm o dever de zelar pela adequada assistência à saúde aos cidadãos brasileiros.

Neste sentido, a saúde passou a ser um direito público subjetivo com o advento da Constituição Federal de 1988, sendo bem jurídico tutelado constitucionalmente, a concretização de tal direito se estabelecerá através dos programas implementados pelo SUS, dentre eles, a distribuição de medicamentos aos pacientes que não possuem condições de arcar com os altos custos dos tratamentos.

Em que pese o caráter programático da Magna Carta. O direito à saúde esbarra na escassez de recursos e na escolha de prioridades e políticas públicas pelo administrador público.

Apesar da norma insculpida no artigo 6º da CRFB/88, mencionar expressamente que o direito à saúde é um direito social, sendo portanto dever do Estado a sua efetivação, a realidade tem demonstrado a grande dificuldade enfrentada pelos necessitados, em tornar realidade este direito e o instrumento judicial tem sido, por vezes a única opção possível para muitos cidadãos na busca de solução para seus problemas, por vezes sob risco de vida.

Diante desse quadro surgem algumas questões que merecem reflexão: Qual a responsabilidade do Estado perante o indivíduo doente? Qual o limite de custo que um



medicamento poderá vir a alcançar dentro do SUS? Quais as regras a serem observadas no fornecimento de medicamento de alto custo?

As demandas sobre estas questões vem se multiplicando nos Tribunais Estaduais e Federais, chegando até aos Tribunais Superiores e gerando repercussão não somente na esfera jurídica, mas também na esfera econômica e política. Tais demandas tem conduzido o Poder Judiciário à busca de uma sistematização para a solução jurisdicional a ser adotada, pois por meio de decisões judiciais, que obrigam o poder executivo a atender a pretensão de fornecimento de determinado medicamento de alto custo, há direta interferência no aspecto programático, estrutural e orçamentário que merecem ser sopesados.

1. DIREITO À SAÚDE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SUS

A saúde, juntamente com a previdência e a assistência social, compõem o sistema da Seguridade Social no Brasil, que foi estabelecido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que no artigo 196 prescreve: “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.”

Assim, tem-se a etimologia da palavra “saúde” advinda do adjetivo latino *salus*, que significa “qualidade do que é sadio ou são”¹.

Para a Organização Mundial da Saúde (OMS), a saúde é conceituada como: “um estado completo de bem estar físico e mental do ser humano, e não apenas a ausência de enfermidade.”²

¹MICHAELIS, *dicionário online*, disponível em: http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/definicao/saude_1042211.html acessado em 28 de abr. 2015.
² OMS, *Constituição da*, disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html> acessado em 28 de abr. 2015

Diversamente do que se estabelece o conhecimento popular, verifica-se que a saúde de um indivíduo compreende aspectos mais amplos e complexos do que a simples condição de estar saudável.

Dessa forma, a assistência médica e o fornecimento de medicamentos correspondem a uma pequena parte dos programas e atividades, que são indispensáveis a efetivação do direito a saúde. Além desses, necessário se faz o desenvolvimento de programas em saúde preventiva, controle de doenças, que ocorrem através de saneamento básico, acesso a moradia dignas, além de programas de combate à desnutrição.

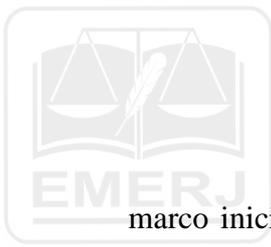
Historicamente tem-se que as políticas voltadas a implementação da saúde surgem nos primórdios da fundação do Estado, como afirma Luis Roberto Barroso em seu estudo: Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.³

O Estado passa a adotar entre os anos de 1870 até 1930, algumas ações mais efetivas na área de saúde, sendo estabelecido um modelo que foi denominado de “campanhista”, obtendo importantes resultados no combate as mais variadas epidemias.

Nesse período houve a erradicação da febre amarela na cidade do Rio de Janeiro, porém não se constata nessa época no país efetivas ações públicas curativas, que visassem ao tratamento e prevenção das moléstias. Essas ações somente eram realizadas no âmbito da medicina de iniciativa privada ou pela medicina assistencialista das ordens religiosas.

A partir do Decreto Legislativo nº 4.682/1923, mais conhecido como Lei como Eloy Chaves, foram criadas as caixas de aposentadorias e de pensão, estabelecendo os benefícios previdenciários e assistência à saúde. Este decreto é historicamente considerado como o

3 BARROSO, Luiz Roberto, *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>, acessado em 11 de mai. 2015.



marco inicial da Previdência Social no Brasil, a despeito de favorecer tão somente a classe dos trabalhadores ferroviários do Brasil.

O Decreto nº 19.402/1930 criou o Ministério dos Negócios da Educação e Saúde Pública, que posteriormente se transformaria no Ministério da Saúde, através do Decreto nº 34.596/1953.

Após o golpe militar ocorrido em 1964, houve a criação do Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, sendo também criados os serviços de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência, bem como a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social.

Dessa forma, segundo Barroso⁴, todos os trabalhadores com carteira assinada, eram contribuintes e beneficiários do novo sistema, tendo direito a atendimento na rede pública de saúde.

Todavia, grande parte da população brasileira, como os desempregados, autônomos e aqueles que realizassem exclusivamente trabalhos informais, continuavam alheios ao direito à saúde, permanecendo na dependência da caridade pública, como se ainda vivessem no século XIX.

A promulgação da CRFB/88, também conhecida como Constituição Cidadã, trouxe maior proteção aos interesses do povo brasileiro contra o arbítrio, o casuísmo e o autoritarismo, tornando cláusulas pétreas a igualdade, liberdade, justiça e alternância de poder.

Conforme preceitua o artigo 5º, caput da CRFB/88: “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

⁴ Ibidem.



propriedade”, sendo certo, que o direito a vida é o mais basilar de todos os direitos e que juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, justificam a preocupação do poder constituinte brasileiro com a universalização do direito à saúde.

Para Alexandre de Moraes⁵, “o direito humano fundamental à vida deve ser entendido como direito a um nível de vida adequado com a condição humana, ou seja, direito à alimentação, vestuário, assistência médico-odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais.”

É justamente nesse aspecto que reside a obrigatoriedade do Estado em garantir condição básica de vida aos seus cidadãos, em que sejam respeitados os objetivos e fundamentos da República Federativa Brasileira, tais como a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Dessa forma, é certo que o direito fundamental a vida permanece atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao acesso a saúde, pois a existência digna depende das prestações necessárias à prevenção, manutenção e ao restabelecimento da saúde.

O direito à saúde previsto na Constituição Federal de 1988 adquiriu os seguintes contornos: a) foi reconhecido como direito de todos; b) ao Estado foi imposto o dever de garanti-lo mediante políticas sociais e econômicas visando a redução do risco de doença e de outros agravos; c) foi determinado que o acesso à saúde deve ser universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

⁵ MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.35



Em razão da expressiva relevância pública referente as ações e serviços de saúde, o próprio texto constitucional atribuiu ao Poder Público a competência sobre a regulamentação, fiscalização e controle da saúde, que integram uma rede regionalizada e hierarquizada, que constitui o denominado sistema único, organizado conforme as diretrizes nele previstas.

A saúde, juntamente com a alimentação, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, à infância, a assistência aos desamparados e a moradia é direito fundamental e social. Os direitos fundamentais podem ser conceituados como aqueles preceitos positivados que visam a garantir uma convivência digna, livre e igual aos membros de uma sociedade, conforme assevera José Afonso da Silva⁶.

Acerca do estudo dos direitos fundamentais, a doutrina classifica-os em direitos de primeira, segunda e terceira geração. Há aqueles que indicam, ainda, a quarta, quinta e sexta geração de direitos. Sendo a saúde caracteristicamente um direito social, classifica-se portanto como direito de segunda geração.

José Afonso da Silva assim conceitua os direitos sociais⁷:

Podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionais pelo Estado direta e indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais de propiciar o auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Esses são imanentes ao conceito de igualdade, como afirma Paulo Bonavides: “nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”⁸.

⁶ SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 178

⁷ *Ibidem.*, p. 286

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.350

Como os direitos sociais exigem do Estado prestações materiais, que importam na disponibilidade de recursos e meios de efetivação aos direitos sociais, difícil se faz a efetivação das normas resultando na insegurança jurídica para a sociedade .

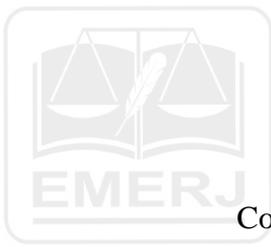
Diante da natureza de tais direitos, passaram eles a serem considerados como de conteúdo programático, já que destinados tão somente nortear o legislador quando da consecução da norma. Tal conceituação, segundo Bonavides⁹ precedeu a outra crise de juridicidade: a da observância e execução. Contudo, o referido autor antevê o fim desta fase, com termos das constituições recentes que, como a brasileira, de 1988, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Sendo atribuído às normas definidoras de direitos sociais cunho programático, porquanto, segundo ele, são destituídas de caráter imperativo. Assevera que tais diplomas impõem deveres de conteúdo muito mais moral de que jurídico, veiculando princípios norteadores da atuação do legislador infraconstitucional no intento de possibilitar a consecução dos objetivos traçados.

2. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. DIREITO SUBJETIVO A SAUDE. POLITICA NACIONAL DE MEDICAMENTOS. JURISDICIONALIZAÇÃO

A partir da Constituição de 1988, o Ministério da Saúde passa a ser o órgão do Poder Executivo Federal responsável pela organização e elaboração de planos e políticas públicas voltados para a promoção, prevenção e assistência à saúde dos brasileiros. Sendo função do Ministério da Saúde, efetivação de programas de proteção e recuperação da saúde da população, promovendo a redução e controle das enfermidades comuns, endêmicas e parasitárias e objetivando por fim a melhoria da vigilância à saúde, com intuito de possibilitar mais qualidade de vida ao brasileiro.

⁹ Ibidem., p. 806



Concretizando tais atividades temos a Política Nacional de Medicamentos, que se estabeleceu através da portaria nº 3.916¹⁰, expedida pelo Ministério da Saúde, que confere a esse órgão o poder-dever de estabelecer e concretizar ações que visem à atualização contínua da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME, priorizando aqueles medicamentos de assistência ambulatorial e, ainda, que garantam a prevenção e o combate das moléstias mais comuns que atingem a população brasileira.

O governo federal conta ainda com diversos outros programas para o atendimento e a concessão de tratamentos médico-hospitalares consubstanciados em políticas públicas específicas, com vistas ao atendimento especializado de diferentes grupos sociais. Entre os objetivos de tais políticas encontra-se a ampliação da oferta de cirurgias e tratamentos médicos-hospitalares e a consequente redução das filas de espera.

Cumprir destacar que a Portaria nº 3.916, do Ministério da Saúde, criou a política Nacional de Medicamentos com a finalidade precípua de assegurar o acesso integral da população a medicamentos seguros, eficazes e de qualidade, ao menos custo possível, a fim de que os gestores do SUS, nas três esferas de Governo, atuem em parceria.

Dessa forma, pode-se afirmar que o Estado brasileiro tratou de formular políticas públicas não expressamente previstas na CRFB/88, de forma a regulamentar o disposto no art. 196 do referido diploma legal.

Cumprir destacar que apesar de todos os programas e projetos, persistem graves dificuldades enfrentadas pela população, sobretudo a mais carente, para concretização dos seus direitos básicos. Por conta disso, o Poder Judiciário tem sido chamado a intervir a fim de garantir a inclusão social e a efetivação dos direitos fundamentais.

¹⁰ BRASIL, Ministério da Saúde. *Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998*. Disponível em: <http://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelink.php?numlink=1-92-29-1998-10-30-3916>. Acessado em 11 de mai. 2015.

O inciso XXXV¹¹, do art. 5º da CRFB/88, dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Portanto sempre que houver violação do direito, o poder judiciário, no exercício da jurisdição, será chamado a intervir e aplicar o direito ao caso concreto.

Neste sentido, o direito de ação é direito fundamental, subjetivo, que atribui aos cidadãos a possibilidade de obter o provimento jurisdicional, “pronunciamento da justiça”, acerca de determinado caso concreto.

A pretexto de exemplificar as implicações decorrentes do reconhecimento em juízo de qualquer direito subjetivo que não esteja sendo prestado pelo poder público, Fernando Zandoná¹² assevera:

[...]se isso fosse admitido, teríamos necessariamente de admitir que todos teriam o direito subjetivo de postular em juízo, por exemplo, as seguintes prestações que, sem dúvida alguma, são necessárias para efetivação de vários direitos fundamentais: (a) alimentação; (b) educação; (c) moradia; (d) trabalho; (e) segurança; (f) salário mínimo nos moldes do art. 7º, IV; (g) saneamento básico etc. Se fosse adotada a mesma linha que vem sendo seguida no que tange ao fornecimento de medicamentos, por questão de coerência, as decisões judiciais deveriam, necessariamente, acolher, v.g., o pedido de fornecimento de alimentos. Ademais, ninguém pode defender que a prestação de "medicamentos" é mais relevante do que a de "alimentos", pois sem estes não há vida, nem saúde a ser preservada ou restabelecida por remédios modernos.

Já quanto à aplicação do princípio da Reserva do Possível ao tema, verifica-se que sua origem remonta o termo “*Numerus Clausus*”, primeiramente, utilizado na Alemanha em decisão proferida pela Corte Constitucional no ano de 1972, sendo traduzido como “aquilo que o sujeito pode razoavelmente esperar do Estado e o Estado pode razoavelmente se negar a conceder ao sujeito, sem vulnerar comandos constitucionais”. Naquela situação, dois estudantes haviam concorrido para uma vaga no curso de Medicina, nas universidades de

¹¹ BRASIL, *Constituição Federal*, de 05 de outubro de 1988, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. acessado em 28 abr. 2015.

¹² ZANDONA, Fernando. *Política Nacional ou Judicial de Medicamentos?* disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao023/Fernando_Zandona.htm. Acessado em 28 de abr. 2015



Bavária e Hamburgo, atingindo a nota necessária para ingresso no curso, ficando fora da quantidade de vagas existentes.

As Cortes Administrativas acionadas pelos jovens, solicitaram à Corte Alemã que se manifestasse sobre a constitucionalidade de referida regra. A Corte salientou que referida regra (*numerus clausus*) se tornou necessária diante da incompatibilidade entre a oferta e a demanda de vagas nos cursos universitários, bem como, e principalmente, para manutenção de uma estrutura adequada das instituições. Apesar das dificuldades, a Corte ressaltou que o Estado Alemão vinha envidando esforços no sentido de expandir as vagas existentes, dentro daquilo que era “razoavelmente possível”.

Nesta decisão a referida Corte afirmou que os *numerus clausus* somente limitavam o acesso dos candidatos às vagas almeçadas, sem lhes violar qualquer direito; destacou, ainda, a desnecessidade de pronunciar-se sobre a exigibilidade de tal direito, por entender não ter havido a correspondente violação, uma vez que o Estado alemão tinha agido dentro do que a corte veio a denominar como Reserva do Possível.

Ressalta-se, ainda, o pensamento de Canotilho¹³ quando diz que, “a reserva de cofres do Estado coloca problemas de financiamento, mas não implica o grau zero de vinculatividade jurídica dos preceitos consagradores de direitos fundamentais sociais”, ou seja, mesmo diante da impossibilidade financeira de promover as medidas necessárias para garantia do direito fundamental em questão, o Estado continua responsável pela sua efetividade, não podendo resultar na ineficácia, nem perda de vinculatividade desses direitos.

¹³ CANOTILHO, José; CORREIA, Marcus; CORREIA, Érica. *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.220

Tem-se neste sentido esclarecedora decisão do STJ no RECURSO ESPECIAL Nº

1.185.474 - SC (2010/0048628-4)14

Relator MINISTRO HUMBERTO MARTINS ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS – DIREITO SUBJETIVO – RESERVA DO POSSÍVEL – TEORIZAÇÃO E CABIMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA – ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA – PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL – ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO – PRECEDENTES DO STF E STJ.

Observa-se que na ponderação de interesses entre a reserva do possível e o mínimo existencial, consubstanciado no direito à saúde, concretizado no tratamento médico necessário para sobrevivência do paciente, há prevalência deste em relação àquele, devendo ser utilizados os meios disponíveis e necessários para realização da garantia constitucional, sob pena de descumprimento do comando constitucional.

3. ANÁLISE DO POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No contexto jurídico surgem diversas discussões que compreendem, dentre outros temas, a judicialização das políticas públicas, os critérios limitadores da atuação do Poder Judiciário, o eventual ferimento ao princípio da igualdade diante da constatação de que somente àqueles que têm acesso à justiça e se socorrem do Judiciário estão sendo contemplados com prestações positivas do Estado a lhes garantir tratamentos médicos.

Se por um lado tem-se o posicionamento tradicional do STF quanto ao tema, em que infirma o entendimento de que o Poder judiciário não possui vontade própria, porquanto, ao dizerem o direito, aplicando as leis, os juízes tão somente concretizariam as decisões tomadas

¹⁴RECURSO ESPECIAL Nº 1.185.474 - SC (2010/0048628-4). Disponível em: <<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Educacao/Jurisprudencia/STJ-creche%20tese%20reserva%20do%20poss%C3%ADvel.pdf>> Acessado em 28 abr.2015



pelo constituinte e pelo legislador, sendo certo que juízes e tribunais não desempenhariam tal atividade mecanicamente; por outro lado cabe serem interpretadas à luz da carta Magna, expressões inconclusivas e de significado subjetivo, tais como, dignidade da pessoa humana, saúde universal ou boa fé objetiva.

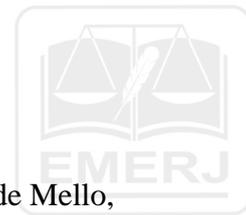
Nesse sentido, deve-se admitir que a judicialização das questões atinentes à efetivação das políticas públicas acarreta severas críticas quanto à sua legitimidade. Sendo necessária a delimitação pela doutrina e jurisprudência acerca da atuação do Poder Judiciário no que concerne a tutela do direito subjetivo à saúde, quanto a determinação de critérios para aplicação da norma ao caso concreto.

Cumprе ressaltar que a intervenção judicial, busca sempre ponderar quanto à possibilidade jurídica dos pedidos, em contraponto com a reserva do possível, o mínimo existencial, a teoria da separação dos poderes e o risco de ferimento ao princípio democrático.

Para tal implementação, deverão ser observados também outros critérios pelos magistrados na aplicação do direito ao caso concreto, tais como o da hipossuficiência financeira, da adequação e eficácia do medicamento, da urgência e indispensabilidade de seu uso e da necessidade de prévia negativa de fornecimento administrativo.

Sendo assim a análise da possibilidade jurídica dos pedidos de fornecimento de medicamentos de alto custo e de tratamentos médico-hospitalares de forma gratuita pelo Estado são aqueles cuja discussão acarreta na admissibilidade ou não, em juízo, do pedido.

Como proposta para solução da questão, a efetivação pelo poder público dos parâmetros previstos nos acórdãos do Supremo Tribunal Federal – STF, para que a reconhecida responsabilidade do Estado seja implementada pelo SUS, dentre elas o controle dos medicamentos de alto custo, com a manutenção de estoques, listagem dos medicamentos genéricos, que visam a organização e o respeito ao orçamento e a legislação pertinente.



A dimensão individual do direito à saúde foi destacada pelo Ministro Celso de Mello, relator do AgR-RE n.º 271.286-8/RS¹⁵, ao reconhecer o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. Ressaltou o Ministro que a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente, impondo aos entes federados um dever de prestação positiva. Concluiu que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), legitimando a atuação do Poder Judiciário nas hipóteses em que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional em apreço.

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio, no Recurso Extraordinário n.º 566.471¹⁶, reconheceu a repercussão geral do recurso extraordinário que trata da situação individual que pode, sob o ângulo do alto custo, pôr em risco a assistência global à saúde do todo. Os questionamentos que mais se colocam pelos entes públicos perante o Poder Judiciário em relação à questão do fornecimento de medicamentos diz respeito à divisão de competência entre os entes federados, a violação ao princípio de separação de poderes e às normas e regulamentos do SUS, a judicialização do direito à saúde, a escassez dos recursos, a ampliação do direito a pacientes que não são atendidos pelo SUS, a recusa de medicamentos que não possuem registro na ANVISA. O referido recurso encontra-se atualmente concluso com o relator desde 15/10/2014.

¹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AgR-RE n.º.271.286-8/RS, Relator Ministro Celso de Mello, DJ12.09.2000. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28271286.NUME.+OU+271286.ACM.S.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/n28tbo9>, Acessado em 28 abr.2015.

¹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 566.471, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 07/12/2007 disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=566471&classe=RERG&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acessado em 28 abr.2015.



CONCLUSÃO

Dessa forma, se um lado existem os atos da Administração Pública que importam em limitações aos gastos orçamentários, dentro da esfera do que se denominou como princípio da reserva do possível, e consoante a delimitação imposta pela lei de responsabilidade fiscal, por outro lado, verifica-se que a interrupção do tratamento de saúde aos portadores de doenças graves, importa em violação da própria dignidade da pessoa humana, princípios contrapostos cuja solução é dada à luz da ponderação de interesses, permeada pelo princípio da razoabilidade.

Assim para que haja efetivação das normas programáticas previstas pela Constituição Federal de 1988, mister se faz a implementação de políticas programáticas em Saúde, de longo e médio prazos, objetivando alcançar gradativamente uma cobertura cada vez maior de usuários que necessitam de tratamentos e medicamentos de alto custo.

Para salvaguardar os direitos durante este processo, o Poder Judiciário tem exercido papel fundamental, por estar mais próximo da realidade apresentada através dos casos concretos expostos nas ações que representam os problemas enfrentados pela população para implementação dos direitos sociais, exercendo também fiscalização da legalidade dos atos do poder executivo, através dos efeitos das decisões proferidas.

Todavia, se faz necessário que seja alinhavado formulação de novas políticas públicas, em resposta a crescente demanda judiciária percebida quanto aos medicamentos de alto custo, uma vez que denotam o sintoma da necessidade de maior efetividade do direito à saúde, seja por meio de escolhas que aloquem recursos de modo mais coerente e competente, buscando uma melhor e maior distribuição de recursos, seja por meio de ações preventivas, visando maiores economias e redução de custos.

Assim, somente com a junção dos esforços colaborativos entre os poderes, salvaguardadas as competências e independência entre os poderes da república, mas



inspirados na harmonia e elo democrático comuns aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, sendo tal conexão de trabalho entre os Poderes, necessária para que possamos vislumbrar uma luz no fim do túnel, percebendo a possibilidade de que as decisões judiciais, provoquem mudanças necessárias nas políticas públicas para que promovam justiça e harmonização e não desequilíbrios e injustiças.

As atuais decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, denotam cada vez mais segurança jurídica no tocante ao direito à saúde. Os posicionamentos adotados pela mais alta Corte embasarão as decisões proferidas nos inúmeros Tribunais por todo o Brasil, estabelecendo assim o arcabouço para maiores progressos rumo a Universalização da Saúde.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto, *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>, acessado em 11 de mai. 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. P.350

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. acessado em 28 abr. 2015

_____, *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. acessado em 28 abr. 2015

_____, *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. acessado em 28 abr. 2015

_____, *Lei 8.245 de 18 de outubro de 1991*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm>. acessado em 28 abr. 2015

_____, *Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. acessado em 28 abr. 2015

_____, *Lei 11.280 de 16 de fevereiro de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11280.htm>. acessado em 28 abr. 2015

_____, *Lei 11.341 de 07 de agosto de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111341.htm>. acessado em 28 abr. 2015



_____, *Lei 11.419 de 19 de dezembro de 2006*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111419.htm>. acessado em 28 abr. 2015

_____, *Decreto 70.235 de 06 de março de 1972*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D70235cons.htm>. acessado em 28 abr. 2015

MICHAELIS, *dicionário online*, disponível em:
<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/definicao/saude_1042211.html> acessado em 28 de abr. 2015.

MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.35

OMS, *Constituição da*, disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> acessado em 28 de abr. 2015

ZANDONA, Fernando. *Política Nacional ou Judicial de Medicamentos?* disponível em:
<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao023/Fernando_Zandona.htm>. Acessado em 28 de abr. 2015

A REDUÇÃO DA MAIORIDADE E CONSEQUÊNCIAS

Monica Normando

Graduada pela Universidade de Direito de São José do Rio Preto – UNIRP. Advogada. Pós-graduada em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Escola Superior de Advocacia – ESA

Resumo: O estatuto da Criança e do Adolescente completa vinte e cinco anos e, apesar de jovem legislação, o direito infantojuvenil é preocupação desde a fase Imperial no Brasil. Contemporaneamente, a maioridade é tema polêmico entre os legisladores, juristas e brasileiros em geral. Tornou-se um fator preocupante, visto o aumento acelerado da criminalidade nos dias atuais. A sociedade sofre os efeitos da violência praticada por crianças e adolescentes infratores e a voz do povo se divide, uns a favor da redução da maioridade e outros contrários a tal modificação legislativa. A polêmica tem como enfoque principal a seguinte questão: a redução da maioridade trará a redução da criminalidade? Outro debate nas esferas do poder é a preocupação em saber se a máquina do Estado tem capacidade estrutural para abrigar tantos menores, esta, latente, haja vista que as condições socioeducativas são precárias em estruturas Penitenciárias. O endurecimento das leis e tipos penais do Estatuto da Criança e do Adolescente seria solução à violência que assola o país?

Palavra chave: Criminalidade, inimputabilidade no ECA e, redução da maioridade penal.

Sumário: Introdução. 1. Histórico do direito da Criança e Adolescente. 2. Dos direitos fundamentais da Criança e Adolescente. 3. Redução da maioridade penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema maioridade penal, regulamentado na Constituição da República, no ECA e no Código Penal, que preveem a inimputabilidade penal aos menores de 18 (dezoito) anos, bem como trata, em especial no ECA das medidas protetivas e sócioeducativas pela prática de ato infracional praticado pelo menor.

O principal objetivo do presente estudo é demonstrar que a redução da maioridade, proposta pela PEC 171/1993, longe esta de alcançar a solução aos reclames da sociedade, já cansada de figurar como vítima da criminalidade, vez que um novo capítulo na história legislativa, não será capaz de trazer solução, à criminalidade e a violência no Brasil e, que



seria necessário sim fomentar a implementação das medidas legais já existentes, bem como os tratados recepcionados pelo ordenamento jurídico do país.

A aprovação desse novo projeto de lei mostra-se prematuro e de aplicação inadequada, vez que, a problemática sobre a criança e adolescente em conflito com a lei é polêmico no país desde 1830, época do Brasil Colônia e percorreu ao longo da história considerável evolução histórica, alcançando consideráveis direitos e garantias, que, com a aprovação do projeto de redução da maioria seriam violados com sacrifícios de conquistas legislativas importantes ao infrator menor de 18 anos de idade.

Assim, seria adequado, o implemento de uma reforma legislativa à norma em vigor, o Estatuto da criança e do adolescente, Lei 8.069/90, para readequar esse microsistema à nova realidade social e às questões que envolvem o menor.

O estudo que se pretende realizar seguirá a metodologia do tipo bibliográfica e histórica, qualitativa, parcialmente exploratória.

O estudo seguirá a metodologia do tipo bibliográfica, legislativa e histórica, qualitativa, parcialmente exploratória.

1.HISTÓRICO DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Na sociedade Romana vigorava o *pater familiae*, que se traduz em ter como chefe maior da família o pai, a quem era dada a incumbência de realizar toda a ritualística referente ao culto daquela família. E como autoridade, o pai exercia o poder absoluto sobre os seus, podendo decidir, inclusive, sobre a vida e a morte dos seus descendentes.



Os Gregos mantinham vivas apenas crianças saudáveis e fortes. Em Esparta, cidade grega famosa por seus guerreiros, o pai transferia para o tribunal do Estado o poder sobre a vida e a criação dos filhos, com o objetivo de preparar novos guerreiros.¹

Cumprir destacar, que os filhos não eram considerados sujeitos de direito, mas sim objetos das relações jurídicas, motivo pelo qual se justificava o poder do pai sobre a vida e a morte dos filhos.

Na época, Roma se destacou por criar e reconhecer uma distinção entre menores púberes e impúberes, trazendo um conceito que muito se assemelha à capacidade relativa e absoluta.

Com a idade Média, o que predominava eram os ensinamentos do cristianismo, com efeito, inicialmente os vínculos familiares eram estabelecidos em decorrência da religião e não pelos vínculos consanguíneos ou pelos vínculos da afetividade. Assim, prevalecia a vontade de Deus, que era traduzida pela Igreja e o monarca cumpria a determinação divina.

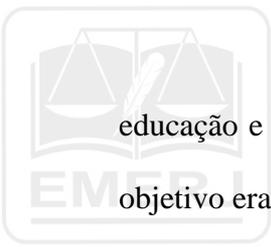
De toda sorte, o Cristianismo pelos dogmas da divindade, trouxe grande contribuição aos direitos das crianças, pois nessa época teve início ao reconhecimento de direito à dignidade para todos, dentre os quais se incluía os menores.

No Brasil colônia, de origem portuguesa, as Ordenações do Reino mantinham a autoridade do pai como regra absoluta e, de tal modo a sua vontade deveria ser respeitada pela família.²

Os portugueses, ao chegarem no Brasil, perceberam que teriam dificuldades em dominar e conquistar os índios que aqui habitavam, pois os adultos já tinham costumes próprios e bastante diferenciados dos portugueses. Dada a dificuldade, a solução encontrada foi buscar catequizar as crianças - com a ajuda dos jesuítas –pois era muito mais simples levar

¹MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 44.

² Ibid., p. 45.



educação e entendimento aos pais pelos novos ensinamentos dados aos filhos catequizados. O objetivo era que a nova ordem social fosse transmitida dos filhos para os pais.³

Para o resguardo da autoridade parental, ao pai era assegurado o direito de castigar o filho como forma de educá-lo, excluindo-se a ilicitude da conduta paterna se no “exercício desse mister” o filho viesse a falecer ou sofresse lesão.⁴

Concomitantemente, com essa busca da educação das crianças no Brasil e na Europa situada no século XVIII, havia outra grande preocupação dos Estados que era reduzir o número de crianças órfãs e expostas, já que era comum o abandono de crianças seja por serem filhos ilegítimos ou por serem filhos de escravos. Essas crianças eram abandonadas a própria sorte em portas de igrejas, conventos ou mesmo nas ruas.

O Brasil Império teve como base a Monarquia, entre os anos de 1822 e 1899, época em que começa a surgir a preocupação do Estado com os infratores, fossem eles menores ou maiores. Surge nessa fase da história o protótipo de uma política de controle repressivo do Estado que impunha duras e cruéis penas, fato que causava grande temor àqueles que infringissem à lei.

Na obra de José de Farias Tavares, o autor destaca essa preocupação do Estado de impor uma política repressiva a infratores. As Ordenações Filipinas, vigentes à época, preceituava que a imputabilidade penal era alcançada aos sete anos de idade. Assim, dos 7/17 anos os menores recebiam tratamento bem parecido ao dos adultos com relação às penas, diferenciando-se apenas com relação à atenuação na aplicação de pena.⁵

Nesse período, os menores dos 17 aos 21 anos, eram punidos como adultos sujeitos, inclusive, à pena de morte natural, aquela causada pelo enforcamento. A exceção a essa regra

³ Ibid., p. 45.

⁴ Ibid.

⁵ TAVARES apud MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 45.



se encontrava apenas para o crime de falsidade de moeda, que mesmo se cometido por menor de 14 anos, era permitido a aplicação de pena de morte natural.

No ano de 1830, o Código Penal do Império trouxe importante mudança, pois, introduziu o exame da capacidade de discernimento para aplicação da pena. A promotora Kátia Maciel, destaca em sua obra, que os “menores de 14 anos eram inimputáveis. Contudo, se houvesse discernimento para os compreendidos na faixa dos 7 aos 14 anos, poderiam ser encaminhados para casas de correção, onde poderiam permanecer até os 17 anos de idade”.⁶

Durante o século XVIII, com a migração de pessoas ao Brasil, principalmente para o Rio de Janeiro e São Paulo, foi exigida nova estrutura política, tendente a atender as necessidades advindas com a ocupação em massa no país. Com isso e o abandono de crianças, surge a política voltada ao social, com a criação de fundações assistencialistas que praticavam caridades dirigidas ao menor.

Assim, no ano de 1906, foram inauguradas as casas de recolhimento de menores que tinham como objetivo defender a sociedade dos menores infratores, pois a época foi marcada pela preocupação social de assegurar direitos e, ao mesmo tempo, defender-se dos atos infracionais cometidos por esses.

Em 1912, importante alteração legislativa ocorreu, essa foi proposta pelo Deputado João Chaves, que trouxe nova conotação aos direitos dos menores. Buscava o projeto alterar a visão repressora e punitiva e trazer mais proteção ao menor. Dentre as medidas a serem adotadas, destacou-se a que previa o afastamento do direito do menor da área penal para aplicação de medidas, propondo a especialização dos tribunais e de juízes.⁷

Posteriormente, veio o primeiro Código de Menores no Brasil, publicado no ano de 1916, o Decreto 5.083. Esse Código tinha por foco os infantes expostos e os menores abandonados.

⁶ MACIEL, op. cit., p. 46.

⁷ Ibid., p. 47.



Logo em seguida, no ano de 1927, foi promulgado o Código de Menor Mello Matos, Decreto n. 17.943-A. Porém, esse Código não era voltado a todas as crianças, mas somente aos menores que se encontravam em situação irregular, conforme preceito do art. 1º, *in verbis*:

Art. 1º. O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste Código.

Foi a partir da nova Constituição de 1937, que surgiu a possibilidade de proteção social a criança e juventude, período em que o serviço social que passou a integrar aos programas de bem estar, com destaque a criação do SAM – Serviço de Assistência do Menor - que foi criado por meio do Decreto-Lei 3.799 de 1941, e posteriormente alterado pelo Decreto-Lei 6.865 de 1944.⁸

No ano de 1964, o Brasil encontrava-se em meio a uma ditadura militar. Surge então um novo tipo de poder e, com ele, uma nova estrutura normativa que refletiu nas normas infraconstitucionais e especificamente no Direito da Infância e da Juventude, representando a época mais um marco das mudanças legislativas, a entidade: Criação da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor – Lei 4.513 de 1º de dezembro de 1964 e Código de Menores de 1979, Lei 6.697, de 10 de outubro de 1979.

Com a entrada da década de 80 e a busca pela democracia que se materializou com a Constituição de 1988, destacou-se a mais importante evolução nos direitos da criança e do adolescente, pois, surge a proteção dos menores como *munos* público, traduzindo a vontade do legislador no art. 227 que traz:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a

⁸ Ibid., p. 47.



salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁹

Com o advento da Constituição de 1988, rompeu-se aquela doutrina da situação irregular existente até então para ser abarcada a doutrina da proteção integral consubstanciada na Carta Magna.

Em termos de estrutura jurídica, foi notável essa inovação aos direitos da criança e do adolescente. Entretanto, essa mudança, até os dias de hoje ainda clama por um completo implemento na legislação especial.

Há de se destacar, que no âmbito internacional, a proteção integral do menor não é novidade, o que mostra que o Brasil está atrasado há décadas. O documento precursor no cenário internacional foi a Declaração dos Direitos das Crianças, publicado em 20 de novembro de 1959 pela ONU, dando origem à doutrina da Proteção Integral que somente foi abarcada na Constituição da República vigente.

Para consolidar as novas diretrizes da Carta Maior, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, em 13 de julho de 1990.

2.DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O fundamento dos direitos e garantias fundamentais reside na proteção da dignidade da pessoa humana e tem sua validade na Constituição da República.

A esse respeito Uadi Lammêgo ensina, que são:

[...] “O conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social. Sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive”[...]”¹⁰

⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2014.

¹⁰ BULOS, UadiLammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 70/2012. São Paulo: Saraiva, 2012. p.522.



Esses os direitos do homem, os institucionalizado juridicamente eaqueles que são exteriorizados como forma de garantia a uma limitação ao atuar do Estado no espaço e no tempo. É a proibição do Poder Publico de invadir a esfera privada dos indivíduos.

A Constituição de 1988preceitua em seu art. 5º, as garantias fundamentais como proteção dos direitos humanos e como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Por esse prisma, com relação à criança e adolescente, o constituinte elegeu como direitos fundamentais aqueles do art. 227: o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Consolidando como fundamento do Estado Democrático de Direito a proteção integral.

Pela nova ótica constitucional de Proteção Integral, o respeito da criança e do adolescente passa a ser dever não apenas do Estado, mas de todos: dopai, da mãe, dos familiares e da sociedade.

Assim, o sistema minorista da idade média ganha novo contorno jurídico nos dias de hoje e, para consolidar as novas diretrizes relacionadas à criança e adolescente, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, o ECA que tem como diretriz o reconhecimento dos direitos humanos na tutela do Menor. Igualmente, passa a existir no ordenamento jurídico o dever de dar primazia ao melhor interesse do menor na hierarquia dos valores sociais que a ordem jurídica tutela.

O ECA, como legislação especial, no seu art. 4º, reproduz o enunciado do art. 227 da Constituição Federal.

Outro dispositivo importante do Estatuto da Criança e do Adolescente é o art. 6º, que traz o norte ao intérprete do direito na análise das garantias a serem observadas pela regra



estatutária, apontando à condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.¹¹

José de Farias Tavares, em comentários ao artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ensina, *in verbis*:

Este é o dispositivo-eixo pelo qual se há de mover todo o Estatuto. A regra básica dessa hermenêutica é a consideração que o intérprete terá sempre em mente de que o direito estatutário é especialmente protetor.

A redação defeituosa de alguns dispositivos, os erros de técnicas legislativas em outros, impropriedades de expressões, por vezes encontradas no texto desta lei provocam dúvidas que o intérprete deve dirimir recorrendo a este art. 6º, como bússola que indica o Norte.

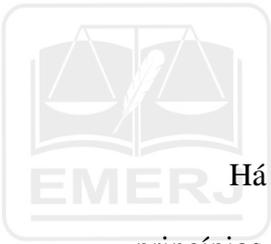
A lição lapidar de Carlos Maximiliano, sobre a necessidade de boa hermenêutica: ninguém ousará dizer que a música escrita ou o drama impresso dispensem o talento e o preparo do intérprete.¹²

Sob essa ótica não se pode olvidar que, o Estatuto da Criança e do Adolescente é um microsistema que condensa regras e princípios. Além dos princípios fundamentais inerentes a todo homem como o princípio da dignidade humana que perpassa por todo o ordenamento jurídico, existem os princípios próprios e específicos do ECA, inclusive alguns já mencionados: princípio da prioridade absoluta (arts.227, CF e 4º, do ECA); princípio do melhor interesse (art. 227, CF); princípio da municipalização – ampliação da política assistencial – (arts. 203 e 204, CF); princípio da cooperação – pelo qual compete a todos o dever de proteção contra violação dos direitos da criança e do adolescente. Assim, deve haver o diálogo das fontes na interpretação da legislação minorista.

Apesar do ECA ter completado 25 anos em Julho/2015, suas diretrizes na proteção dos direitos e deveres dos menores, ainda não são conhecidos pela sociedade como um todo, tampouco foram implementadas suas políticas enfocadas ao melhor interesse da criança e do adolescente e da proteção integral, pois essas diretrizes deve ter interpretação esposada ao princípio da prioridade absoluta.

¹¹ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8.069/90.

¹² TAVARES, José de Farias. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, 4. ed. rev. ampl. e atual. com os dados comparativos entre os dispositivos do Código Civil de 1916 e o novo Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 17.



Há de se notar, pela explanação histórica legislativa, que foi dado destaque aos princípios e normas específicos voltados à proteção do infantojuvenil, que apesar de ter norma própria, ainda é preciso tornar efetiva a conscientização social de que a criança e o adolescente deixou de ser objeto de direito e passou a ser sujeito de direito e, como uma pessoa em desenvolvimento deve ser amparada em seus direitos e protegida naquilo em que ela se apresenta frágil.

3. REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Após importante evolução histórica legislativa e, conseqüente promulgação da Lei Especial do menor – ECA – devido o aumento dos ilícitos cometidos por menores nas grandes capitais do Brasil, contemporaneamente, surge debate de âmbito nacional com reflexões no universo jurídico internacional. Concomitante a isso, abre-se a rediscussão de um antigo projeto de lei, a PEC 171/1993. Esse projeto baseia-se em associar o avanço da violência flagrado nos atos infracionais praticados por crianças e adolescentes, à ausência de punição mais severa a esse atos, seus defensores entendem que na legislação especial vigente, inexistente punição aos ilícitos infantojuvenis.

Não se pode olvidar, que a violência é fato recorrente e de âmbito nacional e, seu combate uma preocupação mundial, pois a criminalidade vem aumentando em velocidade luz. De modo que, a criminalidade e a violência causam inquietação até mesmo à sociedade de países de primeiro mundo. Entretanto, as formas de combate a esse fato social, devem ser condizentes à realidade política, cultural e social de cada país. Há de se considerar que a política de combate adotada em um país desenvolvido, dificilmente vai funcionar em um país subdesenvolvido.

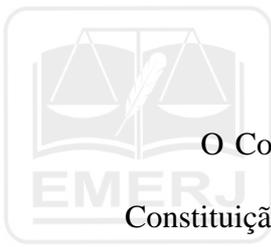
No momento, o Brasil ainda se adéqua aos reflexos de importantes decisões tomadas pelo governo em resposta ao combate à criminalidade que, por uma questão de segurança pública implantou Unidade Pacificadora da Polícia nas Comunidades do Rio de Janeiro. Essa política de combate ao Crime Organizado trouxe a desestruturação de vários grupos de “poder paralelo”, principalmente nos crimes de tráfico de drogas que tinha como ponto fixo para a prática desse ilícito as áreas ocupadas pelas UPPs.

O programa de segurança pública, com a ocupação das áreas mais críticas, foi satisfatório sob o ponto de vista da segurança dos moradores destas áreas ocupadas, entretanto, a ação obrigou que integrantes de facções criminosas saíssem de sua plataforma de conforto e de controle saindo em busca de ganho ilícito no seio da sociedade, fato que aumentou e muito a violência e a insegurança social.

Certo é que, o aumento da violência no país não está atrelado apenas as condutas praticadas por menores, pois essas apresentam índices menores que aqueles praticados por adultos. Ocorre que os menores que vivem na linha da pobreza, são recrutados pelo crime organizado como soldados do crime, a maioria corrompida pela ostentação de riqueza, fruto dos ilícitos praticados.

Assim, são os menores usados por aquele criminoso adulto expulso da comunidade pela UPP, para a prática de pequenos furtos para darem sustento à organização criminosa. Inequívoco que o aumento da delinquência juvenil sofreu grande influência desse movimento político de segurança pública.

Pois bem, fato é que, com o aumento da criminalidade no país, contemporaneamente, o foco voltou a ser a delinquência juvenil como objeto de divisão de opiniões, pois, autoridades, lideranças e sociedade discutem com profundidade o tema na busca de encontrar a solução mais viável no combate à violência e prática de ilícito envolvendo menores de 18 anos.



O Congresso Nacional discute a PEC 171/1993. O projeto busca alterar o art. 228, da Constituição para redução da imputabilidade penal passando-a de 18 para 16 anos de idade. O projeto, desengavetado, mobilizou a opinião pública e gerou expectativas de que o cárcere prematuro para adolescentes traga efetiva resposta à impunidade e o combate à violência e à criminalidade.¹³

Pela Proposta de Emenda à Constituição, se pretende a redução da maioridade de 18 para 16 anos, para que a partir dessa idade o adolescente que cometa crime hediondo, como: estupro ou latrocínio; homicídio doloso, intencional; lesão corporal grave, com resultado morte ou não, e roubo qualificado, possa ser penalizado criminalmente. Os defensores da aprovação da PEC veem a redução da maioridade como forma de combater a criminalidade.

Para essa corrente a redução da maioridade baseia-se na crença de que a repressão e o agravamento da punição são a solução dos conflitos e apoia-se na impunidade da delinquência juvenil sancionada apenas com aplicação das medidas socioeducativas consideradas, para esses, ineficazes. Portanto, escora-se na mudança da legislação atual sob o fundamento de insuficiência das medidas, sob o argumento de que essas vêm servindo como estímulo aos menores a prática de ilícitos violentos, bem como facilitação ao aumento de recrutamento desses pelo crime organizado, em razão da não responsabilização do menor.

Por outro lado, os contrários à redução da maioridade sustentam que criminalizar a conduta do menor não trás solução ao combate à criminalidade no país, pois, encarcerá-los resultará na geração de novos aprendizes do crime, já que temos um sistema carcerário falido e que não cumpre com o objetivo da Lei Penal, qual seja, a ressocialização do egresso.

Nesse diapasão, as opiniões governamentais e sociais estão divididas sobre a polêmica da redução da maioridade. O Ministério Público, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e

¹³G1 notícias. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/07/camara-rejeita-reducao-da-maioridade-para-crimes-graves.html>. Acesso em: 01 jul. 2015.



a presidente Dilma Rousseff se manifestaram contra a mudança na legislação. No entanto, pesquisa do Datafolha afirma que 87% de 2.834 entrevistados declararam serem favoráveis à redução da maioria penal.¹⁴

O Presidente da Ordem dos Advogados do RJ disse em nota na reportagem ao G1:

A OAB reitera sua histórica posição sobre o tema, considerando um equívoco colocar mais alunos nas universidades do crime, que são os presídios do País. Mais adequado é aumentar o rigor de sanção do Estatuto da Criança e do Adolescente, aumentar o prazo de internação, ampliar o período diário de serviços comunitários para quem comete delitos, obrigar a frequência escolar e o pernoite em casa, além de investir na inclusão de todos.¹⁵

Com mais razão, os opositores, à aprovação da PEC 171/1993, afirmam que a solução à presente onda de violência envolvendo menores não pode ser alcançada com a imposição a esses infratores de severa punição, e sim, com a criação de mecanismos que possam fomentar o implemento às regras já existentes e proteção deles, vez que, são seres ainda em desenvolvimento, portanto, vulneráveis.

Não se pode olvidar que, o constituinte originário quis, ao prever a imputabilidade penal aos 18 anos, art. 228, CF, dar ao transgressor infantojuvenil tratamento especial e diferenciado ao dado aos adultos. Ademais, no cárcere estarão esses expostos e vulneráveis às facções criminosas e com isso poderão se tornar mais violentos ao serem colocados em liberdade.

De uma reflexão da evolução histórica com relação ao tratamento dado à criança e adolescente infrator, implica reconhecer que, apesar do menor infrator ter recebido tratamento diferenciado desde a Idade Média, esse só deixou de ser tratado como objeto de direito para passar a ser sujeito de direito após longo período histórico. Somente após o Estado Democrático de Direito que os direitos humanos do homem, como um todo, foi erigido a direito fundamental.

¹⁴ G1 notícias. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/04/com-reducao-da-maioridade-sistema-pode-ter-32-mil-presos-mais-em-1-ano.html>. acesso em: 30 mai. 2015.

¹⁵ Ibid., acesso em: 01 jun. 2015.



Dos dados históricos apresentados, se vislumbra que houve uma crescente conscientização e pressão sobre o Estado, exercida por vários movimentos sociais, que de fato influenciou o constituinte de 1988 a dar tratamento constitucional especial aos menores de 18 anos, conforme consubstanciado nos arts. 227 e 228, CF.

Foi após a essa, maior evolução dos Direitos da Criança e do Adolescente, que deixou de prevalecer no ordenamento vigente aquela doutrina de situação irregular para prevalecer a doutrina consagrada de Proteção Integral, ou seja, em vez de proteger a sociedade dos menores infratores, o ECA propõe a garantia da proteção integral a criança e adolescente.

De acordo com o referido Estatuto, crianças - até 12 anos - e adolescentes - entre 12 a 18 anos - são inimputáveis judicialmente, devendo ser submetidos a medidas protetivas, no caso dos primeiros, e socioeducativas, no caso dos segundos. As medidas socioeducativa aplicadas ao adolescente em conflito com a lei, a depender da gravidade da infração e do seu caráter reincidente, podem ser uma das seguintes: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação em estabelecimento educacional (ECA, 1990).¹⁶

Apesar de o ECA ter assumido força de lei, a implementação da totalidade dos seus preceitos e princípios ainda encontra muitos obstáculos erigidos por forte camada reacionária da população que conserva um antigo modelo punitivo repressor de combate a violência. Na verdade, presa à ideologia de que com a aplicação de uma severa punição aos menores infratores se alcançaria a redução da criminalidade. Fato inverídico, pois, a solução não está na criação de nova lei e sim na reforma da lei vigente.

O art. 121 do ECA, prevê em seus parágrafos medidas de internação ao menor infrator, no § 3º determina que essa medida não poderá exceder o prazo de três anos e, no § 5º preceitua ser a liberdade compulsória aos 21 anos de idade.

¹⁶BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Lei 8.069/90. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 abr. 2015.



Medida eficaz seria a reforma a esses dispositivos, com ampliação do prazo de internação de três anos aos infratores que cometerem delitos graves e violentos, permitindo, assim, que esse prazo possa transcender da internação para transferência compulsória ao cárcere comum ao atingirem a maioridade, aos 21 anos. Assim, quando o menor praticar crimes considerados hediondos receberá a pena de acordo com os tipos penais previstos no Código Penal, devendo cumprir parte da sanção apreendido como menor e a pena que remanescer, ao completar os 21 anos, deverá ser cumprida no cárcere de adulto.

Não se pode perder de vista que os direitos das crianças e dos adolescentes são direitos fundamentais de terceira geração, pois, derivados de pessoa em desenvolvimento biopsicossocial e, portanto, precisam de cuidados especiais para sua formação física, psíquica e mental, conforme se depreende da interpretação do art. 6º, do ECA.¹⁷

Com relação à capacidade da criança e do adolescente de entender o caráter ilícito de sua conduta e de se ordenar segundo esse entendimento, trata-se de fenômeno que não pode ser explicado apenas pela ciência do direito, pois, o alcance de um entendimento completo depende de estudos desenvolvidos também pela ciência da psicologia e da sociologia.

Nesse contexto, há de se concordar que a Adolescência não pode ser definida por suas características próprias, pois, o ser em desenvolvimento, é sem dúvida produto do meio em que vive. Desse modo, a depender do momento histórico em que se desenvolve o adolescente, sofrerá influência do meio na sua formação, seja pelas diferenças entre as classes sociais, cultura e gênero, dentre outros.

Nesta esteira, importante um breve comentário sobre os critérios definidores da adolescência. A Revista de Psicologia Jurídica publicou artigo, sobre o tema em comento, que destaca esses critérios como norte à definição da adolescência:

[...] Menandro (2004) aponta que são três os critérios segundo os quais tradicionalmente se define a adolescência: o biológico, o cronológico e o de padrão típico de adolescente. A autora defende, no entanto, que tais fatores são insuficientes

¹⁷ BRASIL. *ibid.*, nota 2. Acesso em: 18 abri. 2015.

para dar conta do fenômeno. A puberdade, estritamente biológica, é tida muitas vezes como o fator maior para a delimitação da adolescência. Contudo, tal critério de análise ignora os processos de mudança psicossocial pelos quais o indivíduo passa durante essa fase da vida. A separação com base na cronologia, ou seja, na idade do sujeito, tem sido muito usada principalmente para fins legais e jurídicos, mas também médicos, escolares, etc. Todavia, ela também oferece restrições, já que procura encerrar em si um processo fluido e variável que assume novos aspectos a depender do indivíduo do qual estamos falando, sua classe social, sua história privada, seu contexto cultural e histórico. O padrão típico de adolescente, por fim, é o terceiro critério que se propõe a definir a adolescência. A autora é incisiva ao criticar esse ponto, esclarecendo que ele pressupõe a adolescência como fenômeno universal, possuidor de características fixas, inerentes e facilmente reconhecíveis, quase uma ‘sintomatologia’.[...] ¹⁸

Pois bem, o art. 26 do Código Penal prevê que “é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. Esse preceito trata da Imputabilidade Penal.

Em comentários a esse artigo, Nucci dá o conceito de Imputabilidade Penal: [...] “Imputabilidade é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível”. [...] ¹⁹

O autor, na mesma obra, elenca os critérios e elementos para a apuração da inimputabilidade penal e diz:

[...] para ter condições pessoais de compreender o que fez, o agente necessita de *dois elementos*: I) higidez biopsíquica (saúde mental + capacidade de apreciar a criminalidade do fato); II) maturidade (desenvolvimento físico-mental que permite ao ser humano estabelecer relações sociais bem adaptadas, ter capacidade para realizar-se distante da figura dos pais, conseguir segurança emotiva, além de equilíbrio no campo sexual). No Brasil, em vez de se permitir a verificação caso a caso, optou-se pelo critério cronológico, isto é, ter mais de 18 anos. Os critérios para averiguar a inimputabilidade, quando a higidez mental, são os seguintes: a) biológico: leva-se em conta exclusivamente a saúde mental do agente, isto é, se o agente é ou não doente mental ou possui ou não um desenvolvimento mental incompleto ou retardado. A adoção restrita desse critério faz com que o juiz fique absolutamente dependente do laudo pericial; b) psicológico: leva-se em consideração unicamente a capacidade que o agente possui para apreciar o caráter ilícito do fato ou de comportar-se de acordo com esse entendimento. Acolhido esse critério de maneira exclusiva, torna-se o juiz a figura de destaque nesse contexto, podendo apreciar a imputabilidade penal com imenso arbítrio; c) biopsicológico: levam-se em conta os dois critérios anteriores unidos, ou seja, verifica-se se o agente é mentalmente são e se possui capacidade de entender a ilicitude do fato ou de

¹⁸ POLÍTICA. R. P. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1519-549X2009000100005&script=sci_arttext/Revista Psicologia Política](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1519-549X2009000100005&script=sci_arttext/Revista%20Psicologia%20Política). Acesso em: 10 jun. 2015.

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 10. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 279.



determinar-se de acordo com esse entendimento. É o princípio adotado pelo Código Penal, como se pode vislumbrar no art. 26”.[...]”²⁰

Por esse viés, seja sob o ponto de vista psicológico ou jurídico, inequívoco que para a definição dos elementos e características da imputabilidade penal as ciências se completam e se tornam necessárias entre si para definir as condições pessoais de um adolescente para compreender o que faz, seja lícito ou ilícito seu ato.

A adolescência é marcada por uma fase de rebeldia, crise e conflitos. No entanto, não se pode olvidar que outra de suas características marcante é a submissão do menor à imposição de uma pessoa adulta. Dessa forma, surgem dois pólos que dão origem a uma crise natural de comportamento entre a rebeldia e a conformação. Essa concepção de adolescência surge a partir de vários estudos (psicológico; antropológico) e também do senso comum. Ponto esse abordado no artigo da Revista Psicologia Política: “Como afirma Menandro (2004), essa visão generalizada do adolescente-problema pode ser percebida em pesquisas realizadas nas Ciências Sociais e Humanas, centradas em temas como drogas, violência e dificuldades na escola, etc.”²¹

Outro Professor citado no mesmo artigo foi Paulo Freire por sua obra editada, *Pedagogia da Autonomia*, merece destaque o seguinte trecho:

Em contraponto a essa visão, Freire (1996) defende que é na rebeldia, e não na resignação, que o adolescente se afirma face às injustiças. A rebeldia é o ponto de partida para a denúncia da situação desumanizante pela indignação, mas por si só não é suficiente. A mudança no mundo implica, além da denúncia, o anúncio da superação. Ou seja, a rebeldia deve ser vista como forma de ser no mundo que traz à tona as injustiças, devendo ser utilizada para motivar a mudança. Caberia, assim, à sociedade reconhecer no adolescente a capacidade de rebelar-se como forma de resistência e como forma de querer o novo, a mudança, o que é extremamente positivo e essencial para o desenvolvimento de sua autonomia como sujeito de suas ações, e não como objeto²².

A reflexão sobre a colaboração de outras ciências ao direito é de suma importância ao debate sobre a redução da maioridade, principalmente a psicologia que reporta o tema para a

²⁰ Ibid. p. 279/278.

²¹ POLÍTICA. R. P. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1519-549X2009000100005&script=sci_arttext/Revista Psicologia Política](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1519-549X2009000100005&script=sci_arttext/Revista%20Psicologia%20Pol%C3%ADtica). Acesso em: 10 jul. 2015.

²² NUCCI, op.cit. p. 279.



concepção de justiça quando se trata de direito da criança e do adolescente. Segundo o Conselho Regional de Psicologia, crianças e adolescentes são “pessoas em desenvolvimento, o que as coloca em um patamar especial, devendo ser alvo de políticas de proteção e promoção de saúde, educação e lazer, entre outros direitos, com total prioridade sobre outras demandas sociais.”²³

A discussão sobre a redução da maioridade traz como pano de fundo a capacidade do Adolescente ter consciência dos atos ilícitos que comete. Destaca-se comentário, publicado em canal de notícias eletrônica, de um dos defensores dessa tese, o parlamentar e líder do partido Solidariedade, Arthur Maia (BA):

[...]afirmou acreditar um jovem de 16 anos que comete crime tem “absoluta consciência” do que está fazendo. Nenhum jovem deve temer a aprovação dessa lei. A lei serve para punir criminosos. Ser pobre e ser humilde não é salvo-conduto para matar e estuprar.²⁴

Outra frente de defensores da redução da maioridade, afirmam os adolescentes em conflito com a lei, tem como resposta a seus atos a aplicação de medidas sócioeducativas e umas das mais severas é a internação, medidas essas que, entendem, coloca-los em estado de impunidade dos infratores.

Nesse diapasão, esses defensores creem, que a punição e a repressão trarão o controle necessário à criminalidade infantojuvenil sob o argumento de que a legislação atual é ineficaz e deve ser substituída, sob pena de se permitir o estímulo a prática de crimes por menores.

No entanto, qualquer que seja a justificativa a se permitir a redução da maioridade, na verdade os argumentos sustentados não passam de subterfúgio utilizado para desresponsabilizar o Estado e a sociedade do papel que lhes compete de promover e dar efetividade aos direitos consagrados como fundamentais da criança e do adolescente. Afinal, o próprio Constituinte traçou o conjunto de responsabilidades da família, do Estado e da

²³ G1 notícias. Disponível em: <https://medium.com/jornalistas-livres/psic%C3%B3logos-manifestam-se-contr-a-redu%C3%A7%C3%A3o-da-maioridade-penal-5b4e37a3cb20>. Acesso em: 10 jul. 2015.

²⁴ G1 notícias. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/07/camara-rejeita-reducao-da-maioridade-para-crimes-graves.html>. Acesso em: 01 jul. 2015.



sociedade com a infância e a adolescência conforme preceitua o art. 227, da CF. Entretanto, para muitos jovens, esses direitos estão longe de ser alcançados.

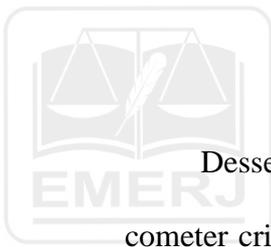
Pois bem, quanto à capacidade de os jovens realizarem os atos conscientes da ilicitude e da gravidade, primeiro argumento dos favoráveis à redução da maioridade, não se pode partir da hipocrisia de simplesmente afirmar a inexistência dessa capacidade, pois devido à mutação natural das relações sociais ocorridas minuto a minuto, desenvolve-se uma consciência inata e automática, evolução inevitável. Associada a esse fenômeno, tem-se a grande diversidade dos meios de comunicação (virtual ou não) pelo qual as informações são disponibilizadas indiscriminadamente a todas as classes sociais. Esses fatores permitem a formação de um juízo comum acessível a todo cidadão, inclusive aos menores, capacitando-os na formação de opiniões e críticas.

Assim, é fato, que hoje a criança e o adolescente têm sim a capacidade para discernir entre o certo e o errado, avaliar o que é lícito ou ilícito para a lei e o senso comum social. Entretanto, essa está longe de ser a única circunstância a ser considerada na análise do cidadão em conflito com a lei.

Sobre esse ponto, dentre os fatores de maior influência para o aumento da prática da delinquência infantojuvenil estão, a ausência da garantia à educação, à dignidade, as desigualdades sociais e a falta de expectativa de um futuro àqueles que representam o futuro do país. Em nota técnica o IPEA chama a atenção à falha do Estado em proporcionar o mínimo necessário à criança e Adolescente:

[...] A despeito dos avanços conquistados na última década na redução das desigualdades sociais, na ampliação da escolaridade, no aumento do número de empregos gerados para os jovens, há ainda inúmeros fatores limitantes que se interpõem ao desenvolvimento pleno da população de 15 a 17 anos. Apontar as fragilidades sociais de renda, escola e trabalho de parte significativa dos adolescentes brasileiros no contexto da discussão da redução da maioridade penal é importante para evidenciar o tamanho da dívida social do Estado e da Sociedade com esses meninos e meninas.[...]²⁵

²⁵BRASIL.Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/150616_ntdisoc_n20. Acesso em 10 jul. 2015.



Desse modo, volta-se a frisar, diversos são os fatores que podem levar um adolescente a cometer crime, não apenas sua “absoluta consciência” do que está fazendo, conforme afirma uma das frentes parlamentares favoráveis à redução da maioria, pois, essa capacidade de entender, se comparada a fatores com origem na omissão do Estado, longe está de ser determinante a influenciar a atitude do adolescente infrator.

Outro fator a ser considerado, na presente discussão, é a realidade populacional do Brasil, povoado em sua maior parte territorial de jovens negros, pobres e moradores de periferias. Estudo da UFSCar (Universidade Federal de São Carlos) aponta que 72% da população carcerária brasileira é composta por negros.²⁶

Renomado neuropsicólogo Anderson Cassol Dozza, em avaliação sobre o tema, aponta outros fatores que podem levar um adolescente a cometer crimes, principalmente os desencadeados, por omissão do Estado:

Nós podemos citar a questão psicológica, o meio em que esse jovem vive e por que não a falta de alguns serviços básicos, como educação, saúde e condições de moradia”.[...] E continua: “o primeiro fator que pode evitar que o adolescente ingresse no mundo do crime parte de casa. Uma família desestruturada, onde o pai é alcólatra ou a mãe drogada, pode influenciar nessa decisão: “Essa etapa na criação é primária, é em casa que se aprende o que é certo ou errado, como deve ser a conduta junto à sociedade e, a partir do momento em que ocorre uma falha nesse caminho, as consequências podem ser grave[...].

Destaca o neuropsicólogo em outro ponto que: [...] as pessoas acabam se relacionando com grupos onde ela se identifica e vai conviver com seus iguais: “Uma criança extremamente revoltada, chateada, depressiva, provavelmente não vai se envolver com crianças alegres, dispostas, talvez por que também faz parte da personalidade, então vai depender desse relacionamento, o meio acaba influenciando se torna importante quando a criança sai de sua casa.”²⁷

Sob esse prisma, a delinquência juvenil, na maioria das vezes, tem sua origem já nos primeiros anos de vida de uma criança, vez que, o processo de formação, por circunstâncias alheias às suas escolhas, lhes é apresentado de forma deficitária, sem os elementos de base à formação física, psicológica e emocional.

²⁶ UOL notícias. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/03/31/veja-cinco-motivos-a-favor-e-cinco-contr-a-reducao-da-maioridade-penal.htm>. Acesso em: 12 jul. 2015.

²⁷ NEUROVASC. C. Disponível em: <http://www.clinicaneurovasc.com.br/site/reducao-da-maioridade-penal-problema-ou-solucao/> Acesso em: 12 jul. 2015.



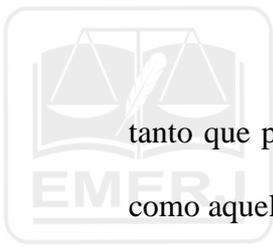
Percebe-se, que o fato de o adolescente ter a consciência dos atos que pratica, portanto responsável por eles, é determinado por aspectos de índole cronológica e biológicos, ambos atrelados um ao outro. Entretanto, esses aspectos não podem ser considerados de forma isolada, pois deixariam de levar em conta outros fatores como educacionais, sociais, culturais e outros, que interferem igualmente para o sadio desenvolvimento humano.

Ademais, esse não é o único e mais importante foco a ser considerado quando se discute a redução da maioridade penal, pois o tema envolve o adolescente, ser em fase de desenvolvimento, momento crucial na sua existência como indivíduo, fase essa em que ocorre a perda definitiva da condição de criança, na qual deve-se levar em conta, também, o aspecto emocional e o psicológico.

De análise do segundo argumento sustentado pelos defensores da redução da maioridade, esse também não encontra sustentabilidade, pois atrela o aumento da violência praticada por menores ao fato dos infratores se beneficiarem de suposta impunidade, combustível de estímulo à prática de ilícitos, devido a esses saberem que não podem ser presos ou punidos como os adultos, já que recebem medidas sócio educativas e não a prisão.

Essa ideia de impunidade dos menores infratores trata-se de um mito, criado no objetivo de convencer, em massa, aqueles que desconhecem a legislação brasileira, pois essa jamais deixou de punir. Então, afirmar que os menores de 18 anos não são punidos ou não respondem pelos seus atos, é o mito que vem influenciando a sociedade a escolher a redução da maioridade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao adotar a teoria da Proteção Integral, destaca em seu art. 6º que as medidas previstas alcançam sujeito de direito em condição peculiar de desenvolvimento, que necessitam de proteção especial, diferenciada e integral. Entretanto, com essa previsão não se omite em prever a punição ou mantém impune os jovens infratores,



tanto que preceitua diversas medidas socioeducativas, classificadas como verdadeiras penas, como aquelas que os adultos cumprem, apenas, os menores recebem penas diferenciadas.

O art. 101, do ECA prevê aos menores de 12 anos, medidas de proteção – psicologicamente ainda crianças – e a partir dos 12 anos, aos que cometem ato infracional (crime ou contravenção), a possibilidade de cumprir internação, (que corresponde a prisão); ser processado; sancionado, com uma condenação; e se for o caso cumprir medida, como pena, em estabelecimento educacional, correspondente ao presídio.

Outra similitude com o sistema punitivo de adultos é a possibilidade do adolescente com 12 anos de idade, poder ser internado provisoriamente (prisão temporária ou preventiva), até a conclusão do procedimento de representação que corre contra si, pelo prazo máximo e improrrogável de 45 dias. Essa medida difere da prisão temporária do adulto porque esta permite a prorrogação. Assim, o adolescente com idade entre 12 e 18 anos de idade, poderá, sem uma sentença definitiva, ser provisoriamente custodiado em estabelecimento educacional.

Dessa forma, o procedimento de apuração do ato infracional guarda semelhanças com o procedimento para apuração da prática de crime do adulto. Ponderará nas devidas proporções, é claro, a diferenciação quanto ao tempo de aplicação de sanção.

De modo que a opinião pública precisa ser esclarecida de que o Estatuto não prevê impunidade, pois, os adolescentes infratores responderão pelos ilícitos, porque existem as medidas de responsabilização.

Em nota técnica sobre o tema, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) indica que os adolescentes são punidos com mais rigor do que o ECA permite:

[...] a aplicação de medidas socioeducativas a adolescentes no Brasil é muito mais rigorosa do que a gravidade do ato infracional cometido exigiria. Dos 15 mil jovens cumprindo medida de internação em 2013, os que tinham cometido atos graves – realmente passíveis de restrição de liberdade – eram 3,2 mil (21,3%). Os delitos graves, como homicídio, correspondiam a 8,75%; latrocínio, 1,9%; lesão corporal, 0,9%, e estupro, 1,1% do total de atos infracionais cometidos.[...]

[...] Para o Estatuto da Criança e do Adolescente, as medidas de internação devem respeitar os princípios da brevidade e da excepcionalidade. Quando olhamos esses dados, observamos que os princípios não são seguidos, se fossem cumpridos, os adolescentes internos seriam aqueles que cometeram infrações graves como



homicídios, estupro e latrocínios, apenas 3,2 mil do total, e não 15 mil, como encontramos”, explicou a técnica de Planejamento e Pesquisa do IpeaEnid Rocha.[...]”²⁸

Corroborando à nota técnica supra, a Rede Brasil Atual, divulgou nota pública no canal de notícias G1, afirmativa de que a maioria dos adolescentes do país, fica internado não pela prática de homicídio, mas por roubo, furto e envolvimento com tráfico de drogas. Em 2013, cerca de 40% dos jovens respondiam pela infração de roubo, 3,4% por furto e 23,5% por tráfico.²⁹

Sobre a ausência de violência nos atos infracionais praticados por menores, o ministro da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, Pepe Vargas, em entrevista fornecida ao G1, afirmou ser muito pequena a parcela de menores internados em instituições: “Temos 26 milhões de adolescentes no Brasil. Os 23 mil que estão cumprindo medidas com privação de liberdade representam 0,08%.”³⁰ De modo que, a maior parte dos atos infracionais dos menores é praticado sem violência.

Pela realidade que se apresenta, nitidamente se observa que a aplicação dos dispositivos legais vigentes, do ECA, não alcançam a finalidade precípua da norma, qual seja, o implemento da proteção integral do menor. Sem dúvida a aprovação da PEC 171/1993, além de causar um retrocesso a princípios e direitos hoje consagrados como fundamentais ao menor, tornará muito mais distante o fomento de diretrizes no melhor interesse da criança e do adolescente.

Nesse ponto, o Ministro aposentado e ex-presidente da Corte Suprema, Joaquim Barbosa, quando entrevistado, afirmou que apoia a posição do governo federal e diz: “a violência já é uma das marcas do Brasil. Estão adicionando um poderoso combustível a essa

²⁸ ATUAL. R. B. Disponível em: <http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2015/06/ipea-chama-atencao-para-mito-da-impunidade-de-adolescentes-2534.html>. Acesso em: 14 jul. 2015.

²⁹ Ibid, acesso em 14 jul. 2015.

³⁰ G1 notícias. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/04/com-reducao-da-maioridade-sistema-pode-ter-32-mil-presos-mais-em-1-ano.html>. Acesso em 12 jul. 2015.



violência. Quem conhece as prisões brasileiras (e os estabelecimentos de “ressocialização” de menores) não apoia essa insensatez”.³¹

CONCLUSÃO

O aumento da violência urbana, sem dúvida, apavora a sociedade, mas é preciso ter em mente que esse não é um fenômeno novo, pois existe desde a idade média, entretanto, volta a ser discutido em razão do clamor público sobre o tema. A mídia, por sua vez, gerou o mito da impunidade dos atos praticados por menores, atrela, a cada caso isolado, a razão da crescente criminalidade no país. Fato inverídico, pois segundo dados informados pela Secretaria dos Direitos Humanos da Presidência da República, os atos violentos praticados por menores no país representam menos de 0,9% dos ocorridos.

Concomitante, a esse fato social, parlamentares sugerem a redução da maioria como medida de controle à criminalidade. Entretanto, a lei não pode se basear em uma exceção para criar a regra.

Certo é que, o fomento de uma penalização individual ao menor infrator como medida de impacto intimidador não poderá contribuir para diminuição da criminalidade e calar o medo que hoje assombra a sociedade.

Adequado seria reformar os dispositivos que tratam o ato infracional praticado pelo menor, com o aumento do rigor nas sanções, de modo que, nas condutas mais violentas consideradas como crime hediondo, possa haver a transcendência do prazo máximo de internação previsto no § 3, do art. 121, do ECA, para que uma vez atingida a maioria, aos 21 anos de idade, o infrator seja compulsoriamente transferido ao sistema de prisão comum dos adultos, sem a limitação legal existente no § 5º do mesmo dispositivo.

³¹G1 notícias. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/estao-brincando-com-fogo-diz-barbosa-sobre-votacao-da-maioridade.html>. Acesso em 12 jul. 2015.

A inovação ao art. 121 do ECA, representa medida eficaz, pois, os menores infratores que praticarem condutas mais graves, terão as sanções aplicadas de acordo com o tipo penal violado e, se da representação restar condenação maior que 3 anos, inicialmente deverá ser aplicada medida de internação, mas ao remanescente, após atingida a idade de 21 anos, deverá o adulto ser, compulsoriamente, transferido à unidade prisional comum até cumprir o total da pena aplicada.

A reforma ao Estatuto deve prever, ainda, que o período de internação do menor seja considerado para fins de benefício de progressão de regime previsto na Lei 7.210/84, LEP.

A redução da maioridade, representa um retrocesso às conquistas já alcançadas como direito da criança e do adolescente que restarão violadas por uma insensatez desmedida em prejuízo da legislação minorista. Não se pode olvidar que, o ECA, foi inovador com a instituição das medidas sócioeducativas com verdadeiro caráter de penalidade e punição, mas apesar de severas, devem ser aplicadas de forma especial e adequada ao ser em desenvolvimento sujeitos a elas.

Inúmeros fatores relacionados à redução da maioridade penal apontam a questionamentos que vão muito além da redução da idade do menor ou, ainda, da ausência de punição dos atos infracionais por eles praticados. São os menores, na verdade, vítimas da omissão do Estado e da sociedade, que vivem em situação de pobreza, com famílias que passam fome, vivendo na escassez, cada vez mais gritante, de recursos e investimentos na área de educação e saúde pública.

O Estado precisa cumprir com seu dever, destinando recursos na efetividade de medidas preventivas como educação e fomento de políticas públicas para proteger o vulnerável e impedi-lo de ser recrutado pelo crime organizado, pois, se jogados no cárcere, verdadeira jaula dos rebeldes, esses cidadãos do futuro, terão destruídos seus sonhos e expectativas e, estarão comprometidas as novas gerações.



ATUAL. R. B. Disponível em: <http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2015/06/ipea-chama-atencao-para-mito-da-impunidade-de-adolescentes-2534.html>. Acesso em: 14 jul. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 15 abr. 2014.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8.069/90. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 abr. 2015.

_____. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/150616_ntdisoc_n20. Acesso em 10 jul. 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 7.ed.rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 70/2012. São Paulo: Saraiva, 2012.

G1 notícias. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/04/com-reducao-da-maioridade-sistema-pode-ter-32-mil-presos-mais-em-1-ano.html>. acesso em: 30 mai. 2015.

_____. Disponível em: <https://medium.com/jornalistas-livres/psic%C3%B3logos-manifestam-se-contr-a-redu%C3%A7%C3%A3o-da-maioridade-penal-5b4e37a3cb20>. Acesso em: 10 jul. 2015.

_____. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/07/camara-rejeita-reducao-da-maioridade-para-crimes-graves.html>. Acesso em: 01 jul. 2015.

_____. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/estao-brincando-com-fogo-diz-barbosa-sobre-votacao-da-maioridade.html>. Acesso em 12 jul. 2015.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEUROVASC. C. Disponível em: <http://www.clinicaneurovasc.com.br/site/reducao-da-maioridade-penal-problema-ou-solucao/> Acesso em: 12 jul. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 10. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

POLÍTICA. R. P. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1519-549X2009000100005&script=sci_arttext/Revista Psicologia Política](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1519-549X2009000100005&script=sci_arttext/Revista%20Psicologia%20Pol%C3%ADtica). Acesso em: 10 jun. 2015.

TAVARES, José de Farias. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 4. ed. rev. ampl. e atual. com os dados comparativos entre os dispositivos do Código Civil de 1916 e o novo Código Civil de 2002. Reio de Janeiro: Forense, 2002.

UOL notícias. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/03/31/veja-cinco-motivos-a-favor-e-cinco-contr-a-reducao-da-maioridade-penal.htm>. Acesso em: 12 jul. 2015.



UM ESTUDO DAS TESES ACERCA DA ADOÇÃO OU NÃO DAS CRIANÇAS EM SITUAÇÃO DE RISCO CAUSADA POR PAIS BIOLÓGICOS: UM ENSAIO CRÍTICO

Monique Torres dos Santos

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO. Advogada. Pós-graduanda pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que a família, a comunidade, a sociedade e o Poder Público são responsáveis pela criança. Contudo, existem diversas situações criadas por pais biológicos que geram risco aos seus filhos, motivando, nesse caso, a intervenção estatal. Quando a reinserção familiar é frustrada, na maioria das vezes, o melhor interesse da criança está na adoção. A essência do trabalho é o estudo de casos verídicos ocorridos no Estado do Rio de Janeiro, com a finalidade de demonstrar as soluções dadas aos sofrimentos de vítimas de seus próprios pais.

Palavras-chave: Direito de Família. Pais biológicos. Reinserção. Adoção. Risco. Felicidade.

Sumário: Introdução. 1. Situações de risco que podem retirar a criança do convívio com os pais biológicos 2. Estudo de casos e soluções aplicadas em concreto no Estado do Rio de Janeiro 3. Casos em que a adoção foi o melhor caminho 4. O melhor interesse da criança. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, a sociedade apresentou significativa evolução cultural, econômica e tecnológica. Contudo, embora existam inegáveis consequências positivas oriundas desse desenvolvimento, é cediço que acirram as desigualdades econômicas e sociais no mundo, uma vez que facilitam a geração de riquezas.

Diferente não ocorre no Estado do Rio de Janeiro, que possui como capital a segunda maior metrópole do Brasil. Apresenta problemas sociais e econômicos em níveis demasiadamente elevados, com uma alta densidade demográfica e índices crescentes de violência e desequilíbrio na distribuição de renda.



Ao se analisar a desigualdade social, é preciso considerar que existe o binômio riqueza/pobreza. E pelos mesmos fundamentos, não raras vezes, a pobreza está aliada à falta de informação. Essa é apenas uma das dificuldades enfrentadas atualmente.

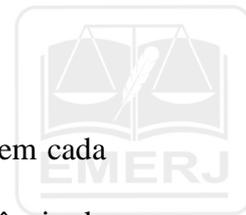
O estresse da rotina veio como mais um exemplo de transtorno que tem cada vez mais assolado a população das grandes cidades. São trânsitos cada vez mais intensos, violência, e pessoas cada vez mais individualistas.

Desigualdade social, pobreza, pouca informação e estresse são exemplos de dificuldades que levam uma mãe ou um pai a tentarem fugir da rotina, procurando uma via alternativa para o insucesso. Diversas vezes, ingerem bebidas alcoólicas imoderadamente, ou até mesmo em drogas ilícitas, a fim de tentar esquecer o sofrimento, e acabam colocando seus filhos em situação de risco. Em outros casos, os motivos para o uso de drogas ou cometimento de crimes são de outra natureza, como, por exemplo, a influência do meio cultural em que vivem, e de outra maneira expuseram seus próprios filhos ao perigo.

Em todos esses casos, é dever do Estado intervir e verificar quando os genitores precisam de auxílio e tratamento, para só então poderem voltar a cuidar de seus filhos. Muitas vezes, o melhor para a criança não é a reinserção no seio da família biológica, mas um lar adotivo, onde ela se reconheça como membro integrante de uma família e possa ser realmente amada.

O estudo de casos concretos se justifica, uma vez que a cada dia mais crianças no Estado do Rio de Janeiro têm corrido todo tipo de perigo, proveniente de risco gerado por seus pais, culminando muitas vezes na morte delas. Com uma avaliação mais aprofundada dessa problemática aumentam sobremaneira as chances de êxito no salvamento infantil.

O artigo se utilizará de pesquisa bibliográfica e análise de casos concretos, com um olhar crítico sobre a adoção ou não das crianças em situação de risco causada por pais biológicos. Pretende-se ainda analisar os diferentes tipos de riscos que os pais geram a seus



filhos, ainda crianças, e em quais as situações o perigo pode cessar. Será verificado em cada tese se a família ainda apresenta um alicerce firme, de modo a incentivar a permanência da criança no seu convívio.

Procura-se demonstrar que para os casos em que a família biológica representa um verdadeiro risco à formação, ao crescimento e até mesmo à vida das crianças, a adoção é, na grande maioria das vezes, a melhor solução.

O primeiro capítulo aborda as situações de risco geradas pelos próprios genitores aos seus filhos, gerando consequências, muitas vezes, inevitáveis, como o afastamento da criança de seu lar originário. Os casos concretos e soluções aplicadas no Estado do Rio de Janeiro é o tópico mencionado no segundo capítulo. Por sua vez, o terceiro capítulo tratou de verificar quando a adoção foi a solução mais indicada para retirar a criança da situação de risco. Finalmente, o quarto capítulo discorreu sobre o melhor interesse da criança, ainda que este seja priorizado em detrimento da vontade de seus pais biológicos.

Este trabalho tem como objetivo defender que o direito infantil a um lar bem estruturado, a segurança, o afeto e a "felicidade" devem preponderar sobre o direito que os pais possuem de criar seus filhos. Isto porque, muitas vezes, a segunda chance dada aos genitores de consertarem seus erros ou ainda de endireitarem seu comportamento social, quando este é a razão do perigo; levam a uma situação sem volta.

1. SITUAÇÕES DE RISCO QUE PODEM RETIRAR A CRIANÇA DO CONVÍVIO COM OS PAIS BIOLÓGICOS



O tema ora apresentado é tão importante para o país que a Constituição da República Federativa Brasileira¹ em seu artigo 227, *caput*, distribuiu a responsabilidade pelo atendimento às crianças entre a família, a sociedade e o Estado, criando o princípio do atendimento compartilhado². Tal dispositivo prevê a proteção das crianças e adolescentes de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Além disso, a Carta Magna³ dedicou um artigo específico aos genitores, pois prevê no artigo 229 que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores” [...].

Tamanha é a relevância da criança na sociedade brasileira e mundial, que o Brasil se tornou signatário da Convenção dos Direitos da criança da ONU.⁴ O artigo 9º da parte 1 da Convenção⁵ preconiza que

1 – Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, se a criança sofre maus tratos ou descuido por parte dos pais, ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança.

No mesmo sentido foi elaborado o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)⁶, que em seu artigo 45 exige o consentimento expresso dos pais biológicos e o do próprio adotando, se este possuir mais de doze anos, para a colocação em família substituta. Sendo certo que não há que se falar em consentimento quando tiver havido a destituição do poder familiar.

¹ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 set. 2014.

² ATAÍDE JR., Vicente de Paula. *Destituição do Poder Familiar*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 38.

³ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 set. 2014.

⁴ Ressalte-se que a convenção foi ratificada por 193 países, exceto Estados Unidos e Somália, que já manifestaram sua intenção de ratificar.

⁵ BRASIL. *Convenção sobre os Direitos da Criança*. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10127.htm>. Acesso em: 19 out. 2014.

⁶ BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 21 set. 2014.



A destituição desse poder ocorre quando os pais deixam de cumprir com seus deveres legais, e em vez de protegerem seus filhos passam a lhes oferecer perigo. A retirada de tais poderes pode se dar por meio da suspensão ou da perda do poder familiar.

Cabe ressaltar que a destituição do poder familiar somente ocorre por decisão judicial, mediante processo, no qual as partes terão direito ao contraditório e ampla defesa, conforme dispõe o artigo 24 do ECA⁷. O Código Civil de 2002⁸ estabelece as hipóteses de perda do poder familiar no seguinte dispositivo:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
I - castigar imoderadamente o filho;
II - deixar o filho em abandono;
III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Outrossim, o Código Penal pátrio⁹, em seu artigo 92, inciso II, estabeleceu como um dos efeitos da condenação “a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado”. Assim, quando o crime cometido pelos pais for contra o próprio filho, o próprio Juízo criminal poderá decretar a perda ou suspensão do poder familiar.

Por outro lado, quando a prisão se originar de crimes contra outras pessoas, há que se analisar o caso concreto para se ter a real dimensão acerca da possibilidade de o genitor cuidar da criança, já que nem todas as condenações impõem o regime fechado. Há ainda que verificar se o contato com os genitores representa risco para o desenvolvimento saudável da criança.

⁷ BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 21 set. 2014.

⁸ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 19 out. 2014.

⁹ BRASIL. Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 21 out. 2014.



Resta evidente que muitas são as situações que podem levar os pais a expor seus filhos a risco. Castigos imoderados, que muitas vezes acabam virando maus-tratos infantis; abandono infantil; prática de atos contrários à moral e aos bons costumes – o que pode gerar polêmica, dependendo do fato, já que os conceitos de moral e bom costume são subjetivos –; descuido, que também pode ser tido como negligência – situação esta distinta do abandono pela ausência de intenção –; etc.

Esses atos prejudiciais à criança advêm de inúmeros motivos, como alcoolismo, drogas, violência doméstica ou tráfico. Fato é que a proteção infantil precisa ser prioridade, ainda que o genitor ou o responsável venha a perder o poder familiar, sendo certo que, como determina o artigo 23, *caput*, ECA¹⁰, “a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar”.

2. ESTUDO DE CASOS E SOLUÇÕES APLICADAS EM CONCRETO NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

É cediço que várias são as maneiras que os pais podem colocar seus filhos em perigo, porém, nem sempre a atitude leviana leva à perda da guarda ou do poder familiar. Quando a pessoa em risco é uma criança, é do senso comum que a situação merece maior cuidado e atenção das autoridades, pois maior é a vulnerabilidade da vítima. A interferência estatal não exime de responsabilidade o genitor, que eventualmente não possua a guarda. Pelo contrário, a ele também cabe o dever de cuidado para com os filhos, inclusive e principalmente, quando notar a ausência ou falha do efetivo guardião.

¹⁰ BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 21 set. 2014.



Em que pese a relevância do tema, até hoje o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) não realizou pesquisa sobre o número de crianças que sofrem maus-tratos ou abandono pelos pais no Estado do Rio de Janeiro. Sabe-se que inúmeras crianças passam por esta dor diariamente.

Este capítulo aborda alguns fatos verídicos ocorridos no Estado do Rio de Janeiro, entre os anos de 2008 e 2012, de pais biológicos que colocaram seus filhos em situação de risco. Tendo em vista se tratar de procedimentos judiciais reais e que versam sobre crianças, não foram citados os nomes das partes.

O primeiro processo a ser considerado se passou na capital. Conta-se que uma criança foi mantida em família substituta, em sede de apelação, pois perceberam os desembargadores que a nova família apresentava quadro de estabilidade, afeto, segurança e dedicação. Ao passo que a genitora havia sido encontrada alcoolizada, além do fato de constar nos autos que ambos os pais eram dependentes químicos. Em entrevista ao Conselho Tutelar, a mãe biológica relatou ser usuária de crack e não dispor de local para ficar com a filha. A situação de descaso se intensificou quando a progenitora não apenas deixou de providenciar os documentos para registro da infante, como não compareceu a entrevista posterior para tratamento sem qualquer justificativa. Percebeu-se que, neste caso, os pais biológicos não possuíam preparo quanto ao exercício do poder familiar, tampouco tinham condições de cuidar de uma criança sem oferecer-lhe perigo, motivo pelo qual não coube a reinserção no seio da família biológica.¹¹

Em situações como essa é imprescindível a destituição do poder familiar, com fulcro no artigo 1.638, Código Civil¹², já que mais do que o abandono, os genitores oferecem risco

¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2008.710.009037-9>>. Acesso em: 19 out. 2014.

¹² BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015.



ao filho. É dever do Estado intervir e, na figura do magistrado, proporcionar à criança uma vida digna, com desenvolvimento sadio e afeto.

O segundo fato verídico, também ocorrido na capital, versa sobre a guarda provisória de um bebê, de aproximadamente um ano de idade na ocasião da decisão judicial, foi deferida a um casal que construiu um relacionamento ativo, afetuoso e recíproco com o acolhido. Mais uma vez, a razão da destituição do poder familiar está no envolvimento dos genitores com drogas ilícitas, o que inegavelmente consiste em um fator de enorme exposição a risco. Nesse caso específico, várias foram as tentativas de reinserção familiar, porém, o insucesso se deveu principalmente a desestruturação da família materna e ao fato de que a família extensa paterna já cuidava de dois filhos do genitor.¹³

Observa-se que o intuito normativo de reinserção no âmbito da família biológica foi insistentemente tencionado, mas sem êxito. Cediço que deve prevalecer o melhor interesse da criança, que nesse caso foi a adoção.

Já o terceiro ocorreu em Japeri. Neste o juízo *ad quem* manteve a sentença questionada e determinou que a criança permanecesse na família substituta. Foi constatado por meio de estudos sociais e psicológicos que os genitores agiram de forma desidiosa para com o filho, violando os seus deveres inerentes ao poder familiar. Ademais, em análise dos autos restou comprovado o abuso sexual perpetrado pelos próprios genitores, que culminaram na destituição do poder familiar.¹⁴

Como já visto, o alcoolismo é uma das causas mais recorrentes de destituição do poder familiar. O quarto caso não é diferente. Aconteceu em Resende e também relata a história de uma mãe alcoólica, que descumpriu os deveres do poder familiar por conta desse vício.

¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?numProcesso=2011.202.023788-4>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2011.083.003121-7>>. Acesso em: 29 mar. 2015.



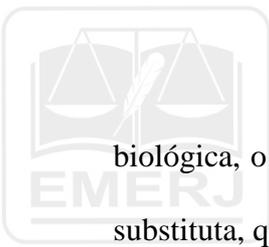
Todavia, essa genitora compareceu assiduamente ao tratamento para o alcoolismo, e mesmo a situação de risco se perdurando por quatro anos, a reinserção das filhas menores foi exitosa. Não obstante, durante o estado desestrutural da família, o filho menor foi inserido em família substituta. As autoridades judiciais ressaltaram a imprescindibilidade da continuidade no comparecimento da progenitora ao tratamento e acompanhamento psicológico para a manutenção da bem sucedida reinserção familiar.¹⁵

O quinto relato se passa no extremo oposto do Estado, em Campos dos Goytacazes, onde uma progenitora foi destituída do poder familiar de seus dois filhos por ter sido condenada duas vezes por roubo qualificado e cumprido pena por longo período. Os autos sinalizaram indícios de que ela teria envolvimento com entorpecentes ilícitos e histórico de abandono de outros filhos. O caso revelou a impossibilidade de reinserção na família biológica, visto que as crianças já sofreram situações de agressão e até mesmo de abuso sexual por parte da família extensa.¹⁶

A sexta e última história verídica trazida se sucedeu em Santa Cruz. Destoou dos demais casos apresentados, embora não seja fato raro de acontecer. A própria mãe entregou voluntariamente seu filho de um mês de idade para a adoção. Após seis meses, se arrependeu e requereu a reinserção ao seio da família biológica, o que foi concedido judicialmente. Não obstante, com um mês da decisão, a progenitora deixou de comparecer às entrevistas e atendimentos psicológicos, sem qualquer justificativa. Diante da instabilidade da mãe

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2009.045.012432-7>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

¹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2011.014.040915-9>>. Acesso em: 29 mar. 2015.



biológica, o magistrado a destituiu de seu poder familiar e colocou a criança em uma família substituta, que ofereceu grande atenção e cuidado no bem-estar do infante.¹⁷

Um estudo publicado em março de 2014 pelo Instituto Ciência Hoje¹⁸ relata que fatores como renda familiar, escolaridade ou histórico de violência sofrida pelos pais, bem como questões urbanísticas interferem no número de episódios de coação. Outrossim, como é possível se depreender dos casos concretos analisados neste artigo, as mães biológicas são os principais agressores das crianças. A notícia relata que as genitoras que passam mais tempo com os filhos são as que menos têm atitudes violentas, sendo possível se pensar em uma causa afetiva maternal para tal conduta. Sugere-se existir o que se denomina de “hierarquia da violência”, uma vez que os dados demonstram que os homens agridem mais as suas companheiras e estas, por sua vez, os seus filhos.

A realidade é que os filhos, ainda crianças, podem sofrer de tantas maneiras, que mesmo o Judiciário intervindo, o procedimento até a adoção transforma-se em uma longa e tortuosa espera. Como diria a ilustre jurista e desembargadora do Rio Grande do Sul, DIAS¹⁹, “o juiz só bate o martelo para sentenciar uma adoção quando, muitas vezes, as chances já são nenhuma e a criança passa a adolescente, e depois a adulto, sem que em sua trajetória tenha se encontrado com uma oportunidade de receber uma única sensação de afeto”.

3. CASOS EM QUE A ADOÇÃO FOI O MELHOR CAMINHO

Ao estudar tema de inegável relevância social no Brasil, mormente em Estados de altas taxas populacionais, é imprescindível analisar primeiramente os aspectos gerais da

¹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2010.206.011287-7>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

¹⁸ SCHRAMM, Franciele Petry. Instituto Ciência Hoje: CH On-Line. *Infância que dói*, PR, 2014. Disponível em <<http://cienciahoje.uol.com.br/noticias/2014/03/infancia-que-doi>>. Acesso em: 31 mar. 2015.

¹⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. rev. atu. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 452.



adoção. Sabe-se que o instituto foi alterado pela Lei nº 12.010/2009²⁰, com as mudanças, principalmente, do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. Tal lei gerou a modificação em vários aspectos que interferem na vida da criança, como por exemplo, na família extensa, no prazo máximo para abrigamento, na preparação dos adotantes e na adoção internacional.

O Estatuto da Criança e do Adolescente²¹ prevê em seu artigo 4º o direito do infante à convivência familiar, sendo esta uma garantia fundamental, basilar para o crescimento e amadurecimento sadio e feliz. Desta forma, o Estatuto estabeleceu como regra a prioridade na convivência com a família natural, ou seja, com seus pais biológicos. Tendo em vista que a família substituta é exceção, o legislador inseriu o §1º ao artigo 39 do Estatuto para manifestar expressamente tal condição, a fim de priorizar a colocação da criança em família extensa em detrimento da adoção.

O segundo caso concreto abordado neste artigo retrata a necessidade de se priorizar a família extensiva como forma de amparar os filhos colocados em situação de risco ou abandono por seus pais biológicos. Os tios, avós e outros familiares podem dar o suporte afetivo e material necessário ao desenvolvimento do infante. Contudo, como bem se observou, a exemplo desta mesma história familiar, a opção pela família extensa nem sempre é exitosa, devendo o magistrado recorrer à família substituta.

Hodiernamente, a criança é vista como sujeito de direitos, e não um objeto como outrora. Assim, dotada de sentimentos, deve ser colocada o quanto antes no seio familiar para que seja ambientada com as pessoas da família, e se torne apta a fortalecer os laços afetivos e

²⁰ BRASIL. Lei 12.010, de 03 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm>. Acesso em: 14 abr. 2015.

²¹ BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 14 abr. 2015.



sua personalidade. Nesse sentido, a Lei 12.010/2009²² limitou o tempo de abrigo institucional em dois anos, sendo tal medida considerada excepcional.

A adoção requer o prévio cadastro dos potenciais adotantes, exigindo nos casos de adoção do filho biológico do cônjuge ou companheiro a comprovação do vínculo afetivo entre o adotante e o adotando. Para que as chances de sucesso sejam maiores, existe uma preparação psicossocial e jurídica dos pais substitutos a ser realizada pela equipe técnica do Juizado da Infância e Juventude.

Quanto à adoção internacional, Pinto²³ afirma que consiste naquela em que a pessoa ou o casal é residente ou domiciliado fora do país. Trata-se de mais uma inovação da Lei 12.010/2009. O tema deve ser analisado com cuidado, uma vez que o Brasil é visado pelos criminosos de turismo sexual infantil. Neste contexto, o Estatuto da Criança e do Adolescente adotou algumas recomendações da Convenção de Haia²⁴, de 1993, que protege internacionalmente as crianças. Assim, o ordenamento jurídico brasileiro entende a adoção internacional como forma excepcional de colocação da criança em família substituta e, apenas será deferida se não houver adotante interessado no cadastro de pessoas do Juizado.

Após a breve explanação sobre o tema, é possível perceber que para que a adoção ocorra muitos trâmites devem ser percorridos. Existe uma regra que é a tentativa de reingresso ou permanência na família natural e, somente após o fracasso desta é que se apela para a família extensa. Demasiadas vezes, como visto neste próprio artigo, a família extensa não consegue criar a criança, ou por questões financeiras, ou até mesmo estruturais, neste caso, o juiz se socorre da família substituta.

²² BRASIL. Lei 12.010, de 03 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm>. Acesso em: 28 abr. 2015.

²³ PINTO, Cristiano Vieira Sobral. *Direito Civil Sistematizado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 746.

²⁴ BRASIL. Decreto nº 3.087 de 21 de junho de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3087.htm>. Acesso em: 28 abr. 2015.



Não obstante a necessidade imperiosa do infante de ter um lar, afeto, estrutura, educação e todos os seus direitos constitucionais o quanto antes, a adoção também requer a realização de trâmites justamente para garantir a integridade física, moral e psicológica da criança, pois o procedimento da adoção é irrevogável. Infelizmente, no Brasil, os processos de adoção levam mais tempo do que deveriam, não se sabe ao certo se por negligência ou se por burocracia excessiva.

O fato é que as regras estatuídas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente dificilmente são seguidas, posto que normalmente a solução dada aos casos concretos é a colocação em família substituta. Inegável as inúmeras tentativas em restabelecer o vínculo entre filhos e pais biológicos, mas na grande maioria das vezes tais genitores não se encontram aptos ou dispostos a mudar para cuidar de seus filhos.

Pelos casos demonstrados ficou nítida que a grande razão de abandono e exposição da prole a riscos quaisquer são as drogas. Entorpecentes de origem ilícita, álcool e outros; drogas estas que dominam os genitores de tal forma que os levam de condição de protetores à condição de perigo.

4. O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

A escolha do futuro de uma criança há que ser feita de forma consciente e responsável. No Brasil, quando o assunto é a colocação de infante em família substituta, a decisão perpassa princípios, legislação, bom-senso e, inegavelmente, a emoção humana. A técnica e o bom preparo tornam o julgador apto a decidir questões extremamente sensíveis e envolventes com a isenção necessária, sem, contudo, se apresentar de forma neutra, posto que o magistrado deve ser dotado de imparcialidade, mas não de neutralidade.



Dessa forma, os juízes se tornam capazes de garantir às crianças a proteção necessária do Estado. O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente²⁵, em seu artigo 4º prevê que

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.
Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:
a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias [...]

Quando os pais ou a família biológica, sucessivamente, não podem acolher a criança, cabe ao Estado, com fulcro no princípio do melhor interesse da criança, zelar pelo futuro dela e, escolher diante das opções, a melhor possível. Resta saber no que consiste a melhor opção para uma criança.

Todos os direitos exemplificados no dispositivo acima mencionado e também garantidos constitucionalmente, isoladamente assegurados, por si só, não resguardam o mais adequado destino de um indivíduo. Para um bom desenvolvimento ético e moral há se ter todos esses direitos conjuntamente, que por norma constitucional são garantidos ao brasileiro.

Trata-se nada menos do que o direito à felicidade. Os filhos de famílias desestruturadas vítimas da desigualdade social, ou ainda, de famílias vítimas do estresse urbano, mormente nos grandes Estados como o Rio de Janeiro, são crianças cujas escolhas há muito foram delimitadas por fatores que ultrapassam seus conhecimentos.

Tais infantes têm em comum o fato de serem, demasiadas vezes, expostos a riscos por seus próprios pais, e possuem no Poder Estatal, a chance de recomeçar. Como foi possível perceber neste estudo de casos, na grande maioria ocorre a colocação destas crianças em família substituta, pois na nova família encontram amor, afeto e felicidade – direito este que deve ser reconhecido como implícito na Constituição da República Federativa Brasileira.

²⁵ BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015.



Diante da possibilidade de destituição do poder familiar, ao se ponderar sobre o direito de os pais participarem da criação dos filhos e o direito destes de crescerem em ambiente seguro, com afeto, educação, saúde e, principalmente, de ter uma família bem estruturada, deve prevalecer o direito da criança. Até porque mais do que direito dos genitores de conviverem com seus filhos é o dever que possuem de garantir a eles, em primeiro lugar, a integridade física, moral e psicológica.

CONCLUSÃO

O excessivo número de colocação de crianças em famílias substitutas, no Brasil, tem demonstrado que as legislações de proteção à criança e ao adolescente não têm dado conta de garantir seus direitos ante os abusos e perigos a que são expostos, muitas vezes por seus próprios pais biológicos. Cabe, portanto, ao Estado intervir e proteger o infante daqueles que deveriam ser os primeiros a lhes dar afeto e segurança.

A análise de casos concretos no Estado do Rio de Janeiro serviu de base empírica para demonstrar uma realidade presente principalmente nos grandes centros urbanos, de que crianças vítimas da desigualdade econômica e social são as que mais sofrem com o abandono [em sentido amplo] da família biológica. As dependências por entorpecentes e álcool são os fatores que mais incapacitam os pais de cuidarem de seus filhos.

Verificou-se que em quase todas as situações não foi possível restabelecer o vínculo entre o filho e os pais, diante da desorganização estrutural familiar irremediável. Assim, em busca do melhor interesse da criança, o magistrado optou pela adoção, por meio da qual ela receberá afeto, segurança e felicidade. É mister ressaltar que a análise deve ser feita de forma casuística.



REFERÊNCIAS

ATAÍDE JR., Vicente de Paula. *Destituição do Poder Familiar*. Curitiba: Juruá, 2009.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 set. 2014.

_____. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 21 set. 2014.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 19 out. 2014.

_____. Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 21 out. 2014.

_____. Lei 12.010, de 03 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm>. Acesso em: 14 abr. 2015.

_____. Decreto nº 3.087 de 21 de junho de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3087.htm>. Acesso em: 28 abr. 2015.

_____. Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10127.htm>. Acesso em: 19 out. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2008.710.009037-9>>. Acesso em: 19 out. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?numProcesso=2011.202.023788-4>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2011.083.003121-7>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2009.045.012432-7>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2011.014.040915-9>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2010.206.011287-7>>. Acesso em: 29 mar. 2015.



DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. rev. atu. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. *Direito Civil Sistematizado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SCHRAMM, Franciele Petry. Instituto Ciência Hoje: CH On-Line. *Infância que dói*, PR, 2014. Disponível em <<http://cienciahoje.uol.com.br/noticias/2014/03/infancia-que-doi>>. Acesso em: 31 mar. 2015.



**O Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis em Relação aos Tratados e
Convenções Internacionais Sobre Direitos Humanos – O Caso da Ação Penal 470:
Processo do Mensalão**

Natalie Rodrigues Martins Rosa da Silva

Graduada pela Universidade Candido Mendes (Centro). Advogada. Pós Graduada em Direito do Estado e da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ)

Resumo: O presente trabalho consiste em uma pequena abordagem sobre o controle jurisdicional de convencionalidade, através do qual se busca identificar seu conceito, raízes históricas, bem como o momento de sua introdução no Brasil e, ainda, os elementos comuns e distintos em relação ao controle jurisdicional de constitucionalidade. Além disto, considerando que o tema foi objeto de recentes debates, bem como objeto de cobrança em provas de concursos públicos, busca-se examinar como o STF enfrentou a questão do controle de convencionalidade, por ocasião do julgamento da Ação Penal 470, se tal decisão afrontou algum tratado internacional de direitos humanos e, caso positivo, qual deles, e, por fim, se há possibilidade de o Brasil ser condenado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, e as conseqüências que eventual condenação pode ensejar.

Palavras-chaves: Constitucional. Controle. Convencionalidade. STF. Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Processo do Mensalão.

Sumário: Introdução. 1. O Controle jurisdicional de convencionalidade: conceito e raízes históricas do direito comparado ao direito brasileiro. 2. Diferença entre controle jurisdicional de convencionalidade e controle jurisdicional de constitucionalidade 3. O controle jurisdicional de convencionalidade realizado pelo STF na Ação Penal 470. 4. Da possibilidade de o Brasil ser condenado pela CIDH e conseqüências jurídicas. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO:

O presente trabalho consiste em uma breve reflexão sobre o controle jurisdicional de convencionalidade das leis, considerando o recente enfrentamento da questão pelo STF, e a repercussão que sua decisão gerou entre juristas, despertando a atenção de examinadores de provas de concursos públicos, que passaram a cobrar o assunto, surpreendendo candidatos até então preparados, ante a ausência de estudos e de trabalhos doutrinários realizados no Brasil.



Busca-se, então, não esgotar o assunto, pois se trata de simples artigo acadêmico, mas chamar a atenção do leitor para a existência desta nova modalidade de controle, identificando-se seu conceito, histórico, semelhanças e diferenças em relação ao controle jurisdicional de constitucionalidade, verificando, por exemplo, se há possibilidade de se realizar controle jurisdicional de convencionalidade difuso ou se somente caberia o controle concentrado, realizado, exclusivamente, pelo STF.

Dessa forma, quanto ao parâmetro de controle utilizado no controle jurisdicional de convencionalidade, cumpre verificar se qualquer tratado internacional pode ser paradigma de controle das leis internas ou se apenas os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados, pela República Federativa do Brasil, com quórum qualificado do art. 5º, §3, da CRFB/88 podem ser utilizados como parâmetro.

Além disso, o presente trabalho visa a destacar como o STF realizou controle de convencionalidade nos autos da Ação Penal 470, mais conhecida como “Processo do Mensalão”, em que se entendeu que todos os réus envolvidos deveriam ser julgados perante a Suprema Corte, inclusive aqueles que não detinham foro privilegiado por prerrogativa de função, o que ensejou uma série de críticas, por suposta violação de tratado internacional de direitos humanos.

Com efeito, cumpre analisar se houve, ou não, violação a tratado internacional, expor os argumentos favoráveis e contrários a esta decisão, bem como lembrar da experiência brasileira no que diz respeito à condenação por violação de tratado internacional de direitos humanos, suas conseqüências jurídicas, e as medidas que podem ser adotadas, a fim de que os juristas pátrios não cometam o mesmo erro.

1. O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE: CONCEITO E RAÍZES HISTÓRICAS DO DIREITO COMPARADO AO DIREITO BRASILEIRO



O Direito Internacional é o ramo da ciência jurídica que regula as relações internacionais entre sujeitos de Direito Internacional, a fim de garantir a estabilidade e cooperação entre eles. Com efeito, os tratados internacionais constituem importantes fontes de direito, na medida que regulam a criação, modificação, e/ou extinção de direitos e obrigações no ordenamento jurídico supranacional.

Entretanto, apesar da importância atribuída aos tratados internacionais, muitas vezes, os Estados acabam editando leis ou atos normativos que afrontam tratados internacionais, em especial, sobre direitos humanos. Por esta razão, faz-se necessária a compatibilização das leis internas aos compromissos internacionais firmados, a fim de que os países se respeitem, e continuem desenvolvendo relações diplomáticas por meio da cooperação.

Neste contexto, o controle jurisdicional de convencionalidade constitui um importante instrumento jurídico utilizado para aferir a compatibilidade de leis internas em relação aos tratados e convenções internacionais, na tentativa de conferir uniformidade de tratamento entre os Estados e seres humanos.

Historicamente, a França foi o primeiro país a idealizar o controle de convencionalidade e a diferenciá-lo do clássico controle de constitucionalidade. Tal fato ocorreu na decisão n.º 74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975, quando o Conselho Constitucional francês entendeu não ser competente para julgar a compatibilidade entre as leis internas do país e a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, visto que aquele órgão seria competente apenas para realizar o controle de constitucionalidade das normas.¹

Por sua vez, o controle de convencionalidade ganhou relevo no continente Americano a partir do julgamento do caso “Almonacid Arellano e Outros contra Governo do

¹ NUNES, Jimmy Matias, *Controle jurisdicional de convencionalidade: crítica à posição do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/24711/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14677&revista_caderno=9> Acesso em: 25 abr. 2015



Chile” pela Corte Interamericana, em 26 de setembro de 2006. Da referida decisão, concluiu-se que: “o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade’ entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos”.²

No Brasil, a primeira vez que o controle de convencionalidade foi mencionado, provavelmente, remonta a julho do ano 2000, ocasião em que foi publicada no jornal “Associação Juízes para a Democracia, uma pequena nota, sem indicação de autoria, intitulada ‘Direito ao duplo grau de jurisdição e o controle da convencionalidade das leis’.³

Apesar disso, o tema só foi abordado, pela doutrina brasileira, após a edição da Emenda Constitucional n. 45/2004, em tese de doutorado elaborada por Valerio de Oliveira Mazzuoli, segundo o qual o controle de convencionalidade consiste em forma de compatibilização vertical das leis (ou atos normativos do Poder Público) tendo como parâmetro de controle não só a Constituição, mas também os tratados internacionais (notadamente os de direitos humanos) ratificados pelo governo e em vigor no país.⁴

Nesta esteira, chama-se de dupla compatibilidade vertical a necessidade de a lei ordinária estar em conformidade com a CRFB/88, bem como em relação aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, sob pena de não produzir eficácia internamente.

Portanto, o controle de convencionalidade não tem por objeto a incompatibilidade das leis internas em relação à CRFB/88, o que configuraria hipótese de inconstitucionalidade. O controle jurisdicional de convencionalidade consiste em analisar a validade e

² LEITE, Marcos Thadeu. *Controle de convencionalidade e direitos humanos*. Revista *Jus Navegandi*, Teresina, ano 18, n. 3635, 14 jun. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24711>>. Acesso em: 25 abr.2015.

³ NUNES, Jimmy Matias, *Controle jurisdicional de convencionalidade: crítica à posição do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://ambito-juridico.com.br/site/24711>>. Acesso em: 25 abr.2015

⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro*. Revista de Informação Legislativa, v. 46, n. 181, p. 113-133, jan./mar.2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194897>>. Acesso em: 25 abr. 2015.



compatibilidade da lei interna em relação aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil com quórum qualificado.

Destarte, o controle de convencionalidade independe de qualquer autorização internacional, assemelhando-se, em verdade, ao controle de constitucionalidade difuso, segundo o qual qualquer juiz ou tribunal pode manifestar-se a respeito. Assim, à medida que os tratados internacionais forem sendo incorporados pelo Brasil, cumpre aos juristas compatibilizar o conteúdo das leis domésticas aos compromissos internacionais firmados.

Neste sentido, conclui-se que, segundo o professor Luiz Fálvio Gomes e o Min. Gilmar Mendes, se a lei inferior entrar em conflito com a lei superior, seja a CRFB/88 ou qualquer tratado internacional sobre direitos humanos, aquela não terá eficácia, pois a norma superior “irradia uma espécie de eficácia paralisante” sobre a lei inferior.⁵

2. DIFERENÇA ENTRE CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE E CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE

Segundo Pedro Lenza, “O legislador constituinte originário criou mecanismos por meio dos quais se controlam leis e atos normativos, verificando sua adequação aos preceitos previstos na “Lei Maior”⁶. Trata-se do controle de constitucionalidade, que tem como pressuposto essencial a existência de uma Constituição rígida, bem como a noção de escalonamento normativo, ocupando a CRFB/88 o grau máximo da pirâmide jurídica.

Dito isso, tem-se que a primeira diferença entre controle de constitucionalidade e controle de convencionalidade reside no parâmetro de validade empregado, uma vez que o controle de constitucionalidade utiliza a CRFB/88 como paradigma, ao passo que o controle

⁵ GOMES, Luiz Flávio, *Controle de Convencionalidade: STF Revolucionou Nossa Pirâmide Jurídica*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/users/revista/1242742038174218181901.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2015

⁶ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 239.



de convencionalidade retira seu fundamento de validade dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos ratificados pela República Federativa do Brasil.⁷

A segunda diferença consiste no fato de que o controle de constitucionalidade objetiva preservar a unidade do ordenamento jurídico, tendo a CRFB/88 no topo da pirâmide jurídica hierárquica normativa, irradiando seu fundamento de validade para as normas inferiores, ao passo que o controle de convencionalidade tem caráter complementar, limitando-se a compatibilizar o conteúdo das leis internas ao dos tratados internacionais.

A terceira diferença diz respeito às restrições impostas às duas modalidades de controle, pois o controle de constitucionalidade está submetido às limitações formais e materiais, implícitas e explícitas, ao passo que o controle de convencionalidade restringe-se, unicamente, a limitação material, extirpando-se qualquer norma ou ato normativo que viole tratado ou convenção sobre direitos humanos, ainda que não afronte, diretamente, a CRFB/88.

Finalmente, interessante notar que o âmbito do controle de constitucionalidade é sempre nacional, ao passo que o âmbito do controle de convencionalidade pode ser nacional ou internacional ensejando, no primeiro caso, a declaração de inconstitucionalidade da lei e, no segundo caso, eventual responsabilidade internacional pelo descumprimento dos acordos assumidos pelo país.

Assim, enquanto o controle de constitucionalidade tem por órgão máximo a Corte Constitucional Nacional, no caso brasileiro, o STF, é possível que o controle de convencionalidade seja atribuído a Cortes Supranacionais, como por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, e/ou ao Supremo Tribunal Federal.

⁷ Lembrando que a expressão direitos humanos corresponde aos direitos fundamentais da pessoa humana, na medida que, sem eles, nenhuma pessoa conseguiria exercer, plenamente, os direitos à vida, à saúde, à igualdade, à fraternidade, ao lazer, à propriedade, à alimentação, etc. E quanto aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados com o quórum qualificado do art. 5, §3º, da CRFB/88, serão equiparados às emendas constitucionais. Fora disto, os tratados de direitos humanos não aprovados com quórum qualificado serão recepcionados com status de norma supralegal.



E para encerrar este capítulo, cumpre elucidar que segundo Mazzuoli, os tratados internacionais de direitos humanos não ratificados, pelo Brasil, com *quorum* qualificado, serão objeto de controle de convencionalidade difuso, visto que o controle concentrado destina-se apenas aos tratados incorporados com status de emenda constitucional⁸.

Além disto, o requerimento de controle difuso da lei ou ato normativo deve ser suscitado em sede de preliminar, em cada caso concreto, cabendo ao juiz respectivo a análise desta matéria antes do mérito do pedido principal⁹.

Já o controle concentrado de convencionalidade pode ser suscitado por todos os meios admitidos em direito para requerimento de declaração de inconstitucionalidade, como a ADIN, a ADECON ou a ADPF¹⁰.

Estabelecidas estas distinções, passa-se à análise do julgamento da Ação Penal 470, mais conhecida como Processo do Mensalão, em que o STF proferiu decisão que, segundo parte da doutrina, violou tratado internacional de direitos humanos. Com efeito, ainda que tenha violado, quais consequências jurídicas isto poderá gerar para o Brasil?

3. O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE REALIZADO PELO STF NA AÇÃO PENAL 470

Recentemente, o controle jurisdicional de convencionalidade, até então quase desconhecido, no Brasil, ganhou relevância por ocasião do julgamento da Ação Penal 470, considerado o julgamento mais longo da história do STF, contando com 234 volumes, 405 apensos, 50.119 páginas, 38 réus, 600 testemunhas e mais de 90 horas de julgamento.¹¹

⁸ MAZZUOLI, apud GOMES, Luiz Flávio, *Controle de Convencionalidade: STF Revolucionou Nossa Pirâmide Jurídica*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/users/revista/1242742038174218181901.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

¹¹ <<http://www.cartacapital.com.br/politica/termina-o-julgamento-mais-longo-da-historia-do-stf>>. Acesso em: 27 abr. 2015.



formação de quadrilha sem saber como os tribunais de primeira instancia julgariam os outros co-réus pela prática do mesmo delito.

Nessa linha de entendimento, o Min. Gilmar Mendes destacou que o julgamento desmembrado dos réus em diversos processos ensejaria a interposição de diferentes recursos, que levariam à prescrição criminal. Assim: “Se esse processo estivesse espalhado por aí, provavelmente seu destino seria a prescrição. O processo só está chegando a termo porque está concentrado no STF”, completou.¹⁴

E, também, a Ministra Rosa Weber argumentou: “Não se pode voltar para trás, a marcha é para frente”.¹⁵

Já o Ministro Celso de Mello fez referência ao sistema regional europeu de direitos humanos para fundamentar seu voto a favor do julgamento unificado dos réus perante a Suprema Corte, considerando que nele há uma exceção ao princípio do duplo grau de jurisdição aplicável, por analogia, ao processo do mensalão. A este respeito, leia-se:

[...] A própria jurisprudência internacional, a respeito do princípio do duplo grau de jurisdição, tem reconhecido, como ressaltam, em seus preciosos comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, os professores LUIZ FLÁVIO GOMES e VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, em extensa análise do artigo 8º, item 3º, alínea ‘h’, do Pacto de São José da Costa Rica, que consagra o postulado do duplo grau, que há duas exceções, sendo uma delas a que envolve os processos instaurados perante ‘o Tribunal Máximo de cada país’, vale dizer, perante a Corte judiciária investida do mais elevado grau de jurisdição, como sucede com o Supremo Tribunal Federal.

A mim parece, desse modo, Senhor Presidente, com toda venia, que não há que se cogitar de transgressão às cláusulas quer da Convenção Americana de Direitos Humanos quer do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos [...]¹⁶

Em sentido contrário, o Ministro Ricardo Lewandowski ponderou que o julgamento único de todos os réus, envolvidos no esquema do “Mensalão”, violaria o art. 8º, 2, h, do

¹⁴COELHO, Marcelo, *STF Rejeita desmembramento do mensalão*. Disponível em: <[http://www.congressoemfoco.uol.com.br/noticias/stf-rejeita-desmembramento-do-mensalão/](http://www.congressoemfoco.uol.com.br/noticias/stf-rejeita-desmembramento-do-mensalao/)>. Acesso em: 27 abr. 2015.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira apud Celso de Mello. Possibilidade de condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, Disponível em: <<http://valeriomazzuoli.jusbrasil.com.br/artigos/121815167/possibilidade-de-condenacao-do-brasil-perante-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos>>. Acesso em: 27 abr. 2015.



Pacto de San José da Costa Rica, que prevê o princípio do duplo grau de jurisdição, de forma absoluta. Neste sentido, observe-se parte de seu voto:

[...] Preocupa-me, por fim, o fato de que, se este Supremo Tribunal persistir no julgamento único e final de réus sem prerrogativa de foro, ele estará, segundo penso, negando vigência ao mencionado art. 8º, 2, h, do Pacto de São José da Costa Rica, que lhes garante, sem qualquer restrição, o direito de recorrer, no caso de eventual condenação, a uma instância superior, insistência essa que poderá ensejar eventual reclamação perante a Comissão ou a Corte Interamericana de Direitos Humanos [...]¹⁷

Portanto, o tema central do controle de convencionalidade realizado na Ação Penal 470 consistia em esclarecer se o julgamento dos trinta e oito reus, perante o STF, violava, ou não, o Pacto de San Jose de Costa Rica, por deixar de conferir o duplo grau de jurisdição ao réus não detentores de foro por prerrogativa de função.

Para solucionar esta questão, tem-se que ter em mente que o art. 80, do CPP, dispõe ser facultativa a separação dos processos, em função do excessivo número de acusados.¹⁸ Esta regra destina-se ao juiz, e tem por finalidade não provocar delonga excessiva na tramitação do processo.

Com efeito, a Convenção Europeia de Direitos Humanos possui ressalva expressa permitindo o julgamento de quaisquer pessoas pelo mais alto tribunal do país, sem que tal fato configure violação ao duplo grau de jurisdição (art. 2º, 2, da Convenção Europeia), porém não existe tal ressalva na Convenção Americana de Direitos Humanos, que garante o duplo grau de jurisdicao a todos os litigantes em processo.¹⁹

Além disto, o Brasil encontra-se sujeito à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos desde a edição do Dec. Lei n. 89/1998; não havendo qualquer ressalva ou

¹⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira apud Celso de Mello, *Possibilidade de condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos*, Disponível em: <<http://valeriomazzuoli.jusbrasil.com.br/artigos/121815167/possibilidade-de-condenacao-do-brasil-perante-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

¹⁸ Art. 80, do CPP: “Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou quando pelo excessivo número de acusados e para não prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação.”

¹⁹ Este direito ao duplo grau de jurisdição pode ser objeto de exceções em relação a infrações menores, definidas nos termos da lei, ou quando o interessado tenha sido julgado em primeira instancia pela mais alta jurisdição ou declarado culpado e condenado no seguimento de recurso contra sua absolvição.



exceção quanto ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Por tais motivos, afirma Mazzuoli que o STF, ao decidir julgar todos os trinta e oito réus envolvidos no processo do Mensalão, negou vigência ao art. 8º, 2, *h*, da Convenção Americana, abrindo-se a possibilidade de os acusados recorrerem ao sistema interamericano, por meio de reclamação para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, requerendo que nova solução seja dada ao caso.²⁰²¹

Por tais motivos, o próprio Min. Celso de Mello aventou hipótese de que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, esgotada a jurisdição doméstica e atendidas as demais condições estipuladas no Pacto de São José, submeta o caso à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para que seja exercido o controle de convencionalidade.²²²³

No entanto, conforme destacado anteriormente, este entendimento não prevaleceu entre os ministros, decidindo, a maioria, que o julgamento dos trinta e oito réus, em conjunto, perante o STF, não viola o princípio do duplo grau de jurisdição, tampouco o devido processo legal, de modo que não há que se falar em violação a tratado internacional de direitos humanos ratificado pelo Brasil.

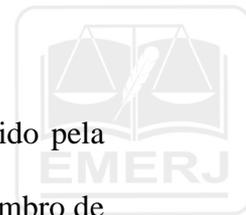
4. DA POSSIBILIDADE DE O BRASIL SER CONDENADO PELA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

²⁰ Art. 8º, item 2, “h”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica: “Garantias judiciais. 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.”

²¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira apud Celso de Mello. *Possibilidade de condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://valeriomazzuoli.jusbrasil.com.br/artigos/121815167/possibilidade-de-condenacao-do-brasil-perante-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

²² Ibid.

²³ O aspecto positivo disto seria que o julgamento proferido pela CIDH não estaria sob pressão da mídia tampouco ao clamor social de justiça afastando-se a possibilidade de julgamentos parciais ou políticos, ao contrário do STF.



Coincidentemente, o tema relativo ao duplo grau de jurisdição já foi debatido pela CIDH, por conta do julgamento do caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, em 17 de novembro de 2009, em razão de o Sr. Barreto Leiva, conquanto não possuir prerrogativa de foro por função ter sido julgado pela instância máxima do Judiciário venezuelano, em razão das regras de conexão. Ao final do processo, foi condenado a 1 ano e 2 meses de prisão, por crimes contra o patrimônio público.²⁴

Com efeito, a questão foi submetida à Corte Interamericana, que entendeu ter a Venezuela violado o direito relativo ao duplo grau de jurisdição, previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos, razão pela qual impôs à Venezuela oportunizasse ao réu nova possibilidade de recorrer da sentença²⁵.

Assim, considerando a similitude entre o Caso Barreto Leiva VS Venezuela, poderia a Corte Interamericana, mediante queixa de qualquer cidadão, avocar para si a competência de controlar e ordenar que nova solução seja dada ao caso concreto.

Entretanto, caso o Brasil seja condenado pelo sistema Americano, cumpre salientar que a decisão não revogará, anulará e tampouco cassará o acórdão do STF, limitando-se, apenas, à imposição de sanções previstas na Convenção Interamericana.

Isto porque, a decisão da CIDH tem eficácia política, não constituindo título judicial. Na prática, o efeito disto é de apenas uma orientação a ser observada nos próximos julgamentos, sob pena de exclusão do país que não cumprir seus compromissos firmados.

Por estas razões, os militares que praticaram tortura, no Brasil, durante a ditadura de 1969, não foram punidos, tampouco aqueles responsáveis pelo desaparecimento de 70 pessoas na Guerrilha do Araguaia.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.



CONCLUSÃO

Como visto neste trabalho, o controle jurisdicional de convencionalidade não se confunde com o controle de constitucionalidade, uma vez que o parâmetro de controle adotado é diferente. O controle de convencionalidade se faz em relação aos tratados internacionais de direitos humanos, ao passo que o controle de constitucionalidade é aferido à luz da CRFB/88.

Com efeito, em que pese o controle de convencionalidade ser tema ainda pouco explorado no Brasil, não significa dizer que seja menos importante, considerando que os países devem procurar uniformizar suas leis internas ao conteúdo dos tratados internacionais ratificados, em busca do desenvolvimento de cooperação entre os Estados.

No caso da Ação Penal 470, julgada pelo STF, a questão foi suscitada, em razão de a Suprema Corte ter julgado trinta e oito réus em um mesmo processo, por conta da conexão entre os crimes (art. 76, do CPP), conquanto apenas parte deles possuir prerrogativa de foro por função e o restante não.

Esta decisão gerou uma série de críticas, porque o STF não seria órgão originariamente competente para julgar pessoas que não possuem prerrogativa de foro por função. Neste passo, estar-se-ia violando o princípio do duplo grau de jurisdição, do devido processo legal, e do juiz natural, na medida em que não se estaria ofertando, aos acusados, todos os meios de defesa a eles inerentes conforme a CRFB, CPC e o CPP.

Entretanto, esta tese não foi acolhida pela Suprema Corte, que entendeu não estar havendo violação alguma aos direitos de defesa dos réus, considerando que sua competência foi atraída pela conexão, e porque lhes foi oportunizado o devido processo legal, com todas as garantias processuais e constitucionais inerentes.

Com efeito, apesar de esta ação já estar julgada e transitada em julgado, com os réus cumprindo pena nos termos condenados, cumpre salientar que em maio de 2014, a defesa do

ex-ministro José Dirceu apresentou recurso à CIDH, pleiteando recomendações de um novo julgamento, porque a decisão proferida não teria observado o devido processo legal, nem o duplo grau de jurisdição.

Esta ação ainda não foi concluída, encontrando-se pendente de julgamento, mas ainda que haja eventual condenação da CIDH, é importante ressaltar que esta decisão não produzirá efeitos jurídicos internos, não poderá cassar o acórdão do STF, rever ou anulá-lo, pois os Estados Estrangeiros são soberanos, devendo suas decisões internas ser observadas pelos outros países, ainda que não as homologuem, internamente.

O que se pode extrair de eventual condenação da CIDH são recomendações para que o Brasil conforme suas futuras decisões ao conteúdo dos tratados internacionais ratificados, sob pena de o Estado poder ser condenado ao pagamento de indenização compensatória pelos prejuízos causados, caso haja requerimento, bem como ser excluído do tratado internacional ratificado.



REFERÊNCIAS

SAN JOSÉ DA COSTA RICA. Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1969) – Pacto de San José da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em 28 abr. de 2015

BRASIL. Decreto Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em 28 abr. de 2015

COELHO, Marcelo, *STF Rejeita desmembramento do mensalão*. Disponível em: <<http://www.congressoemfoco.uol.com.br/noticias/stf-rejeita-desmembramento-do-mensalao/>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

COLNADO, Claudio de Oliveira Santos. *Notas sobre o controle de convencionalidade*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/notas-sobre-o-controle-de-convencionalidade>> Acesso em 28 abr. 2015

GOMES, Luiz Flávio. *Controle de Convencionalidade: STF Revolucionou Nossa Pirâmide Jurídica*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/users/revista/1242742038174218181901.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

GOMES, Luiz Flávio. *Controle de convencionalidade: Valerio Mazzuoli "versus" STF*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> Acesso em 28 abr. 2015.

Haidar, Rodrigo. *STF nega pedido de desmembramento do mensalão*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-08/joaquim-barbosa-nega-pedido-desmembramento-mensalao>> Acesso em: 28 abr. 2015

LEITE, Marcos Thadeu. *Controle de convencionalidade e direitos humanos*. Revista Jus Navegandi, Teresina, ano 18, n. 3635, 14 jun. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24711>>. Acesso em: 25 abr.2015.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2012

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Possibilidade de condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://valeriomazzuoli.jusbrasil.com.br/artigos/121815167/possibilidade-de-condenacao-do-brasil-perante-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

_____, Valério de Oliveira. *Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro*. Revista de Informação Legislativa, v. 46, n. 181, p. 113-133, jan./mar.2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194897>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

NUNES, Jimmy Matias. *Controle jurisdicional de convencionalidade: crítica à posição do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <[1364 | Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro](http://ambito-</p></div><div data-bbox=)



juridico.com.br/site/24711/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14677&revista_cadern
o=9> Acesso em: 25 abr.2015

SOUZA, Aurea Maria Ferraz de. *O que se entende por controle de convencionalidade*.
Disponível em: < <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2589966/o-que-se-entende-por-controle-de-convencionalidade-aurea-maria-ferraz-de-sousa>> Acesso em: 28 abr. 2015

THADEU, Marcos. *O controle de convencionalidade: os direitos humanos como parâmetro de validade das leis*. Disponível em: <jus.com.br/artigos/24711/control-de-convencionalidade-os-direitos-humanos-como-parametro-de-validade-das-leis> Acesso em 28 abr. 2015



JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Natasha Bruna Moura de Carvalho

Graduada pela Universidade Castelo Branco - UCB. Advogada atuante na Cedae – Companhia Estadual de Águas e Esgotos.

Resumo: É possível notar atualmente forte tendência da sociedade brasileira em buscar o poder judiciário para proporcionar direitos que deveriam ter sido prestados pelos demais poderes. Essa procura vem refletindo em uma mudança no modelo clássico de separação de poderes. É possível notar que os cidadãos demonstram um descrédito cada vez maior pelos Poderes Legislativo e Executivo, e veem no Poder Judiciário aquele que, apesar dos problemas, ainda é capaz de proporcionar, com grau de imparcialidade, certa confiança à população. Neste contexto, as omissões quanto à adoção de políticas públicas por parte da Administração Pública tornam-se constantes e afrontam, inúmeras vezes, à dignidade da pessoa humana, valor no qual se funda o Estado Democrático de Direito Brasileiro. Assim, o presente trabalho visa a apresentar as principais consequências desta forma de atuação reiterada do Poder Judiciário, com uma visão clara dos prejuízos e benefícios desta promoção de políticas públicas de saúde na esfera de entrega de medicamentos. Visa-se trazer aspectos limitadores do controle judicial de tais políticas públicas, verificando até que ponto o referido controle respeita a discricionariedade administrativa e a “reserva do possível” ou afeta organização administrativa, para, assim, ser possível a análise de possíveis meios de controle dos pontos de incoerência.

Palavras-chave: Saúde. Judicialização. Política. Omissão. Limites ao Controle Judicial de Políticas Públicas. Separação de Poderes.

Sumário: Introdução. 1. Constitucionalismo, Democracia e o papel do Judiciário 2.O direito aos Medicamentos no Brasil: Constituição, legislação Infraconstitucional e a política de distribuição de medicamentos. 3. Interferência do Poder Judiciário em relação à saúde e o fornecimento gratuito de medicamentos. 4. Possibilidade de padronização na atuação judicial no fornecimento de Medicamentos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira contemporânea vivencia um quadro de crescente descrédito nos Poderes Executivo e Legislativo, que desenvolveu nos últimos tempos



fenômeno onde o Poder Judiciário é erigido ao status de verdadeiro garantidor de soluções ao atendimento dos anseios sociais. Cada vez mais o Poder Judiciário é instado a decidir sobre questões sociais que configuram direitos de todos os cidadãos e não vem sendo satisfatoriamente atendidas por aqueles que têm o dever constitucional de proporcioná-los.

A presente pesquisa científica discute as consequências desta excessiva judicialização de políticas públicas, especificamente no âmbito da crescente atuação do judiciário na entrega de medicamentos à população que não é atendida pelos programas de Saúde existentes.

Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, a fim de não somente trazer uma visão ampla e posicionamento atual da jurisprudência, mas também uma visão crítica dos leitores a respeito das problemáticas desta atuação.

É sabido que cabe ao Estado estabelecer mecanismos de concretização e proteção dos direitos fundamentais por meio de políticas públicas. Entretanto, a doutrina positivista só concebe direito, de fato, se houver a possibilidade de exigir o seu cumprimento, coercitivamente, pelo Estado.

No que toca especificamente ao tema discutido, distribuição de medicamentos, a competência da União, Estado e Municípios não está não está explicitada nem na Constituição nem na Lei. A definição de critérios para a repartição de competências neste âmbito apenas vem esboçada atos administrativos federais, estaduais e municipais diversos, o que tem revelado forte atuação judicial na implementação destes direitos. O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário vem progressivamente atendendo a demandas da sociedade que não foram satisfeitas pelo parlamento, mas por outro lado inúmeras críticas se insurgem diante desta atuação cada vez mais recorrente.

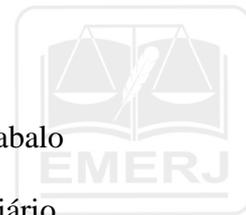


Crítica comumente oposta à jurisprudência brasileira se assenta circunstância de que a norma constitucional aplicável está positivada na forma de norma programática. Uma outra vertente crítica destaca a impropriedade de se conceber o problema como de mera interpretação de preceitos da Constituição. Impugnação com forte apelo formulada na matéria, ainda, diz respeito à questão de recorrente discussão doutrinária sobre a legitimidade democrática e a suposta impropriedade de se retirar dos poderes legitimados, já que escolhidos pelo voto popular, a prerrogativa de decidir como devem ser organizados e gastos recursos públicos. Outra forte crítica apontada é financeira, formulada sob a denominação de “reserva do possível”. E, por fim, mais recentemente, vem se levantando o argumento de que as decisões judiciais em matéria de medicamentos provocam a desorganização da Administração Pública, impossibilitando o planejamento de programas.

Nesse sentido, a atividade judicial deve guardar parcimônia e, sobretudo, deve procurar respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes.

Por todo o exposto, pretende-se levantar no presente estudo algumas questões norteadoras para facilitar a compreensão geral do tema proposto. Primeiramente, pretende-se arguir, se são direta e imediatamente exigíveis os direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – quando criados pela Constituição Federal.

Em seguida, discute-se, se são insuficientes – ao menos do ponto de vista normativo – a atuação dos Poderes Legislativo e Executivo no que toca à entrega de medicamentos para a população, para assim avaliar, no terceiro capítulo, se o Poder Judiciário tem desenvolvido este papel de judicialização, em respeito ao conjunto de opções legislativas firmadas, no que tange a matéria, pelos órgãos institucionais competentes.



Por fim, pretende-se concluir o presente estudo, com a discussão sobre o abalo da efetividade dessas políticas públicas de saúde pela atuação excessiva do judiciário, trazendo possíveis formas de padronização desta atuação.

Em suma, dentre os direitos sociais, visa-se discutir tais implementações jurisdicionais de direito à saúde. Quer seja porque é um dos mais recorrentes no Judiciário, quer seja por ser decorrente do direito fundamental à vida, ou ainda, por entendê-lo como pressuposto para o desenvolvimento pleno dos demais direitos sociais.

Procura-se, portanto, levantar as principais críticas citadas, suas implicações na sociedade, e despertar melhores opções de atuação neste âmbito, a fim de promover a adequada efetivação de tais medidas de saúde, de entrega de medicamentos, para o Estado Democrático de Direito.

1. CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E O PAPEL DO JUDICIÁRIO.

Nos últimos anos, se pôde observar claramente no Brasil uma maior atuação dos Tribunais acerca da efetivação dos preceitos constitucionais. Exemplo expressivo dessa revolução é a jurisprudência atual acerca do direito aos serviços de saúde e, principalmente, da entrega de medicamentos.

Com isso, constata-se que a Constituição deixa de ser vista como mero documento de convocação de atuação dos poderes Executivo e Legislativo, e passa a ser vista como instrumento de atuação direta e efetiva do Poder Judiciário. Direitos constitucionais assegurados, notadamente os direitos sociais, atualmente, se convertem em direito subjetivos plenos da sociedade a serem aplicados de forma imediata por juízes e Tribunais.



Conforme artigo 1º da Constituição Brasileira¹: “Todo poder emana do povo”.

Esta expressão que revela a ideia de soberania popular do Estado Democrático de Direito, é contraposta pelo constitucionalismo, que sinaliza, em essência, a limitação do poder e supremacia da lei. Desta feita, podem, neste ponto, ocorrer conflitos.

Não obstante, o princípio democrático, configurado quando do sistema representativo, permite que, periodicamente, o povo atue na deflagração de sua vontade por meio de seus representantes. Sendo assim, a ideia de governo do povo e da maioria se realiza, principalmente, pela atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, aos quais competem a elaboração de leis, a alocação de recursos e a formulação e execução de políticas públicas, como no âmbito da saúde, segurança, educação e etc.

O Estado Constitucional, por sua vez, se pode, na busca por sua essência, traduzir pela gravitação em torno da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, em relação aos estes últimos revelando como direção a liberdade, a igualdade, o mínimo existencial. Têm assim, os três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – o dever de realizá-los, na maior extensão possível.

Sendo assim, o constitucionalismo traduz-se em respeito aos direitos fundamentais. A democracia, em soberania popular. Ocorrendo violação de direitos fundamentais pela maioria política caberá ao Judiciário agir.

Neste contexto, desenvolveu-se no Brasil um movimento jurídico-acadêmico conhecido como doutrina brasileira da efetividade², como reconhecimento de uma grande conquista no Constitucionalismo brasileiro: a força normativa das normas constitucionais. Tal fenômeno, reconhecido como constitucionalização do Direito, tem como ponto de partida a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico.

¹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/acervo/constituicao-federal/a-constituicao-federal>>. Acesso em: 20 out. 2014.

²BARROSO, Luís Roberto, *Vinte Anos da Constituição Brasileira de 1988: o Estado a que chegamos*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20081127-03>. Acesso em: 20 out. 2014.

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito.³

À luz de tais premissas, a interpretação das normas deve ser sempre realizada conforme a constituição, em aplicação direta - quando a pretensão é fundada em norma constitucional – e indireta, quando a pretensão tiver base em norma infraconstitucional.

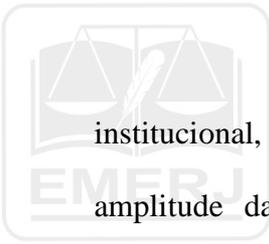
O constitucionalismo democrático foi, portanto, a ideologia vitoriosa do século XX, pois busca combinar Estado de direito e a soberania popular.

Tal doutrina, entretanto, foi ainda de grande importância em outro sentido. Buscou-se superar algumas disfunções enraizadas na formação nacional, no que tange à normatividade constitucional, eis que a Constituição passa a ser vista, não como mera ideologia, mas como normas aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa.

Em consequência dessa nova ideologia, sempre que violada norma mandamental Constitucional, a ordem jurídica deve prover mecanismos adequados de tutela, disciplinando os remédios jurídicos próprios e a atuação efetiva de juízes e tribunais. Normas constitucionais, portanto, contêm comandos, e, sendo assim, a omissão, na mesma medida em que a ação será forma de descumprimento de seu conteúdo.

Neste sentido, a referida doutrina promoveu três grandes mudanças de paradigma no direito constitucional no país. No plano jurídico, atribuiu normatividade plena à Constituição, que se tornou fonte de direitos e de obrigações, independentemente da intermediação do legislador. Sob o aspecto científico, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, afastando-se do anterior discurso meramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto

³BARROSO, Luís Roberto, *O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI168919,51045-O+constitucionalismo+democratico+no+Brasil+cronica+de+um+sucesso>>. Acesso em: 20 out. 2014.



institucional, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, pela maior amplitude dada ao papel assumido na concretização dos valores e dos direitos constitucionais.

Por todo o exposto, podemos concluir que a Constituição define um direito fundamental e ele se torna exigível, inclusive mediante ação judicial e em via de consequência o Poder Judiciário passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição.

A doutrina da efetividade utilizou-se, conforme exposto, de uma metodologia positivista: direito constitucional é norma; e conseqüentemente parte de um critério formal para estabelecer a exigibilidade destes direitos. Estando a norma Constitucional deve ser cumprida, e pode ser exigida efetivamente.

O Judiciário, conforme se conclui, poderá intervir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, mormente se alguém tiver seu mínimo existencial sendo violado. Se, de outro lado, o legislador tiver feito escolhas legais, de acordo com as colisões de direitos e em observância aos princípios, o Judiciário deverá se abster de intervi-las, em respeito ao Princípio Democrático.

Se um direito fundamental precisar ser ponderado com outros direitos fundamentais ou com princípios constitucionais, deverá ser aplicado com a maior amplitude possível, obedecendo à razoabilidade, caso a caso, e observando o contexto fático e jurídico, preservando-se, contudo, o seu núcleo essencial.

Desta forma, grande importância tem a aplicação de normas constitucionais pelo judiciário no que tange às políticas públicas de saúde, por representarem uma gama de direitos essenciais e devem ser, portanto, minimamente garantidas.



2. O DIREITO AOS MEDICAMENTOS NO BRASIL: CONSTITUIÇÃO, LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E A POLÍTICA DE DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS

Conforme já exposto, no Brasil, o assunto da distribuição de competências entre a União, Estados e Municípios no que tange a distribuição de medicamentos não veio explicitada na Constituição nem em Lei. Tais critérios de repartição somente estão dispersos em atos Administrativos dos Entes Federativos.

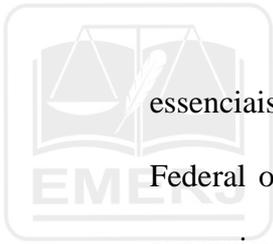
Pode-se destacar neste aspecto a Portaria⁴ nº 3.916/98 do Ministério da Saúde, que pode ser considerada a matriz de toda a estrutura de fornecimento de medicamentos, já que as outras portarias são baseadas em suas disposições. A referida portaria estabelece a Política Nacional de Medicamentos.

Sendo assim, a formulação da Política Nacional de Medicamentos impõe o sistema hoje proposto para a distribuição dos medicamentos, cabendo às portarias seguintes apenas delimitar os traços característicos, de modo que os diferentes níveis federativos, em colaboração, elaboram listas de medicamentos que serão adquiridos e fornecidos à população.

Com efeito, cabe ao gestor federal a formulação da Política Nacional de Medicamentos, que inclui a elaboração do RENAME - Relação Nacional de Medicamento⁵. Ao Município cabe definir a relação municipal de medicamentos

⁴BRASIL. Portaria nº 3.916/98, de 30 de outubro de 1998. Disponível em: <<http://www.saude.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=283>> Acesso em: 20 jan. 2015.

⁵A Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename) é uma lista de medicamentos que deve atender às necessidades de saúde prioritárias da população brasileira. Deve ser um instrumento mestre para as ações de assistência farmacêutica no SUS. Relação de medicamentos essenciais é uma das estratégias da política de medicamentos da Organização Mundial da Saúde (OMS) para promover o acesso e uso seguro e racional de medicamentos. Foi adotada há mais de 25 anos, em 1978, pela OMS e continua sendo norteadora de toda a política de medicamentos da Organização e de seus países membros. Esta Relação é constantemente revisada e atualizada pela Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização da Rename (Comare), instituída pela Portaria GM no. 1.254/2005, e composta por órgãos do governo, incluindo instâncias gestoras do SUS, universidades, entidades de representação de profissionais da saúde. O CFF é um das entidades-membro desta Comissão, sendo representado por



essenciais, com base na RENAME. A União em parceria com os Estados e o Distrito Federal ocupa-se, sobretudo, da aquisição e distribuição dos medicamentos de caráter excepcional, conforme se depreende das Portarias nº 2.577/GM, de 27 de outubro de 2006⁶, e nº 1.321, de 5 de junho de 2007⁷. Por fim, cabe ao gestor estadual definir o elenco de medicamentos que serão adquiridos diretamente pelo Estado, particularmente os de distribuição em caráter excepcional.

Conforme o exposto, constata-se que não se encontram inertes os Poderes Legislativo e Executivo, em relação às referidas políticas públicas de Saúde de distribuição de Medicamentos, no que tange ao arcabouço normativo de implementação.

Deve-se, assim, presumir que tais listas elaboradas levam em consideração a necessidades básicas da população bem como as possibilidades financeiras existentes, a fim de que se respeite o sistema Democrático e de Separação de Poderes pelo qual é regido o Estado. Passemos, então, a análise crítica do papel desempenhado pela jurisprudência no que tange a atuação frente a tais demandas.

3. INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO EM RELAÇÃO À SAÚDE E O FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS

Uma das maiores críticas à intervenção judicial na garantia de direitos sociais efetivos à população, comumente ouvida, está baseada na violação do princípio da

técnicos do Cebrim/CFE, o qual participa ativamente do processo de revisão da RENAME desde 2001. A última atualização da RENAME foi publicada em 2010 e está disponível no sítio do Ministério da Saúde www.saude.gov.br. BRASIL.

Portaria GM nº. 1.254 DE 05 de Maio de 2005. Disponível em: <<http://www.cfe.org.br/pagina.php?id=140>> Acesso em: 20 jan. 2015.

⁶ BRASIL. Portaria nº 2.577/GM, de 27 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-2577.htm>> Acesso em: 20 jan. 2015.

⁷ BRASIL. Portaria nº 1.321, de 5 de junho de 2007. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-2577.htm>> Acesso em: 20 jan. 2015.



“Separação dos Poderes”, visto que tais direitos consubstanciam-se basicamente em locações orçamentárias.

Observa-se no Brasil, larga oposição ao controle judicial do mérito administrativo, e na atuação discricionária. É pacífico o entendimento de ser somente possível ao judiciário intervir no ato que viola a legalidade.

Assim, para se refletir na realidade fática, aquilo que o legislador definiu como dever social de um Estado Democrático, necessário se faz a reanálise de antigos dogmas, em razão de uma adequação necessária às novas condições do Estado Social moderno.

Neste sentido, Carmem Lúcia Antunes Rocha⁸ trata do princípio da juridicidade, ressaltando sua importância para se atingir à justiça material:

O Estado Democrático de Direito material, com o conteúdo do princípio inicialmente apelidado de "legalidade administrativa" e, agora, mais propriamente rotulada de "juridicidade administrativa", adquiriu elementos novos, democratizou-se. A juridicidade é, no Estado Democrático, proclamada, exigida e controlada em sua observância para o atingimento do ideal de Justiça social.

O papel do Poder Judiciário, conforme se expõe, é interpretar a Constituição e as leis, assegurando o respeito ao ordenamento jurídico e aos direitos postos. A respeito do assunto, bem sintetiza o professor Willis Santiago Guerra Filho⁹:

A entrada em vigor de uma Carta constitucional no Brasil em outubro de 1988 representa um sério desafio para os estudiosos do Direito em nosso país, pois traz consigo um imperativo de renovação da ordem jurídica nacional, por ser totalmente nova a base sobre a qual ela se assenta. Tem-se, portanto, de reinterpretar o Direito pátrio como um todo, à luz da “Constituição da República Federativa do Brasil”, o que pressupõe uma atividade interpretativa da própria Lei Fundamental. O objetivo último das pesquisas de base que se precisa agora realizar seria o de fornecer subsídios teóricos para auxiliar a tarefa de interpretar (e concretizar) a Constituição, partindo do pressuposto de que se trata de um tipo de interpretação dotado de características e peculiaridades que o distinguem claramente da inteligência de normas infraconstitucionais.

⁸ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.79-80.

⁹GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 6. ed. São Paulo: SRS Editora, 2009, p. 91.



Assim, trata-se de tema delicado, com vistas à correta interpretação a ser dada à Constituição Federal. Neste sentido bem coloca, ainda, Luiz Roberto Barroso¹⁰:

O tema versado no presente estudo envolve princípios e direitos fundamentais, como dignidade da pessoa humana, vida e saúde. Disso resultam duas conseqüências relevantes. A primeira: como cláusulas gerais que são, comportam uma multiplicidade de sentidos possíveis e podem ser realizados por meio de diferentes atos de concretização. Em segundo lugar, podem eles entrar em rota de colisão entre si. A extração de deveres jurídicos a partir de normas dessa natureza e estrutura deve ter como cenário principal as hipóteses de omissão dos Poderes Públicos ou de ação que contravenha a Constituição. Ou, ainda, de não atendimento do mínimo existencial.

Em conclusão, quer se ressaltar que, ressalvadas as exposições acima, a atividade jurisdicional deverá ter harmonia com as opções legislativas e administrativas, em relação à matéria, pelos poderes administrativos competentes. Com base na atual e majoritária visão doutrinária e jurisprudencial: havendo lei ou ato administrativo que implementem a Constituição e sendo estes regularmente aplicados, deve se abster o judiciário de agir. Entretanto, observando - se a ausência de leis ou ações por parte dos órgãos administrativos competentes poderá haver interferência judicial.

4. POSSIBILIDADE DE PADRONIZAÇÃO NA ATUAÇÃO JUDICIAL NO FORNECIMENTO

Com toda a divergência exposta, que circunda o tema de fornecimento de medicamentos, se faz necessário pensar em padronização ou uniformização da atuação do judiciário, a fim de manter a segurança jurídica e a igualdade na prestação jurisdicional.

Dessa feita, inicialmente é possível considerar algumas formas de padronização trazidas em estudo de Luiz Roberto Barroso, que se revela de uma solução bastante eficaz em relação a maioria das críticas que se apontam nesta seara.

¹⁰BARROSO, Luís Roberto, *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva*: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso>>. Acesso em: 20 out. 2014.



Em primeiro lugar, com intuito de melhor organizar tal atuação, é possível dividir tais parâmetros em dois âmbitos: os pedidos em ações individuais e aqueles realizados em ações coletivas.

No âmbito das ações individuais um parâmetro sugerido por Luiz Roberto Barroso¹¹ é que: nessas ações deve-se limitar a atuação jurisdicional a assegurar o fornecimento dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos. Tal parâmetro apontado se deve ao respeito às opções administrativas e legislativas dos demais Entes Federativos, refletida nas listas de Medicamentos elaboradas para tanto.

Tenta-se, em suma, com esse primeiro parâmetro adequar a prestação jurisdicional a uma postura que se harmonize com a atuação dos demais entes, e neste sentido, anular críticas como interferência no Processo Democrático constituído. Isso se dá em função da constatação de que os recursos necessários ao custeio dos medicamentos decorrem, em verdade, do próprio povo pelo pagamento de tributos e, sendo assim, o povo deve decidir sobre sua distribuição, que se faz em última análise pela escolha de seus representantes.

Esse parâmetro foi adotado no SS 3073/RN¹², reconhecendo a necessidade de respeitar o Princípio Democrático, enfatizou a Ministra Ellen Gracie que a atuação jurisdicional não deve desconsiderar as políticas públicas definidas pelo Poder Executivo, sob pena de desorganizar a atuação administrativa, que refletiria em comprometimento ainda maior de tais políticas.

¹¹BARROSO, Luís Roberto, *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva*: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso>>. Acesso em: 20 out. 2014.

¹²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS 3073/RN. Relatora: Ministra Ellen Gracie Presidente. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139958/suspensao-de-seguraca-ss-3073-rn-stf>>. Acesso em: 17 out. 2014.



Essa orientação também predomina no STJ, conforme se observa em inúmeros julgados, vide¹³:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPORTAÇÃO E TRANSPORTE DE MEDICAMENTOS DESTINADOS A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS. ART. 273, § 1º-B, I, DO CP. PLEITO PELA APLICAÇÃO DA PENA PREVISTA NA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Não é possível aplicação da pena prevista ao delito de tráfico de drogas ao crime do art. 273, § 1º-B, I, do CP, porquanto as substâncias dos medicamentos encontrados não constam na lista de entorpecentes (Portaria nº 344, de 12-5-1998 da Anvisa) 2. Agravo regimental não provido.

Entretanto, para se determinar a sugestão deste primeiro parâmetro apresentado, houve uma presunção, relativa, de que as referidas listas de medicamentos estão em consonância com as necessidades apresentadas pela população, e possibilidades da administração Pública.

Ao ser levada ao judiciário, questão que envolva tal presunção, ou seja, que refute a referida lista, o judiciário pode revê-la, e motivando, poderá alterá-la se perceber grave omissão ou desvio. Nestes casos, em que se pleiteia a adequação da lista de medicamentos de determinado ente Federativo sugere-se como parâmetro o manejo deste pedido somente em ações coletivas.

Isso decorre da ideia de que, em regra, os legitimados ativos dessas ações - Ministério Público, associações - possuem maiores condições de tratar do tema com uma visão ampla e apreciação macro das tais políticas, quando necessário for revê-las no Judiciário, havendo uma discussão da correta alocação dos recursos, da definição de prioridades em caráter geral, entre outros assuntos, que em razão da urgência e limitação das ações individuais não se costuma discutir.

Mas, ainda, decorre principalmente da possibilidade proeminente de que tais decisões tomadas no âmbito de uma ação coletiva ou de controle abstrato de

¹³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1425272 / SPAGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL2013/0409492-8.Relator: Ministro Moura Ribeiro. Disponível em:<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25082607/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1425272-sp-2013-0409492-8-stj>>. Acesso em: 17 out. 2014.



constitucionalidade tenham efeitos *erga omnes*, o que possibilita ao Poder Público a organização de seus recursos de forma única, desconstituindo a maioria das críticas levantadas às decisões judiciais desordenadas.

Outras questões podem ser colocadas como parâmetros de norteamento gerais nesse âmbito de decisões judiciais, como a exclusão da possibilidade de mudança da lista pra inclusão de medicamentos sem eficácia comprovada, experimentais e alternativos. Ou ainda a preferencia à medicamentos que tenham disponibilidade do país.

Ademais, deve-se, como se coloca evidente, haver nestes casos a priorização de por medicamentos genéricos (Lei nº. 6.360/76) ou aqueles de menores custos.

Outra possibilidade de parâmetro, colocada por Luiz Roberto Barroso¹⁴ neste aspecto, seria a necessidade pelo Judiciário de considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida. Para tanto assim coloca o Ilustre Doutrinador:

A discussão sobre a inclusão de novos medicamentos na listagem que o Poder Público deverá oferecer à população deve considerar, como um parâmetro importante, além dos já referidos, a relação mais ou menos direta do remédio com a manutenção da vida. Parece evidente que, em um contexto de recursos escassos, um medicamento vital à sobrevivência de determinados pacientes terá preferência sobre outro que apenas é capaz de proporcionar melhor qualidade de vida, sem, entretanto, ser essencial para a sobrevivência.

Neste diapasão, se verifica ao longo da explanação, que com a referida padronização trazida pelo ilustre doutrinador Luiz Roberto Barroso, é possível harmonizar a maioria das críticas atuais da atuação excessiva do judiciário e mitigar os prejuízos elencados desta forte atuação, promovendo justiça, entretanto, mantendo-se o necessário equilíbrio de atuação das três esferas de Poder.

¹⁴BARROSO. Luis Roberto. *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva*: direito á saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso>>. Acesso em: 20 jan. 2015.



CONCLUSÃO

Como se pôde observar ao longo do presente estudo, a discussão sobre a concretização dos referidos direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário abarca muitas questões divergentes na doutrina, e muito mais consequências positivas e negativas do que possa a um primeiro momento parecer. A questão não deve residir, apenas no fato de se saber se os juízes tem ou não legitimidade para proferir tais decisões, ou se há ou não violação da separação dos Poderes e de sua harmonia. Trata-se como visto, de tema muito mais denso e polêmico.

Aprofundando o estudo e ampliando a visão crítica o que se pôde perceber é que, na verdade, essa discussão revela que o Estado como um todo está doente.

A ineficiência é generalizada, e a falta de comprometimento e organização Estatal refletem na explosão de ações judiciais, que se multiplicam a cada ano nas ultimas décadas. Dessa forma, é possível reiterar a hipótese levantada ao inicio deste trabalho de existência de relação direta entre Judicialização e inoperância das políticas públicas.

A intervenção do Poder Judiciário atualmente se vê necessária, mas, melhor seria que não se necessitasse recorrer a um juízo para a efetivação de direitos sociais como o direito à saúde, tampouco, que se necessitasse estabelecer critérios e estratégias para evitar erros, abusos ou desordem quando do deferimento das tutelas.

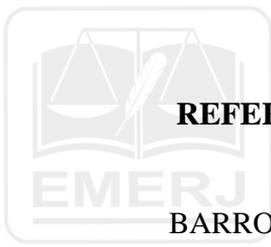
O fenômeno da judicialização, principalmente no âmbito da saúde, é um problema que dificilmente será resolvido em curto espaço de tempo; assim, os abusos que envolvem esse fenômeno devem ser identificados e combatidos, bem como as incongruências e prejuízos que possam apresentar, sob pena de uma atuação necessária se tornar prejudicial e perigosa quando analisada por uma visão coletiva.



Por outro lado, o Poder Público pode e deve atuar por meio de suas diversas esferas governamentais, proporcionando à população, meios eficazes para que tenha acesso a diagnósticos e prevenção de doenças, além de garantir assistência clínica e hospitalar de qualidade, sem falar, é claro, no fornecimento de medicamentos adequados aos pacientes.

Os parâmetros indicados no presente estudo levam a concluir que muitos pontos devem ser abordados, e devem ser trazidos ao centro da atenção na atuação do Poder Judiciário. É legítima a discussão em torno dos impactos orçamentários que esse fenômeno de judicialização provoca, bem como a cerca dos possíveis prejuízos trazidos pela análise do tema sob o prisma puramente individual. Porém, não se pode admitir que tais argumentos impeçam o Poder Judiciário de fazer valer as normas constitucionais, destacando a saúde, de maneira acertada, como um dos cânones do direito a vida e considerando-a como um dos conteúdos que compõem a dignidade da pessoa humana.

Por fim, a proposta para solução da esfinge levantada neste trabalho concentra-se na conscientização de que os agentes políticos são representantes da população que por via democrática creditaram confiança para que notassem o desenvolvimento de ações políticas voltadas para atender interesses de caráter coletivo, fazendo valer a premissa de busca ao bem-estar social.



REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf>. Acesso em: 20 out. 2014.

_____. *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: direito á saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso>>. Acesso em: 20 jan. 2015

_____. *O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI168919,51045-O+constitucionalismo+democratico+no+Brasil+cronica+de+um+sucesso>>. Acesso em: 20 out. 2014.

_____. *Vinte Anos da Constituição Brasileira de 1988: o Estado a que chegamos*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20081127-03.pdf>. Acesso em: 20 out. 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/acervo/constituicao-federal/a-constituicao-federal>>. Acesso em: 20 out. 2014.

_____. Declaração Universal dos Direitos Humanos - unesdoc. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

_____. Portaria nº 3.916/98, de 30 de outubro de 1998. Disponível em: <<http://www.saude.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=283>> Acesso em: 20 jan. 2015.

_____. Portaria GM nº. 1.254 DE 05 de Maio de 2005. Disponível em: <<http://www.cff.org.br/pagina.php?id=140>> Acesso em: 20 jan. 2015.

_____. Portaria nº 2.577/GM, de 27 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-2577.htm>> Acesso em: 20 jan. 2015.

_____. Portaria nº 1.321, de 5 de junho de 2007. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-2577.htm>> Acesso em: 20 jan. 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS 3073/RN. Relatora: Ministra Ellen Gracie Presidente. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139958/suspensao-de-seguraca-ss-3073-rn-stf>>. Acesso em: 17 out. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1425272 / SP AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2013/0409492-8. Relator: Ministro Moura



Ribeiro. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25082607/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1425272-sp-2013-0409492-8-stj>>. Acesso em: 17 out. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 6 Ed. São Paulo: SRS Editora, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.



DA INAPLICABILIDADE DO CRÉDITO ORIUNDO DE CESSÃO FIDUCIÁRIA NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL – LEI 11.101/2005

Nick Simonek Maluf Cavalcante

Graduado em Direito pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais – Ibmecc.

Resumo: O instituto da recuperação judicial vem ganhando relevo com a edição da Lei 11.101/05, principalmente, no que diz respeito aos créditos sujeitos ao referido procedimento. Nessa linha, é de se afirmar que as relações creditícias entre sociedades empresárias devem ser pautadas sob o prisma da legalidade, boa fé objetiva além da função social do contrato. Diante desses princípios cumprirá ao respectivo trabalho abordar os parâmetros do contrato de alienação fiduciária e a respectiva cessão fiduciária e identificar as razões pelas quais o crédito daí oriundo não pode ser contemplado pelo plano de recuperação judicial.

Palavras - chave: Recuperação Judicial. Alienação Fiduciária. Cessão Fiduciária. Inaplicabilidade. Crédito.

Sumário: Introdução. 1. Recuperação Judicial - Procedimento e a Posição do Credor Fiduciário. 2. Contrato de Alienação Fiduciária e os Efeitos da Recuperação Judicial. 3. Cessão Fiduciária e Inaplicabilidade do Crédito à Recuperação Judicial. 4. Pontos Positivos da Exclusão da Cessão Fiduciária dos Efeitos da Recuperação Judicial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O estudo aqui apresentado busca a compreensão sumária da nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências, Lei 11.101/05, conjugada com a determinação da noção dos contratos empresariais de alienação fiduciária e cessão fiduciária e a corrente inaplicabilidade dos créditos aí decorrentes em relação ao plano de recuperação judicial.

Nesse sentido, também serão abordadas as consequências para o credor fiduciário e devedor fiduciante pela não inclusão dos respectivos créditos na sistemática da recuperação judicial.

Ainda aqui, será elucidado recente julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça que alerta pela inaplicabilidade do instituto à recuperação judicial, sem falar na justificativa de que não há na presente hipótese qualquer quebra de isonomia em relação aos outros créditos sujeitos ao plano de recuperação judicial, pelo contrário, a não inclusão do crédito



oriundo da cessão fiduciária constitui estímulo ao princípio da preservação da empresa e pode vir a salvar a recuperanda de uma possível convolação em falência, hipótese esta desfavorável a todos os credores.

Por fim, busca-se pelo presente trabalho acadêmico acabar com dúvidas e inquietações dos estudiosos do assunto, bem como dos leitores em geral, utilizando formas simples de explicações dos mencionados contratos, bem como do instituto da recuperação judicial e de seu plano a que estão sujeitos a maior parte dos credores da sociedade ou do empresário em recuperação judicial.

1. RECUPERAÇÃO JUDICIAL – PROCEDIMENTO E A POSIÇÃO DO CREDOR FIDUCIÁRIO

Inicialmente, conforme se verifica da nomenclatura utilizada pelo legislador na Lei¹ 11.101/05, tem-se como objetivo, em primeiro plano, a recuperação do devedor empresário ou sociedade empresária, para após, caso não ultrapassada a situação de crise econômico financeira, seja decretada a falência de um ou de outro.

Nessa sentido, já adentrando na matéria relativa à recuperação judicial, deve-se indagar quais pessoas podem requerer recuperação judicial, como funciona o procedimento judicial para postulação da recuperação judicial e quais os créditos que não estão sujeitos à recuperação judicial, não sendo, em consequência abarcados pelo plano de recuperação a ser apresentado pelo devedor empresário.

Para solucionar a primeira indagação, cumpre esclarecer que o artigo 1º², da Lei 11.101/05³, dispõe que somente o devedor, seja ele empresário individual ou sociedade empresária, pode requerer o benefício da recuperação judicial. No entanto, pelo parágrafo 1º, do artigo 48⁴ da Lei 11.101/05⁵, também podem requerer a recuperação judicial o cônjuge

¹ BRASIL. Lei 11.101/05, 09.02.2005, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm, acesso em 09 de junho de 2015.

² BRASIL. Lei 11.101/05, 09.02.2005, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm, acesso em 09 de junho de 2015, Artigo 1º.

Art. 1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.

³ BRASIL. Lei 11.101/05, 09.02.2005, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm, acesso em 09 de junho de 2015.

⁴ BRASIL. Lei 11.101/05, 09.02.2005, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm, acesso em 09 de junho de 2015, Artigo 48.

Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

§ 1º A recuperação judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente.



sobrevivente, os herdeiros do devedor, o inventariante ou o sócio remanescente o que amplia de certa forma o rol de legitimados.

Ainda em complementação a própria Lei exige certos requisitos de legitimação, ou seja, dentre eles estão o fato de não ter sido o requerente falido ou se o for terem sido declaradas extintas suas obrigações. Isso porque a recuperação judicial é uma benesse ao empresário e para que não haja a decretação de plano da falência, a Lei 11.101/05⁶ condiciona a concessão da recuperação a uma credibilidade da sociedade ou do empresário perante os credores, ou seja, confere ao devedor uma nova oportunidade para quitar seus débitos.

Nessa linha, cabível lembrar que como se trata de um benefício ao devedor em face de sua massa de credores, este não pode postular pedidos sucessivos de recuperação, caso contrário haveria quebra de confiança entre as partes sem falar na ausência de credibilidade do judiciário que concederia prazos ininterruptos ao devedor em prejuízo dos credores, afetando a segurança jurídica de todos os negócios.

Além disso, a Lei 11.101/05⁷ exige que o devedor, para postular sua recuperação judicial, não tenha sido condenado pelos crimes previstos na lei falimentar, salvo se os efeitos da condenação já cessaram ou se promoveu sua reabilitação. Ora, também não é possível ficar o devedor sofrendo os efeitos da condenação por tempo indeterminado.

Ultrapassadas as respostas referentes à legitimidade do devedor e os requisitos de legitimação, cabe, agora, elucidar o procedimento judicial para requerimento da recuperação judicial, ou seja, deve o devedor apresentar petição inicial ao juízo do local de seu principal estabelecimento ou, caso seja uma sociedade estrangeira, no local de sua filial, assim dispõe o artigo 3º⁸, da Lei 11.101/05⁹.

Atente-se para o fato de que o juízo do principal estabelecimento não é necessariamente a sede da sociedade, ou seja, principal estabelecimento é aquele onde se encontram todos ou a maioria dos negócios da sociedade, o local de comando de suas operações. Em continuidade, proposta a ação de recuperação judicial no foro competente,

⁵ Ibid.

⁶ BRASIL. Lei 11.101/05, 09.02.2005, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm, acesso em 09 de junho de 2015.

⁷ Ibid.

⁸ BRASIL. Lei 11.101/05, 09.02.2005, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm, acesso em 09 de junho de 2015, artigo 3º.

Art. 3º É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.

⁹ BRASIL. Lei 11.101/05, 09.02.2005, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm, acesso em 09 de junho de 2015



deve vir esta instruída com diversos documentos e razões previstos na legislação antes mencionada.

Estando em termos a documentação exigida pela legislação antes mencionada, deve o juiz deferir o processamento da recuperação judicial dando continuidade ao processo, mas tal decisão não significa a procedência do pedido, já que esta depende da aprovação do plano de recuperação pelos credores.

Ainda sobre o procedimento da recuperação judicial, cabível elucidar a obrigatoriedade de nomeação de um administrador judicial pelo juiz, o qual será responsável daí por diante pela representação do recuperando, sem falar nos prazos de habilitações ou divergências a serem apresentadas respectivamente pelos credores não incluídos na lista apresentada quando do ajuizamento da inicial ou os que divergirem dos créditos constantes de tal relação apresentada pelo devedor.

Ainda assim, é necessária atenção a possível convocação de assembleia geral de credores e da constituição de um comitê de credores, tudo isso a critério dos credores e, por último, necessária a elucidação sobre a impossibilidade de desistência do pedido de recuperação judicial salvo aprovação posterior em assembleia geral.

Por último e respondendo a última indagação, cabível afirmar que o texto legal, de forma expressa, exclui alguns créditos dos efeitos da recuperação judicial e dentre eles, encontra-se o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis e imóveis, objeto de estudo do presente artigo, conforme disposto pelo artigo 49¹⁰, parágrafo 3º, da Lei 11.101/05¹¹.

A respectiva exclusão, não só do credor fiduciário como também de outros credores dos efeitos da recuperação judicial, teve como objetivo primordial garantir, como será visto nos capítulos a seguir, garantir a continuidade das atividades do devedor já que os contratos

¹⁰ BRASIL. Lei 11.101/05, 09.02.2005, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm, acesso em 09 de junho de 2015, Artigo 49.

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

¹¹ BRASIL. Lei 11.101/05, 09.02.2005, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm, acesso em 09 de junho de 2015.



listados no artigo acima citado, caso resolvidos de imediato levariam a impossibilidade de continuação das atividades do devedor.

Além disso a continuidade de contratos como o de cessão fiduciária, seja ela de bens móveis ou de bens imóveis, conforme será visto nos capítulos seguintes, traz uma maior segurança aos investimentos por parte dos credores, uma vez que seus contratos continuarão sendo honrados mesmo com a situação de crise do devedor.

Ultrapassadas as respostas a todas as indagações feitas no início do presente artigo, passa-se a análise, em primeiro lugar, do contrato de alienação fiduciária que é o gênero e após a espécie cessão fiduciária.

2. CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E OS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

No presente capítulo passo a conceituar o contrato de alienação fiduciária para, após, descrever os efeitos previstos da recuperação judicial sobre o referido.

Nesse sentido, deve-se conceituar o contrato de alienação fiduciária como:

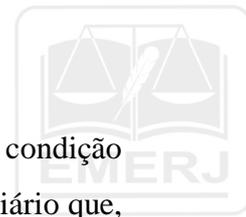
A alienação fiduciária em garantia é um contrato instrumental em que uma das partes, em confiança, aliena a outra a propriedade de um determinado bem, ficando esta parte (uma instituição financeira, em regra) obrigada a devolver àquela o bem que lhe foi alienado quando verificada a ocorrência de determinado fato.¹²

Preliminarmente, após o conceito acima disposto, cabível mencionar que os negócios jurídicos devem ser pautados pelo princípio da confiança entre as partes, não sendo diferente em relação ao negócio fiduciário em que há uma alienação de bem móvel ou imóvel de propriedade do devedor fiduciante para um credor fiduciário que pagará o preço do bem.

A confiança se insere no fato do credor ter recebido o bem após pagamento do preço e ter de restituí-lo ao devedor, devidamente preservado, após o último ter quitado todas as parcelas das quantias fixadas no negócio entabulado, quais sejam o preço do bem somado a um ágio decorrente do adiantamento do valor.

Logo, em regra, trata-se de um contrato misto envolvendo operações de compra e venda, mútuo, além de obrigações reais. Nessa linha e adentrando aos efeitos do negócio,

¹² RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial Esquematizado*. São Paulo: Método, 2012, p.565.



cabe frisar que para o devedor a retomada de seu antigo bem está sujeita a uma condição suspensiva, qual seja a quitação das parcelas do contrato firmado com o credor fiduciário que, conforme disposto acima, provavelmente será uma instituição financeira.

No que tange ao credor fiduciário, este possui uma propriedade resolúvel que será desfeita após o devedor fiduciante quitar todas as parcelas do referido contrato, cabendo ao credor restituir o bem antes adquirido.

Ultrapassado o conceito de alienação fiduciária, cabível esclarecer que o ordenamento nacional prevê três espécies de alienação de acordo com o requisito da fungibilidade do bem e de acordo com a natureza deste.

Nessa sentido, obedecendo a ordem cronológica, há alienação fiduciária de bens móveis no âmbito do mercado financeiro e de capitais, regida pela Lei nº 4.728/65¹³ e pelo Decreto-Lei nº 911/69¹⁴; alienação fiduciária envolvendo bens imóveis regida pela Lei nº 9.514/97¹⁵ e; o Código Civil de 2002¹⁶ que trata de forma genérica sobre a propriedade fiduciária em seus arts. 1.361 a 1.368-A.

Como o presente trabalho tem por objeto a cessão fiduciária que é uma espécie contratual derivada da alienação fiduciária de bens móveis da Lei 4728/65¹⁷, necessário esclarecer que só será analisado no presente capítulo a respectiva espécie.

Nessa linha, cabe frisar que a alienação fiduciária de bem móvel fungível é negócio jurídico em que o devedor fiduciante aliena bem móvel, fungível, ao credor fiduciário, que passa a ter a propriedade fiduciária resolúvel do bem até que o devedor cumpra todas as parcelas do contrato. Um bom exemplo para compreender o contrato em questão se dá no mercado de consumo de automóveis onde o devedor, por não ter numerário suficiente para quitar o veículo à vista, entabula negócio jurídico com o vendedor e com o credor fiduciário de forma que o veículo, no mesmo ato, passa a propriedade do devedor e após é alienado ao credor ficando este quite com o vendedor.

Nesse exemplo, o inadimplemento pelo devedor fiduciante do pagamento das prestações devidas ao credor fiduciário gera a instauração do procedimento de busca e

¹³ BRASIL. Lei 4728/65. 16.07.1965, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4728.htm, acesso em 09 de junho de 2015.

¹⁴ BRASIL. Decreto Lei 911/65. 01.10.1965, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0911.htm, acesso em 09 de junho de 2015.

¹⁵ BRASIL. Lei 9514/97. 20.11.1997, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm, acesso em 09 de junho de 2015.

¹⁶BRASIL. Lei 10.406/2002. 01.12.2002, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm, acesso em 09 de junho de 2015

¹⁷ BRASIL. Lei 4728/65. 16.07.1965, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4728.htm, acesso em 09 de junho de 2015



apreensão previsto pelo Decreto Lei nº 911/69¹⁸, devendo ser determinada a perda da posse do devedor.

Ultrapassadas as premissas relativas ao conceito de alienação fiduciária e as hipóteses legais antes referidas, cabível, agora, estudar, de forma sucinta, os efeitos relativos ao credor fiduciário após o pedido de recuperação pelo devedor fiduciante e vice versa.

Nessa linha, tomando como exemplo o caso acima, no caso do credor fiduciário requerer em juízo a sua recuperação judicial, na forma da Lei 11.101/05¹⁹, o bem decorrente do contrato de alienação fiduciária não estará sujeito aos efeitos da recuperação, conforme regra do artigo 49²⁰, parágrafo 3º, do referido diploma legal, devendo o devedor fiduciante continuar realizando o pagamento de suas prestações até que ocorra a devida quitação.

Na hipótese inversa, caso o devedor fiduciante venha a requerer sua recuperação judicial, o contrato de alienação fiduciária continuará em vigor devendo o devedor manter seus pagamentos, sob pena da propriedade resolúvel ser consolidada na figura do credor ou que o bem seja passível de busca e apreensão e posterior alienação judicial a depender da espécie de negócio entabulado .

Por último e apenas a título de explicação ao leitor, antes de adentrar no estudo da cessão fiduciária, cumpre esclarecer que todos os apontamentos feitos nos capítulos anteriores foram necessários para a compreensão do capítulo que se passa nesse momento.

3. CESSÃO FIDUCIÁRIA E INAPLICABILIDADE DO CRÉDITO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Inicialmente, deve-se esclarecer que a cessão fiduciária constitui-se em negócio jurídico em que o cedente fiduciante cede ao cessionário fiduciário seus direitos de crédito perante terceiros em garantia do cumprimento de obrigações. Ora trata-se de uma cessão de

¹⁸ BRASIL. Decreto Lei 911/65. 01.10.1965, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De10911.htm, acesso em 09 de junho de 2015.

¹⁹ BRASIL. Lei 11.101/05, 09.02.2005, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm, acesso em 09 de junho de 2015

²⁰ BRASIL. Lei 11.101/05, 09.02.2005, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm, acesso em 09 de junho de 2015, Artigo 49.

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretroatividade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial



crédito com o intuito de garantir uma relação jurídica base entre cedente e cessionário, mediante a transferência de créditos oriundos de relações com terceiros. O respectivo contrato pode ter como objeto títulos de crédito e outros bens móveis de titularidade do devedor e que passam a propriedade resolúvel do credor após a respectiva alienação.

Nessa linha, cabe afirmar que esse negócio jurídico possui previsão no artigo 66-B²¹, parágrafo 3º, da Lei 4728/65²², sendo certo que é atribuído ao credor fiduciário a posse direta do bem objeto da garantia ou do título representativo do direito ou do crédito assumido. Trata-se de contrato constante do mercado de crédito o qual garante maior segurança ao negócio jurídico, diferentemente de contratos como de locação de bens móveis ou até mesmo de compra e venda, os quais ficam sujeitos ao adimplemento por parte do devedor com transferência imediata da posse, gerando insegurança aos credores.

A respectiva segurança é ampliada a partir do momento em que o respectivo crédito oriundo do negócio estará excluído do processamento de recuperação judicial pleiteada pelo devedor fiduciante. Para chegar a essa conclusão, cabível realizar uma interpretação teleológica e sistemática do artigo 49²³, parágrafo 3º, da Lei 11.101/05²⁴.

²¹ BRASIL. Lei 4728/65. 16.07.1965, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4728.htm, acesso em 09 de junho de 2015, artigo 66-B.

Art. 66-B. O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos.

§ 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada.

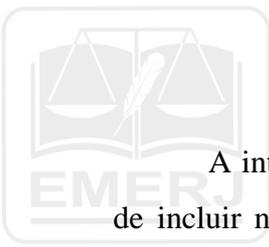
²² BRASIL. Lei 4728/65. 16.07.1965, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4728.htm, acesso em 09 de junho de 2015

²³ BRASIL. Lei 11.101/05, 09.02.2005, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm, acesso em 09 de junho de 2015, Artigo 49.

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretroatividade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

²⁴ BRASIL. Lei 11.101/05, 09.02.2005, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm, acesso em 09 de junho de 2015.



A interpretação teleológica e sistemática acima mencionada deve ser feita no sentido de incluir no dispositivo acima mencionado o contrato de cessão fiduciária. Isso porque a cessão tem como objetivo bens móveis que são cedidos ao credor fiduciário por parte do devedor em recuperação com o intuito de garantia de pagamento de negócio anteriormente firmado.

Nesse sentido, em que pese não estar previsto o contrato de cessão fiduciária no respectivo parágrafo, o que se deve compreender é que pela sistemática da alienação fiduciária como um todo, aí incluindo a cessão fiduciária, há transferência da propriedade ao credor fiduciário quando da celebração do contrato de alienação, ficando o direito do devedor fiduciante em relação ao patrimônio alienado sujeito à condição suspensiva de quitar a respectiva dívida com o credor.

Repise-se que o mesmo raciocínio deve ser aplicado na cessão fiduciária, ou seja, a partir do momento em que o credor fiduciário recebe o bem por via da cessão passa a ter plenos direitos sobre o objeto da cessão, podendo executar o título ou mesmo alienar o bem recebido em leilão, no caso de inadimplemento do devedor cedente.

Após essa explanação sobre a inclusão do contrato de cessão fiduciária no rol dos créditos excluídos da recuperação judicial, cumpre lembrar que ao longo do processo de recuperação o credor continua com a propriedade resolúvel do bem objeto do negócio devendo o devedor continuar quitando sua dívida de forma pontual, sob pena de alienação em leilão extrajudicial do bem objeto da cessão.

No que diz respeito a hipótese inversa, qual seja a do credor fiduciante requerer recuperação judicial, o contrato de cessão continuará em vigor não podendo o objeto da cessão ser alienado, constituindo-se em verdadeiro patrimônio de afetação. Logo, tanto na hipótese do credor fiduciante como na hipótese do devedor fiduciário requerendo recuperação judicial, o contrato permanecerá em vigor não ficando o crédito e as operações aí decorrentes sujeitas aos efeitos da recuperação.

Em complemento a toda interpretação e a todos os efeitos acima ditos, cabe mencionar a posição do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

DIREITO EMPRESARIAL. NÃO SUJEIÇÃO DO CRÉDITO GARANTIDO POR CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREITO CREDITÓRIO AO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL.²⁵

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp.1.202.918/SP, Relator Ministro Villas Boas Cueva. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201001250881&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> Acesso em: 09 jun. 2015.



Por último, cabível esclarecer que não se deve falar em quebra da isonomia em relação aos outros créditos, pelo contrario, há aqui um estímulo ao mercado de crédito, e como será visto a seguir o contrato em tela granate que o devedor continue com suas atividades de forma que isso venha a ajudá-lo a cumprir as obrigações sujeitas aos efeitos da recuperação judicial.

Além disso, a posse do bem objeto da cessão fiduciária estará com o credor, estando o devedor recuperando beneficiado pela possibilidade de cumprimento da obrigação em um prazo maior sem perda da expectativa do resgate do bem objeto do negócio jurídico.

Logo, não há dúvidas de que o crédito decorrente de cessão fiduciária não está sujeito aos efeitos da recuperação judicial e no próximo e último capítulo serão colacionadas as vantagens decorrentes do contrato em tela de forma a justificar o entendimento de exclusão da cessão fiduciária dos efeitos da recuperação.

4. PONTOS POSITIVOS DA EXCLUSÃO DA CESSÃO FIDUCIÁRIA DOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Nesse último capítulo serão abordados os pontos positivos de acordo com quem tenha feito o pedido de recuperação judicial. Sendo assim, cabível começar pelo devedor fiduciante, ou seja, aquele que cede bem, oriundo de negócio jurídico com terceiros, em garantia de dívida com o credor fiduciário.

Quando o devedor fiduciante requer sua recuperação judicial, o credor fiduciário passa a ter como vantagem o privilégio de estar na posse do bem objeto da cessão sem ter de devolvê-lo ao devedor em recuperação já que possui a propriedade resolúvel do mesmo. Além disso, por seu crédito não estar sujeito aos efeitos da recuperação, manterá o contrato de cessão fiduciária recebendo de forma regular o pagamento das prestações devidas pelo devedor.

Ainda assim, no caso de inadimplemento do devedor em recuperação poderá o credor alienar o bem objeto de cessão sem necessidade de percorrer vias custosas como o leilão judicial, conforme lhe autoriza o parágrafo 3º, do artigo 66-B²⁶, da Lei 4728/65²⁷. Por último e

²⁶ BRASIL. Lei 4728/65. 16.07.1965, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4728.htm, acesso em 09 de junho de 2015, Artigo 66- B.

Art. 66-B. O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei



esta talvez seja a principal vantagem, caso tivesse celebrado um contrato comum de garantia além de estar sujeito aos efeitos da recuperação, seu crédito seria considerado como quirografário, ou seja, somente seria pago após uma série de outros créditos.

No que diz respeito ao devedor fiduciante, quando esse próprio requerer sua recuperação judicial, cabível mencionar como vantagem o fato de possuir uma condição suspensiva para retomada do bem cedido o que no caso de ser um título de crédito contra terceiro lhe constituiria um ativo para quitar o passivo. Além disso, poderá continuar quitando suas dívidas de forma parcelada e segura, o que lhe traria certo conforto em período de grave crise financeira.

Invertendo os polos, quando o credor fiduciante requerer sua recuperação judicial, tem como vantagem o fato de continuar recebendo do devedor fiduciário as quantias pertinentes ao negócio entabulado, reduzindo o seu passivo. Além disso, mesmo sendo devedor terá uma garantia em suas mãos até o pagamento pelo devedor fiduciante.

Quanto ao devedor fiduciante na recuperação de seu credor este continuará mantendo uma condição suspensiva a seu favor devendo pagar sua dívida e ao final retomar o bem do credor, sendo certo que nesse período o respectivo bem estará protegido por ser um patrimônio de afetação.

Ultrapassados os pontos positivos da cessão fiduciária na recuperação judicial é que passo a conclusão do presente trabalho.

CONCLUSÃO

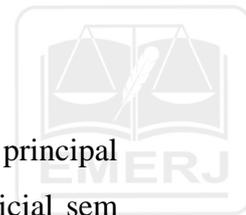
No presente trabalho foi apresentada, em um primeiro momento, a sistemática da recuperação judicial prevista na Lei 11.101/05²⁸, aí incluindo o rol de legitimados para requerê-la em juízo, assim como os requisitos de legitimação. Ademais foram feitas breves

nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos.

§ 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada.

²⁷Ibid.

²⁸ BRASIL. Lei 11.101/05, 09.02.2005, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm, acesso em 09 de junho de 2015.



considerações sobre o procedimento judicial tendo sido definido os conceitos de principal estabelecimento assim como a necessidade de nomeação de um administrador judicial sem falar na possibilidade de constituição de um comitê de credores.

Em contínuo, foi traçada a posição do credor fiduciário frente ao pedido de recuperação, tendo sido mencionada a não sujeição de seu crédito aos efeitos do procedimento de recuperação judicial. Dando sequência foi definido o conceito de contrato de alienação fiduciária sendo esse o gênero o qual abarca a cessão fiduciária.

Além disso, foi mencionado que a alienação fiduciária possui três espécies legislativas, sendo certo que o que interessava a presente obra era a cessão fiduciária prevista na Lei 4728/65²⁹, a qual constitui espécie da alienação fiduciária em garantia decorrente do mercado de capitais.

Após foi traçado o conceito de cessão fiduciária e foram feitas as devidas observações quanto à exclusão do crédito daí decorrente em relação aos efeitos da recuperação judicial, em razão de uma interpretação teleológica e sistemática dos dispositivos aplicáveis ao tema e tendo em vista a posição do Superior Tribunal de Justiça quanto à matéria.

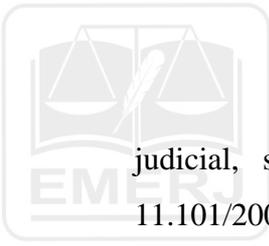
Outrossim, cabível aqui repisar o fato de que a exclusão dos efeitos da recuperação não traz qualquer quebra no princípio da isonomia, pelo contrário, o cumprimento e a não paralisação do contrato de cessão fiduciária traz benefícios aos credores da massa já que podem ser pagos com as quantias quitadas pelo devedor, no caso de recuperação do credor fiduciário.

No caso de recuperação por parte do devedor fiduciante, os credores do recuperando, após o cumprimento do contrato garantido por cessão farão jus ao produto da venda do negócio entabulado anteriormente. Por esses motivos, não há que se falar em qualquer quebra de isonomia.

Ainda em contínuo, foram trazidos os pontos positivos do contrato em questão tanto para o devedor fiduciante no caso de recuperação judicial do credor fiduciário, tendo havido a constituição de patrimônio de afetação, quanto no caso contrário em que o credor fiduciário conserva a garantia em sua posse.

Por todo o acima exposto e diante das vantagens que o contrato de cessão fiduciária oferece, seja para o credor, seja para o devedor ou até mesmo para os credores do recuperando, é que fica claro que o crédito decorrente de cessão fiduciária em garantia não está sujeito ao regime de recuperação judicial não devendo constar de plano de recuperação

²⁹ BRASIL. Lei 4728/65. 16.07.1965, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4728.htm, acesso em 09 de junho de 2015



judicial, seja por uma interpretação teológica do artigo 49, parágrafo 3º³⁰ da Lei 11.101/2005³¹.

Por fim, destaque-se que a exclusão do crédito decorrente da cessão fiduciária, conforme acima explicitado, não importa em quebra da isonomia, mas sim em estímulo ao mercado de crédito mantendo o devedor fiduciário a possibilidade de resgate do bem objeto do negócio jurídico.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 11.101/05, 09.02.2005, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm, acesso em 09 de junho de 2015.

_____. Lei 4728/65. 16.07.1965, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4728.htm, acesso em 09 de junho de 2015.

_____. Decreto Lei 911/65. 01.10.1965, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0911.htm, acesso em 09 de junho de 2015.

_____. Lei 9514/97. 20.11.1997, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm, acesso em 09 de junho de 2015.

_____. Lei 10.406/2002. 11.01.2002, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm, acesso em 09 de junho de 2015

CAMPINHO, Sérgio, *Falência e Recuperação de Empresa: O novo regime da insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010

CHALHUB, Melhim Namem, *Negócio fiduciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

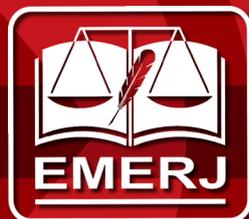
RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial Esquematizado*. São Paulo: Método, 2012

³⁰ Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretroatividade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

³¹ BRASIL. Lei 11.101/05, 09.02.2005, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm, acesso em 09 de junho de 2015.





Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
Rua Dom Manuel, nº 25 - Centro - CEP 20010-090
www.emerj.tjrj.jus.br

