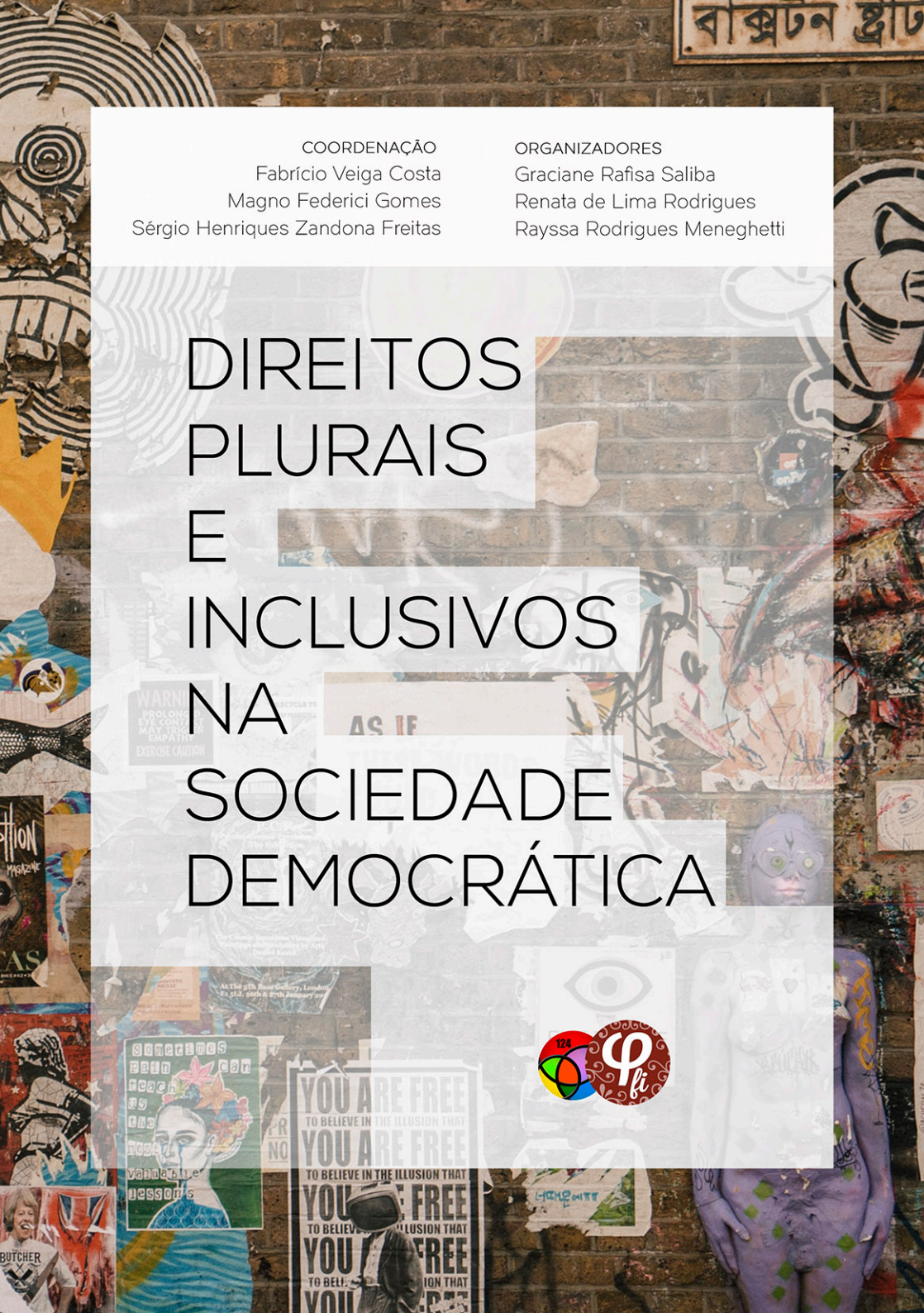
COORDENAÇÃO
Fabrício Veiga Costa
Magno Federici Gomes
Sérgio Henriques Zandona Freitas

ORGANIZADORES
Graciane Rafisa Saliba
Renata de Lima Rodrigues
Rayssa Rodrigues Meneghetti

DIREITOS PLURAIS E INCLUSIVOS NA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA



Os temas apresentados ao debate são de natureza interdisciplinar e transdisciplinar, visto que os pesquisadores se propuseram a debater questões atuais e de interesse para a sociedade contemporânea, marcada pela diversidade, pluralismo e desigualdades. O debate acerca da judicialização do direito à alimentação adequada; a incidência de ISS sobre aplicativos de mobilidade urbana; o julgamento da improcedência liminar do pedido; habilidades do advogado na mediação; desafios jurídicos enfrentados pelas cooperativas de crédito no Brasil; lei geral de proteção de dados; a prática de feminicídio contra mulheres trans; política ambiental dos tratados no âmbito da União Européia; criminalização da homofobia; efetividade dos direitos humanos e direitos fundamentais; benefícios assistenciais e previdenciários em razão de doenças mentais; transfusão de sangue de absolutamente incapaz; multiparentalidade; personalidade jurídica do embrião humano; quantificação do dano moral no Brasil e parcerias público-privadas foram os temas discutidos criticamente para evidenciar o drama enfrentado pelos estudiosos do Direito em implementar efetivamente a democracia no âmbito da sociedade civil brasileira. Pensar o direito para além do dogmatismo clássico proporciona aos estudiosos condições de enxergar as mazelas vivenciadas por aqueles sujeitos naturalmente excluidos quanto ao exercicio de seus direitos. A curiosidade epistemológica é a mola propulsora utilizada como parâmetro para desconstruir dogmas e ideologias, muitas vezes utilizadas para interpretar os direitos existentes, de modo a excluir parte de seus reais titulares. Na presente obra objetiva-se descortinar a forma de pensar, interpretar e aplicar as normas jurídicas, no contexto de uma dialética democrática que permite a igualdade no que atine ao exercicio dos direitos por todos os seus verdadeiros titulares.

FAMINAS
FACULDADE DE MINAS

Universidade de Itaúna

UNIVERSIDADE FUMEC
DE MINAS GERAIS PARA O MUNDO

Dom Helder
ESCOLA DE DIREITO

CNPq

FAPEMIG

FAPAM
FACULDADE DE PARÁ DE MINAS

FPL
EDUCACIONAL

9 786587 340975

editora fi.org

CC BY SA

DIREITOS PLURAIS E INCLUSIVOS NA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA

Comitê Editorial da Série

Filosofia & Interdisciplinaridade

- **Agnaldo Cuoco Portugal**, UNB, Brasil
- **Alexandre Franco Sá**, Universidade de Coimbra, Portugal
- **Christian Iber**, Alemanha
- **Claudio Gonçalves de Almeida**, PUCRS, Brasil
- **Cleide Calgaro**, UCS, Brasil
- **Danilo Marcondes Souza Filho**, PUCRJ, Brasil
- **Danilo Vaz C. R. M. Costa**, UNICAP/PE, Brasil
- **Delamar José Volpato Dutra**, UFSC, Brasil
- **Draiton Gonzaga de Souza**, PUCRS, Brasil
- **Eduardo Luft**, PUCRS, Brasil
- **Ernildo Jacob Stein**, PUCRS, Brasil
- **Felipe de Matos Muller**, UFSC, Brasil
- **Jean-François Kervégan**, Université Paris I, França
- **João F. Hobuss**, UFPEL, Brasil
- **José Pinheiro Pertille**, UFRGS, Brasil
- **Karl Heinz Efken**, UNICAP/PE, Brasil
- **Konrad Utz**, UFC, Brasil
- **Lauro Valentim Stoll Nardi**, UFRGS, Brasil
- **Marcia Andrea Bühring**, PUCRS, Brasil
- **Michael Quante**, Westfälische Wilhelms-Universität, Alemanha
- **Miguel Giusti**, PUCP, Peru
- **Norman Roland Madarasz**, PUCRS, Brasil
- **Nythamar H. F. de Oliveira Jr.**, PUCRS, Brasil
- **Reynner Franco**, Universidade de Salamanca, Espanha
- **Ricardo Timm de Souza**, PUCRS, Brasil
- **Robert Brandom**, University of Pittsburgh, EUA
- **Roberto Hofmeister Pich**, PUCRS, Brasil
- **Tarcílio Ciotta**, UNIOESTE, Brasil
- **Thadeu Weber**, PUCRS, Brasil

DIREITOS PLURAIS E INCLUSIVOS NA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA

Coordenação:
Fabrício Veiga Costa
Magno Federici Gomes
Sérgio Henriques Zandona Freitas

Organizadoras
Graciane Rafisa Saliba
Renata de Lima Rodrigues
Rayssa Rodrigues Meneghetti

Diagramação: Marcelo A. S. Alves
Capa: Lucas Margoni
Fotografia de Capa: Benjamin Radley - benradley.co.uk

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.

Todos os livros publicados pela Editora Fi
estão sob os direitos da Creative Commons 4.0
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR

Este livro recebeu apoio financeiro do CNPQ (Chamada 2018) e da Escola Superior Dom Helder Câmara (Edital nº 03/19 de incentivo para produção científica), resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPQ): Caminhos Metodológicos do Direito, Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA), NEGESP, Metamorfose Jurídica, Grupo de Estudos em Direito Processual (GEPRO), Diálogos Constitucionais e(m) Crise de Efetividade: análise de institutos de direito público e de direito privado e CEDIS (FCT-PT)

Série Filosofia e Interdisciplinaridade – 124

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

COSTA, Fabrício Veiga; GOMES, Magno Federici; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Coords.).

Direitos plurais e inclusivos na sociedade democrática [recurso eletrônico] / Fabrício Veiga Costa; Magno Federici Gomes; Sérgio Henriques Zandona Freitas (Coords.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

596 p.

ISBN - 978-65-87340-97-5
DOI - 10.22350/9786587340975

Disponível em: http://www.editorafi.org

1. Sociedade; 2. Democracia; 3. Direitos Fundamentais; 4. Direitos Humanos; 5. Brasil; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:
1. Direito 340

A diversidade garante que crianças possam sonhar, sem colocar fronteiras ou barreiras para o futuro e os sonhos delas.

Malala Yousafzai

Sumário

Apresentação **13**
Fabrício Veiga Costa
Magno Federici Gomes
Sérgio Henriques Zandona Freitas

Prefácio **15**
Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais

1 ..... **18**
Uma análise do código de processo civil de 2015 à luz da teoria neoinstitucionalista do processo
Rayssa Rodrigues Meneghetti
Raphael Moreira Maia
Fabrício Veiga Costa

2 ..... **37**
Adoção: as modalidades de adoção no Brasil e uma síntese de sua evolução
Caroline Amorim Costa
Italo Nogueira de Moro
Luciana Costa Estêvão
Sergio Milanez Gomes
Stephane Kelly da Silva Lima

3 ..... **58**
Uma análise da força probante do laudo pericial em demandas de responsabilidade civil médica
Caroline Amorim Costa
Michelle Amorim Costa

4 ..... **72**
Novas perspectivas sobre o direito ambiental e o desenvolvimento sustentável: a ponderação das controvérsias a respeito da responsabilização da pessoa jurídica em casos de crimes ambientais
Cristian Kiefer da Silva
Raphael Swerts Silva

5 105
A constituição de 1946 e deposição do presidente da república: Há previsão constitucional para as forças armadas terem assumido o poder em 1964?
Danilo Ferraz Córdova
Danielle Belmiro Leles Martins
Katherynne Michelynne Cruz Rodrigues
Thalis Mateus Marques de Faria

6 123
Novos contornos do Direito ao Livre Planejamento familiar. Análise a partir do pluralismo jurídico constitucional e do mosaico das famílias brasileiras
Renata de Lima Rodrigues
Brunna Emanuelle Carvalho Tonini

7 163
A problemática da decisão surpresa com o reconhecimento de ofício de matéria de ordem pública no julgamento do recurso de apelação
Fabrício Veiga Costa
Pablo Wendel Batista Nagib

8 181
Devolução de valores recebidos de benefícios previdenciários por força de decisão liminar revogada posteriormente
Aline Teixeira Guedes da Silva
Fabrício Veiga Costa

9 198
O comprometimento do princípio da separação dos poderes em face da judicialização e do ativismo judicial
Pablo Henrique Gomes de Oliveira
Raphael Moreira Maia

10 211
A decisão do STF no *habeas corpus* 126.292 e a quebra da cadeia do romance conforme a teoria do direito como integridade de Dworkin
Bernardo Schmidt Penna
Flávio Quinaud Pedron

11 230
A mediação e a conciliação como meios de construção participada do provimento final pelas partes interessadas
Helaine Angela da Silva
Sônia Cristina Fagundes Malta

12 249
Os princípios do contraditório e cooperação processual no incidente de resolução de demandas repetitivas
Iany Cristina Rabêlo Rezende
Naony Sousa Costa

13 271
Direito das sucessões: origem, evolução histórica e legislativa
Janner Augusto
Rosemary Cipriano da Silva

14 297
Da tomada de decisão apoiada e a consequência jurídica da ausência do apoiador: validade, nulidade, anulabilidade ou ineficácia do ato?
Janaína Aparecida Machado Lopes
Rosane Vieira de Castro

15 330
A ilegalidade do exame toxicológico como meio de punição na execução penal: uma necessária conexão com os direitos humanos
Deilton Ribeiro Brasil
Jesimiel André Pereira

16 351
Inquérito civil: uma análise à luz do direito fundamental ao contraditório
Francisco José Vilas Bôas Neto
Júlia Alves Almeida Machado

17 371
A apreciação da tutela de urgência nos processos suspensos em face do microssistema de resolução de casos repetitivos e a responsabilidade por prejuízo causado a parte adversa
Kênia Priscila de Carvalho

18 400
Dignidade, cidadania e democracia: Ponderações a cerca dos direitos fundamentais das mulheres submetidas à prisão cautelar no Sistema Penitenciário Nacional
Laís de Araújo Moreira
Fabrício Veiga Costa

19 418
Garantias fundamentais das partes nos negócios jurídicos processuais
Shirley Mendes Maciel Ferreira
Clenderson Rodrigues da Cruz
Magno Federici Gomes

20..... 442
A fundamentação das decisões como exercício efetivo do contraditório
Francisco José Vilas Bôas Neto
Tomiko Yoshimura Carvalho Maia
Sérgio Henriques Zandona Freitas

21 468
Condenações pedagógicas nas ações civis públicas na justiça do trabalho: em busca da efetividade dos direitos difusos no Direito do Trabalho
Graciane Rafisa Saliba

22..... 482
A redução da tributação sobre cigarros como possível forma de combater o contrabando: uma análise à luz da função extrafiscal do IPI
Jucélia Ana de Fátima Marques
Rayssa Rodrigues Meneghetti

23.....505
Um estudo comparado entre a legislação brasileira e a legislação Argentina: a violência doméstica em destaque
Ana Luiza Mendes Viana
Cristian Kiefer da Silva

24.....536
Direito ao esquecimento no mundo virtual: notícias ofensivas à honra e à imagem das pessoas devem ser apagadas depois de algum tempo?
Antônio Lopes Araújo Neto
Cristian Kiefer Silva

25..... 560
Tutela da Honra e disseminação de Fake News na nova sociedade digital
Bruno Fabrício da Costa
Glayder Daywerth Pereira Guimarães
Michael César Silva

Sobre os coordenadores 585

Quadro de pareceristas.....587

Currículo dos autores 589

Apresentação

Fabrício Veiga Costa [1]
Magno Federici Gomes [2]
Sérgio Henriques Zandona Freitas [3]

O livro intitulado **"DIREITOS PLURAIS E INCLUSIVOS NA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA"** é um projeto interinstitucional que envolve docentes, discentes e demais pesquisadores das seguintes instituições de Ensino Superior: curso de graduação em Direito da **FAMINAS-BH** e **FPL** – Fundação Pedro Leopoldo; curso de graduação e pós-graduação *lato sensu* da **FAPAM** – Faculdade de Pará de Minas; cursos de pós-graduação *stricto sensu,* nível mestrado e doutorado em Direito da **Universidade de Itaúna** e **Escola Superior Dom Helder Câmara**; pós-graduação *stricto sensu* em Direito, nível mestrado, da Universidade **Fumec**.

A referida obra foi construida com fomento do **CNPQ** (Chamada 2018) e da **Escola Superior Dom Helder Câmara** (Edital nº 03/19 de incentivo para produção científica), evidenciando a seriedade dos trabalhos publicados e o compromisso dos estudiosos com o progresso da

---

[1] Doutor em Direito – Pucminas. Pós-Doutor em Educação – UFMG. Pós-Doutorando em Psicologia pela PUCMINAS. Professor da Pós-Graduação Stricto Sensu em Proteção em Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna. Professor da Graduação em Direito FAMINAS-BH, FPL, FAPAM e FASASETE- CV: http://lattes.cnpq.br/7152642230889744

[2] Estágio Pós-doutoral em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal (Bolsa CAPES/BEX 3642/07-0). Estágios Pós-doutorais em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidade de Deusto-Espanha (Bolsa da Cátedra UNESCO e do Gobierno Vasco-Espanha). Mestre em Educação pela PUC Minas. Professor do Doutorado e Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor Titular licenciado da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen. CV: http://lattes.cnpq.br/1638327245727283.

[3] Doutor e Mestre em Direito – Pucminas. Pós-Doutor em Direito – Unisinos e Pós-Doutorando em Direito - Universidade de Coimbra. Professor e Coordenador da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Fumec - CV: http://lattes.cnpq.br/2720114652322968

ciência jurídica. O ponto central do debate proposto funda-se nos desafios enfrentados pela sociedade contemporânea e comunidade jurídica em assegurar igualdade no que tange ao exercicio dos direitos fundamentais diante da diversidade e do pluralismo que caracterizam espaços públicos e privados.

Os temas apresentados ao debate são de natureza interdisciplinar e transdisciplinar, visto que os pesquisadores se propuseram a debater questões atuais e de interesse para a sociedade contemporânea, marcada pela diversidade, pluralismo e desigualdades. Pensar os direitos fundamentais e da personalidade para além das premissas preconizadas pela dogmática analitica é propor uma hermenêutica que privilegie a igualdade e a dignidade humana. Nesse sentido, a curiosidade epistemológica é a mola propulsora utilizada como parâmetro para desconstruir dogmas e ideologias, muitas vezes utilizadas para interpretar os direitos existentes, de modo a excluir parte de seus reais titulares.

Na presente obra objetiva-se descortinar a forma de pensar, interpretar e aplicar as normas jurídicas, no contexto de uma dialética democrática que permite a igualdade no que atine ao exercicio dos direitos por todos os seus verdadeiros titulares.

Prefácio

Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais [1]

A tarefa de prefaciar uma obra exige zelo e paciência, haja vista o fato de que não se pode desconsiderar as dificuldades encontradas pelos autores em qualquer um dos textos publicados, como também, um prefácio justo deve conter elementos que antecipem a importância do trabalho e o conteúdo dos estudos incluídos na obra.

Acontece que esse desafio torna-se menos custoso em tempos de pandemia, tendo em vista o desconforto pelo qual a ciência passa atualmente, principalmente num país que valoriza (em primeiro plano) jogadores de futebol, participantes de *reality shows*, políticos demagogos, ou seja, gente que faz a politicalha, na crítica de Ruy Barbosa.

Em tempos como esses, parece que as forças são renovadas, esperando-se o retorno de uma possível normalidade, se é que essa acontecerá algum dia. A esperança está depositada na normalidade do retorno, na possibilidade de dias melhores, ainda que não se saiba quando.

Nesse sentido, diante do desespero, clamamos por uma vacina. Reclamamos que está demorando muito para os pesquisadores a descobrirem. Esperançosamente, parece que há uma valorização da ciência, ainda que momentânea. Quando se fala em valorização da ciência, por conseguinte, está-se a pensar na possibilidade de nosso pobre país transformar sua potência em ato. Há muitos anos ouvimos que Deus é brasileiro...

A obviedade de que, sem conhecimento científico valorizado não há desenvolvimento sustentável, parece não fazer parte do cotidiano. De

[1] Coordenador do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna/MG.

maneira racional ou irracional (sabe-se lá), somos expostos às fake news que precisam ser propagadas para a manutenção do poder. E, mais uma vez, o povo, elemento componente humano do Estado, é relegado a massa de manobra, a acessório.

Nunca a famosa frase de Francis Bacon, *saber é poder*, fez tanto sentido... É com o intuito de oferecer conhecimento que os Professores Fabrício Veiga Costa, Magno Federici Gomes e Sérgio Henrique Zandona Freitas propuseram coordenar uma coletânea interinstitucional de estudos jurídicos. A organização da obra coube às Professoras Graciane Rafisa Saliba, Renata de Lima Rodrigues e Rayssa Rodrigues Meneghetti.

O título proposto para a coletânea é *Direitos plurais e inclusivos na sociedade democrática*. Diante dele surge uma pergunta: *sociedade democrática*: realidade ou proposta, no caso brasileiro? Infelizmente, a história brasileira apresenta muitos momentos de importante instabilidade democrática, ocasionando a triste constatação de que ainda não temos democracia material, em que pese elementos de democracia formal alojados no texto constitucional.

A participação de colegas professores e de ex-alunos na coletânea é motivo de alegria, reunindo amizades que estão distantes fisicamente, mas próximas no novo mundo das reuniões digitais, dos seminários via web. Quantos termos novos surgiram diante da situação extrema de isolamento social....

Lendo os textos é possível se deparar com o pensamento de Fazzalari, Büllow, Welzel, Zaffaroni, Tocqueville. Há estudos em vários ramos do Direito, o que também é motivo de parabenização aos envolvidos.

As temáticas de todos os estudos perpassam a problemática dos direitos plurais e da inclusão, eixo principal da presente obra, como ressaltado.

A disseminação e, principalmente, a construção do conhecimento, não podem se estagnar. Ainda há muito que avançar. Somos todos filhos de um só sonho: o sonho de dias melhores, com uma sociedade mais justa e inclusiva.

Desejo muito sucesso a todos os envolvidos na elaboração do livro e que ele seja recebido pela comunidade acadêmica como muito respeito.

ITAÚNA/MG, 16 de julho de 2020.

1

Uma análise do código de processo civil de 2015 à luz da teoria neoinstitucionalista do processo

Rayssa Rodrigues Meneghetti [1]
Raphael Moreira Maia [2]
Fabrício Veiga Costa [3]

1. Introdução

O Código de Processo Civil de 1973 era nitidamente marcado pela *Teoria do Processo como Relação Jurídica* e influenciado pelos processualistas italianos do século XX, sobretudo Enrico Tulio Liebman, que viveu no Brasil durante o período da segunda Guerra Mundial e foi professor de Alfredo Buzaid, grande mentor do supracitado código (GRINOVER, 1987, p.98-102).

A *Teoria do Processo como Relação Jurídica*, proposta inicialmente por Oskar Von Bülow e desenvolvida por outros teóricos[4], representa, em síntese, uma ideia de protagonismo do Juiz no discurso processual, isto é,

[1] Mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna – UIT; Pós-graduada em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

[2] Mestre em Direito e Instituições Políticas: democracia e direitos fundamentais pela FUMEC.

[3] Pós-Doutorado em Educação pela UFMG (2015). Doutorado em Direito Processual pela Pucminas (2012). Mestrado em Direito Processual pela Pucminas (2006). Especialização em Direito Processual (2003), Direito de Família (2009) e Direito Educacional (2014) pela Pucminas. Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Proteção dos Direitos Fundamentais e do curso de graduação em Direito da Universidade de Itaúna. Professor da graduação em Direito da Fapam, FPL, Fasasete e Faminas-BH. E-mail: fvcufu@uol.com.br.

[4] Conforme os ensinamentos de Rosemiro Pereira Leal, diversos juristas eram adeptos da Escola da Relação Jurídica e da Instrumentalidade do processo, como Bülow (o propositor), Chiovenda, Calamandrei, Carnelutti, Redenti, Liebman, Couture, entre outros (2018, p.49).

notadamente uma relação entre autor, réu e Juiz, onde este se situa no "topo" da relação, ficando as outras partes subordinadas à sua vontade. O processo era visto como um mero instrumento ou ferramenta à disposição do julgador, onde restava estabelecido um vínculo de sujeição entre as partes[5].

No Código de Processo Civil de 2015, o legislador, preocupado com a ineficiência do sistema processual e, consequentemente, de todo o ordenamento jurídico brasileiro, ampliou e aperfeiçoou a proposta um modelo constitucional de processo, buscando desvencilhar-se da matriz 'bülowiana' e defendendo a cooperação entre as partes na construção dos provimentos jurisdicionais.

A proposta do Código de Processo Civil de 2015 coaduna com a *Teoria Neoinstitucionalista do Processo* de Rosemiro Pereira Leal, já que nesta visão o processo deixa de ser um mero instrumento da jurisdição e passa a ser uma garantia legítima, onde o Juiz não é mais o único intérprete da Constituição Federal, e sim o povo, considerado intérprete originário.

No entanto, apesar de possuir um viés constitucional de processo, que visa efetivar as garantias e demandas do Estado Democrático de Direito, o Código de Processo Civil de 2015ainda sofre influência dos ideais da *Teoria Instrumentalista do Processo* (como ficou conhecida no Brasil).

Neste sentido, o objetivo geral deste trabalho é estudar o Código de Processo Civil de 2015 sob a ótica da *Teoria Neoinstitucionalista do Processo*, analisando se o instituto sofreu alterações profundas em sua essência teórica ou apenas mudanças pontuais, sem romper, de fato, com o passado.

[5] É possível encontrar na doutrina diversas versões da Teoria da Relação Jurídica. No entanto, como explica Rosemiro Pereira Leal, "O quadro de reflexão dessa teoria ainda é mais nebuloso, quando seus defensores resolvem, a exemplo de Wach, Hellwig e Köhler, excursionar pela indagação inútil se a relação processual entre juiz, autor e réu é triangular (Wach), angular (Hellwig) ou linear (Köhler), o que, por óbvio, nada acrescenta ao seu perfil lógico que, ainda impregnado das teorias voluntaristas do velho direito subjetivo, vincula autor e réu em polos de subordinação (ativo e passivo), como se o autor pudesse, à margem da lei, por um impulso íntimo de um direito idiossincrático e apriorístico, exigir do réu uma obrigação." (2018, p.135). Portanto, para o desenvolvimento da presente pesquisa, interessa tão-somente a versão mais simples da Teria do Processo como Relação Jurídica.

Como objetivos específicos, o artigo pretende traçar a evolução das Teorias do Processo[6] – considerando que uma Teoria permite a melhor compreensão do sistema de Direito –, encerrando com a Teoria Neoinstitucionalistade Rosemiro Pereira Leal. Ademais, serão traçados apontamentos ao Código de Processo Civil de 2015, com base nessa Teoria.

A escolha do tema justifica-se pela necessidade de se analisar a relação entre a lei processual brasileira e a Constituição da República, de modo a aferir se, de fato, as diretrizes constitucionais do Contraditório, Ampla Defesa e Isonomia se materializam no bojo da norma processual.

A metodologia utilizada na presente pesquisa foi exploratória, com a utilização de fontes bibliográficas e com a finalidade de alcançar resultados qualitativos, de modo a atingir os objetivos elencados neste projeto.Quanto aos tipos metodológicos de pesquisa, foram empregados o jurídico-descritivo e o jurídico-propositivo (GUSTIN, 2013, p.21/29). Ademais, buscou-se embasamento teórico em doutrinas e artigos publicados sobre o tema.

2. Evolução histórica das teorias do processo

As primeiras teorias do Processo possuem apenas importância histórica, atualmente, visto que os seus ideaIs inseriam o processo dentro do Direito Privado. A *Teoria do Processo como Contrato* foi criada pelo francês Robert Joseph Pothier, com fundamento no Direito Romano, e tratava-se de um verdadeiro pacto, onde as partes se submetiam às decisões tomadas pelo árbitro escolhido por elas. Nas palavras de Rosemiro Pereira Leal:

> Vê-se facilmente que esta teoria inspirava-se nas lições dos iluministas do século XVIII (máxime Rousseau) que, por empréstimo de Ulpiano, colocavam a vontade individual como única fonte de direito e dever, nada mais cabendo ao Estado senão atender aos pactos advindos dos particulares. [...] Para essa

[6]Iniciando pelas Teorias criadas por Pothier e Savigny – Processo como Contrato e Processo como Quase-contrato, respectivamente – lembrando que ambas possuem apenas uma importância histórica, visto que foram completamente superadas – passando pelas Teorias do Processo como Relação Jurídica de Büllow, Processo como Situação Jurídica de Goldschmidt, Processo como Instituição de Guasp, Processo como Procedimento em Contraditório de Fazzalari, Processo como Instituição Constitucionalizada (Teoria Constitucionalista do Processo), e Teoria Neoinstitucionalista do Processo de Rosemiro Pereira Leal.

> teoria, não estavam as pessoas obrigadas a comparecer ao juiz mas, se ao juízo fossem, comprometiam-se, por força da *litiscontestatio*("a transformação do conflito, vago e indeterminado, em lide" – organização do conflito pela inteligência do pretor), a cumprir a decisão expedida pelo juiz. (LEAL, 2004, p.86/87)

A *Teoria do Processo como Quase-contrato* é de autoria do alemão Friedrich Carl Von Savigny que, apesar de tecer críticas ao modelo de processo como contrato, insistiu em mantê-lo na esfera do Direito Privado. Para o jurista, quando o juízo era provocado, presumia-se que a parte provocadora concordaria com todos os termos da decisão, independentemente do interesse do réu. A questão processual, portanto, era entre autor e Juiz e "a parte que ingressava em juízo já consentia que a decisão lhe fosse favorável ou desfavorável" (LEAL, 2004, p.87).

Nessa fase metodológica o direito de *Ação* era ligado exclusivamente ao direito material e não tinha nenhuma autonomia. Nesse contexto, Savigny desenvolveu a *Teoria Imanentista*, cuja ótica era civilista e não tratava o processo como uma ciência autônoma, mas aderida ao direito correspondente, como um apêndice indissociável. *Ação* significava, simultaneamente, o direito de movimentar a jurisdição e o direito ao procedimento (não sendo possível separá-lo do direito material), criando uma única "figura jurídica" (LEAL, 2004, p.122). O autor Ricardo de Barros Leonel explica que no *imanentismo*,

> [...] a ação era definida como o direito subjetivo lesado ou resultado da lesão ao direito subjetivo, a jurisdição como sistema de tutela aos direitos, o processo como simples sucessão de atos ou procedimento, incluindo-se mais propriamente a ação no sistema de exercício de direitos e o processo sendo considerado como o conjunto de formas para o exercício de tais direitos. Era evidente, no sincretismo, a confusão entre os planos substancial e processual no ordenamento estatal. (LEONEL, 2017, p.26)

Superado esse primeiro momento histórico, em que os teóricos insistiam em manter o processo na esfera do Direito Privado, iniciou-se a "fase *autonomista*, com a denominada teoria abstrata do direito de ação,

passando o processo a ser conhecido como ciência independente". (LEONEL, 2017, p.27). Foram formuladas as primeiras teorias que davam autonomia ao processo, desvencilhando-o do direito material.

Em 1968, o jurista alemão Oskar Von Bülow apresentou[7] a *Teoria do Processo como Relação Jurídica,* entendida, em síntese, como a relação onde juiz, autor e réu devem cumprir requisitos dispostos em lei para validar e legitimar o processo. Essa teoria é baseada na ideia de uma relação de subordinação, onde o juiz se situa no topo 'da pirâmide' e o processo é apenas um instrumento utilizado pelo julgador, com a intenção de alcançar justiça e paz social, reforçando a figura da 'autoridade'. Para Rosemiro Pereira Leal:

> Embora seus adeptos afirmem que essa teoria se destacou por fazer a distinção entre *processo* e *procedimento*, o que dela se conclui é uma *confusão* tormentosa entre processo e procedimento, porque os seus adeptos, na tentativa desesperada de distingui-los, hermetizam, ainda mais, os conceitos de Bülow, ao proclamarem que o *procedimento* é a manifestação fenomênica do processo ou "meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve e termina o processo". [...] Falam que o processo é instrumento da jurisdição, sem observarem que a *jurisdição* hoje é função fundamental do Estado e este só se legitima, em sua atividade jurisdicional, pelo Processo. É, portanto, o Processo validador e disciplinador da *jurisdição* e não instrumento desta. (LEAL, 2004, p.88)

Em que pese se tratar de uma teoria cujas bases ideológicas são solipsistas e autocráticas, o *Processo como Relação Jurídica* é de extrema importância para o desenvolvimento histórico das fases do processo, tendo sido aprimorado, posteriormente, por diversos autores. Insta frisar que, ainda hoje, a *Teoria Instrumentalista do Processo* (como ficou conhecida no Brasil) influencia o ordenamento jurídico brasileiro, sendo adotada pela grande maioria dos processualistas. A autora Andréia Alves de Almeida ensina que

[7] Diz-se 'apresentou', pois, apesar de sua importância no desenvolvimento do processo, quem vislumbrou a Teoria da Relação Jurídica foi Hegel, sendo posteriormente sustentada pelo autor Bethmann-Hollweg, em sua obra "Processo Civil de Direito Comum", mesmo que de maneira imprecisa sobre suas consequências (KHALED JR., 2011, p.40).

> Hodiernamente, os seguidores de Bülow, escola instrumentalista do processo, concedem escopos metajurídicos (políticos, éticos e sociais) ao processo, como se esse fosse instrumentos a serviço da atividade jurisdicional nas mãos do juiz para se alcançar a justiça. Dando múltiplas finalidades ao processo, tal escola atribui amplos poderes ao juiz, como se ele pudesse, a partir de sua experiência pessoal e ideologia própria, determinar o que é justo. (ALMEIDA, 2005, p.62)

Para o jurista germânico James Goldschmidt, criador da *Teoria do Processo como Situação Jurídica*, o processo não era uma relação jurídica entre juiz, autor e réu, e sim a situação em que o autor está quando dá início a um procedimento, sendo que, neste momento, possui apenas uma expectativa de ter sua pretensão judicial reconhecida. Seria, portanto, um estado de incerteza mediante o reconhecimento do direito material alegado, considerando que é estático, enquanto que o direito processual é dinâmico. Goldschmidt equivocou-se quando desobrigou o juiz de fundamentar as decisões e de fazer uma relação lógica entre os argumentos e provas produzidas e a sentença. Como explica Rosemiro Pereira Leal, o autor

> [...] concebeu a sua Teoria do Processo, como situação jurídica, em moldes de realização do processo pela atividade jurisdicional em que o provimento final (sentença) definia simplesmente um *duelo* entre partes, como se fosse um jogo das partes em busca de uma vitória espetacular. Não precisava a sentença apontar fundamentos jurídicos para sua elaboração e conclusão, porque, segundo Goldschmidt, a sentença é uma resolução do conflito que não guardava uma "relação casual" com o processo, não passando os "direitos processuais" de meros prognósticos que poderiam ou não ser aproveitados pela sentença em prol de qualquer dos contendores. (LEAL, 2004, p.89)

Por volta de 1940, o espanhol Jaime Guasp formulou a *Teoria do Processo como Instituição*, cujos contornos eram sociológicos. Para Guasp o homem era um ser social que em comunidade mostrava as suas limitações e, de acordo com determinadas atitudes e comportamentos, gerava *insatisfação social*. Essa insatisfação criava uma pretensão que, se levada ao direito processual, tornava-se uma pretensão jurídica. O juiz, quando

proferia uma sentença, estava, na verdade, homologando uma questão de realidade sociológica. O processo era, portanto, uma *instituição* formada por pessoas submetidas hierarquicamente à vontade do Estado-juiz, detentor do poder. Vale lembrar que, o processualista Eduardo Couture chegou a adotar essa teoria por um período. Conforme explica Leal, quando Couture abandonou essa teoria,

> [...]realçando o seu retorno à escola do *processo como relação jurídica*, registrou, com inexcedível lucidez, que tinha ela fundo sociológico sem qualquer balizamento jurídico da idéia de uma instituição processual e até ressalvou que, "pelo menos até o dia em que a concepção institucional do direito" projetasse suas idéias em planos mais rigorosos, não lhe era possível sustentar tal teoria [...]. (LEAL, 2004, p.90)

O processualista Elio Fazzalari foi o primeiro a estudar o *processo* como um instituto diferente do *procedimento*, desconstruindo a sua natureza de mero instrumento ou meio. Entre 1960 e 1970, desenvolveu a Teoria *do Processo como Procedimento em Contraditório* (*Teoria Estruturalista do Processo*), tratando o procedimento como um gênero e o processo, uma espécie. Fazzalari afirmava que o processo não poderia ser definido como simples "finalidade dos atos praticados pelas partes ou pelo juiz, mas pela presença do atendimento do direito ao contraditório entre as partes" (LEAL, 2004, p. 92). Nessa esteira, é possível concluir que o provimento final não pode ser um ato subjetivo de alguém que detém o poder (juiz), e sim uma consequência racional baseada nos atos e provas produzidos e fornecidos pelas partes em procedimento em contraditório. Para Andréia Alves de Almeida:

> A teoria de Fazzalari é um referencial importante, pelo fato de seus estudos permitirem o estabelecimento da dessacralização mítica do processo e procedimento, deslocando o eixo de gravidade do Direito Processual, superando o tecnicismo e afastando a concepção de processo como mero instrumento a serviço da atividade jurisdicional. O processo passa a ser compreendido como conquista teórica do cidadão em dado momento histórico e instituto de direitos fundamentais disciplinadores da atividade do Estado-juiz, através da

> principiologia do contraditório, isonomia e ampla defesa. Iniciou-se a democratização do discurso processual. (ALMEIDA, 2005, p.63-64)

Apesar de ser uma teoria extremamente importante, o *processo como procedimento em contraditório* ainda não possuía muita ligação com os direitos e garantias constitucionais do processo. Baseando-se nessas críticas e ideias, vários autores, como Eduardo Couture, José Alfredo de Oliveira Baracho, J. J. Gomes Canotilho, Hector Fix-Zamudio e Ítalo Andolina, iniciaram o estudo da *Teoria Constitucionalista do Processo* (processo como instituição constitucionalizada), elevando o processo à categoria de direito e garantia fundamental. O processo, neste caso, deve ser considerado uma instituição capaz de reger o procedimento em contraditório, ampla defesa e *isonomia* e uma constituição não deve se prestar apenas a "estruturar o Estado distribuindo competências, mas estabelecer as normas capazes de impedir a concentração de poder e o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico" (ALMEIDA, 2005, p.65).

Para o autor Paulo Roberto de Gouvêa Medina "a Constituição encontra no processo mais do que um desdobramento de ordem legislativa, a plena realização prática das garantias que institui" (2012, p.9).

O jurista mexicano Hector Fix-Zamudio afirma que a aproximação entre Constituição e Processo no mundo aconteceu após a segunda guerra mundial. Contudo, apenas recentemente esse entendimento ficou claro, por meio dos estudos dos italianos Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera, que denominaram esses novos contornos teóricos como *modelo constitucional de processo* (LEAL, 2004, p.93).

Sobre o *modelo constitucional de processo*, os autores italianos Italo Andolina e Giuseppe Vignera, na obra intitulada "Il fondamenti constituzionali dela giustizia civile: Il modelo constituzionale del processo civile italiano", ensinam, entre tantas coisas, que, antes de considerar os elementos individuais (objetivos e subjetivos) do modelo constitucional do processo civil, é preciso apontar as suas características gerais, quais sejam: a) a *expansão*, que consiste na sua adequação para afetar a forma dos procedimentos jurisdicionais individuais, introduzidas pela legislação

ordinária e que deve ser compatível com as características do modelo proposto; b) a *variabilidade*, indicando a sua capacidade de assumir formas diferentes, de modo que a adaptação ao modelo constitucional funcione concretamente para alcançar determinados objetivos; c) a *perfeição*, designando que sua adequação seja aperfeiçoada pela legislação infraconstitucional, podendo criar novos processos e mecanismos, caracterizados por garantias e institutos do modelo constitucional.

No Brasil, a relação entre Constituição e Processo é cada vez mais próxima e se dá por três fortes motivos. Primeiro pelos processos constitucionais, previstos para dar efetivação e proteção aos direitos fundamentais, como Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, *Habeas Corpus* e *Habeas Data*. Segundo, porque a Constituição Federal de 1988 estabeleceu um sistema de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. E, por fim, o terceiro motivo é o fato de "as constituições passaram a prever, de modo cada vez mais acentuado, direitos fundamentais processuais, como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, o princípio do juiz natural, o do acesso à jurisdição, dentre outros" (LAGES e CHAMON JR., 2017, p.294). Nesta última dimensão está o modelo constitucional de processo brasileiro.

Atualmente, a ciência do processo está na fase metodológica denominada *instrumentalista* ou *teleológica*, "em que se tem por essencial definir os objetivos com os quais o Estado exerce a jurisdição, como premissa necessária ao estabelecimento de técnicas adequadas e convenientes" (DINAMARCO e LOPES, 2016, p.19).

Em 1990, o brasileiro Rosemiro Pereira Leal criou a *Teoria Neoinstitucionalista do Processo*. Como se trata da base teórica do presente artigo, tal teoria merece ser estudada a fundo, em tópico separado.

3. A teoria neoinstitucionalista do processo

O objetivo dessa teoria é melhor compreender o objeto de sua análise, a fim de construir fundamentos lógico-jurídicos capazes de testificar as

teorias que se dizem constitucionais e democráticas, com base na visão crítica de Karl Popper, que acredita que o único modo de identificação de erros é aprendendo com eles de maneira sistemática, contemplando assim, a falibilidade do sistema. A obra *A Teoria Neoinstitucionalista do Processo: uma trajetória conjectural*traz, como o próprio nome sugere, uma opinião fundamentada, uma hipótese, uma suposição que contraria as expectativas dos positivistas (LEAL, 2013, p.1).

A Teoria *rosemiriana* testifica e critica a Teoria *guaspiana* (Processo como Instituição) – quando se desvencilha das bases sociológicas, como costume, para se apoiar nas garantias e direitos fundamentais, previstos constitucionalmente – e a Teoria de Goldschmidt (Processo como Situação Jurídica), visto que o mesmo manteve o subjetivismo do julgador, incompatível como os princípios do discurso e da democracia, quando alegava que no processo existia apenas expectativa de êxito e não direitos.

Sobre a *Teoria Instrumentalista do Processo*, Leal acredita que Bülow tentou estabelecer pressupostos capazes de constituir e desenvolver o processo, no entanto, conforme explica Andréia Alves de Almeida,

> [...] nenhum dos pressupostos cogitados por Bülow, recepcionados na sistemática do Código de processo civil brasileiro, pode instituir a discursividade jurídica com base democrática, porque ao invés de garantir às partes participação no debate de criação, aplicação e fiscalização da lei, acaba conservando a concepção voluntarista e subjetivista do Estado, mascarada pelos ideais republicanos, ampliando os poderes do Estado-juiz na condução da decisão. (ALMEIDA, 2005, p.72)

Essa escola entende que *direito* e *moral* se confundem e o provimento final pode ser fundamentado por analogia, costumes, princípios gerais do direito ou equidade, na falta de norma (Artigo 4º[8] da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB). Esse entendimento diverge da concepção do discurso das sociedades democráticas, onde as sentenças

[8]Lei nº 12.376, de 2010) - Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm Acesso: 19 Jan. 2017.

devem ser resultado de um espaço de diálogo e de argumentos fundamentados, assim, quando não houver normas, não pode haver julgamento/decisão.

Para Rosemiro Pereira Leal, o direito foi inefetivo ao longo da história, porque a sua atuação sempre foi entregue ao Estado Dogmático (dogmática analítica[9]), onde a credibilidade e a certeza das decisões dos juízes sempre prevaleceram sobre a lei, com a justificativa de que "a lei é dotada de uma incompletude fatal" (LEAL, 2013, p.3).

Existe uma incompatibilidade entre o modelo de *processo constitucional*, afirmado pelo Estado Democrático de Direito, e a Dogmática Jurídica, onde o *saber* dos julgadores é retirado do seu *poder* de decisão. O ideal modelo de processo deve ser exercido por meio de uma conexão existente com a sabedoria popular (assegurada pela Constituição), que torna a legalidade o ponto fundamental de previsão das decisões. Como explica a autora Andréia Alves de Almeida, no modo de ver dos neoinstitucionalistas, em contraponto com a *TeoriaFazzalariana*, o processo

> [...] não significa espécie de procedimento como teorizou Fazzalari, mas instituição regencial – devido processo constitucional – de todo procedimento, para que o povo total da sociedade política seja a causalidade deliberativa ou justificativa (pressuposto de legitimidade) das regras de criação, alteração e aplicação do direito, por meio do devido processo legislativo e pelo devido processo legal. (ALMEIDA, 2005, p.68)

Significa dizer que, em Fazzalari, o procedimento era o gênero que se transmutava na espécie processo, cuja existência dependia que o procedimento utilizado determinasse, previamente, o contraditório. Portanto, a primeira crítica consiste no fato de o contraditório não ser um elemento institutivo do processo. Ademais, Rosemiro percebeu a necessidade de relacionar o princípio do contraditório com o instituto da *ampla defesa*, que

[9] A dogmática analítica busca procedimentos para compreensão da sociedade, tendo a norma como parâmetro. Sua finalidade é proporcionar ao julgador segurança jurídica no momento da aplicação na norma, sistematizando essa atividade, com bases em princípios e premissas. O conhecimento dogmático-analítico está sempre focado nas normas determinantes e são utilizadas para estabelecer a vontade da autoridade judicante. Disponível em: http://monitoriafmdcoreu.blogspot.com.br/2013/05/dogmatica-analitica-e-concepcao-dos.html. Acesso em 19 Jan. 2018.

não foi trabalhada por Fazzalari. Para o autor, a isonomia não pode "significar apenas simétrica paridade de tempo de fala entre partes e de estarem elas presencialmente no procedimento e dele participarem por si ou representadas" (LEAL, 2013, p.39). Em outras palavras, é preciso, além do contraditório, que as partes possuam oportunidades isonômicas, quando resolverem levar ao processo os elementos e provas, permitidos em lei, que possam representar a sua verdade. O conceito de ampla defesa inclui a defesa técnica, ou seja, o direito da parte ser representada por profissional devidamente habilitado, e a defesa efetiva, isto é, a garantia de participação em todos os atos do processo.

Assim, descontruindo a *Teoria do Processo como Procedimento em Contraditório*, Rosemiro preleciona que na *Teoria Neoinstitucionalista*

> [...] o processo é uma instituição (linguístico-autocrítico-jurídica) coinstitucionalizante e coinstitucionalizada (constitucional) que se enuncia proposicionalmente pelos **institutos** (princípios normados) do contraditório-vida, ampla defesa-liberdade, isonomia-dignidade (igualdade). Essa biunivocidade se apresenta como direitos fundamentais fundantes do sistema, líquidos, certos, exigíveis, consoante posto, em caráter pré-cógnito, no bojo do sistema jurídico. (LEAL, 2013, p.40)

Acerca da limitação de Leal à *Teoria Constitucionalista do Processo*, é possível dizer que nesta teoria o processo, de fato, é concebido num modelo constitucional dialógico, no entanto, a realização do diálogo é limitada (feita através do instituto da representatividade) e não por uma construção verdadeiramente participada dos interessados, tornando-se incompatível com a natureza discursiva do Estado Democrático de Direito. Nas palavras de Davi de Paula Alves:

> [...] é importante lembrar que não se pode afirmar que o simples exercício do direito de ação á capaz de delinear, com perfeição, o efetivo exercício da democracia, por parte do jurisdicionado. Tal assertiva se deve ao fato de que as decisões jurisdicionais devem ser proferidas com base em um sistema constitucionalizado, que pressuponha intensa participação das partes na construção da decisão. (ALVES, 2017, p.68)

Examinados os pontos mais importantes da *Teoria Neoinsitucionalista* de Rosemiro Pereira Leal, compreendendo que este é o ponto alto da evolução histórica do processo, atualmente, passa-se para a análise crítica do Código de Processo de Civil de 2015 à luz da teoria *rosemiriana*.

4. Apontamentos ao código de processo civil de 2015 com base na teoria neoinstitucionalista

A própria *Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil* afirmava que "criou-se um Código novo, que não significa, todavia, uma ruptura com o passado, mas um passo a frente" (2010, p.13)[10]. E ainda, no mesmo dispositivo: "Assim procedeu a Comissão de Juristas que reformou o sistema processual: criou saudável equilíbrio entre conservação e inovação, sem que tenha havido drástica ruptura com o presente ou com o passado" (2010, p.33). A partir dessas afirmações é possível perceber que, apesar de ter rumado na busca por um "modelo constitucional de processo[11]", conforme previsto na Constituição Federal de 1988, o Código de Processo Civil de 2015 ainda sofre fortes influências da Teoria do *Processo como Relação Jurídica*, de autoria do jurista alemão Oskar Von Büllow. Sobre o Projeto, o autor Rosemiro Pereira Leal se posicionou afirmando que:

> Por vários artigos do Projeto do Novo CPC, a exemplo dos CPC's anteriores (1939 e 1973), suprime-se o exercício de uma *metalinguagem*, transformando a Lei Codificada Civil, por violação ao **devido processo** no Estado Democrático de Direito, em peça exclusiva do manipulador sentido normativo (juiz) pela *auctoritas* de que está investido. A mítica da autoridade na dicção do direito submete a interpretação jurídica à regência de juízos ordálicos e de conveniência e equidade que escapam à cognitividadeprobatícia de democratização decisória pelo contraditório e ampla defesa, excluindo o discurso jurídico

[10][10]BRASÍLIA, 2010. Disponível em: https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf Acesso em: 22 jan. 2019.

[11] Expressão criada pelos autores italianos Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera.

> (escritura legal) como eixo polarizador de sentidos para todos os argumentos *processualmente* legitimados. Nesse quadro, a heterossignificatividade do discurso jurídico, em razão da recusa judicial infiscalizável de acatar o *paradigma teórico* da estabilidade constitucionalmente adotado, é deslindada pela intuição, sensibilidade e clarividência do magistrado na esfera de sua solitária consciência. (LEAL, 2013, p.18/19)

É possível citar exemplos que demonstram o fato de que o Código de Processo Civil de 2015 avançou rumo à concretização do processo constitucional, sobretudo se comparado aos códigos anteriores. Porém, o que se pretende mostrar é que, apesar desse avanço, ainda existem críticas e deficiências a serem apontadas e sanadas, visto que nem todas as mudanças alcançaram as premissas garantistas do Estado Democrático de Direito.

Apesar de ser um diploma legal com ideais constitucionais, ainda é possível encontrar no Código de Processo Civil de 2015 normas pautadas no protagonismo e no solipsismo do Juiz, na instrumentalidade e nos escopos metajurídicos do processo (escopos sociais, econômicos, políticos, entre outros). Conforme os ensinamentos do autor Luís Gustavo Reis Mundim:

> Percebe-se que os objetivos traçados para o NCPC advém de ideias tipicamente instrumentais de celeridade, efetividade e eficiência, que acabam por se preocupar mais com o tempo sendo inimigo do processo do que com a implementação de direitos fundamentais e com o alcance de legitimidade democrática pelo Devido Processo Constitucional.(MUNDIM, 2016, p.62)

Como exemplo de norma que permite a decisão subjetivista do Juiz, podemos citar o artigo 8º[12] do Código de Processo Civil de 2015. Quando o dispositivo afirma que o Juiz deve atender "aos fins sociais e às exigências do bem comum" para promover a dignidade da pessoa humana, adota conceitos indeterminados que permitem ao julgador dar os significados

[12]CPC/ 15 - Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 22 Jul. 2018.

que lhe aprouver, decidindo de acordo com o que considera melhor para a sociedade. E, tendo em vista que motivação é diferente de fundamentação, o artigo 489, §1º, inciso II[13], não é capaz de impedir a criação solipsista do Juiz. Sobre o conceito de motivação e a sua diferença para fundamentação, André Cordeiro Leal define que:

> Motivar, como se infere dos inúmeros escritos que tratam da atividade decisória, seja ela 'jurisdicional', seja legislativa, reduz-se, na dogmática jurídica brasileira atual (ainda impregnada de ancianidade inaceitável decorrente da desconsideração dos debates filosóficos sobre a temática), a um esforço retórico que intenta obter adesão do destinatário normativo através da sedução gerada por uma racionalidade estratégica (instrumental) engendrada para obstar o questionamento e a interlocução crítica que poderia ser suscitada pelo destinatário normativo, de forma a que, luhmanianamente, os destinatários das decisões estejam permanentemente aptos a aceitar decisões jurídicas de conteúdo ainda não definido. (LEAL, 2012, p.381)

Essas características são encontradas no Estado Social e confrontam os princípios do Estado Democrático de Direito, como o devido processo legal (e seus corolários: contraditório e ampla defesa) e a cooperação entre as partes, visto que todos os envolvidos tem o direito de participar dialogicamente da construção dos provimentos judiciais, apresentando os seus argumentos, como uma garantia do exercício da cidadania. Para o autor Fabrício Veiga Costa a cidadania deve ser entendida também "como um direito de participação no processo e, por conseguinte, da participação na construção e no debate do mérito processual" (2012, p.77).

Rosemiro Pereira Leal reforça que o processo precisa ter sempre a intenção de 'fugir' da autocracia estatal e judicial, ensinando que a ciência não pode se prestar a afirmações definitivas, nem partir somente do

---

[13] CPC/ 15 - Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o **motivo** concreto de sua incidência no caso (grifo nosso).

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm > Acesso em 22 Jul. 2018.

direito positivado, para produzir, por meio da subjetividade dos julgadores, resultados gerais e/ou conclusivos. Para o autor:

> Os resultados da Ciência Jurídica são aproveitáveis nos diversos ramos do pensamento jurídico, à medida em que apresentem discursos de *esclarecimento* das diversas realidades jurídicas surgidas e dos respectivos modos históricos dessa produção jurídica, aptos a apontar contradições e abrir perspectivas de aperfeiçoamento ou mesmo substituição das práticas jurídicas atuais e futuras para, em nosso caso, na esfera da *Ciência do Processo*, garantir a todos indistintamente provimentos jurisdicionais que, passíveis de controle pelo *Processo*, não estejam centrados na pretoriana subjetividade dos julgadores ou no corporativismo do Judiciário, na autocracia do Estado ou no interesse dos agrupamentos hegemônicos. (LEAL, 2004, p.35) (grifos do autor)

A interpretação do sistema processual e dos seus institutos não pode se resumir ao cumprimento de questões econômicas do Estado, pois, diante da Globalização, os modelos jurídicos acabam sendo eleitos por decisão (imposição) dos grupos econômicos dominantes, sem preocupação e responsabilidade com a legitimidade do processo constitucional, no Estado Democrático de Direito (CURI, NUNES e BAHIA, 2009, p.357). Sobre as reformas processuais, Ivan Curi, Dierle Nunes e Alexandre Bahia ensinam que,

> [...]apesar de se afirmar que as reformas são realizadas de acordo com os princípios processuais constitucionais e com a perspectiva constitucional democrática e/ou socializadora, verifica-se que o discurso de boa parcela da doutrina processual brasileira se deixou contaminar por concepções funcionais e de eficácia que não se preocupam com o viés público e garantista do sistema processual constitucional. E, mais, qualquer discurso garantista,fruto de uma perspectiva democrática constitucional, é visto e desnaturado pelo discurso dominante, como a defesa de uma perspectiva formalista e burocratizante, como se um processo democrático que respeitasse toda a principiologia processual-constitucional também não pudesse ser célere e funcional (CURI, NUNES e BAHIA, 2009,p.357/358)

A reforma sofreu, ainda, críticas dos juristas no que tange aos direitos coletivos e difusos, que permanecem sem a tutela adequada já que o 'novo'

dispositivo não disciplinou o processo coletivo, bem como quanto a falta de participação dos interessados na construção do processo, até chegar o momento de prolação do provimento final.

Assim, apesar de o Judiciário ter demonstrado um viés constitucional após as reformas, o diálogo promovido para formar a decisão é realizado entre especialistas e não contribui, plenamente,com os princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia.

5. Conclusão

Considerando que foram examinados os principais momentos evolutivos do processo, nota-se que os ideais de Bülow (Processo como Relação Jurídica – fase instrumentalista) perduraram no tempo e, ainda hoje, é possível encontrar inúmeros juristas adeptos à sua Teoria. O processo continua marcado pelo forte protagonismo do Juiz e por decisões que exaltam o solipsismo, sem considerar, verdadeiramente, o contraditório, a ampla defesa e a isonomia.

Em que pese o Código de Processo Civil de 2015ter avançado no sentido de promover o modelo constitucional, que eleva o processo ao *status* de garantia fundamental e visa dar efetividade às premissas do Estado Democrático de Direito, tal expectativa ainda não obteve pleno êxito.

Conforme a *Teoria Neoinstitucionalista do Processo*, de autoria do jurista Rosemiro Pereira Leal, essa inefetividade do direito acontece em decorrência do dogmatismo jurídico, que faz com o que o poder de decisão do Juiz prevaleça sobre a lei. Para Leal, o modelo ideal de processo deve ser exercido com base na sabedoria do povo (realidade) e na participação popular. Nesse ponto reside, inclusive, a sua crítica à *Teoria Constitucionalistado Processo*. Apesar de considerar que o processo é uma instituição constitucional, sua testificação demonstra que para que as decisões sejam democráticas, de fato, o povo deve ser considerado o intérprete originário da Constituição Federal e não o judiciário, na figura do juiz.

Assim, de acordo com a *Teoria Neoinstitucionalista*, que testifica as demais teorias com base nos critérios *popperianos* ¸ é possível concluir que o Código de Processo Civil de 2015, apesar de ter caminhado rumo à constitucionalização do processo, ainda deixa a desejar no que tange à plena participação dos interessados no processo e na construção do provimento final, bem como nas questões inerentes à proteção das garantias e direitos coletivos e difusos.

Referências

ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade Jurídica e Legitimidade Normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ANDOLINA, Italo e VIGNERA, Giuseppe. *Il fondamenticonstituzionalidellagiustiziacivile: il-modelloconstituzionaledel processo civile italiano*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

ALVES, Davi de Paula. *A construção participada das decisões jurisdicionais: o direito processual analisado sob a perspectiva da democracia*. In COSTA, Fabrício Veiga e NECES, Isabela Dias (org.) *Pesquisa Jurídica no Estado Democrático: I Encontro Interinstitucional de Iniciação Científica em Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

COSTA, Fabrício Veiga. *Mérito Processual: A Formação Participada nas Ações Coletivas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

CURI, Ivan Guérios; NUNES, Dierle José Coelho e BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Processo Constitucional Contemporâneo*. BFD 85 (2009), p. 343-373. Contentdownloaded/printedfromHeinOnlineThu Mar 23 16:27:29 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O magistério de Enrico TullioLiebman no Brasil*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 81, p. 98-102, jan. 1986. ISSN 2318-8235. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67069/69679> Acesso em 16 de Jul. 2018.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseza. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 4ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

KHALED JR., Salah Hassan, *Oskar Von Bülow e a difusão das ideias de relação jurídica e pressupostos processuais*. Panóptica, v. 4, n. 20, p. 19-41, 2010. Disponível em: http://www.panoptica.org/op20/20_2.pdf. Acesso em 20 Jul. 2018.

LAGES, Cintia Garabini e CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Acerca da segurança jurídica e da uniformidade das decisões a partir do novo código de processo civil à luz do modelo constitucional do processo brasileiro*. Revista Brasileira de Políticas Públicas. v. 7. n. 2. Ago. 2017.

LEAL, André Cordeiro. A inconstitucional ancianidade do (ante) projeto do novo Código de Processo Civil. In: CASTRO, João Antônio Lima. (Coord.) Direito processual. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 14. ed. revista, atualizada e aumentada. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A Teoria Neoinstitucionalista do Processo: uma trajetória conjectural*. Volume 07. Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 4ª edição revista, ampliada e atualizada de acordo com o CPC/ 2015. São Paulo: Malheiros, 2017.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual conctitucional*. 5ª ed. rev., atual. eampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MUNDIM, Luís Gustavo Reis. *O "paradoxo de Bülow" no Novo Código de Processo Civil: Os artigos 8º e 140 como homologadores do solipsismo judicial*. In:*Jurisdição e Técnica Procedimental*. Sérgio Henriques Zandona Freitas; André Cordeiro Leal; Rafhael-Frattari; Wilson Engelmann [Orgs.]. Coleção Instituições Sociais, Direito e Democracia -- vol. 6 -- Coord.: Maria Tereza Fonseca Dias -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

2

Adoção:
as modalidades de adoção no Brasil e uma síntese de sua evolução

Caroline Amorim Costa [1]
Italo Nogueira de Moro [2]
Luciana Costa Estêvão
Sergio Milanez Gomes
Stephane Kelly da Silva Lima

1 Considerações Iniciais

No presente artigo, será abordado um dos institutos do Direito que mais sofreu alterações no decorrer do tempo. Na antiguidade, a adoção tinha como objetivo principal garantir a preservação de uma determinada linhagem familiar às famílias que não pudessem gerar os filhos naturalmente. Já na Idade Média, o referido instituto não foi bem recebido, e não pôde mais ser utilizado por determinação da Igreja Católica que, na época, influenciava diretamente na sociedade, cuja justificativa era que tal prática

[1]Pós-Doutoranda, Phd Doutora com distinção "*cum laude*" e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG; Especialista em Ciências Jurídicas pela Universidade Cândido Mendes - UCAM/IAVM; Pós-Graduanda em Moderna Educação: Metodologias, Tendências e foco no aluno, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS; Professora Adjunta da Faculdade de Minas - FAMINAS/BH; Professora Adjunta do Centro Universitário UNA de Belo Horizonte/MG; Associada Titular do Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil – IBERC; Associada Titular da Associação Mineira de Professores de Direito Civil – AMPDIC; Coordenadora de Diretoria de Articulação Política e Social do Instituto Abolicionista Animal – IAA; Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/MG; Autora Jusanimalista; Consultora Jurídica; Advogada, Sócia Proprietária do Escritório de Advocacia BCAP – Burmann, Carvalho, Amorim e Paulino Sociedade de Advogados.

[2] Graduandos do Curso de Direito, do Centro Universitário UNA, Belo Horizonte – Unidade Barreiro.

poderia induzir o reconhecimento de filhos concebidos em relacionamentos adulterinos e incestuosos – prática extremamente condenável aos olhos da Igreja.

Entretanto, na Idade Moderna, a adoção ressurge às custas do Direito Francês, mais especificamente com o Código Napoleônico, uma vez que o Imperador Napoleão Bonaparte não tinha filhos e necessitava de um sucessor. Segundo Wald:

> Coube à França ressuscitar o instituto, dando-lhe novos fundamentos e regulamentando-o no Código Napoleão, no início do século XIX, com interesse do próprio Imperador, que pensava adotar um dos seus sobrinhos. A lei francesa da época só conheceu a adoção em relação a maiores, exigindo por parte do adotante que tenha alcançado a idade de cinquenta anos e tornando a adoção tão complexa e as normas a respeito tão rigorosas que pouca utilidade passou a ter, sendo de rara aplicação. Leis posteriores baixaram a idade exigida e facilitaram a adoção, permitindo que melhor desenvolva o seu papel na sociedade moderna. (Wald, 1999, p. 188)

Por fim, o instituto da adoção foi introduzido no Brasil por meio das Ordenações Filipinas, e trouxe fortes influências do direito português.

Entretanto, a regulamentação da adoção só ocorreu com o Código Civil de 1916 que foi o primeiro diploma oficial brasileiro a tratar do assunto, mas como já mencionado, tal instituto foi objeto de inúmeras modificações estruturais e funcionais, e com o passar do tempo, surgiram outras leis que regulamentaram esse mesmo tema, cronologicamente: a Lei 3.133/1957, a Lei 4.655/1965, a Lei 6.697/1979 - Código de Menores e a Lei 8.069/1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Código Civil de 2002 também dispôs sobre o assunto, tratando tanto da adoção de maiores quanto da adoção de menores.

Ainda assim, vale mencionar que antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, havia duas formas distintas de adoção previstas no ordenamento jurídico brasileiro, Tartuce (2019), sucintamente, as distinguiu:

> a) *Adoção plena ou estatuária* - para os casos de menores, crianças e adolescentes - tratada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).
> b) *Adoção simples, civil ou restrita* - para os casos envolvendo maiores - tratada pelo código civil de 1916.(TARTUCE , 2019, p. 516)

Só foi possível superar essa distinção com a promulgação da Constituição Federal de 1988, cuja lei passou a tratar de forma igualitária os filhos, estabelecendo que todos teriam os mesmos direitos e qualificações e proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (art. 227, § 6º, CF/88).É este o pressuposto que alicerça todo o ordenamento jurídico sobre o assunto.

Constantemente se modificando, em 3 de agosto de 2009, foi promulgada a Lei 12.010, que trouxe significativas atualizações sobre o instituto da adoção, uma vez que alterou alguns artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e revogou os dispositivos do Código Civil de 2002 queregulamentavam o tema.

A então denominada *Lei Nacional de Adoção,*de 2009, significou um grande remodelamento na abordagem dessa temática,ao estabelecer que todas as adoções, tanto em relação aos menores, quanto aos maiores, seriam regidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, colocando um fim ao debate que existia em torno de qual diploma legal regulamentaria o instituto da adoção.

Antes de aprofundar nas ponderações mais específicas relativas à adoção, é necessário conceituar o instituto. Nas palavras de Fiuza:

> A adoção pode ser definida do ponto de vista formal e material. Pela ótica do Direito Material, a adoção é o ato pelo qual uma pessoa deixa de ser filha de alguém, para se tornar filha de outro; ou simplesmente, é o ato pelo qual uma pessoa adquire o estado não biológico de filho. Do ângulo do Direito Processual, a adoção é o processo judicial pelo qual se confere a um indivíduo o estado de filho não biológico de alguém. (Fiuza, 2016, p. 782).

Uma importante consideração é que com a introdução da lei de 2009, a adoção tornou-se medida excepcional e irrevogável, à qual se deve

recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa (art. 39, § 1º, do ECA).

A*família natural* éa comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. Já*família extensa* ou *ampliada*é aquela que se estende para além da unidade composta por pais e filhos, ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade, conforme o art. 25 da mesma norma.

Uma ponderação que pode se fazer nesse momento, é a supervalorização das famílias biológicas em detrimento às famílias adotivas, sobrepondo os laços de sangue ante a qualquer outro fator. Ainda que a lei disponha que será considerada a relação de afinidade ou de afetividade do adotado com seu adotando, mais uma vez faz referência aos laços de consanguinidade quando afirma que deverá ser levado em conta o grau de parentesco como fator determinante.

Em outra vertente, é importante mencionar que a Constituição Federal de 1988 reconhece o princípio do melhor interesse da criança, isto é, a lei magna estabelece fatores a serem analisados no caso concreto considerando requisitos subjetivos e objetivos da situação, ocasião em que se deve optar sempre por soluções que efetivamente representem maiores benefícios para a criança e para o adolescente.

Todavia, vemos que no Brasil existe a cultura da "adoção às avessas", em que se escolhe para a família e para a pessoa habilitada o "modelo de criança ou adolescente" que seja mais adequado aos adotantes, quando deveria ser o oposto.

Ainda no tocante à adoção nacional, outro ponto que sobressai é a morosidade no tratamento aos processos de adoção.Consequentemente muitas pessoas optam por uma adoção mais rápida e sem qualquer burocracia objetivando agilizar o processo. Infelizmente, os interessados na criança ou adolescente recorrem a artifícios paralelos à lei, pois receiam que sejam impedidos de legalizar a adoção em decorrência do respeito que se deve à ordem no cadastro de habilitados à adoção.

Nesse sentido, essas pessoas preferem a adoção "à brasileira", que, todavia, não é considerada uma modalidade válida pelo ordenamento jurídico, posto que, no Código Penal, tal prática é considerada crime, sendo ela conceituada como "dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil." (art. 242).

Além da punição penal, a lei prevê consequências extrapenais como, por exemplo, a nulidade do registro, uma vez que se trata de uma falsa declaração de vontade.

Ademais, a Lei de 2009 foi cautelosa, e, também dispôs sobre a adoção internacional. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA),em seus artigos 50 a 52 estabeleceu requisitos e condições específicas e rigorosas a serem atendidas para a efetivação do procedimento.

Tamanho rigor tem por finalidade garantir o melhor interesse da criança (fim último), levando em consideração os fatores de adaptação do adotado relativos à cultura, aos costumes, às línguas estrangeiras, e também, busca inibir problemas de outra natureza como: exploração sexual, tráfico de menores e outros riscos que podem recair sobre os adotados por não brasileiros.

Nesse sentido, serão abordadas, adiante, as modalidades de adoção conhecidas no Brasil e o que a lei determina como essencial para cada uma delas.

2 Adoção de Menores

Grandes são as listas de espera para a adoção.A burocratização para a adoção de menores é evidente, pois, precisa-se escolher um adotante capaz para tal ato, que acima de tudo, queira o bem da criança ou adolescente e que esteja disposto a arcar com todas as suas responsabilidades.Ademais, esses, são os requisitos que devem sempre preservar o melhor interesse do adotado, que é extremamente comentado no Direito dasFamílias

contemporâneo,e ainda está intimamente ligado com o princípio da proteção integral, que se encontra, sobretudo, disposto no CF/88:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro organiza o processo de adoção fundamentado na lista de espera, onde dependendo da idade da criança pode demorar ainda mais.[3]

De acordo com o TJMG, cerca de 92% das crianças à espera da adoção possuem 7 anos ou mais, pois, preservando o "melhor interesse do adotante", estes optam geralmente por adotar os menores de 2 anos, sendo que o princípio prezado no Direito dasFamílias é o do melhor interesse do adotado.

A partir do exposto, indaga-se: quem de acordo com a legislação pode requerer a adoção de uma criança ou adolescente?O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13/07/90) dispõe todos os requisitos acerca do assunto, dentre eles destacando-se:

> Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.
> § 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.
> § 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.
> § 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando. (BRASIL, 1990)

[3] TJMG. Campanha de adoção tardia. 2019. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/servicos/adocao.htm>

Verifica-se, portanto, que o Estatuto da Criança e do Adolescente, proíbe que os avós ou irmãos da criança ou adolescente adotem-no, contudo, a possibilidade de solicitar a guarda ou tutela é autorizada.

Quanto à adoção por casais, a lei brasileira não proíbe que esta seja requerida por consortes homoafetivos, desde que sigam todos os processos necessários.

Ademais, referindo-se aos adotados nesta circunstância, o ECAexplicita quem pode ser adotado, sendo autorizadoaquele que,na data do pedido, deverá contar com, no máximo, 18 anos.

Após os adotantes atenderem aos requisitos previstos em lei, e manifestando o desejo de adoção, devem procurar a Vara da Infância e da Juventude, ou caso não haja, procurar o fórumcompetente para dar início ao processo.

Neste caso, é necessário que lá se apresente a petição com todos os dados e documentos. Após passar por entrevistas com assistente social e for declarado apto, o querente poderá se inscrever no Cadastro Nacional de Adoção, e ao inserir os dados, deverá especificar o perfil da criança ou adolescente que deseja adotar. Além disso,deverá o adotante participar de um curso preparatório,e aoencontrar o futuro adotado,o juiz determinará um período de convivência.Preenchidos os requisitos,o magistradopermitirá a efetiva adoção.

As normas regulamentadoras da adoção no Brasil, não permitem em nenhuma hipótese, que o procedimento seja feito por pessoas que não estejam inscritas no Cadastro Nacional de Adoção. Com isso,verifica-se a exclusão de muitas pessoas que não tinham o intuito de adotar, mas, ao ter contato com a criança ou adolescente, intermediado pelos pais biológicos, tiveram a oportunidade de constituir um vínculo afetivo, que resultou em uma possível adoção comumente conhecida como *intuitu personae*.De acordo com a revista Síntese, nota-se que:

> Na adoção *intuitu personae*, os pais biológicos, em tese, ficariam mais seguros, sabendo qual família iria adotar seu(s) filhos(s), inclusive a escolhendo e exercendo a fiscalização sobre a criação deles junto à família escolhida – ao revés

> do que ocorre atualmente, em que, na maioria da vezes, as crianças ou adolescentes ficam abrigados durante anos. (Oliveira, 2016, p. 69).

Em regra, esse tipo de adoção não é admitido.Porém, quando identificada pela justiça, imediatamente as crianças ou adolescentes são retiradas do convívio familiar e encaminhadas para o processo de adoção, obrigando os pais socioafetivos a ingressarem no cadastro de pessoas habilitadas.Essa via pode levar anos, contradizendo totalmente o que é preservado pelosDireitos das Famílias, ao se falar no melhor interesse do menor.

Nota-se que a permissão desse tipo de adoção por juízes e desembargadores é extremamente rara, sendo que,nas ocasiões em que há a autorização, não há dúvidas que esta é motivada visando o melhor interesse da criança, como é o caso da sensata decisão do TJMG:

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO 'INTUITU PERSONAE' - ENTREGA DA CRIANÇA LOGO APÓS O NASCIMENTO - GUARDA DEFINITIVA - AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE MÁ-FÉ - NÃO INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE PRETENDENTES À ADOÇÃO - CRIANÇA COM 05 (CINCO) ANOS DE IDADE E CONVIVÊNCIA COM A ADOTANTE NO MESMO PERÍODO - VÍNCULOS SÓCIO-AFETIVOS COMPROVADOS - MITIGAÇÃO DA OBSERVÂNCIA RÍGIDA AO SUPRACITADO CADASTRO - PREPONDERÂNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - PRIORIDADE ABSOLUTA - SENTENÇA QUE INDEFERIU A ADOÇÃO - RECURSO PROVIDO.
> - O cadastro de adoção se destina a dar maior agilidade e segurança ao processo de adoção, uma vez que permitem averiguar previamente o cumprimento dos requisitos legais pelo adotante, bem como traçar um perfil em torno de suas expectativas. Evita influências outras, negativas ou não, que, por vezes, levam à sempre indesejada "adoção à brasileira".
> - Todavia, deve-se ter em mente sempre o melhor interesse da criança. É certo que existem casos, excepcionais, em que se mitiga a habilitação dos adotantes no competente cadastro para o deferimento do pedido de adoção, possibilitando a chamada adoção direta ou 'intuito personae'.
> - Retirar uma criança com 05 (cinco) anos de idade do seio da família substituta, que hoje também é a sua, e lhe privar, inclusive, da convivência com seus 02 (dois) irmãos biológicos, sob o pretexto de coibir a adoção direta, é medida

> extremamente prejudicial. O menor poderá ser exposto a grande instabilidade emocional, em face de uma brusca mudança.
> - A retirada do infante da casa de sua guardiã após o transcurso de longo período de convivência e constatada a formação de fortes laços de afetividade, não se mostra recomendável, pois certamente resultará em traumas e frustrações para o menor, com prejuízo ao seu ideal desenvolvimento, inserido que está como verdadeiro membro daquele núcleo familiar. (TJMG - Apelação Cível 1.0194.12.006162-8/002, Relator(a): Des.(a) Hilda Teixeira da Costa, 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 27/01/2015, publicação da súmula em 04/02/2015)

É notório que a adoção *intuiutu personae* traz grandes benefícios à criança ou adolescente,aopermitirque os pais biológicos entreguemseus filhos a uma família conhecida, provocando-lhes uma sensação de conforto.

Ainda assim a sociedade detém um preconceito acerca das pessoas que entregam seus filhos à adoção, considerando-as seres indignos.A despeito do assunto, Maria Berenice Dias já dizia:

> Não se reconhece o direito de a mãe eleger a quem dar o filho à adoção, sem atentar que este é o maior gesto de amor que existe: sabendo que não poderá cria-lo, renunciar ao filho, para assegurar-lhe uma vida melhor da que pode lhe propiciar, é atitude que só o amor justifica! (Dias, Maria Berenice, 2016: 808,809)

Contudo, o Brasil lamentavelmente segue a cultura da "adoção às avessas" onde há a escolha de uma modelo de criança para à família, ou seja, a criança ou adolescente tem que estar de acordo com os requisitos que a família deseja, priorizando"o melhor interesse dos adotantes".

3 Adoção de Maiores

Ao ouvir falar sobre adoção, grande parte dos casos remete-se a adoção de menores, mas no Brasil também é permitida a adoção de maiores de idade.

Entretanto, há o seguimento de regras diferentes. Deve-se ressaltar que antes de nosso vigente Código Civil, este tipo de adoção se fazia por

mera escritura pública, e após janeiro de 2003, objetivando o domínio jurisdicional, passou-se a exigir sentença constitutiva.

Nesse sentido, a adoção dos maiores de idade constitui uma relação legal de pais e filhos e estabelece direitos de herança e compromissos legais.

Ademais, além de formalizar a relação de pai de nascimento (caso isso não tenha sido feito logo que a pessoa nasceu) ela também edifica o relacionamento de padrastos e madrastas com enteados, além de gerar uma conexão simbólica permanente entre adotante e adotado. Portanto, o Código Civil dispõe claramente sobre:

> Art. 1.619. 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 - Estatuto da Criança e do Adolescente. (BRASIL, 2002)

A CF/88 consagrou um princípio demasiado importante para o Direito das Famílias, conhecido como o princípio da igualdade de filiação:

> CF/88 Art. 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. (BRASIL, 1988)

Existem divergências doutrinárias acerca do tema, alegando algumas que, a adoção tem como função principal, ou ainda única, o exercício do poder familiar designado a alguém, sendo desnecessário aos maiores. Entretanto, tal fato sobre adotar maiores produz diversos efeitos personalíssimos, como o fim dos vínculos jurídicos entre o adotado e a sua família anterior; impedimentos matrimoniais; e, ainda, em alguns casos, a alteração do nome do adotado.

De modo geral, a jurisprudência brasileira entende que se trata de uma ação legítima e de valor significativo para os participantes em lide, conforme preceitua o seguinte julgado:

> APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. ADOÇÃO DE PESSOA MAIOR E CAPAZ. PEDIDO FORMULADO POR ADOTANTE E ADOTANDA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DAS REQUERENTES. Guarda concedida à primeira requerente desde os sete anos de idade da adotanda, ante o óbito de seus pais biológicos. Documentos acostados aos autos que comprovam o vínculo socioafetivo. Inexistência de óbice para o pedido de adoção, tendo em vista que formulado por adotante e adotanda, a qual tinha 22 anos quando ajuizada a presente demanda. Reconhecimento da maternidade socioafetiva que não afasta a maternidade biológica. Precedentes do STJ. Relevância do tema reconhecida pelo STF, que, em recente julgado, admitiu expressamente a possibilidade jurídica da pluralidade de vínculos familiares, reconhecendo a multiparentalidade - RE 898.060/SC. Pedidos que devem ser julgados procedentes, declarando-se a maternidade socioafetiva da primeira requerente, Rosana de Albuquerque Xavier, em relação à segunda, Beatriz Xavier Gomes, determinando-se a inclusão dos dados qualificativos da mãe socioafetiva no registro civil da adotada, sem exclusão dos dados da mãe biológica. (REFORMA DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.0128515-55.2017.8.19.0001 - APELAÇÃO - 1ª Ementa. Des(a). JOSÉ ACIR LESSA GIORDANI - Julgamento: 30/01/2018 – DÉCIMA. SEGUNDA CÂMARA CÍVEL)

Em síntese, após o transitado em julgado, o adotado terá seu registro original cancelado e um novo será remetido constando a nova filiação com o sobrenome modificado. Oportunamente lembra-se que diferentemente da adoção de menores, este procedimento é de caráter voluntario, que independe do afastamento prévio do poder familiar.

4 Adoção por Estrangeiros

Na antiguidade o instituto da adoção estava relacionado às crenças primitivas e conservadoras da época, sendo exigido a existência de filhos como um dos requisitos principais para a construção familiar.

Além disso, no decorrer da história,com a Segunda Guerra Mundial – que foi um fator preponderante para impulsionar a evolução social – manifestou-se uma nova visão sobre o instituto da adoção internacional. Milhares de crianças foram atingidas duramente por conta das

consequências do conflito, tornando-se órfãs e quando sobreviviam, eram poucas as chances de viverem novamente em um âmbito familiar.

Em função desses fenômenos ocasionados pelas revoluções, houve a necessidade de o Estado implementar leis específicas regulamentando a adoção, sendo esse ato estatal, o responsável pelo surgimento de novas espécies de adoção, incluindo a adoção feita por estrangeiros.

Desse modo, sobreveio a necessidade de os países criarem acordos internacionais para desenvolverem normatizações e proteções relacionadas a matéria.

Um dos exemplos dessa relação interpessoal entre os países foi a Convenção de Haia de 1993, que possui o objetivo de criar proteção jurídica das crianças e dos adolescentes e impulsionar a cooperação entre países,no que se refere à adoção internacional.

Além disso, a Convenção de Haia se tornou um meio para estabelecer comunicação entre os países ao se tratar de adoção, verifica-se no texto do Estatuto da Criança e do Adolescente:

> Art. 51. Considera-se adoção internacional aquela na qual o pretendente possui residência habitual em país-parte da Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, promulgada pelo Decreto no 3.087, de 21 junho de 1999, e deseja adotar criança em outro país-parte da Convenção. (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017)

O Brasil como um Estado democrático de direito, prioriza a liberdade dos adotantes a partir das leis positivadas no ordenamento jurídico vigente, garantindo o direito das crianças e dos adolescentes a se reintegrarem em uma família e se desenvolverem de forma saudável em um âmbito afetivo.

Ademais, o rol de arranjos familiares concebidos pós Constituição de 1988 reforçou ainda mais a ideia da adoção, tendo em vista a impossibilidade de procriação encontrada em diversas espécies de famílias.A consequência dessa realidadefoi uma maior demanda pelos processos de adoção.

Porém, nota-se que os adotantes nem sempre se simpatizam pelas crianças ou adolescentes disponíveis para adoçãopor uma questão de perfil preferencial, ou desistem da adoção por causa da burocracia aliada à sobrecarga processual.Por essa razão, acabam por buscar alternativas com objetivo de adotar uma criança ou adolescente conforme as peculiaridades dos adotantes, chegando ao pontode fazerem adoções de crianças ou adolescentes originados de outro país.

Tal modalidadeé reconhecida pelo Estado brasileiro em função das principiologias e alicerces normativos.Por esse motivo o território brasileiro ampara as pessoas nesse processo, como um meio alternativo de efetivar o direito à liberdade e o direito das crianças ou adolescentes a serem incluídos em um lar familiar, sendo fundamental para o desenvolvimento social de forma saudável.

Observando as convenções e tratados internacionais relacionados com a matéria, a adoção internacional deve ser realizada por adotante e adotados que residem fora do país de origem. De acordo com atual Código Civil:

> Art. 51. Considera-se adoção internacional aquela na qual a pessoa ou casal postulante é residente ou domiciliado fora do Brasil, conforme previsto no Artigo 2º da Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, aprovada pelo Decreto Legislativo no1, de 14 de janeiro de 1999, e promulgada pelo Decreto nº 3.087, de 21 de junho de 1999.(Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)

Preenchidos todos os requisitos legais, o Brasil deve permitir e estimular a adoção internacional como meio de positivar o direito das crianças e adolescentes a terem uma família. É inegável que o Estado deva fiscalizar de forma árdua e efetiva este processo, sendo norteado, principalmente, pelos princípios da dignidade da pessoa humana e o do melhor interesse da criança, evitando qualquer tipo de irregularidade processual. Nesse contexto, é válido destacar o julgado a seguir:

> ADOÇÃO – Disputa com estrangeiros – Prevalência do interesse do menor. Adoção de criança brasileira por estrangeiro – Caráter supletivo – Interesse do menor – Prioridade. O Estatuto da Criança e do Adolescente não faz discriminação entre brasileiros e estrangeiros. O que a lei quer é que se dê supremacia à criança ou ao adolescente, seu bem-estar, seus direitos, dignidade, convivência familiar etc., e, estando brasileiros e estrangeiros nas mesmas condições,sendo ambos convenientes à criança ou ao adolescente, deve-se preferir o brasileiro ao estrangeiro. Se, porém, as condições oferecidas pelo casal estrangeiro forem melhores e trouxerem vantagens ao menor, a medida excepcional deve ser aplicada. TJMG, 4ªC., Ag. 22.528-4, rel. Des. Alves de Melo, j. 2.4.92, (Minas Gerais II 5.12.92, p.1, ementa oficial).

A adoção internacional, além de conceder aos novos arranjos familiares a oportunidade de poderem se responsabilizar por uma criança ou adolescente, também é usada como um meio de proteção jurídica dos vulneráveis em questão, evitando o contrabando desses, tendo em vista a existência do banco de registros de crianças ou adolescentes órfãos, além das normas pactuadas na Convenção de Haia.

A instituição da adoção por estrangeiros é um mecanismo de grande importância para a proteção jurídica no aspecto internacional, criando uma cooperação entre os países e estimulando-osà efetivação dos direitos das crianças e adolescentes.Estes indivíduos necessitam de amparo por parte do Estado, sendo derramado as virtudes norteadas pelo amor e o respeito, pois, quando estiverem capazes de exercerem seus direitos no âmbito civil, serão eles os titulares da democracia.

5 Adoção à Brasileira

De início, o método que viola os procedimentos judiciais e os trâmites legais do processo de adoção é conhecido, popular e até mesmo doutrinalmente, como “adoção à brasileira”.

Para Maria Berenice Dias, este tipo de adoção ocorre quando “o companheiro de uma mulher perfilhar o filho dela, simplesmente registrando a criança como se fosse seu descendente” (DIAS, 2005, p. 435).

Observa-se que este tipo de perfilhação é uma forma ilegítima de se realizar o almejado sonho de construir uma família, inobservando os dispositivos do Código Penal, que por sua vez, expressam taxativamente como crime tal conduta em seus artigos.

Prevê o artigo 242 do Código Penal que:

> Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil. Pena - reclusão, de dois a seis anos. Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena. (BRASIL, 1940).

Destaca-se também o artigo 297 do mesmo código, "Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro: Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa." (BRASIL, 1940).

Contemplando o cenário da adoção, a tentativa de enganar uma etapa necessária (que se faz por meio de uma ação judicial), acaba por tornar o que, teoricamente seria menos custoso, emuma forma mais embaraçada e incoerente.

Cumpre salientar, que as pessoas em geral ignoram o fato de a mãe biológica pode ter o direito de reassumir a criança, uma vez que, apresentado exame em DNA,comprova o vício da adoção, o que pode acarretar, inclusive, na retirar do adotado do convívio no qual encontra-se inserido. De antemão, para não deixar dúvidas referente ao tema, Cleber Masson estabelece que:

> Esta conduta é conhecida como "adoção à brasileira", em razão de tratar-se de atividade comum no território nacional, quase uma criação pátria, no mais das vezes cometidas por pessoas que buscam auxiliar amigos, parentes ou mesmo estranhos que não têm condições para cuidar do próprio filho, ou então para em conjunto criar, como se também seu filho fosse, o descendente de seu cônjuge ou companheiro. (MASSON, 2013)

5.1 Adoção à brasileira x Socioafetividade

Muito embora este tipo de adoção se perfaça de forma ilícita, tanto o Código Civil, quanto a jurisprudência brasileira, têm reconhecido os vínculos de pais e filhos seguindo os princípios da afetividade e do melhor interesse da criança.

Nesse sentido, após o registro voluntário por parte do adotante, observa-se sentenças na direção de se tornar esta prática irrevogável. Inclusive, o professor Flávio Tartuce defende que

> ... a jurisprudência nacional tem aplicado o conceito de *parentalidade socioafetiva* em tais situações, de modo que aquele que reconheceu a criança como seu filho não possa mais quebrar esse vínculo depois de estabelecida a afetividade, o que comporta análise caso a caso" (TARTUCE, 2019).

Desta forma, a modalidade de adoção*intuito personae* não é totalmente rejeitado em nosso ordenamento jurídico, considerando os princípios supracitados no início deste item de forma relevante para determinados julgados. Segue processo transcrito:

> APELAÇÃO CÍVEL - ADOÇÃO CONSENSUAL - VINCULOS DE AFINIDADE E AFETIVIDADE INEXISTENTES - ART. 50, § 13, II DO ECA - MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - SENTENÇA MANTIDA. PRECEDENTE DO STJ. - "(. . .) A observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de 13 BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília: 13 de julho de 1990 existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro; (...) (STJ - REsp 1172067/MG RECURSO ESPECIAL 2009/0052962-4 Relator (a) Ministro MASSAMI UYEDA (1129) Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 18/03/2010 Data da Publicação/Fonte DJe 14/04/2010). APELAÇÃO NÃO PROVIDA.(TJ-PR 8285636 PR 828563-6 (Acórdão), Relator: GamalielSemeScaff, Data de Julgamento: 14/03/2012, 11ª Câmara Cível)

De igual forma, destaca-se também a prevalência de ações mantendo o vínculo afetivo produzido por meio deste tipo de adoção:

> Ação negatória de paternidade. Adoção "à brasileira". Paternidade Socioafetiva. O registro de nascimento realizado com o ânimo nobre de reconhecer a paternidade socioafetiva não merece ser anulado, nem deixado de se reconhecer o direito do filho assim registrado". (TJRS, 00502131NRO-PROC70003587250, Rio Grande, 8.ª Câmara Cível, Rel. Rui Portanova, 21.03.2002)

Em consonância aos dispositivos apresentados, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais julgou procedente o pedido de filiação "à brasileira", conforme apelação transcrita abaixo:

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO 'INTUITU PERSONAE' - ENTREGA DA CRIANÇA LOGO APÓS O NASCIMENTO - GUARDA DEFINITIVA - AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE MÁ-FÉ - NÃO INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE PRETENDENTES À ADOÇÃO - CRIANÇA COM 05 (CINCO) ANOS DE IDADE E CONVIVÊNCIA COM A ADOTANTE NO MESMO PERÍODO - VÍNCULOS SÓCIO-AFETIVOS COMPROVADOS - MITIGAÇÃO DA OBSERVÂNCIA RÍGIDA AO SUPRACITADO CADASTRO - PREPONDERÂNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - PRIORIDADE ABSOLUTA - SENTENÇA QUE INDEFERIU A ADOÇÃO - RECURSO PROVIDO.
> - O cadastro de adoção se destina a dar maior agilidade e segurança ao processo de adoção, uma vez que permitem averiguar previamente o cumprimento dos requisitos legais pelo adotante, bem como traçar um perfil em torno de suas expectativas. Evita influências outras, negativas ou não, que, por vezes, levam à sempre indesejada "adoção à brasileira".
> - Todavia, deve-se ter em mente sempre o melhor interesse da criança. É certo que existem casos, excepcionais, em que se mitiga a habilitação dos adotantes no competente cadastro para o deferimento do pedido de adoção, possibilitando a chamada adoção direta ou 'intuito personae'.
> - Retirar uma criança com 05 (cinco) anos de idade do seio da família substituta, que hoje também é a sua, e lhe privar, inclusive, da convivência com seus 02 (dois) irmãos biológicos, sob o pretexto de coibir a adoção direta, é medida extremamente prejudicial. O menor poderá ser exposto a grande instabilidade emocional, em face de uma brusca mudança.

> - A retirada do infante da casa de sua guardiã após o transcurso de longo período de convivência e constatada a formação de fortes laços de afetividade, não se mostra recomendável, pois certamente resultará em traumas e frustrações para o menor, com prejuízo ao seu ideal desenvolvimento, inserido que está como verdadeiro membro daquele núcleo familiar.(TJMG - Apelação Cível 1.019412.006162-8/002, Relator(a): Des.(a) Hilda Teixeira da Costa , 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 27/01/2015, publicação da súmula em 04.02.2015)

Diante do exposto, diga-se de passagem, imensamente delicado, as decisões judiciais vêm trilhando o caminho do afeto, visto que no Brasil, os pedidos de revogação de paternidade, em regra, não são deferidos pelos tribunais,ainda que adotados de forma irregular.Os pais adotivos, frequentemente,permanecem com a guarda do filho em lide, incidindo, por isso, o art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente que prevê a irrevogabilidade da adoção, bem como o artigo 1.609 do Código Civil, que determina que o reconhecimento voluntário de filiação é irreversível.

Referente a adoção ilegal, também conhecida como "à brasileira", nota-se que, embora praticada por conduta ilícita positivada no código penal, na verdade, quando caracterizada por motivo nobre, os magistrados têmdesprendido o perdão judicial, distinguindo desta forma as práticas de más intenções das que visam apenas o bem da criança, desconhecendo, na maioria das vezes, o seu caráter ilícito.

6 Considerações Finais

Historicamente, o instituto da adoção passou por várias reviravoltas de acordo com cada momento que esteve presente na sociedade. Como visto, para cada época a adoção tinha determinada finalidade, mas o que de fato nos interessa é questionar o verdadeiro desígnio desse instituto na sociedade contemporânea.

A promulgação da Lei Nacional da Adoção, de 2009, redimensionou esse assunto trazendo uma considerável transformação conceitual e procedimental, com consequências positivas e negativas sobre a matéria.

Umas das alterações mais significativas foi a extinção, exceto em alguns casos, da adoção consensual (*intuitu personae*), na qual a mãe poderia entregar a criança para pessoas que ela livremente escolhesse, objetivando cessar com as práticas ilícitas de adoção, como por exemplo a adoção "à brasileira".

Além da proibição da adoção consentida, a lei referenciada estabeleceu também a possibilidade de maiores de 12 anos opinarem no processo, dando liberdade ao menor adotado de manifestar sua vontade.

Outra relevante novidade foi a de que qualquer pessoa maior de 18 anos (obedecendo os requisitos legais) pode dar entrada em um processo de adoção. Ademais, a Lei 12.010/2009 preocupou-se em estabelecer requisitos rígidos para o processo de adoção internacional, visando sempre a segurança e o bem-estar das crianças e adolescentes, promovendo ao máximo o melhor interesse do adotado.

Nessa vertente, foram expostas, emapertada síntese, as modalidades da adoção, assim como, a evolução legislativa sobre o tema no ordenamento jurídico brasileiro.

Observou-se então que a adoção foi uma conquista que passou por diversos contratempos, sendo pacífica somente no mundo atual.Por esse motivo, atualmente,o instituto é tratado com muita seriedade, sobretudo com os olhos totalmente voltados ao adotado, afim de assegurar à criança e ao adolescente um lar adequado para a sua formação social.

César Fiuza, como entusiasta da tese da afetividade como vínculo que deve ser levado em conta, de forma relevante, em sensatas palavras descreve "[...] se a adoção antes tinha o objetivo precípuo de dar um filho quem não tinha, hoje seu objetivo é, acima de qualquer outro, dar um lar a quem não tem." (FIUZA, 2010, p. 1006).

Referências

A ADOÇÃO NO BRASIL: ALGUMAS REFLEXÕES. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/epp/v10n2/v10n2a05.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2019.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Brasília,1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 26 jun. 2019.

_____. 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>. Brasília, 1940. Acesso em: 27 jun. 2019.

_____. LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 jun. 2019.

_____. LEI Nº 12.010, DE 3 DE AGOSTO DE 2009. **Lei Nacional da Adoção**. Brasília, 2009. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm>. Acesso em: 26 jun. 2019.

_____. **LEI Nº 13.509**, DE 22 DE NOVEMBRO DE 2017. Brasília, 2017. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13509.htm>. Acesso: 26 jun. 2019.

_____. LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990. ECA - **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/_ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 26 jun. 2019.

COMO FAZER ADOÇÃO DE MAIOR DE IDADE?. São Paulo, 2018. Disponível em <http://trasmonteadvocacia.com.br/como-fazer-a-adocao-de-maior-de-idade/>. Acesso em: 27 jun. 2019.

CUNHA, Tainara Mendes. **A evolução histórica do instituto da adoção.** Conteúdo Jurídico, Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.34641&seo=1>. Acesso em: 27 jun. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Direito de Família e o novo Código Civil**. Edição 4ª. São Paulo: Del Rey, 2005.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. Edição 11ª. São Paulo: Afilhada, 2016.

EDIGNTON, Doracy Costa Vianna. **DA IMPOSSIBILIDADE DA REVOGAÇÃO DA ADOÇÃO À BRASILEIRA**. Brasília, 2006. Disponível em <https://repositorio.ucb.br/jspui/bitstream/10869/3148/2/Doracy%20Costa%20Vianna%20Edington.pdf> Acesso em: 27 jun. 2019.

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. Edição 14ª. São Paulo: Del Rey, 2010.

_____. **Direito Civil: Curso completo**. Edição 2ª. São Paulo: Afilhada, 2016.

LIMA, Fernanda da Silva; DOMBROWSKI, Carolina**. A ADOÇÃO IRREGULAR NO BRASIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**., Rio Grande, 2011. Disponível em :<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10591>. Acesso 27 jun. 2019.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado. Parte Especial**. Edição 3ª. São Paulo: Método, 2013.

OLIVEIRA, Claudio Gomes de. **ADOÇÃO *Intuitu Personae*: a Prevalência do Afeto.** 2016. Revista Síntese: Direito de Família. São Paulo, 2016. Vol. 97. P. 68-74. Ago-Set. 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Famílias**. Edição 14ª. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

3

Uma análise da força probante do laudo pericial em demandas de responsabilidade civil médica

Caroline Amorim Costa [1]
Michelle Amorim Costa [2]

1 Considerações Iniciais

As demandas judiciais envolvendo a responsabilidade civil médica têm crescido vertiginosamente em nosso país. Dados divulgados pelo Tribunal de Justiça do estado de São Paulo em setembro de 2018 (SIMONATO, 2018) apontam para um aumento de 101% (cento e um por cento) nas ações judiciais envolvendo erro médico entre os anos de 2013 e 2017 naquele estado.

O Ordenamento Jurídico Brasileiro, ao tratar do instituto da responsabilidade civil, adotou como regra geral, para fins de reparação dos danos

[1]Pós-Doutoranda, Phd Doutora com distinção "*cum laude*" e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG; Especialista em Ciências Jurídicas pela Universidade Cândido Mendes - UCAM/IAVM; Pós-Graduanda em Moderna Educação: Metodologias, Tendências e foco no aluno, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS; Professora Adjunta da Faculdade de Minas - FAMINAS/BH; Professora Adjunta do Centro Universitário UNA de Belo Horizonte/MG; Associada Titular do Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil – IBERC; Associada Titular da Associação Mineira de Professores de Direito Civil – AMPDIC; Coordenadora de Diretoria de Articulação Política e Social do Instituto Abolicionista Animal – IAA; Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/MG; Autora Jusanimalista; Consultora Jurídica; Advogada, Sócia Proprietária do Escritório de Advocacia BCAP – Burmann, Carvalho, Amorim e Paulino Sociedade de Advogados.

[2] Médica graduada pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG,Especialista em Obstetrícia e Ginecologia pelo IPSENG;Especialista em Reprodução Humana pelo Hospital Municipal Odilon Behrens, Belo Horizonte. Pós-graduada em Auditoria em Saúde pela Fundação Unimed/CELUMA. Pós-Graduada em Perícia Médica pela Faculdade Unimed - FU/Belo Horizonte. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC/MG, premiada com medalha Professor Melo Cançado pela formação de excelência no curso de Direito. Advogada, Sócia eAssistente técnica responsável por demandas Médicas do Escritório de Advocacia BCAP – Burmann, Carvalho, Amorim e Paulino Sociedade de Advogados.

em geral, a teoria subjetiva (FIUZA, 2019). Os artigos 186 e 927 do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002) prescrevem a necessidade de verificação de culpa para que seja imputada a obrigação de indenizar[3].

O exercício da Medicina não foge a esta regra geral, uma vez que o artigo 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) determina que "a responsabilidade dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa".

Assim, no decorrer de um processo versando sobre suposto erro médico as partes deverão demonstrar ao magistrado se o profissional agiu ou não com culpa. Para tanto, poderão lançar mão de todos os meios de prova em Direito admitidos[4].

Dentre os meios de prova elencados pelo Código de Processo Civil Brasileiro (BRASIL, 2015) encontra-se a perícia. Esta far-se-á necessária sempre que a prova do fato depender de conhecimento especial técnico ou científico[5].

Em virtude da natureza altamente especializada da atuação médica, na absoluta maioria das ações versando sobre responsabilidade civil, a prova pericial será necessária para que os fatos trazidos em juízo possam ser esclarecidos. A decisão do magistrado, entretanto, não está automaticamente vinculada às conclusões do perito. Como decorrência do princípio do livre convencimento motivado, o juiz se baseará em todas as provas apresentadas para tomar sua decisão (BODART, 2015).

O objetivo do presente trabalho é, pois, verificar a influência da prova pericial sobre as decisões judiciais em primeira instância, proferidas no curso de processos que versam sobre responsabilidade civil médica. Para

---

[3]"Art. 186:Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". "Art. 927: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem." (BRASIL, 2002).

[4] "Art. 369: As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz." (BRASIL, 2015).

[5]"Art. 156: O juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico". (BRASIL, 2015).

tanto, foi realizada pesquisa no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do estado de Minas Gerais, buscando por processos em tramitação na comarca de Belo Horizonte/MG, no período de 01 de junho de 2018 a 31 de maio de 2019.

2 Contextualização instrumental

O presente trabalho tem uma abordagem predominantemente quantitativa, exploratória e descritiva, bibliográfica e documental, transversal.

A amostra estudada é constituída por sentenças publicadas no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG (http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/).

Seguiu-se o caminho "pesquisa de jurisprudência", "sentenças", "pesquisa avançada".

A pesquisa foi realizada utilizando-se a expressão "erro médico" com solicitação de busca pela "frase exata", utilizando-se como filtros a comarca de Belo Horizonte e o período entre01/06/2018 e 31/05/2019 (12 meses) - 83(oitenta e três) sentenças foram encontradas.

Após avaliação inicial dos referidos documentos, 8 (oito) foram excluídos da análise por não versarem sobre erro médico, outros 8 (oito) por aparecerem em duplicidade, 5 (cinco) por tratarem de demanda odontológica, 4 (quatro) por não permitirem a identificação do objeto da lide e 1 (um) por não deixar claro se a perícia foi ou não realizada. Assim, a amostra final contempla57 (cinquenta e sete) sentenças.

3 Resultados estatísticos

No curso de 6 (seis)dos 57 (cinquenta e sete) processos, cujas sentenças foram analisadas, não foram realizadas provas periciais. Este número corresponde a 10% (dez por cento) do total.

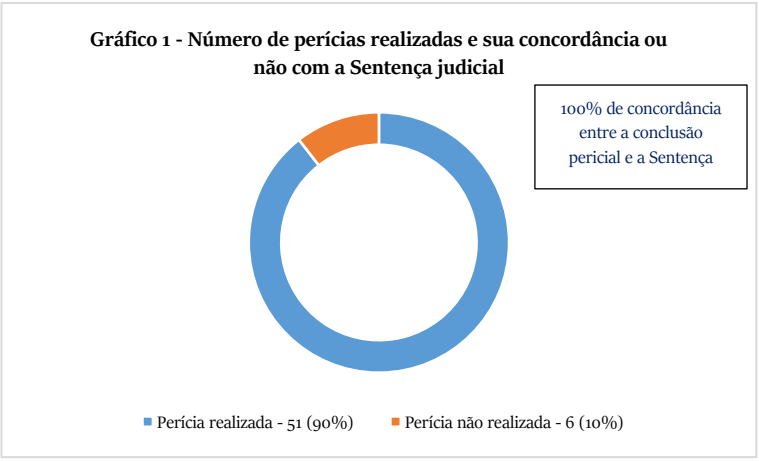
Os motivos para a não realização da perícia foram variados. Emdois,dos seisprocessos, a prova pericial não foi requerida; em outro, o

autor requereu a perícia, mas não procedeu ao pagamento do perito; um outro foi finalizado por meio de acordo entre as partes, antes da análise do mérito; noutro, a parte autora não compareceu por duas vezes para realização da perícia direta; e no último, o processo foi extinto sem resolução do mérito por ilegitimidade passiva da parte requerida. A prova pericial foi, pois, realizada no curso de 51 (cinquenta e um) processos que versaram sobre erro médico no período avaliado – 90% (noventa por cento) do total.(gráfico 1).

A amostra constituída por essas 51 sentenças foi analisada quanto à concordância entre as conclusões dos laudos periciais e as decisões judiciais em primeira instância.

Na comarca de Belo Horizonte, no período estudado, essa concordância foi de 100% (gráfico 1). Não foi encontrada nenhuma sentença proferida em desacordo com a análise técnica realizada pelo perito. As condenações dos médicos quanto ao dever de indenizar só se concretizaram quando evidenciada falha técnica no exercício da profissão pelo perito do Juízo.

Gráfico 1 - Número de perícias realizadas e sua concordância ou não com a Sentença judicial

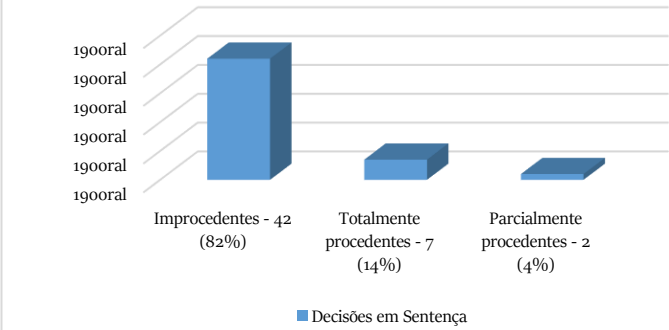


No que tange às decisões de primeira instância, quanto à procedência ou improcedência dos pedidos, os mesmos foram julgados improcedentes em 82% (oitenta e dois por cento) dos casos, totalmente procedentes em

14% (quatorze por cento) dos casos – condenação apenas dos profissionais de saúde, ou, apenas dos estabelecimentos de saúde, ou de ambos, dependendo do pedido formulado na exordial –e, parcialmente procedentes nos 4% (quatro por cento) restantes – quando um ou alguns dos pedidos não foi julgado procedente pelo magistrado. (gráfico 2).

Percebe-se, pois, que as condenações nas ações com alegações de erro médico aconteceram em 18% (dezoito por cento) dos casos.

Gráfico 2 - Procedência dos pedidos



Nos 7 (sete) casos em que a sentença proferida considerou a procedência total dos pedidos, apenas em 1 (um) deles o profissional médico não foi acionado judicialmente.

A demanda versou sobre a ocorrência de infecção hospitalar após a realização de procedimento ortopédico e a condenação recaiu, exclusivamente, sobre o hospital, conforme pedido na exordial.

Em outros 2 (dois) casos, apenas os médicos foram demandados no Judiciário. Uma das ações versou sobre mamoplastia estética – cirurgia plástica nos seios – e a outra, sobre erro de diagnóstico em exame ultrassonográfico.

Nos 4 (quatro) casos restantes, a sentença condenatória abarcou os estabelecimentos de saúde e os profissionais diretamente implicados no cuidado com o paciente, uma vez que, ambos integraram o polo passivo

da lide. Dessas demandas, 2 (duas) versaram sobre obstetrícia, 1 (uma) sobre ortopedia e 1 (uma) sobre cirurgia plástica estética.

Nos dois casos em que a sentença proferida considerou a procedência parcial dos pedidos houve condenação do estabelecimento de saúde sem a condenação do médico. Ambos os casos envolveram procedimento cirúrgico. Em um deles, houve complicação após realização de cirurgia ginecológica em hospital público, sendo este responsabilizado em virtude da demora em oferecer a resolução da referida complicação. No outro, houve ocorrência de queimadura pela utilização do eletrocautério durante a cirurgia para exérese de nódulo em mama. Em decorrênciade o equipamento pertencer ao hospital, recaiu sobre ele o dever de indenizar.

4 Breve análiseda influência exercida pela prova pericial sobre as decisões judiciais acerca da responsabilidade civil médica

Antes de analisarmos a influência da prova pericial sobre as decisões judiciais em primeira instância, acerca da responsabilidade civil médica, alguns pontos precisam ser esclarecidos.

Faz-se necessário distinguir os termos prova e meios de prova, delimitar o conceito de prova pericial, e compreender o método de valoração das provas na esfera cível, como um todo, e na responsabilidade civil médica em específico.

4.1 Prova eMeios de Prova

A doutrina pátria alerta para a diversidade de sentidos envolvendo o termo “prova”.

Neves (2016) afirma que alguns doutrinadores conceituam prova como meios ou elementos que auxiliam o juiz a formar sua convicção a respeito da existência de determinado fato. Outros, no entanto, entendem que a prova é a própria convicção acerca dos fatos alegados em juízo. E uma terceira vertente considera a prova como um conjunto de atividades

que visa demonstrar e verificar os fatos alegados com vista a encontrar a verdade relativa acerca das alegações.

Segundo Kallas Filho e Fonseca (2015), o conceito de prova pode ser compreendido em uma acepção objetiva ou subjetiva. No primeiro sentido, ela leva aos autos o conhecimento de um fato relacionado à causa. Já no segundo, permite ao julgador formar sua convicção quanto ao fato que demonstrou. A prova, pois, traz à realidade dos autos a comprovação da ocorrência de um fato, bem como responde pela construção da convicção do julgador.

Importa salientar, que a prova não possui o condão de reproduzir os fatos ocorridos no mundo real (KALLAS FILHO; FONSECA, 2015). Independentemente do sentido empregado, elas são utilizadas com o objetivo de permitir ao juiz encontrar a melhor verdade possível, ou seja, a mais próxima do que ocorreu no mundo dos fatos (NEVES, 2016).

Tecidas as considerações acerca do significado de prova, faz-se mister conceituar os meios de prova. Estes podem ser entendidos como os métodos que as partes ou o próprio juiz podem utilizar para introduzir determinada prova nos autos de um processo (KALLAS FILHO; FONSECA, 2015).

O Código de Processo Civil Brasileiro preceitua que, no curso de uma demanda jurisdicional, as partes podem se valer de todos os meios de prova em Direito admitidos, a fim de demonstrar a veracidade de suas alegações (BRASIL, 2015). Em seu capítulo XII, elencaa ata notarial, o depoimento pessoal, a confissão, a exibição de documento ou coisa, a prova documental, a prova testemunhal, aprova pericial ea inspeção judicial (BRASIL, 2015).

A despeito dessa delimitação, o CPC assevera que as partes não estão adstritas apenas aos meios de prova ali explicitados, podendo trazer aos autos qualquer um que se faça necessário,desde que legal e moralmente legítimo.

4.2 Da prova pericial

Os artigos 464 e 156 do Código de Processo Civil Brasileiro(BRASIL, 2015) definema prova pericial como exame, vistoria ou avaliação que será necessária sempre que a demanda exigir conhecimento técnico ou científico para sua resolução.

Entende-se por conhecimento científico aquele produzido por uma ciência, com utilização de seus métodos e concepções específicas de determinada área do saber. O conhecimento técnico pode ser definido como aquele resultante de regras destinadas ao exercício de uma atividade prática (BODART, 2015).

As espécies de perícia explicitadas no artigo 464 do CPC guardam distinções entre si. O exame consiste na inspeção realizada pelo perito em bens móveis, pessoas, coisas ou semoventes para verificar a existência de fato ou circunstância de interesse à solução do litígio. A vistoria é a perícia que tem como objeto apenas bens imóveis, enquanto a avaliação é destinada a aferir o valor de determinado bem, direito ou obrigação (DONIZETTI, 2017; NEVES, 2016).

A despeito do enquadramento da prova pericial no capítulo XII – Das Provas – do Código de Processo Civil, junto aos meios de prova, alguns doutrinadores questionam sua natureza jurídica.

Bodart (2015) afirma que o direito positivo brasileiro não deixa claro ser a perícia um meio de prova típico por considerar o perito um auxiliar do Juízo e por não a elencar no Código Civil junto aos outros meios de prova típicos, como o depoimento pessoal e a inspeção judicial.

Em virtude disso, parte dos doutrinadores considera a perícia uma consulta do juiz e, não, um meio de prova.Outra parte a considera meio de prova típico. E uma terceira parcela a enxerga como possuidora de natureza jurídica híbrida, sendo meio de prova para as partes e auxílio para o juiz. Entretanto, independentemente da posição doutrinária, a classificação da perícia como auxílio, ou meio de prova, não traz consequências práticas.

Como salientado, anteriormente, a prova pericial se faz necessária diante de demandas que requerem o auxílio de um especialista para serem resolvidas.

Neves (2016) afirma que a prova pericial é, dentre os meios de prova existentes no sistema jurídico, o mais complexo, caro e demorado. Assim, seu deferimento deve ser reservado para os casos em que o auxílio do *expert* seja fundamental. Vale ressaltar, quemesmo o magistrado detendo o conhecimento especializado para correta apreciação dos fatos, deverá nomear perito para auxiliá-lo (BODART, 2015).A ausência de nomeação do perito pelo juiz,em casos devidos, fere os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (DONIZETTI, 2017).

Ao tratarmos de processos versando sobre responsabilidade civil médica com alegação de erro médico, em virtude das especificidades técnicas da Medicina, na maioria absoluta das vezes, será necessária a realização da prova pericial. Nesses casos, a espécie de prova pericial constituída será o exame.

4.3 Da valoração da prova pericial

A prova pericial é inserida na relação jurídico-processual por meio da atuação de um terceiro não interessado: o perito. Este é detentor de conhecimento técnico científico especializado e deve produzir um laudo imparcial capaz de influenciar no julgamento da causa, contribuindo para elucidar uma questão controversa que demanda conhecimentos especiais (KALLAS FILHO; FONSECA, 2015).

No curso dos processos nos quais são deferidas a realizações de provas periciais, outras provas poderão, também, ser produzidas. Diante de todo o conjunto probatório apresentado nos autos, caberá ao juiz, então, decidir. Para esta tomada de decisão, as provas deverão ser valoradas.

A valoração das provas em um caso concreto pode seguir um de três sistemas, quais sejam: a uma) sistema da prova legal; a duas) sistema da

valoração *secundum conscientizam*; a três)sistema da persuasão racional do juiz (KALLAIS FILHO; FONSECA, 2015).

No primeiro, existe uma valoração prévia de cada prova fixada em dispositivos legais. No segundo, o juiz analisa o conjunto probatório de acordo com o que melhor lhe aprouver, apreciando livremente as provas, podendo, inclusive, decidir de forma contrária a elas. Já no terceiro sistema, o juiz encontra-se vinculado às provas e aos demais elementos trazidos aos autos no curso do processo, mas possui liberdade para decidir de forma fundamentada, sem amarras legais de valoração prévia das provas (DONIZETTI, 2017; KALLAIS FILHO; FONSECA, 2015).

No sistema processualista civil brasileiro vigora, como regra geral[6], o princípio da persuasão racional, também chamado de princípio do livre convencimento motivado[7] (DONIZETTI, 2017).

Assim, não existe hierarquia entre as provas, tendo o magistrado liberdade para analisar todo o conjunto probatório, valorar cada uma delas, devendo fundamentar sua decisão sob pena de nulidade, de acordo com o artigo 93, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/1988)[8] (KALLAIS FILHO; FONSECA, 2019).

Nos processos em que a prova pericial for produzida, apesar da especificidade da matéria discutida, o juiz não se encontra obrigado a decidir conforme as conclusões do perito. É o que depreende da leitura do artigo 479 do CPCB:

> "O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito" (BRASIL, 2015).

[6]O artigo 406 do CPCB prescreve que "quando a lei exigir instrumento público como da substância do ato, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta". Nestes casos, o princípio da persuasão racional do juiz será mitigado (KALLAIS FILHO; FONSECA, 2015).

[7]"Art. 371: O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento." (BRASIL, 2015).

[8]"Art. 93, inciso IX: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação". (BRASIL, 1988).

Assim, a decisão do magistrado não está automaticamente vinculada ao laudo pericial. Como decorrência do princípio do livre convencimento motivado, o juiz se baseará em todas as provas apresentadas para tomada de sua decisão (BODART, 2015).

4.4 Da valoração da prova pericial em demandas versando sobre erro médico

A produção probatória no curso do processo visa auxiliar o juiz, destinatário final das provas produzidas nos autos, a firmar suas convicções acerca dos fatos apresentados (DONIZETTI, 2017). Diante do princípio do livre convencimento motivado adotado pelo sistema processual brasileiro, não existe hierarquia prévia entre as provas, mesmo que uma delas seja a prova pericial (KALLAIS FILHO; FONSECA, 2015).

Nas ações de responsabilidade civil médica com arguição de erro médico, via de regra, a prova pericial é produzida.

Na pesquisa realizada no sítio eletrônico do TJMG para elaboração do presentetrabalho, a perícia foi realizada em 90% (noventa por cento) dos processos. Em todos esses casos, a decisão do Juízo de primeira instância foi concordante com a conclusão apresentada nos laudos periciais.

Este resultado está alinhado com o encontrado por Kallais Filho e Fonseca (2015) ao analisarem acórdãos proferidos pelos desembargadores do Tribunal de Justiça do estado de Minas Gerais no período de 01/01/2013 a 31/12/2013, no curso de processos versando sobre responsabilidade civil médica. Num total de 21 decisões analisadasem segunda instância, apenas duas (9,5%) divergiram da prova técnica produzida em primeira instância. Esta divergência, no entanto, deveu-se à alegação da presença de vícios na prova outrora produzida. Em todos os outros casos, as conclusões do perito subsidiaram a decisão do tribunal levando, inclusive, à revogação de sentenças do Juízo de primeiro grau que haviam decidido contrariamente ao laudo pericial (3 acórdãos, correspondendo a 15,8% da amostra

analisada). Também, aqui, as decisões foram devidamente fundamentadas.

Frente ao exposto, verifica-se que mesmo num sistema de persuasão racional do juiz, em virtude da especificidade técnica da matéria em processos versando sobre responsabilidade civil médica, a prova pericial parece se sobrepor às demais provas produzidas nos autos.

5 Considerações finais

O presente trabalho avaliou as decisões judiciais em primeira instância proferidas em sentença, no curso de processos versando sobre responsabilidade civil médica, na comarca de Belo Horizonte/MG, período de 01/06/2018 a 31/05/2019.

Após análise dos dados, verificou-se a concordância entre as conclusões dos laudos periciais e as decisões judiciais em 100% das ações em curso, no período mencionado.

As considerações técnicas do perito embasaram decisões que levaram, tanto à condenação, quanto à absolvição de médicos e serviços de saúde.

Todas as sentenças foram devidamente fundamentadas pelos magistrados, evidenciando o respeito ao princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional do juiz, bem como ao princípio constitucional da motivação das decisões judiciais. Todas as provas presentes nos autos foram avaliadas e valoradas pelos julgadores.

Esse resultado permite aventar a hipótese de que, em virtude da complexidade da matéria tratada no curso de processos com alegações de erro médico, a influência da prova pericial se sobrepõe à das outras provas produzidas. É importante evidenciar, que o magistrado não é conhecedor de todas as especificidades das mais diversas áreas que permeiam as casuísticas sob sua análise e decisão. A opinião técnica de um perito com expertise na área, objeto do litígio, faz toda a diferença para o alcance de decisões mais justas e equânimes.

Referências

BODART, BVR. Ensaio sobre a prova pericial no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**.Vol 244, jun/2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.244.03.PDF>. Acesso em 22 de jun, 2019.

BRASIL.**Constituição**(1988). Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 29 de jun. 2019.

BRASIL. **Lei n. 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 22 de jun. 2019.

BRASIL. **Lei n. 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 22 de jun. 2019.

BRASIL. **Lei n.13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 22 de jun. 2019.

DONIZETTI, E. **Curso didático de direito processual civil**. 20ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. 1766p.

FIUZA, C. **Direito Civil:**Curso Completo. 19ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. 1436p.

KALLAS FILHO, E; FONSECA, JPO. A influência da prova pericial nas decisões judiciais acerca da responsabilidade civil dos médicos. **R. Dir. Sanit**. São Paulo, v.16, n.2, p.101-115, jul./out. 2015. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/106885/105505/>. Acesso em 22 de jun. 2019.

NEVES, DAA. **Manual de Direito Processual Civil**. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. 1760 p.

SIMONATO, S. Ações na Justiça por erro médico crescem 101% entre 2013 e 2017 em SP: Em 2017 foram registradas 489 ações. Este ano, Tribunal de Justiça já contabilizou 294 até julho. **G1**, São Paulo, 01 set. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2018/09/01/acoes-na-justica-por-erro-medico-crescem-101-entre-2013-e-2017-em-sp.ghtml>. Acesso em 22 de jun. 2019.

4

Novas perspectivas sobre o direito ambiental e o desenvolvimento sustentável: a ponderação das controvérsias a respeito da responsabilização da pessoa jurídica em casos de crimes ambientais

Cristian Kiefer da Silva [1]
Raphael Swerts Silva [2]

1 Introdução

Desde os primórdios das civilizações até os dias atuais, o meio ambiente sempre foi um assunto que possuiu e possui uma considerável

[1] Pós-Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialização em Direito Processual Civil Aplicado pelo CEAJUFE. Especialização em Direito Público Aplicado pelo EBRADI. Graduação em Direito pela Universidade José do Rosário Vellano. Graduação em Administração pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Visiting Scholar na Northeastern State University-EUA, na University of Tulsa-EUA e na Oklahoma State University-EUA. É Professor Titular da Escola de Direito do Centro Universitário Newton. É Professor Adjunto da Escola de Direito do Centro Universitário UNA. É Professor Titular da Escola de Direito da Faculdade de Minas (Faminas-BH). É Professor da Pós-Graduação em Direito do Instituto Universitário Brasileiro (IUNIB). É Pesquisador voluntário no INSEPE (Instituto de Ensino, Pesquisa e Extensão). É membro associado e avaliador do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Participa com frequência de fóruns jurídicos, projetos e atividades acadêmicas relacionadas à organização de seminários, congressos, minicursos, grupos de estudo e pesquisa. Tem atuação na área de Direito, com ênfase em Direito Público, Direito Processual e Teoria do Direito. Mediador e Conciliador Judicial cadastrado no CNJ. Membro do corpo de avaliadores do MEC no BASIS/INEP.

[2] Mestre em Políticas Públicas: Gestão Social, Educação e Desenvolvimento Local pelo Centro Universitário UNA. Pós-Graduado em Direito Civil pela PUC/MG. Graduado em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor de Direito da Faminas-BH. Tem experiência docente nas áreas do Direito Civil, Teoria Geral do Processo, Processo Civil, Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Prática Trabalhista. Convidado para ser Paraninfo da turma do Centro Universitário UMA, unidade Linha Verde (2017.1). Professor Homenageado da turma do Centro universitário UMA, unidade Contagem (2018.1). Professor homenageado do Centro Universitário UNA, unidade Barro Preto (2017.1). Professor homenageado da turma do Centro Universitário UNA, unidade Linha Verde (2017.1). Advogado atuante, inscrito na Ordem doa Advogados do Brasil-MG.

importância. Antes, podia-se falar que isso ocorria em virtude da necessidade do homem transformar a natureza para obtenção de bens necessários a sua sobrevivência. Hoje, porém, o enfoque alterou. Preocupa-se demasiadamente com um planeta sustentável, em busca da preservação ambiental, consequentemente, uma melhor qualidade de vida futura.

Como consequência, surgiu o direito penal com suas medidas severas e punitivas, para tentar evitar, cada vez mais, a degradação ambiental. O Direito Penal não se preocupa tão somente em punir aquele que infringe a legislação, protegendo bens jurídicos tutelados pelo Estado. Ele não pode funcionar apenas como *ultima ratio*, ou seja, um último recurso. Deve-se, antes que a sanção seja imposta e aplicada, fazer com que o infrator em potencial saiba das consequências que irá sofrer com a prática do ato lesivo. Desta forma, este ramo do Direito passa a exercer uma função ético-social.

No presente estudo há uma ponderação das controvérsias da responsabilização da pessoa jurídica. E para esclarecimento dessa questão é válido ressaltar as abordagem do conflito dessa responsabilização ser fundamentado na responsabilidade individual baseada na culpa ou na responsabilidade social; ter conhecimento do conceito de Pessoa Jurídica; inferir que as atividades lesivas ao meio ambiente praticadas também pelas pessoas jurídicas podem sujeitá-las à sanções penais e administrativas; analisar as doutrinas contrárias à responsabilização penal de pessoas jurídicas pela prática de crimes; e ter o embasamento das teorias consideradas Favorável e Contrária.

Além do supracitado, o presente artigo trará a tona, também, os temas regulamentados pela Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98), que objetiva sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Dando atenção especial à inovação que a lei nº 9.605/98 trouxe a possibilidade de se punir aquela pessoa jurídica que praticar crime ambiental.

2 Evolução histórica do direito ambiental no mundo

O direito ambiental é "a ciência jurídica responsável pelo estudo, análise, discussões em torno dos problemas e questões ambientais e sua relação com o ser humano, tendo com objetivo a proteção do meio ambiente e a melhoria da qualidade de vida" (SIRVINSKAS, 2002, p. 23). O meio ambiente sempre foi um assunto muito em voga na história das civilizações. Isso porque o homem, desde sempre, possui a necessidade de transformar o ambiente em que vive. Porém, atualmente, esse tema vem ocupando um considerável espaço na mídia em virtude da busca constante de um planeta cada vez mais sustentável.

Para produzir os bens necessários à sua sobrevivência, o homem continuamente recorreu à natureza, transformando-a. Essas constantes mudanças acabaram gerando novas relações jurídicas, em decorrência de divergentes conflitos de interesses. Isso explica a presença de normatizações ambientais desde antigas civilizações com o objetivo de preservar o equilíbrio social. Segundo Pereira (1950), em uma das primeiras dinastias chinesas, a Chow, século IX a.C., o imperador determinava que as florestas fossem conservadas. Ele afirma, também, que em outras dinastias sucedidas pela Chow, o reflorestamento de áreas desmatadas e a criação de estações experimentais foram fatos que obtiveram relevância.

Vale ressaltar que no século V a.C., na Lei das XII Tábuas, já continham disposições que protegiam o direito de uso das terras. Na tábua sexta, referente ao direito de propriedade e da posse, tem-se o seguinte:

> As terras serão adquiridas por usucapião depois de dois anos de posse, as coisas móveis depois de um ano. Que a madeira utilizada para a construção de uma casa, ou para amparar videira, não seja retirada só porque o proprietário a reivindica; mas aquele que utilizou a madeira que não lhe pertencia, seja condenado a pagar o dobro do valor; e se a madeira é destacada da construção ou do vinhedo, que seja permitido ao proprietário reivindicá-la (SEGURADO, 2002).

Faz-se necessário o destaque a essa legislação por ser um importante componente histórico do direito. Visto que foi o primeiro documento legal escrito do Direito Romano, dando base e fundamentação para diversos sistemas jurídicos ocidentais.

Na Grécia, no século IV a.C., as florestas eram tidas como reguladoras do ciclo da água e capazes de proteger o solo contra erosões. Em Roma, eram considerados inimigos por Cícero aqueles que destruíam as florestas da Macedônia. Ressaltando assim, leis de proteção à natureza. No império indiano de Asoka, século III a.C., foram promulgados decretos de proteção aos animais terrestres, peixes e florestas.

Anos mais tarde, a devastação ambiental na Europa estava crescendo a índices exagerados, o que obrigou a criação de leis rigorosas para preservação de ambientes ecológicos. Como exemplo, podemos enfatizar o que citou Gimpel (1997) em seu livro. Ele destaca que no século XIII, em Douai, no norte da França, estava ocorrendo uma imensa escassez de madeira, o que consequentemente gerou uma inflação no preço desse produto. Logo, quando os parentes das pessoas pobres morriam, os caixões eram alugados, para que depois do funeral os mesmos fossem devolvidos.

Em virtude dessa devastação desenfreada, segundo Acot (1990), no século XIV, criaram leis proibindo serrarias hidráulicas em uma das antigas províncias da França: Delfinado. Além disso, surgiram determinações para a proteção de florestas na Inglaterra.

Esse mesmo problema de escassez da madeira atingiu a França do século XVII, no qual Jean-Baptiste Colbert, que na época era ministro do Estado e da economia do rei Luís XIV, promulgou o decreto das Águas e Florestas.

Já no século XX, com o aparecimento da bomba atômica, que o homem viu a necessidade da criação de algo mais rigoroso para a proteção do meio ambiente, visto essa imensa possibilidade de transformação da atmosfera. Então, em 1948, foi criada a União Internacional para Conservação da Natureza.

Concluindo, não podemos deixar de citar a assinatura do Protocolo de Quioto em 2002, em Joanesburgo. Os países que assinaram esse tratado se comprometeram a reduzir a emissão de gases que agravam o efeito estufa, sendo considerados os principais causadores do aquecimento global.

3 Evolução histórica do direito ambiental no Brasil

As preocupações com o meio ambiente é algo que sempre esteve presente nos períodos políticos que o Brasil vivenciou e vivencia. Porém, necessária se faz uma análise cronológica do surgimento de normatizações ambientais.

Na primeira década do descobrimento do Brasil, a legislação que vigorava em Portugal eram as *Ordenações Afonsinas*[3]. Nessa coletânea, por ordenação do rei D. Afonso IV, foi tipificado como crime de injúria ao rei o corte de árvores frutíferas.

Em 1521, nas *Ordenações Manuelinas*[4], era proibido a comercialização das colméias sem que as abelhas fossem preservadas, bem como a caça de animais com instrumentos cruéis. O corte de árvores frutíferas que fossem avaliadas acima de 30 cruzados foi também tipificado, sob pena de degredo para o Brasil.

Já nas *Ordenações Filipinas*[5] foi proibido jogar nas águas quaisquer objetos que matassem os animais que ali viviam ou que sujassem os rios. Em relação às arvores frutíferas, o crime continuou sendo tipificado, tendo como pena o desterro definitivo para o Brasil.

---

[3]As Ordenações Afonsinas são uma coletânea de leis promulgadas, como primeira compilação oficial do século XV, durante o reinado de Dom Afonso V. Várias vezes as Cortes tinham pedido a D. João I a organização de uma coletânea em que se coordenasse e atualizasse o direito vigente, para a boa fé e fácil administração na justiça. Para levar a cabo essa obra designou D. Duarte o doutor Rui Fernandes, que acabaria o trabalho em 1446 em Arruda.

[4] Ficaram conhecidas com o nome de "Ordenações Manuelinas" as duas coletâneas de preceitos jurídicos elaboradas, num sistema de cinco livros, a partir de 1505, na corte de D. Manuel I, sob a direção do Doutor Rui Boto, chanceler-mor do reino.

[5]Esta compilação jurídica resultou da reforma do código manuelino, como consequência do domínio castelhano, tendo sido mais tarde confirmada por D. João IV. Mais uma vez se fez sentir a necessidade de novas ordenações que representassem a expressão coordenada do direito vigente. A obra ficou pronta ainda no tempo de Filipe I, que a sancionou em 1595, mas só foi definitivamente mandada observar, após a sua impressão em 1603, quando já reinava Filipe II.

Em 1830, no primeiro Código Criminal, foi tipificado o corte ilegal de madeira. Na Lei nº 601, de 18 de Setembro de 1850[6], de acordo com o seu artigo segundo, eram punidos aqueles que ocupassem o solo com o intuito de desmatá-lo:

> Art. 2º Os que se apossarem de terras devolutas ou de alheias, e nellas derribarem mattos ou lhes puzerem fogo, serão obrigados a despejo, com perda de bemfeitorias, e de mais soffrerão a pena de dous a seis mezes de prisão e multa de 100$, além da satisfação do damno causado. Esta pena, porém, não terá logar nos actos possessorios entre heréos confinantes.

No período republicano, como destaca Juracy, algumas medidas foram tomadas em relação a questões ambientais:

> No início da República, podemos destacar medidas importantes no campo ecológico. Assim logo no ano de 1895, o Brasil foi signatário do convênio das Egretes, celebrado em Paris, o qual foi responsável pela preservação de milhares de garças que povoavam rios e lagos da Amazônia. Ainda no campo internacional fomos signatários de outros convênios, em 1902, cuja finalidade era proteger as aves úteis a agricultura. Em 1911, por força do Decreto nº 8.843 de 26 de junho, demos um significativo passo em matéria ambiental. Foi criada da primeira reserva florestal do Brasil, situado no antigo Território do Acre. (JURACY, 2009)

Nessa fase, o direito ambiental apresentou três períodos bem determinados. De 1889 a 1981, houve o período de evolução do direito ambiental. De 1981 a 1988, ocorreu a sua consolidação. Já a partir de 1988, houve o aperfeiçoamento de tal ramo do direito.

Contudo, na própria constituição de 1891, apenas o inciso 29 do artigo 34[7], diz respeito a legislar sobre minas e terras. No Código Civil de

[6] BRASIL. Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850. Dispõe sobre as terras devolutas do império. Secretaria de Estado dos Negócios do Império, Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1850.

[7] BRASIL. Constituição República Federativa do Brasil de 1891. Disponível <www.planalto.gov.br>. Art. 34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional: 29 - Legislar sobre terras e minas de propriedade da União.

1916[8] há uma referência ao assunto nos artigos 554 e 555, mas mesmo assim fazendo menção ao direito de propriedade.

As constituições republicanas subsequentes de 1937, 1946 e 1967, continuaram possuindo referências e proteções a questões ambientais. Mas foi apenas na constituição de 1988, que o direito ambiental passou a ter um tratamento diferenciado, possuindo um capitulo próprio neste conjunto de leis. Assim, aumentou-se a proteção e as leis tornaram-se mais severas.

Juntamente com uma proteção efetiva foram surgindo novas leis e decretos. Em 1999, surgiu o Decreto nº 3179/99[9], Lei de Crimes Ambientais. Em 2000, a Lei nº 9985/00[10], definiu normas para a criação, implantação e gestão de unidades de conservação. Houveram também: a medida provisória nº 2186-16[11], de 2001; a Lei de Biossegurança nº 11105[12],

[8] BRASIL. Código Civil de 1916. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Art. 554 - O proprietário, ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam. Art. 555. - O proprietário tem direito a exigir do dono do prédio vizinho a demolição, ou reparação necessária, quando este ameace ruína, bem como que preste caução pelo dano iminente.

[9] BRASIL. Decreto nº. 3179, de 21 de setembro de 1999. Dispõe sobre a especificação das sanções aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 21 de setembro de 1999.

[10] BRASIL. Lei nº 9985, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 18 de julho de 2000.

[11] BRASIL. Medida Provisória n.º 2186-16, de 23 de agosto de 2001. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição, os arts. 1º, 8º, alínea "j", 10, alínea "c", 15 e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica, dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 23 de agosto de 2001.

[12] BRASIL. Lei n.º 11105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados - OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança - CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança - PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 24 de março de 2005.

de 2005; a Lei de Gestão de Florestas Públicas nº 11284[13], de 2006; e a Lei nº 11.952[14], de 2009.

4 Reflexões sobre os princípios de direito ambiental

Os problemas ambientais hoje enfrentados possuem emergência tanto de caráter nacional, quanto internacional. Essas dificuldades encaradas pelas sociedades exigem uma reposta imediata do Direito. Vários tratados e protocolos vêm sendo assinados com o objetivo de tentar solucionar o problema. A comunidade internacional busca, cada vez mais, diferentes ações para que tais problemas globais sejam resolvidos a partir da sua base iniciadora.

Porém, muito mais que todos esses tratados, existe um esforço considerável da comunidade internacional para a criação de princípios gerais do direito ambiental. Como afirmam NARDY, SAMPAIO e WOLD (2003), espera-se que esses princípios sejam implantados pelos Estados, sejam em legislações domésticas ou em sua aplicabilidade pelos tribunais.

Antes de introduzirmos o assunto princípios no direito ambiental. Necessária se faz uma definição do que são princípios em Direito. Segundo Wladimir Flávio Luiz Braga[15]:

> Na seara específica da Teoria Geral do Direito, os PRINCÍPIOS GERAIS são enunciados normativos - de valor muitas vezes universal - que orientam a compreensão do ordenamento jurídico no tocante à elaboração, aplicação, integração, alteração (derrogação) ou supressão (ab-rogação) das normas. Representam o núcleo do sistema legal. São, pois, as idéias de justiça,

[13] BRASIL. Lei n.º 11284, de 02 de março de 2006. Dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável; institui, na estrutura do Ministério do Meio Ambiente, o Serviço Florestal Brasileiro - SFB; cria o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal - FNDF; altera as Leis nºs 10.683, de 28 de maio de 2003, 5.868, de 12 de dezembro de 1972, 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, 4.771, de 15 de setembro de 1965, 6.938, de 31 de agosto de 1981, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 02 de março de 2006.

[14] BRASIL. Lei n.º 11.952, de 25 de junho de 2009. Dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal; altera as Leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 25 de junho de 2009.

[15] Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais. Professor de Deontologia Jurídica e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito de Campos. Membro da Ordem dos Advogados do Brasil - Conselho Seccional de Minas Gerais.

> liberdade, igualdade, democracia, dignidade, etc., que serviram, servem e poderão continuar servindo de alicerce para o edifício do Direito, em permanente construção. (BRAGA, 2011).

Dessa forma, segue uma análise dos princípios contidos na Constituição Federal de 1988, como forma de efetivação da preocupação com o meio ambiente equilibrado.

5 Princípios de direito ambiental na Constituição Federal de 1988

A Constituição, como lei fundamental do Estado, possui em seu capítulo VI, artigo 225, os princípios dirigentes do direito ambiental[16]. Em seu caput, há uma proteção explícita ao ambiente ecologicamente equilibrado:

> Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.(BRAGA, 2011).

Conclui-se, então, ser este um direito fundamental. Desta forma, será desenvolvido mais adiante alguns princípios indispensáveis para o estudo do direito ambiental.

5.1 Princípio da Prevenção

Este princípio é tido como um dos mais importantes no direito ambiental. Já que, muitas vezes, não é possível recuperar um dano causado ao ecossistema. Sendo a prevenção um preceito fundamental nesse âmbito do Direito. A própria palavra prevenção já nos remete ao significado deste princípio. Uma vez que os danos ambientais na maioria das vezes são irreparáveis e irreversíveis. Desta forma, procura-se antecipar as ações para evitar futuras ofensivas ao meio ambiente. Na Constituição Federal de

[16] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 10ª. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

1988, este princípio encontra-se explícito no artigo 225, parágrafo 1º, inciso IV, quando diz ser necessário um estudo prévio do impacto ambiental:

> IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade.(BRAGA, 2011).

Portanto, a aplicabilidade de tal princípio é indispensável para que certas atividades humanas que possa degradar o ambiente sejam evitadas.

5.2 Princípio do Desenvolvimento Sustentável

Na constituição de 1988, o princípio do desenvolvimento sustentável encontra-se no caput do artigo 225. Da mesma forma, este princípio já estava implícito no artigo quarto da Lei nº 6.938/81[17]:

> A política nacional do meio ambiente visara à compatibilização econômica social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico.(BRAGA, 2011).

Esta terminologia empregada para caracterizar tal princípio, surgiu em 1972, na Conferência Mundial do Meio Ambiente, realizada em Estocolmo. Neste princípio procura-se manter um equilíbrio entre o desenvolvimento econômico social e a preservação do meio ambiente. Desta forma, busca-se manter a forma na qual o homem explora o meio ambiente, porém atingindo um patamar sustentável. Ou seja, as atuais necessidades do homem devem ser atendidas, contudo, sem haver o comprometimento do ambiente para as futuras gerações.

5.3 Princípio do Poluidor-Pagador

Podemos introduzir dizendo que o princípio do poluidor pagador é uma política microeconômica que visa corrigir uma falha de mercado. O

[17] BRASIL. Lei n.º 6938, 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 31 de agosto de 1981.

ar não possui uma taxação, em virtude disso, a atmosfera vinha sendo poluída excessivamente. Isso porque, o uso indiscriminado de gases estufa, acabou gerando um aquecimento generalizado da terra. Porém, não podemos entender que para poluir só é necessário o pagamento. Ao contrário, este princípio busca evitar a ocorrência de danos ambientais e se, caso já ocorrido o dano, repará-lo. Neste momento, vale ressaltar o que bem escreveu Fiorillo:

> [...] num primeiro momento, impõe-se ao poluidor o dever de arcar com as despesas de prevenção dos danos do meio ambiente que a sua atividade possa ocasionar. Cabe a ele o ônus de utilizar instrumentos necessários à prevenção dos danos. Numa segunda órbita de alcance, esclarece este princípio que, ocorrendo danos ao meio ambiente em razão da atividade desenvolvida, o poluidor será responsável pela sua reparação. (FIORILLO, 2006, p. 40).

Posto isso, observa-se que a previsão constitucional deste princípio encontra-se no parágrafo terceiro do artigo 225. Determinando, assim, a aplicação de alguns aspectos da responsabilidade civil aos danos ambientais.

5.4 Princípio da Participação

A Constituição, em seu artigo 225, caput, dividiu a responsabilidade entre o poder público e a sociedade civil de proteger do meio ambiente. É neste princípio em que há um envolvimento de diversos segmentos da sociedade objetivando um mesmo fim.

Por se fazer necessária a participação de diversos tipos de pessoas, importante seria que todos tivessem acesso a informação e a educação ambiental. Uma vez que, para participar é preciso conhecer os mecanismos de ação, a fim de garantir a tutela do todo ecossistema.

5.5 Princípio da Ubiquidade

Segundo Celso Antônio Pacheco Fiorillo:

> Este princípio vem evidenciar que o objeto de proteção do meio ambiente, localizado no epicentro dos direitos humanos, deve ser levado em consideração toda vez que uma política, atuação, legislação sobre qualquer tema, atividade, obra etc. tiver que ser criada e desenvolvida. Isso porque, na medida em que possui como ponto cardeal de tutela constitucional a vida e a qualidade de vida, tudo que se pretende fazer, criar ou desenvolver deve antes passar por uma consulta ambiental, enfim, para saber se há ou não a possibilidade de que o meio ambiente seja degradado (FIORILLO, 2006, p. 45).

Portanto, o princípio da ubiquidade visa a proteção efetiva do meio ambiente, preservando a saúde e a qualidade de vida. É necessário o seu estudo antes da prática de qualquer atividade.

6 Crime: aspectos conceituais

O homem é um ser racional, social e sociável por excelência, pois, a sua sobrevivência somente é possível no âmbito social. Em decorrência deste convívio, surgem inúmeros conflitos que atentam contra a moral, a integridade física, ao patrimônio e até mesmo contra a vida dos indivíduos que compõem a sociedade. Razão pela qual, Émile Durkheim sustenta que o crime é um fato social normal e comum a toda e qualquer sociedade (DURKHEIM, 2003, p. 41-42). Trata-se de um fato social normal, pois, a ocorrência de um crime pressupõe a ocorrência de um injusto, isto é, um fato que fere a integridade física, moral ou patrimonial de outrem e isto somente ocorre através do ser humano que possui a capacidade de raciocinar, planejar e determinar-se de acordo com o fato típico. Como corolário, torna-se um fato comum a toda e qualquer sociedade civilizada.

Neste ínterim, erige o Direito Penal, criado pelo homem e para o homem este ramo do Direito não se ocupa somente em punir com extremo rigor as mazelas humanas, mas, sobretudo em prevenir a prática de novos delitos e utilizar a sanção como uma forma de educar o delinquente para que este não venha reincidir no caminho obscuro do crime. Daí porque, Hans Welzel afirma que o Direito Penal exerce uma função ético-social.

Hodiernamente, esta função torna-se tenaz em razão dos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito representados no diploma constitucional vigente (WELZEL, 1956, p. 1-6).

Afirmar-se-á que uma das mais destacadas características do Direito Penal é o seu caráter de fragmentariedade. Com efeito, cumpre esclarecer que constitui objeto de perquirição deste ramo do Direito tão somente uma restrita parte dos atos ilícitos existentes, muito embora seja inquestionável a presença de uma multiplicidade de atos ilícitos na ordem jurídica. O Direito Penal abarca apenas os atos que realizam uma ofensa de forma mais gravosa aos bens jurídicos, objeto de proteção deste ramo do Direito, vale dizer, aos bens jurídicos considerados como essenciais para a vivência e convivência entre os homens na sociedade. Por conseguinte, equivalem as infrações de ordem penal a um diminuto fragmento retirado da larga escala de atos considerados como ilícitos.

Registre-se que não há entre os doutrinadores nacionais ou internacionais uma univocidade acerca do conceito de crime. O Código Penal vigente é omisso no que concerne à conceituação deste, incumbindo à doutrina a árdua missão de o fazer. Esta, assim o faz com base na definição de ilícito penal que, por seu turno alicerça-se em três elementos, quais sejam: 1) O aspecto externo: concentrando-se no aspecto externo, isto é, puramente nominal do fato, alcança-se uma acepção formal; 2) O conteúdo do fato punível: perquirindo o conteúdo do fato punível obtém-se uma definição material ou substancial do crime e; 3) As características ou aspectos do crime: estudando tais conceitos obtém-se um conceito formal, porém analítico, do crime. Advém daí, a assertiva de Júlio Fabbrini Mirabete para quem o conceito de crime é essencialmente jurídico (MIRABETE, 2007, p. 81-84).

Como corolário, os conceitos analíticos de crime têm sido os eleitos da classe dos magistrados brasileiros, vez que concentram um grande debate doutrinário em torno da caracterização do crime, ora como fato típico, antijurídico (corrente capitaneada por René Ariel Dotti, Fernando Capez, Luiz Flávio Gomes E Júlio Fabbrini Mirabete), ora como fato típico,

antijurídico e culpável (corrente liderada por Heleno Cláudio Fragoso, Cezar Roberto Bittencourt E Francisco De Assis Toledo). Vale dizer, definições distintas para o mesmo instituto.

Sob o prisma material, crime é toda ação ou omissão consciente, voluntária e dirigida a uma finalidade que cria um risco juridicamente proibido e relevante a bens considerados essenciais para a paz e o convívio em sociedade. Sob o aspecto formal, crime é a conduta proibida por lei, com ameaça de pena, seja ela prisão ou alternativa. Estribados na concepção analítica do crime onde verifica-se os elementos constitutivos do crime sob a ótica do Direito positivo, pode-se sustentar que o crime consiste em uma ação típica e antijurídica onde a punibilidade consiste na consequência de uma possível transgressão da norma penal. Trata-se de uma ação típica, pois a conduta do agente preencheu todos os ditames proibitivos do tipo penal, consequentemente, o *ius puniendi* estatal exercerá a punibilidade. O Estado assim o fará em razão de que as normas penais resguardam bens jurídicos e a punição vem em virtude da lesão a estes bens.

6.1 Tipo, tipicidade, dolo e culpa: aspectos distintivos

Uma vez que a conduta criminosa reside em uma ação típica, resta-nos distinguir tipo e tipicidade penal. E *a posteriori*, os aspectos conceituais existentes entre o dolo e a culpa.

No que concerne ao âmago do tipo penal, à sua gênese, nota-se tanto na doutrina nacional quanto na internacional que não há grandes disparidades em relação à sua conceituação, o mesmo aplica-se à conceituação de dolo e culpa onde a doutrina mostra-se pacificada.

Segundo os ensinamentos de Eugênio Raúl Zaffaroni, tipo penal consiste em um "[...] instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por penalmente prohibidas)" (ZAFFARONI, 1996, p. 167). Na mesma esteira, Hans Welzel chama-nos a atenção para o caráter de fragmentariedade que possuem as

normas penais, isto é, o tipo é o conjunto dos elementos do fato punível insculpidos na lei penal. Desta forma, o tipo penal seria uma figura puramente conceitual, a saber:

> Todo delito es un acontecimiento individual-temporal. Pero el tipo legal abarca todos los delitos individuales de la misma clase. Por tanto, debe prescindir conceptualmente de las características puramente individuales de los delitos reales; debe ser "abstracto". Todo tipo jurídico es una generalización de casos individuales posibles. Estas generalizaciones pueden tener distintos grados. [...] Para la generalización hay dos reglas de lógica: cuanto mayor es la generalización, tanto más comprensivo y sin lagunas es el tipo, pero también tanto más difuso y falto de contenido, y, sobre todo, tanto menos apropiado para una aplicación homogénea del derecho. Inversamente: cuanto menor es la generalización, tanto más real y plástico es el tipo, pero también tanto más limitado y com lagunas [...] (WELZEL, 1956, p. 59-60).

Com fulcro na definição de Welzel podemos sustentar que cada tipo penal possui características e elementos próprios que os distinguem uns dos outros, ou seja, quando observamos no Código Penal brasileiro em seu artigo 250 o seguinte preceito: "Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem. Pena: Reclusão de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa"; temos um exemplo de tipo penal com características próprias que podem ser verificadas no núcleo do tipo, no bem jurídico tutelado e na consequência de uma possível transgressão do tipo penal, isto é, a pena varia entre os tipos penais em razão da proporcionalidade das penas. Quanto mais importante ou essencial for o bem tutelado, maior será a pena imputada.

A norma penal como já dito alhures, não se ocupa somente em punir, mas também em prevenir a prática de novos crimes em razão do seu caráter coercitivo. Outrossim, a coerção muitas vezes não é o suficiente para evitar a ocorrência de condutas típicas, estas, vale ressaltar, ocorrem por diversos fatores de diversas formas possíveis. Neste diapasão, erige-se a tipicidade penal que consiste unicamente em um juízo de valor realizado sobre o fato típico e o tipo penal, isto é, consiste na verificação da ocorrência da conduta típica. Com o intuito de reforçar nosso entendimento acerca

do tema, convém trazer a lume o posicionamento de Eugênio Raúl Zaffaroni para quem "el tipo es una figura que resulta de la imaginación del legislador; el juicio de tipicidad la averiguación que sobre uma conducta se efectúa para saber si presenta los caracteres imaginados por el legislador: la tipicidad el resultado afirmativo de ese juicio" (ZAFFARONI, 1996, p. 172).

Entrementes, na ocorrência do juízo de tipicidade devem-se levar em consideração diversos elementos dentre os quais verificam-se a existência do dolo ou da culpa. Aquele, consiste na intenção ou simplesmente na vontade do agente em praticar determinado ato. Ao cogitarmos em crime doloso, devemos ter me mente a realização de um comportamento humano intencionalmente dirigido para a realização de uma lesão ou exposição a perigo de um bem jurídico. O agente ao cometer um crime doloso, possui o conhecimento julgado necessário para prever os efeitos de sua conduta, isto é, trata-se de uma pessoa responsável pelos seus atos que projeta e executa determinado ato com determinado fim. *A contrario sensu*, a culpa segundo Nelson Hungria consiste em um ato voluntário, advindo de imperícia, imprudência ou negligência cujo efeito torna-se lesivo ao Direito de outrem (HUNGRIA, 1992, p. 114). Ao contrário do dolo, verifica-se a culpa sob dois aspectos: consciente e inconsciente.

A culpa consciente consiste no ato em que o agente repele, embora inconsideradamente, a hipótese de determinado resultado superveniente, e assim age, na convicção de que este não ocorrerá, isto é, trata-se da culpa com previsão, onde o agente deixando de observar o que era obrigado, prevê um resultado, mas confia convictamente que este não se verifique. Já a modalidade inconsciente, muito embora o resultado seja previsível, o agente não prevê o resultado. Tal assertiva, verifica-se na ocorrência da negligência, imperícia ou imprudência onde não há o nexo psicológico entre o agente e o resultado de sua conduta.

6.2 A importância da aplicabilidade dos princípios constitucionais-penais no contexto ambiental

No que tange aos princípios gerais do Direito, podem estes, serem considerados como fonte supletiva subsidiária, uma vez que verifica-se a expressa permissão normativa para a referida utilização em diversos diplomas nacionais. Por seu turno, tais princípios, entendidos sob o aspecto conceitual, verificam-se como autênticas verdades fundantes, conceitos basilares tidos como verdadeiros dentro da sistemática jurídica, ou em melhor desdobramento, proposições-ideias informadoras da compreensão do fenômeno jurídico.

Neste sentido, preleciona com percuciência Fernando Capez que os princípios constitucionais e as garantias individuais devem atuar como balizas para a correta interpretação e o justo emprego das normas penais, não se podendo cogitar em uma aplicação meramente robotizada dos tipos incriminadores (CAPEZ, 2008, p. 114). Desta forma, poder-se-á denominar princípios gerais do Direito Penal os comumente denominados princípios fundamentais de garantia do cidadão, ou seja, os princípios fundamentais de Direito Penal são aqueles arraigados às ideologias de um Estado Social e Democrático de Direito. A totalidade de tais princípios firmam-se como garantia do cidadão brasileiro contra o *ius puniendi* estatal, isto é, os princípios constitucionais penais limitam a atuação do Estado em matéria penal coibindo autoritarismos e quaisquer tipos de arbitrariedades.

A Constituição Federal vigente traz ao longo do seu artigo 5º os princípios institutivos do Direito Penal. O primeiro e, talvez o mais importante deles seja o princípio da legalidade ou da reserva legal. Segundo o preceito constitucional insculpido no artigo 5º, XXXIX e XL "não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.", isto é, nenhum fato poderá ser considerado crime sem que haja uma lei emanada de órgãos legítimos que assim o estabeleça, do mesmo modo, não poderá

ser imputada determinada pena a um agente, sem que haja a devida previsão legal.

A legalidade atua como uma limitação do *ius puniendi* estatal, excluindo toda possibilidade de arbitrariedade e excesso do poder punitivo. Neste sentido, pontifica Francisco De Assis Toledo que o princípio*:*

> Funda-se na idéia de que há direitos inerentes à pessoa humana que não são nem precisam serem outorgados pelo Estado. Sendo assim, e como não se pode negar ao Estado o poder de estabelecer certas limitações ou proibições, o que não estiver proibido está permitido (*permittitur quod non prohibetur*). Daí a necessidade de editarem-se proibições casuísticas, na esfera penal, o que, segundo o princípio em exame, compete exclusivamente à lei (TOLEDO, 2002, p. 22).

Aprofundando na reflexão ora proposta, a legalidade que se revela na máxima latina *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*, pode ser desdobrado em quatro princípios, quais sejam: I) *Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*; II) *Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*; III) *Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* e IV) *Nullum crimen, nulla poena sine lege certa*.

O primeiro princípio exige lei anterior, isto é, deve-se primeiro existir o fato para que, posteriormente venha existir a lei penal, desta forma, é vedada a existência de lei que seja prejudicial ao réu, ou seja, não pode existir lei penal retroativa que agrave a punibilidade. O segundo princípio veda a aplicabilidade do direito consuetudinário à punibilidade, salvo em casos em que o a aplicabilidade do costume for *pro reu* e este possuir característica de direito vigente, ou seja, o costume deve ser do conhecimento e aceite de todo o corpo social. A lei estrita, por conseguinte, veda a aplicabilidade da norma penal *in mala partem* por analogia, destarte, não impede a aplicabilidade *in bonam partem*. Corroborando com o posicionamento aqui vertido, Francisco De Assis Toledo preceitua que:

> As restrições feitas à analogia não se aplicam por inteiro à denominada interpretação extensiva, ou analógica, embora esta apresente problemas semelhantes. Na interpretação extensiva amplia-se o espectro de incidência da

> norma legal de modo a situar sob o seu alcance os fatos que, numa interpretação restritiva (procedimento oposto), ficariam fora desse alcance. Não se trata, aqui, de analogia, visto que a ampliação referida está contida *in potentia* nas palavras, mais ou menos abrangentes, da própria lei. [...] (TOLEDO, 2002, p. 27).

Por derradeiro, a reserva legal impõe a existência de leis penais precisas, certas, que revelem de forma cristalina a conduta proibida. Trata-se da máxima aproximação ao princípio da taxatividade da norma penal que estabelece a precisão do texto normativo-penal, ou seja, para que o Direito Penal exerça a sua função ético-social que é repreender, educar e acima de tudo prevenir o crime. É necessário que as normas que o compõem sejam acessíveis à todas as classes sociais. Do ponto de vista penal, o dogma do conhecimento presumido é apenas uma ficção jurídica, pois é necessário que todo indivíduo compreenda o texto penal, vale dizer, o entendimento do texto jurídico-penal deve ser acessível às pessoas mais leigas que se tem conhecimento, e não somente de uma restrita classe social; tal assertiva justifica-se em virtude do objeto do Direito Penal que é tutelar os bens jurídicos de maior importância.

O princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*, preconiza que o Direito Penal deverá ser utilizado como a última instância de imposição de sanções, ou seja, as normas penais deverão ser invocadas quando os demais ramos do Direito não forem capazes de tutelar os bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. Daí porque o Direito Penal, estudado e aplicado sob a conjuntura do Estado Democrático de Direito deverá ser observado como a *ultima ratio legis*, vale dizer, o Direito Penal assume uma feição subsidiária que se justifica na própria característica deste ramo do Direito que é o alto teor de coerção. Reforçando o posicionamento aqui vertido, Francisco Muñoz Conde propala que o princípio da subsidiariedade deverá ser aplicado no Direito Penal quando fracassam as demais formas protetoras do bem jurídico prevista nos demais ramos do direito (MUÑOZ CONDE, 1960, p. 60).

Por seu turno, erige-se o princípio da culpabilidade que pode ser também compreendido na máxima *nullum crimen sine culpa*. A culpabilidade é um fenômeno relacionado à ação, uma característica intrínseca desta no qual imputa-se a alguém a autoria de determinado crime fazendo-o responder por este. Desta forma, a culpabilidade poderá ser associada à punibilidade, ou seja, *punitur quia peccatum est* (pune-se o que é crime). Tal assertiva, nos remete à percepção de Santo Tomás de Aquino em sua obra *Summa Theologiae* para quem *puniri non est malum, sed fieri poena dignum* (o mal não é ser castigado, mas ser merecedor do castigo) o que traduz o sentimento de reprovabilidade de todo o corpo social em relação a determinadas condutas praticadas por alguns indivíduos que compõem esta mesma sociedade.

Consagrado no artigo 5º, XL da Constituição Federal e no artigo 1º do Código Penal, o princípio da irretroatividade da lei penal encontra-se conexo ao princípio da reserva legal. Tal princípio preconiza que a lei penal não poderá retroagir salvo nas hipóteses em que for beneficiar o réu. Outrossim, cumpre não olvidar que o princípio em epígrafe aplica-se somente em relação à lei mais severa.

A Constituição estabelece também, em seu artigo 5º, XLV a personalidade da pena, isto é, nenhuma pena passará da pessoa do condenado. Tal princípio revela uma inquestionável vitória do Direito Penal contemporâneo, na direção de um Direito Penal Garantista, inviabilizando a hipótese de terceiros - indiferentes ao Processo Penal porque inocentes - absolutamente estranhos ao fato criminoso, terem a possibilidade de serem alvo de uma responsabilidade penal.

6.3 A tutela jurídico-penal dada ao meio ambiente: aspectos constitucionais e infraconstitucionais

O Direito Ambiental consiste em um ramo do Direito Positivo que tem por objeto a tutela de todos os elementos que compõem a sociedade, isto é, necessários ao desenvolvimento digno e sustentável do ser humano. Desta forma, este ramo do Direito não se exaure somente na proteção do

sistema ecológico, mas alcança a seara biológica, ecológica e cultural; pois envolve a relação entre homem, sociedade e natureza. Visto sob esta perspectiva, o Direito Ambiental alcança a seara cultural, é o que deixa transparecer o legislador ordinário ao estabelecer no artigo 225 da Constituição que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

Ao trazer insculpido em seu corpo o preceito que o meio ambiente constitui um direito de todos, o legislador ordinário equiparou os brasileiros natos, naturalizados e os estrangeiros residentes no país a fim de que estes possam gozar de um bem comum, isto é, um bem essencial a uma vida digna e de qualidade. No referido artigo, extrai-se também, o exercício da cidadania através do direito-dever que a coletividade e o Poder Público possuem de zelar pela preservação do meio ambiente. Neste diapasão, não podemos excluir do conceito de coletividade a pessoa jurídica, assim como a responsabilidade que recai sobre esta pelos atos praticados no âmbito social. Corroborando com o posicionamento aqui vertido, e com o intuito de demonstrar a amplitude dada à expressão "meio ambiente" por parte do legislador, impõe-se destacar a Lei nº 6.938/81 em seu artigo 3º, inciso I que define meio ambiente como "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas".

Por outro lado, a personalidade jurídica poderá ser desconsiderada por parte do magistrado se este entender que a personalidade cause óbice a um possível ressarcimento de prejuízos causados ao meio ambiente. Tal entendimento, encontra amparo no Código de Defesa do Consumidor em seu preciso artigo 28. Com efeito, a Lei nº 9.605/98 disciplina sanções penais e administrativas a fim de coibir condutas que atentem contra o meio ambiente. Desta forma, o instrumento que torna efetiva tais sanções penais é a ação penal pública incondicionada movida pelo representante do Ministério Público.

As sanções administrativas, por seu turno, consistem em ações ou omissões que violem ou atentem contra toda e qualquer forma jurídica de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente; é o que dispõe o artigo 70 da referida Lei. Neste caso, compete aos funcionários dos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente tomarem todas as medidas julgadas necessárias a fim de assegurar a observância do artigo 72 que versa sobre as sanções administrativas.

Em suma, muito embora a Constituição estabeleça mecanismos genéricos que protejam o meio ambiente e, a existência de leis que por vezes demonstram-se insuficientes devido a amplitude da questão. Há de se ressaltar que a complexidade, isto é, o grande problema que gira em torno da efetividade da norma penal-ambiental reside, sobretudo, nas forças de coercitividade aliado à questão cultural.

A exemplo do que intenta-se asseverar, podemos elencar a fiscalização contra o desmatamento do cerrado ou até mesmo da floresta amazônica, ou sejam, devido a grande extensão territorial aliado ao número insuficientes de fiscais, esta prática termina comprometida. A melhor solução para prevenir danos ao meio ambiente, seja na área urbana ou não, é a conscientização da coletividade, isto é, consiste na noção que todos devem ter de que meio ambiente é um bem comum essencial à consolidação de uma vida digna e saudável.

7 Ponderação das controvérsias a respeito da responsabilização da pessoa jurídica em casos de crimes ambientais

Em se tratando da responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais, desenvolvendo a ideia de uma responsabilidade objetiva em relação aos danos ao meio ambiente, estamos no contexto de uma maior conscientização da sociedade relacionada a importância de uma harmonia entre a natureza, o desenvolvimento econômico e as formas de penalizar a pessoa jurídica que cometer crimes, de qualquer espécie, contra o meio ambiente.

Para esclarecimento dessa espécie de responsabilidade penal é importante abranger o conceito da pessoa Jurídica, que são entidades criadas para a realização de um fim e reconhecidas pela ordem jurídica como pessoas, sujeitos de direitos e deveres, também conhecidas como pessoas morais. É importante ressaltar para esclarecer os termos do assunto em questão que a pessoa jurídica tem personalidade própria, não se confundindo com a dos sócios; tem existência própria, que independe da vida de seus criadores; pode haver a desconsideração da personalidade jurídica; e a principal característica para o entendimento da responsabilidade penal nesse caso é o fato da pessoa jurídica poder ser sujeito ativo ou passivo de delitos, como assinala FIÚZA (2010).

É fatídico que sendo um tema bem atual há controvérsias sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica no Direito, sendo o conflito entre a responsabilidade de tal ente ser fundamentada na responsabilidade individual baseada na culpa ou no âmbito da responsabilidade social.

A penalização da pessoa jurídica se encontra no ordenamento jurídico brasileiro, através da Constituição de 1988 e entrando no âmbito da responsabilidade da pessoa jurídica no caso de crimes ambientais, a Carta é bem clara ao referir que as atividades lesivas ao meio ambiente praticadas também pelas pessoas jurídicas podem sujeitá-las à sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados e também é enfática e específica na Lei nº 9.605/98.

Doutrinas contrárias à responsabilização penal de pessoas jurídicas pela prática de crimes argumentam que este ente não possui a capacidade de praticar atos e não entram no âmbito da culpabilidade, sendo assim não podem ser responsabilizados, gerando uma maior dificuldade em puni-los e aplicar penas para que estes atos não sejam recorrentes.

A base da doutrina contrária está no princípio da personalidade das penas e no princípio da individualidade da responsabilidade criminal, não podendo as penas e a responsabilidade ultrapassar o âmbito do autor, que cometeu materialmente o fato delituoso, dificultando a responsabilização da coletividade de uma pessoa jurídica, com seus vários integrantes. E

sendo os conceitos admitidos pelo Direito Penal serem relacionados a atos praticados pela pessoa humana.

Relacionando as controvérsias sobre esse tema é possível inferir que em se tratando do meio ambiente é de extrema importância a tutela de seus interesses, diretamente ligados ao direito à vida. Assim as doutrinas oposicionistas e os juristas não tem legitimidade para interferir na aplicação da Lei dos Crimes ambientais que está de conformidade com a Constituição Federal do Brasil.

É importante abranger nessa discussão as teorias consideradas Favorável e Contrária. A teoria Favorável, também denominada da Realidade ou Organista vê a pessoa jurídica como um ser real, inferindo que a vontade da pessoa não é o somatório de vontades dos seus componentes, essa pessoa jurídica possui vontade própria e tem sua responsabilidade relacionada à responsabilidade social; é dotada de existência real, porém uma existência distinta das pessoas físicas, sua existência é exclusivamente no ordenamento jurídico para a realização de fenômenos jurídicos.

A teoria Contrária nega que a pessoa jurídica pode ser responsabilizada penalmente pelos seus atos, podendo responder apenas na esfera civil, administrativa e tributária e não legitima que a Constituição Federal em seu art. 225 parágrafo terceiro tenha reconhecido as sanções penais às pessoas jurídicas, e afirma a responsabilidade ser uma responsabilidade individual baseada na culpa.

Essa teoria argumenta que só o ser humano pode realizar ações delituosas a partir do pressuposto que só as pessoas físicas apresentam vontade própria e capacidade para produzir tais atos, diferentemente das pessoas físicas, as pessoas jurídicas não apresentam uma vontade individual. Outro fator que fortalece essa argumentação está na definição de crime adotada pelo Direito Penal, com a abrangência desse conceito como fato típico, ilícito e culpável, que está diretamente relacionada à ação e as variações da culpabilidade, que não estão no âmbito da pessoa jurídica.

Assim, essa teoria contrária prevê a pessoa jurídica como uma parte artificial sem vontade e capacidade para agir de forma ilícita. Sendo os

entes coletivos desprovidos de vontade real, não podem promover atividades ilícitas e consequetemente serem penalizados.

8 Sanções penais derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente

Sancionada pelo então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, em 12 de Fevereiro de 1998, a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98) objetiva sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. A citada lei procura atender, além das regras que alicerçam o direito penal e penal constitucional, as peculiaridades criadas pelo direito penal ambiental constitucional.

> Com efeito, além de apontar a possibilidade de aplicação de sanções penais para as pessoas físicas, prática tradicional do Direito Penal (art. 2º), projetou importante hipótese no sentido de responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas (art.3º), sejam elas de direito público ou de direito privado, inclusive com a aplicação do instituto da "desconsideração da pessoa jurídica" (art.4º), instituto autorizador para que determinado órgão investido de poder, por força constitucional, possa num dado caso concreto não considerar os efeitos da personificação ou da autonomia jurídica da sociedade evidentemente com a finalidade de atingir e vincular aquele que efetivamente teria cometido o crime ambiental: a pessoa humana (FIORILLO, 2006, p. 422).

Diante do exposto, nota-se que um dos grandes méritos, senão o maior deles, da Lei nº 9.605/98 foi a possibilidade de se penalizar pessoas jurídicas, que são, na maioria das vezes, os maiores degradadores do meio ambiente.

> Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou beneficio da sua entidade.
> Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou participes do mesmo fato.

> Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados a qualidade do meio ambiente.
>
> Art. 24 A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a pratica de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forcada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional (BRASIL, 2009).

Além deste há outros significativos avanços, que visam a proteção ambiental, presentes na referida Lei, como a consolidação de normas penais ambientais, a possibilidade da forma culposa e a adequação das penas à gravidade dos fatos. Encontram-se no capítulo V os crimes contra o meio ambiente, dentre eles: crimes contra fauna, contra a flora, contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural, contra a administração ambiental e crimes de poluição.

A aplicação de penalidades a pessoas jurídicas está prevista no artigo 21, e aquelas que infringirem esta lei estão sujeitas às penas de multa, penas restritivas de direito e prestação de serviços à comunidade.

> Art. 21. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente as pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º são:
> I - multa;
> II - restritivas de direitos;
> III - prestação de serviços a comunidade (BRASIL, 2009).

A Lei nº 9.605/98 traz penas alternativas autônomas, além da pena de prisão e multa. Empresas e pessoas condenadas por crime ecológico podem ser perdoadas se restaurarem o bem atingido ou consertarem os estragos. Do montante da reparação do dano pode ser deduzida a pena pecuniária estabelecida pelo juiz para pagamento à vítima, levando sempre em consideração tanto as atenuantes, quanto as majorantes.

8.1 Pena de Multa

A pena de multa, também conhecida como pena pecuniária, é uma sanção penal que consiste na imposição ao condenado da obrigação de pagar ao fundo penitenciário determinada quantia em dinheiro, calculada na forma de dias-multa, atingindo o patrimônio do condenado.

Ainda neste contexto, é mister que todas as vezes que o magistrado estiver fazendo a aplicação da pena de multa, seja ela isolada, cumulada ou alternativamente aplicada, deve seguir os limites legais, ou seja, a expressão "multa" deve ser entendida como sendo de 10 a 360 dias-multas. Assim dispõe o artigo 49 do Código Penal.

> Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.
> § 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.
> § 2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária. (BRASIL, 2009).

A pena pecuniária atribuída à pessoa jurídica não diferencia daquela atribuída à pessoa física e no caso de crime ambiental, para aplicação deste tipo de punição, deve-se considerar o artigo 18 da Lei nº 9.605/98. Este estabelece que a multa possa ser aumentada até o triplo se o juiz considerar necessário para manter o caráter punitivo da pena, tendo em vista o valor da vantagem econômica auferida pela pessoa jurídica.

8.2 Pena Restritiva de Direitos

Penas restritivas de direitos, artigo 43 e seguintes do Código Penal Brasileiro, são autônomas (e não acessórias) e substitutivas (não podem ser cumuladas com penas privativas de liberdade); também não podem ser suspensas nem substituídas por multa, aplicadas posteriormente às

penas privativas de liberdade, desde que presentes os requisitos legais para tanto. As penas restritivas de direito foram paulatinamente introduzidas como uma alternativa à prisão. Seu campo de atuação foi significativamente ampliado pela Lei nº 9.714/98.

O artigo 22 da Lei de Crimes Ambientais garante que as penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são: suspensão total ou parcial de atividades (quando estas estiverem desobedecendo às disposições legais relativas à proteção ambiental); interdição temporária do estabelecimento, obra ou atividade (quando funcionando sem autorização, em desacordo com a concedida ou violando disposição legal) e, por fim a proibição de contratar com o poder Público, ou dele obter subvenções ou doações por um período de até 10 anos.

8.3 Prestação de Serviços à Comunidade

A prestação de serviços à comunidade consiste na realização de atividades gratuitas a instituições que atende a comunidade em geral ou entidades públicas como: ONG`s, orfanatos, creches, parques, escolas, hospitais, Defensorias Públicas, Fóruns entre outros. Desenvolve-se em média de 7 horas semanais, não podendo prejudicar o prestador de serviços no seu horário habitual de trabalho e/ou atividades.

No tocante à legislação ambiental, a prestação de serviços à comunidade por parte da pessoa jurídica criminosa pode vir como custeio de projetos e programas ambientais; execução de obras de recuperação e áreas degradadas; manutenção de espaços públicos, contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas (artigo 23, Lei nº 9.505/98).

9 Considerações finais

Diante do exposto, pode-se concluir, que a crescente preocupação com o meio ambiente gerou algumas consequências positivas. Os ordenamentos jurídicos mundiais foram, a cada dia, aumentando a sua efetiva

proteção legal. A criação de tratados, acordos, organizações e protocolos vieram pra reforçar essa idéia. Garantindo, desta forma, um ambiente ecologicamente equilibrado.

Relacionando o meio ambiente aos mecanismos que os protege na Constituição Federal, observa-se que essas normas se mostram insuficientes em decorrência da complexidade e importância dessa questão. Sendo que o grande problema que gira em torno da efetividade da norma penal-ambiental está nas forças de coercitividade aliadas à questão cultural. Conclui-se, desse impasse, que a melhor solução para prevenir danos ao meio ambiente, seja na área urbana ou não, é a conscientização da coletividade, isto é, consiste na noção que todos devem ter de que meio ambiente é um bem comum e essencial à consolidação de uma vida digna e saudável; aliado à melhor elaboração de normas protetivas do meio ambiente em nosso ordenamento jurídico.

Com isso, pode ser concluído que as formas de penalizar a pessoa jurídica que cometer crimes, de qualquer espécie, contra o meio ambiente estão em meados de uma grande discussão sobre a forma de penalizar a pessoa jurídica, que tem personalidade própria e não se confunde com a dos sócios. A Constituição prevê que as atividades lesivas ao meio ambiente praticadas pelas pessoas jurídicas podem sujeitá-las à sanções penais e administrativas e por outro lado doutrinas contrárias argumentam que este ente não possui a capacidade de praticar atos e não entram no âmbito da culpabilidade, sendo assim não podem ser responsabilizados. Através desse questionamento é mais ponderável inferir que as doutrinas oposicionistas e os juristas não tem legitimidade para interferir na aplicação da Lei dos Crimes ambientais que está em conformidade com a Constituição Federal do Brasil, e, assim, a pessoa jurídica pode sim ser penalmente punida nos crimes contra o meio ambiente.

Portanto, diante do presente trabalho, é válido considerar que um dos grandes méritos, e que na verdade trata-se de um avanço para o Direito Ambiental brasileiro, é a prerrogativa presente na Lei N° 9.605/98 a

respeito da possibilidade de se penalizar pessoas jurídicas, tendo em vista que estas têm um maior poder de degradação.

Referências

ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 8ª ed. São Paulo: Rideel, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 15ª Ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRAGA, Wladimir Flávio Luiz. **Princípios Gerais do Direito.** Disponível em: <http://www.fdc.br/Artigos/%5CArquivos%5CArtigos%5C14%5CPrincipiosGeraisDireito.pdf>. Acesso em: 18 julho 2011.

BRASIL. **Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850.** Dispõe sobre as terras devolutas do império. Secretaria de Estado dos Negócios do Império, Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1850.

BRASIL. **Código Civil de 1916.** Disponível em <www.planalto.gov.br>. Art. 554 - O proprietário, ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam. Art. 555. - O proprietário tem direito a exigir do dono do prédio vizinho a demolição, ou reparação necessária, quando este ameace ruína, bem como que preste caução pelo dano iminente.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1891.** Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Art. 34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional: 29 - Legislar sobre terras e minas de propriedade da União.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 10ª. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

BRASIL. **Decreto nº 3.179, de 21 de setembro de 1999.**Dispõe sobre a especificação das sanções aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 21 de setembro de 1999.

BRASIL. **Lei nº 6.938, 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 31 de agosto de 1981.

BRASIL. **Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000.** Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 18 de julho de 2000.

BRASIL. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005.** Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados - OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança - CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança - PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 24 de março de 2005.

BRASIL. **Lei nº 11.284, de 02 de março de 2006.** Dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável; institui, na estrutura do Ministério do Meio Ambiente, o Serviço Florestal Brasileiro - SFB; cria o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal - FNDF; altera as Leis nºs 10.683, de 28 de maio de 2003, 5.868, de 12 de dezembro de 1972, 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, 4.771, de 15 de setembro de 1965, 6.938, de 31 de agosto de 1981, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 02 de março de 2006.

BRASIL. **Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009.** Dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal; altera as Leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 25 de junho de 2009.

BRASIL. **Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 agosto de 2001.** Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição, os arts. 1º, 8º, alínea "j", 10, alínea "c", 15 e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica, dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 23 de agosto de 2001.

CAPEZ, Fernando. **Direito Penal. Parte Geral.** São Paulo: Saraiva, 2008.

DIAS, Edna Cardozo. **Manual de Crimes Ambientais.** Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico.** 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FARIAS, Talden Queiroz. **Evolução histórica da legislação ambiental.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3845>. Acesso em 14 de julho de 2011.

FERNANDES, Jeferson Nogueira. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais.** Brasil 1988-2004. Disponível em: <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revista06/Discente/04.pdf> Acesso em 12 de julho de 2011.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** 7ª edição, 2006. Editora Saraiva.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo.** 14. Ed. Revista, atualizada e amplianda. - Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal.** Tomo II. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, v. I.

LEI das XII tábuas. Disponível em: <http://www.api.adm.br/direito/TABUAS.htm>. Acesso em 02 de junho de 2011.

MAGALHÃES, Juraci Perez. **A evolução do direito ambiental no Brasil.** 1ª edição, 1998. Editora Oliveira Mendes.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal.** São Paulo: Atlas, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal.** Barcelona: Bosch, 1960.

MEIRA, José de Castro. **Direito Ambiental.** Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/141/Direito_Ambiental.pdf?sequence=1>. Acesso em 13 de julho de 2011.

ORDENAÇÕES Afonsinas. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Ordena%C3%A7%C3%B5es_Afonsinas>. Acesso em 07 de julho de 2011.

ORDENAÇÕES Filipinas. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Ordena%C3%A7%C3%B5es_Filipinas>. Acesso em 07 de junho de 2011.

ORDENAÇÕES Manuelinas. Disponível em: <http://www.fl.ul.pt/biblioteca/biblioteca_digital/docs/res222.pdf> Acesso em 07 de julho de 2011.

PEREIRA, Osny Duarte. **Direito Florestal Brasileiro.** Rio de Janeiro, 1950. Editora Brosoi.

PRADO, Luís Régis. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica.** Disponível em:<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/6317/ Responsabilidade_Penal_da_Pessoa_Juridica>. Acesso em: 17 jul. 2011.

SAKAE, Lúcia Reiko. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica.** Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Pos_Graduacao/Mestrado/ Direito_Politico_e_Economico/Cadernos_Direito/Volume_4/04.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2011.

SEGURADO, Milton Duarte. **Introdução ao Direito Romano.** 1ª edição, 2002. Editora Jurídica Mizuno.

SIRVINSKAS, Luiz Paulo. **Manual de Direito Ambiental.** 1ª edição, São Paulo. Saraiva, 2002.

SMANIO Gianpaolo Poggio. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica.** Disponível em:<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5713/a-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica>. Acesso em: 14 jul. 2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal. Parte General.** Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Tratado de Derecho Penal.** Parte General. Tomo III. Buenos Aires: Ediar, 1996.

5

A constituição de 1946 e deposição do presidente da república: Há previsão constitucional para as forças armadas terem assumido o poder em 1964?

Danilo Ferraz Córdova [1]
Danielle Belmiro Leles Martins [2]
Katherynne Michelynne Cruz Rodrigues [3]
Thalis Mateus Marques de Faria [4]

Introdução

Houve golpe militar! Não houve golpe militar! Discussões constantes ouvidas nas redes sociais e em conversas acaloradas estão proliferando ultimamente. Cada grupo de pessoas adere a um determinado argumento de acordo com as convicções pessoais.

Contudo, este artigo não tem como finalidade adentrar em conversas de "boteco", serão trazidos argumentos única e exclusivamente jurídicos sobre as forças armadas terem assumido o Poder Executivo Federal em 1964, tendo como fundamento único a Constituição de 1946.

É importante, apenas uma situação histórica da época, sem adentrar em nenhum pormenor. O Brasil tinha como sistema de governo o

[1] Advogado militante. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós Graduado em Direito de Empresa pela Universidade Gama Filho. Membro da Comissão de Direito da Concorrência da Ordem dos Advogados do Brasil da Seção de Minas Gerais. Professor Universitário.

[2] Graduanda em Direito pela Faminas-BH

[3] Graduanda em Direito pela Faminas-BH

[4] Graduando em Direito pela Faminas-BH

presidencialismo e o Presidente da República era o João Goulart, que assumiu devido à renuncia de Jânio Quadros.

No dia 02 de abril de 1964, o presidente do Senado Federal na época, Auro de Moura Andrade, com o apoio das Forças Armadas, declarou que João Goulart,Presidente da República, estava ausente do país e declarou vaga a presidência da República. Porém, João Goulart estava em São Borja/RS. Desta forma, o Presidente da Câmara dos Deputados Federais, Ranieri Mazzilli, assumiu temporariamente o cargo até 15 de abril de 1964.

Ato contínuo, o General Humberto de Alencar Castello Branco toma posse no cargo de Presidente da República, sendo eleito pelo Congresso Nacional através do voto indireto, obtendo 361 votos, 3 votos foram para Juarez Távora e 2 votos para Eurico Gaspar Dutra, houve 72 abstenções, 37 faltas. O cargo de Vice-Presidente era eleito de forma separada, assim, José Maria Alkmin foi eleito com 256 votos no 2º escrutínio.

Todos esses fatos e diversos outros geram grande debate no meio jornalístico, politico, histórico e jurídico. Entretanto, as formas de retirada da pessoa que ocupa o cargo de Presidente de República devem, obrigatoriamente, ter previsão constitucional, bem como a formalidade como deve ser feito e a competência para tal. A Constituição Brasileira de 1946 deve ser analisada para verificar se os fatos narrados estão constitucionalmente corretos.

Após essa breve exposição histórica, é importante analisar a Constituição de 1946 sobre estes fatos.

1 Todo poder emana do povo

O povo figura como titular do poder em constituições espalhadas pelos mais diversos países do globo, e não é diferente no Brasil. Mas, para tratar da titularidade do poder, é necessário precipuamente se definir quem é povo. Povo não se resume meramente a conceitos numéricos, demográficos ou econômicos. Também não se confunde com o conceito de nação. A definição de povo está intimamente ligada à definição de

democracia, tendo em vista que o povo é quem legitima o poder político estatal (STIGERT; MARTINS, 2014). Nas palavras do professor Comparato (1997) povo é um conceito operacional, definindo um grupo de sujeitos com atribuições e prerrogativas certas, dentro de um universo político-jurídico.

Na tradição romano medieval de soberania, a fonte originária do poder seria sempre o povo, independente de quem fosse o efetivo executor. Essa dualidade abriu caminho para a distinção entre titularidade e exercício do poder (BOBBIO, 1998). O conceito de povo ganhou força na era moderna, com o ressurgimento da democracia.

Os norte-americanos foram pioneiros em conceituar o povo como titular da soberania democrática na modernidade, com a previsão de que a Constituição de Virgínia, de 1776, fosse promulgada "pela autoridade do povo" (COMPARATO, 1997). Há de se ressaltar, porém, que a grande massa de escravos não era tida como povo.

Alexis de Tocqueville considera os Estados Unidos o país que mais desenvolveu o princípio da soberania popular:

> O povo participa da composição das leis pela escolha dos legisladores, da sua aplicação pela eleição dos agentes do poder executivo; podemos dizer que governa por si mesmo, a tal ponto a importância deixada à administração é fraca e restrita, a tal ponto ela é marcada por sua origem popular e obedece ao poder de que emana (Tocqueville, 2005, p.68).

O poder pertence ao povo nas sociedades em que vige a democracia. A democracia não é um valor-fim, mas antes um meio de realização vos valores essenciais para a convivência humana, que revela um regime político no qual o poder repousa na vontade do popular. O conceito de povo não é estático ao longo da história, e dessa forma, também não o é o de democracia. A democracia grega não é igual a democracia burguesa capitalista (SILVA, 2005).

José Afonso da Silva (2005, p.128) resumiu brilhantemente o conceito de democracia: "A democracia não precisa de pressupostos especiais. Basta a existência de uma sociedade. Se seu governo emana do povo, é

democrática; se não, não o é". Com isso, o autor rechaça as teorias de que a democracia carece de um ambiente propício para ser implementada.

No regime político brasileiro, apesar da aparência democrática, se reconhece uma oligarquia disfarçada, na qual a maioria pobre vota sob a influência e interesse dos ricos. Em países como o Brasil, de grande desigualdade social, a democracia não é adequadamente aperfeiçoada com maior atribuição de poder ao povo, por meio de plebiscitos e referendos (COMPARATO, 1997). A democracia é exercida majoritariamente de forma indireta.

O povo é o titular do Poder Constituinte, entretanto ele não o exerce diretamente, mas o confia a representantes extraordinariamente escolhidos para elaborar a lei maior. A cada nova Constituição é evocado o Poder Constituinte Originário com a missão de organizar o Estado, sem se submeter a limitações de direito positivo interno (BULOS, 2014). Elaborada a constituição o poder não se esgota, mas permanece com seu titular, o povo, em estado de latência, aguardando um novo momento constituinte.

Ao se analisar as constituições brasileiras, da primeira até a vigente na época da tomada de poder em 1964, percebe-se que cada uma se amoldava a sua época, recebendo influência de uma sociedade ainda em estruturação e do pensamento em voga internacionalmente. No pensamento de Barroso (2009) a constituição em um Estado Democrático de Direito tem duas funções: primeiro, veicular consensos mínimos para a dignidade das pessoas e funcionamento do regime democrático; segundo, garantir o espaço do pluralismo político, ao assegurar o adequado funcionamento dos mecanismos democráticos.

A primeira Constituição Brasil, de 1824, estruturada na época imperial, não previa o povo como titular do poder e contava com eleições indiretas e censitárias, nas quais diversos eram os impedimentos, sendo que mulheres e escravos não foram sequer citados. O poder era, na realidade, concentrado nas mãos do Imperador, que o exercia por meio do Poder Moderador (SILVA, 2005). Ao outorgar a Constituição o Imperador

pensa ser ele, juntamente com a nação o titular do poder, afastando do texto a soberania popular (SILVA, 2011).

A democracia, como regime político no país, tem suas bases na Constituição de 1891, juntamente com o federalismo. A divisão quadripartida de poder deu lugar ao tripartidarismo aos moldes de Montesquieu, pondo fim ao Poder Moderador, ao estabelecer os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário como independentes e harmônicos entre si. O povo ainda estava distante das decisões políticas e o poder pertencia às oligarquias que se alternavam na "política dos governadores". Formou-se uma constituição material diferente daquela promulgada em 1891, na qual o coronelismo mantinha o regime oligárquico dominante (SILVA, 2005). A democracia da época era meramente decorativa, e poder era dividido pelos Estados de Minas Gerais e São Paulo, ficando o povo desejo de mais participação política e por eleições sérias (VAINER, 2010).

Foi na Constituição de 1934 que o povo figurou a primeira vez como titular do poder: "Art 2º - Todos os poderes emanam do povo e em nome dele são exercidos". Nessa Carta foram definidos o sistema político e eleitoral, com a adoção do voto feminino e criação da Justiça Eleitoral. Todavia, a Constituição de 1934 teve vida curta (SILVA, 2005).

Na Constituição de 1937, elaborada no período ditatorial, o povo figurou como titular do poder, com algumas modificações: "Art 1º - O Brasil é uma República. O poder político emana do povo e é exercido em nome dele e no interesse do seu bem-estar, da sua honra, da sua independência e da sua prosperidade". Na prática, o Estado Novo concentrou poder na figura do presidente, alegando que o excesso de poder democrático oferecia perigo às instituições (VAINER, 2010). A Carta trazia a previsão de um plebiscito para referendar o texto constitucional e seria essa a única participação popular no processo, porém o plebiscito nunca foi realizado (SILVA, 2011).

A Constituição de 1946 voltou aos moldes da Constituição de 1934, sem condicionar o exercício do poder: "Art. 1º Os Estados Unidos do Brasil mantêm, sob o regime representativo, a Federação e a República. Todo

poder emana do povo e em seu nome será exercido". A tarefa da Carta Magna era a redemocratização do país, porém, baseando-se nas Constituições de 1891 e 1934, padeceu do mesmo mal de desligamento da realidade e não consegui realizar-se plenamente (SILVA, 2005). Olhando para trás o legislador não percebeu que mundo após a Grande Guerra era outro, e por isso os debates que balizaram as constituições anteriores já não se adequavam a realidade atual (SILVA, 2011). Para alguns doutrinadores, no entanto, foi a melhor constituição nacional, e consagrava os princípios do Estado Liberal e do Estado Social (VAINER, 2010).

O Poder Executivo perdeu forças e a Carta de 1946 trouxe a previsão de eleições diretas para Presidente e Vice-Presidente, pelo voto universal, direto e secreto, para um período de cinco anos. Também era previsto a responsabilização do Presidente da República pelos seus atos (VAINER, 2010). Como a Constituição foi elaborada no pós-ditadura, na qual do Chefe do Executivo assumiu para si grande parte das funções de administrar e legislar, uma das principais preocupações era impossibilitar a hipertrofia do Poder Executivo. Esse movimento era mundial, e diversos países elaboravam suas cartas com fim da Segunda Guerra Mundial. A Constituinte de 46 buscava solidificar as bases do sistema representativo, a conservação do poder político e o reestabelecimento da independência e harmonia dos poderes (SILVA, 2011).

A Constituição de 1946 previa duas formas de participação direta do povo, a chamada democracia participativa. No artigo 2º havia a previsão de plebiscito nos casos de incorporação, subdivisão ou desmembramento dos Estados. O artigo 141, parágrafo 38 apresentou a hipótese de Ação Popular para "anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista".

Apesar disso, sob sua égide vigorava uma democracia primordialmente indireta. Nela, o povo, não podendo exercer diretamente o poder, em razão da extensão territorial, densidade demográfica, dentre outros, outorgava a representantes eleitos periodicamente, as funções de governo.

As eleições em democracias representativas denotam mais do que a simples escolha de candidatos, significam a aderência do povo a uma política governamental, dando o seu consentimento e conferindo legitimidade (SILVA, 2005).

No Estado Democrático de Direito a transferência de poder só é legítima quando o povo escolhe diretamente seus candidatos, por meio de eleições livres. Para isso é dado ao povo o direito de sufrágio, que se manifesta diretamente pelo direito do voto, que é a forma ativa de participação em uma democracia representativa (MORAES, 2016).

O pleito é então o ato formal da passagem de poder das mãos do povo, para os escolhidos no processo político, não se admitindo outros meios de chegada ao poder. Em uma democracia representativa não se reconhece mecanismos institucionais que furtem a vontade livre e a soberania do eleitorado (BULOS, 2014). Apenas o povo possui legitimidade e soberania na escolha de seus representantes, e esses após escolhidos passam a atuar em nome do povo, tomando as decisões políticas que visem o melhor para a sociedade (STIGERT; MARTINS, 2014).

Dessa forma, concebe-se que o poder delegado aos eleitos não é absoluto, encontrando limitação nos direitos e garantiasindividuais e coletivos, tanto em relação aos demais cidadãos (relação horizontal), quanto ao próprio Estado (relação vertical). A própria Constituição escrita é também uma forma de limitação do poder público, ficando o corpo político obrigado a observá-la e cumpri-la (MORAES, 2016).

2 Linha sucessória presidencial e vacância do cargo de presidente da república

A constituição de 1946 foi feita através de convocação do constituinte pelo então presidente do STF, Ministro José Linhares, que substituiu o presidente da Republica após a renúncia de Getúlio Vargas. A nova Constituição previa a volta da democracia e questões que a assemelhavam

à Constituição de 1934 acrescentando pontos significativos como, por exemplo, o voto a todas as mulheres.

Apesar de uma onda de novas ideias surgir com a entrada de novos partidos ao Congresso, a Constituição se manteve em linhas claras e não muito diferente das anteriores, mantendo o sistema de governo presidencialista, a organização dos três poderes, autonomia dos Estados e Municípios, eleições diretas ao presidente, governadores, prefeitos, senadores, deputados federais e estaduais e possuir o fundamento principal: "Todo poder emana do povo e em seu nome será exercido".

Nesse ponto temos dois fatores que marcaram a época: a vontade da população pela volta do exercício da democracia e a nova Constituição que prevê a soberania popular e o *modus operandi* Estatal para garantia dessa representação.

A Constituição de 1946 também previa, como nas anteriores, a linha de sucessão a ser respeitada caso houvesse impedimento ou vacância do cargo de Presidente da República. Tal fato é de extrema importância para a problemática abordada neste artigo.

A constituição prevê em seu artigo 79 o seguinte texto: "Art. 79º - Substitui o Presidente, em caso de impedimento, e sucede-lhe, no de vaga, o Vice-Presidente da República.".

Para questões de analise literal da norma cabe explorarmos o sentido lexical das palavras "impedimento" e "vaga" que o autor Lenza (2012, p.656) descreve:

> A vacância nos dá uma ideia de impossibilidade definitiva para assunção do cargo (cassação, renúncia ou morte), enquanto a substituição tem caráter temporário (por exemplo: doença, férias etc.). Assim, tanto na vacância como no impedimento, o Vice-Presidente assumirá o cargo, na primeira hipótese, até final do mandato e, no caso de impedimento, enquanto este durar.

Sendo assim, para ocorrer a vacância do cargo de Presidente da República, o seu titular deve deixar o cargo de forma definitiva, sendo possível ocorrer apenas em 4 hipóteses, quais sejam, morte, renúncia, a condenação por crime de responsabilidade (processo de impeachment) ou

a declaração de vacância do cargo nas hipóteses dos artigos 84 e 85 da Constituição.

O processoimpeachment só é possível, em processos legais, contra o presidente eleito caso ocorresse algum dos crimes de responsabilidade previstos no artigo 89 da constituição vigente:

> Art. 89 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição federal e, especialmente, contra:
> I - a existência da União;
> II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e dos Poderes constitucionais dos Estados;
> III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;
> IV - a segurança interna do País;
> V - a probidade na administração;
> VI - a lei orçamentária;
> VII - a guarda e o legal emprego dos dinheiros públicos;
> VIII - o cumprimento das decisões judiciárias.
> Parágrafo único - Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

Entretanto, no caso do João Goulart, não houve processo de impeachment e, consequentemente, condenação pelo crime de responsabilidade. Contudo, a declaração de vacância do cargo no caso algumas das hipóteses elencadas nos artigos 84 e 85 da Constituição tivessem ocorrido:

> Art. 84 - Se, decorridos trinta dias da data fixada para a posse, o Presidente ou o Vice-Presidente da República não tiver, salvo por motivo de doença, assumido o cargo, este será declarado vago pelo Tribunal Superior Eleitoral.

> Art. 85 - O Presidente e o Vice-Presidente da República não poderão ausentar-se do País sem permissão do Congresso Nacional, sob pena de perda do cargo.

A previsão contida no artigo 84 não se aplica à situação da época, uma vez que João Goulart já se encontrava empossado e exercendo as atividades advindas do cargo de Presidente da República. No entanto, fora o artigo 85 usado como argumento jurídico para que a declaração de

vacância do cargo presidencial, assim, é importante analisar se era possível esta declaração.

No dia 02 de abril de 1964, o então presidente do Congresso Nacional, senador Auro de Moura Andrade, com fundamento no artigo 85 da Constituição de 1946, declarou que o Presidente da República estava ausente do país sem a autorização do Congresso Nacional e declarou vago o cargo de Chefe do Poder Executivo Federal.

Inicialmente, o artigo 85 da Constituição prevê que o Presidente e Vice-Presidente somente poderão ser ausentar do País, conjuntamente, com a autorização do Congresso Nacional, como o cargo de Vice-Presidente da República estava vago João Goulart não poderia ausentar do País sem a autorização legislativa.

Contudo, o Presidente da República não estava ausente do País, João Goulart se encontrava no Rio Grande do Sul acompanhado do General Argemiro de Assis Brasil, este fato é inquestionável e será a única argumentação histórica utilizada neste artigo.

Há outra questão importante referente ao artigo 85 da Constituição, é indiscutível a possibilidade da vacância do cargo em decorrência da ausência do Chefe e Vice do Poder Executivo deixar o País sem a devida autorização, porém, algumas questões surgem, por exemplo, quem é competente para declarar a vacância do cargo? Qual o procedimento que deve ser utilizado? O Presidente da República terá direito a ampla defesa e contraditório?

Não há regulamentação desse artigo da Constituição, nem por lei infraconstitucional e tampouco pelo Regimento Interno do Congresso Nacional, assim, o artigo 85 da Constituição de 1946 é uma norma de eficácia limitada, ou seja, a sua aplicação pratica é inviável, sendo impossível o seu exercício enquanto não houver a sua regulamentação.

Já constada uma grande irregularidade perante o processo tomado, seguimos para a verificação das medidas posteriores. Diante da vacância ao cargo de presidente, vimos no artigo 79 da constituição vigente à época, que há a previsão das substituições posteriores ao vice-presidente da

República entrando na linha de sucessão necessária para o cumprimento do exercício do cargo, vejamos a continuidade do artigo citado:

> Artigo 79:
> § 1º Em caso de impedimento ou vaga do Presidente e do Vice-Presidente da República, serão sucessivamente chamados ao exercício da presidência o Presidente da Câmara dos Deputados, O Presidente do Senado Federal e o Presidente do Supremo Tribunal Federal.
> § 2º - Vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, far-se-á eleição sessenta dias depois de aberta a última vaga. Se as vagas ocorrerem na segunda metade do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita, trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma estabelecida em lei. Em qualquer dos casos, os eleitos deverão completar o período dos seus antecessores.

Sendo exposto, nos parágrafos temos a previsão expressa da necessidade de chamada ao exercício da presidência o presidente da câmara dos deputados, o presidente do Senado Federal e por último o presidente do Supremo Tribunal Federal. Sendo ratificado no parágrafo segundo a necessidade de convocação das eleições em caso de vagos os dois cargos iniciais.

Pois bem, houve a posse provisória ao cargo pelo então presidente da câmara dos deputados Ranieri Mazzil, respeitando a linha de sucessão prevista, sendo convocadas novas eleições para concretização da normatividade expressa na constituição e o General Humberto de Alencar Castelo Branco foi eleito.

Contudo, conforme determina o artigo 79, § 22º, o eleito deverá completar o período dos seus antecessores, ou seja, deveria apenas terminar o restante do período do mandato presidencial. Assim, ele deveria ficar no poder até 31 de janeiro de 1966. Porém, seu mandato foi prorrogado e foram suspensas as eleições presidenciais diretas previstas para 3 de outubro de 1965. Castelo Branco seguiu como presidente até 15 de março de 1967, quando foi substituído pelo general Costa e Silva, eleito de forma indireta pelo Congresso Nacional, em 3 de outubro de 1966.

3. Das forças armadas

3.1 Suas funções

Antes de falar sobre o assunto central do tópico analisado, se faz mister identificar as diferenças entre três conceitos que diariamente se misturam e são confundidos no trato das Forças Armadas. O primeiro termo advém da sociologia, e se denomina "papel", que significa:

> "Uma atribuição social e, como tal, diz respeito, por analogia ao teatro, ao script que determinado ator deve representar. No caso específico, opapel militar é aquele que, independentemente das normas e dos valores do indivíduo fardado, lhe exige a sociedade.(MATHIAS e GUZZI, 2010, p. 46)."

O segundo termo está diretamente ligado ao objeto de estudo deste trabalho, que se intitula "função". Segundo MERTON (1992):

> "Função é um atributo interno ao organismo ou estrutura, uma ordem prescrita legalmente para determinada posição social. No caso do militar, ele é instrumento de uma ação do Estado, prevista para ser por ele cumprida quando nomeado para determinado cargo ou patente.(apud MATHIAS e GUZZI, 2010, p. 46)."

E por ultimo, se encontra o termo "missão", que não se confunde com função. A palavra missão está ligada diretamente ao campo moral, religioso, diferentemente de função, que está ligada a uma ordem oriunda da lei, que delega a alguém determina ação ou omissão, tendo caráter coercitivo.

Mesmo que as Forças Armadas tenham missões a serem cumpridas, o principal objetivo aqui é verificar qual sua função na Constituição de 1946, que vigorava em 1964.

4. Defender a Pátria e garantir os poderes constitucionais

Desde a primeira constituição, nota-se uma grande preocupação com a segurança nacional, afinal de contas, este assunto é bem pertinente, já

que a soberania de uma nação está diretamente ligada a sua capacidade de se alto preservar. O reflexo dessa preocupação fez com que os governantes formassem as Forças Militares e imputasse a elas a função principal de proteção aos interesses internos e externos da nossa nação. Segundo a própria constituição de 1946, em seu artigo 177. A função das forças armadas é "defender a Pátria e garantir os poderes constitucionais"(BRASIL, 1946).

4.1 Lei e Ordem

A ordem e a lei estão alocadas como um conjunto, que de forma concomitante regem determinado grupo, não subsistindo uma sem a outra. Tornando-as dependentes, sem se subverterem.

Como forma de controlar as ações das Forças Armadas, a Constituição de 1934 prescreve que:

> "Art. 162 - As forças armadas são instituições nacionais permanentes, e, dentro da lei, essencialmente obedientes aos seus superiores hierárquicos. Destinam-se a defender a Pátria e garantir os Poderes constitucionais, e, ordem e a lei. (BRASIL, 1934)"

O que mais tarde se repetiu na constituição de 1946, em seu artigo 177:"Destinam-se as forças armadas a defender a Pátria e a garantir os poderes constitucionais, a lei e a ordem" (BRASIL, 1946).

A garantia da lei e da ordem esta ligada ao funcionamento da Administração Pública, ou seja, evitar o mau funcionamento dos órgãos, rodovias e demais estruturas relacionadas à União. Não se confundindo com estado de sítio, previsto no artigo 87, inciso XIII ou intervenção federal, descrita nos artigos 87, XIV, art. 7º e 14º (BRASIL, 1946).

Logo, as funções das Forças Armadas se destinam ao andamento do Estado, como forma de garantia e segurança, sendo um órgão diferenciado e preparado para situações onde, os demais órgãos não puderem mais atuar, funcionando como uma espécie de *ultimaratio*, submetida estritamente às ordens do chefe do poder Executivo, como veremos a seguir.

4.2 Hierarquia e disciplina

No que tange as Forças Armadas, sua organização se baseia "na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade e comando supremos do Presidente da República (LENZA, 2018)". Dessa forma assevera a constituição de 1946

> "Art 176 - As forças armadas, constituídas essencialmente pelo Exército, Marinha e Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República e dentro dos limites da lei.(BRASIL, 1946)"

Esmiuçando o artigo supracitado,a primeira parte versa sobre a composição das Forças Armadas, formada pelo Exército, Marinha e Aeronáutica, não sendo passiveis de extinção, mas permanecendo por tempo indeterminado. O exército é responsável por resguardar o solo brasileiro, constituindo as forças de terra. A Marinha fica a cargo da proteção marítima, chamada também de força de mar. E por ultimo a Aeronáutica, que resguardará o espaço aéreo brasileiro.

Já na segunda parte do artigo em analise, veem-se os dois pilares organizacionais das Forças Armadas, que são a hierarquia e a disciplina.

Como preceitua THOMAZI :

> "A hierarquia e disciplina militares são princípios constitucionais que constituem a base das organizações militares, condensando valores como o respeito à dignidade da pessoa humana, o patriotismo, o civismo, o profissionalismo, a lealdade, a constância, a verdade, a honra, a honestidade e a coragem. Tais princípios pretendem dar máxima eficácia às instituições militares, conferindo-lhes poder e controle sobre seus integrantes, que pela função que desempenham sempre têm a arma ao seu alcance.(THOMAZI, 2008., p. 11)"

A hierarquia e a disciplina militar são modos mais rigorosos utilizados de forma repressiva e preventiva, evitando o desvio de legalidade por parte de seus integrantes. A hierarquia é extremamente rígida se

comparada as civis, pois é através dela que se cria a individualidade entre os agentes, donde ele deixará de ser visto pelo nível pessoal e será reconhecido pela patente que carrega. Logo:

> "A instituição militar, pelas suas próprias características, estabelece a hierarquia como primeiro plano de sua organização social, juntamente com os mecanismos disciplinares que se traduzem no cotidiano da tropa e que exigem a obediência imediata e total às ordens dos superiores.(THOMAZI, 2008., p. 128)"

Analisa-se que a disciplina está voltada à obediência das leis e regulamentos impostos pelos seus superiores hierárquicos. Como assevera Pedro Lenza:

> "A disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindose pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo (LENZA, 2018)."

E por ultimo, o artigo 176 fala sobre a obediência suprema ao Presidente da República. Dessa forma, verifica-se que o chefe do Poder Executivo também é o chefe maior das Forças Armadas, que com base na hierarquia e na disciplina está acima dos comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica, podendo não apenas comandar as três forças, mas também aplicar as devidas sanções administrativas cabíveis, caso ocorra um descumprimento de suas ordens, desde que esta não seja pautada na ilegalidade.

Pela observação dos aspectos mencionados, seria impossível, dentro da legalidade dos preceitos militares, alguém destituir um superior hierárquico, pois esta atitude derrubaria, de forma direta, os princípios da hierarquia e disciplina. Pior seria se esta atitude de destituição impedisse o correto funcionamento dos poderes constitucionais, e afetasse, de forma irreparável a lei e a ordem nacional.

5. Conclusão

A Constituição de 1946 foi elaborada após o fim do Estado Novo instaurado por Getúlio Vargas, prevendo a volta da Democracia no Brasil e a tripartição do Poder de forma harmônica.

Não há duvidas que a declaração de vacância do cargo de Presidente da República feita pelo então presidente do Congresso Nacional, senador Auro de Moura Andrade não tinha qualquer embasamento legal.

O artigo 85 da Constituição de 1946 determinava a possibilidade da declaração de vacância do cargo de Presidente da República, no caso deste e do Vice-Presidente se ausentarem do País sem a autorização do Congresso Nacional, porém, João Goulart não estava fora do país, somente este ponto já era suficiente para tornar ilegal a declaração proferida pelo então Presidente do Congresso Nacional.

Mesmo com a previsão contida no artigo 85 da Constituição de 1946, esta norma não era de aplicação imediata, uma vez que se tratava de norma de eficácia limitada, não tendo sido regulamentada, nem por lei infraconstitucional e muito menos pelo Regimento Interno do Congresso Nacional, surgindo diversas indagações, por exemplo, quem é competente para declarar a vacância do cargo? Qual o procedimento que deve ser utilizado? O Presidente da República terá direito a ampla defesa e contraditório?

Além do mais, as forças armadas jamais poderiam agir contra o Presidente da República, sendo que este ocupa o cargo de autoridade suprema, ou seja, ocupa um cargo acima da maior patente do exercito, marinha e aeronáutica, e as forças armadas são fundamentadas em dois princípios basilares constitucionalmente estabelecidos, quais sejam, a hierarquia e disciplina que nunca poderiam ser questionados por uma patente inferior.

As forças armadas organizarem um movimento para retirar o Chefe do Poder Executivo do seu cargo fere a própria estrutura interna da instituição, praticando um ato ilícito não apenas contra a Democracia, mas

também ferindo os princípios regentes das forças armadas, quais sejam, a hierarquia e a disciplina.

Após a ilegal posse do Presidente da Câmara dos Deputados Federais, Ranieri Mazzilli, foi eleito o General Humberto de Alencar Castello Branco, tomando posse no cargo de Presidente da República, sendo eleito pelo Congresso Nacional através do voto indireto. Neste caso, deveria ter apenas completado o período restante do mandado, conforme preceitua o artigo 79, § 2º da Constituição de 1946.

Assim, o General Humberto de Alencar Castello Branco deveria ficar no poder até 31 de janeiro de 1966. Porém, seu mandato foi prorrogado e foram suspensas as eleições presidenciais diretas previstas para 3 de outubro de 1965, não há qualquer previsão constitucional para esta prorrogação e o cancelamento das eleições em 1965.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Noberto, 1998: verbete "Democracia", in Norberto BOBBIO, Nicola MATTEUCCI & Gianfranco PASQUINO: Dicionário de Política, 11 ed., vol 1. Brasília: Editora UnB, 1998.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. 1934. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm

____. CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. 1937. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm

____. CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. 1946. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional I. 8º ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. Variações sobre o conceito de povo no regime democrático. Estud. av. São Paulo, v. 11, n. 31, p. 211-222, dezembro de 1997. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141997000300013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 jun. 2019.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 16ª ed. São Paulo: Método, 2012.

MORAES; Alexandre de. Direito Constitucional. 32 ed. SãoPaulo:Atlas,2016

SILVA, João Carlos Jarochinski. Análise histórica das Constituições brasileiras. Ponto-e-Vírgula: Revista de Ciências Sociais. n. 10. 2011. Disponível em: https://revistas.pucsp.br/index.php/pontoevirgula/article/view/13910. Acesso em: 21 jun. 2019.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25° ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SKIDMORE,Thomas E.;tradução Mario Salviano Silva. Brasil de Castelo a Tancredo – Rio de Janeiro: Paz e Terra,1998. Disponível em: <https://drive.google.com/viewerng/viewer?url=http://leragora.jegueajato.com/Thomas+Skidmore/Brasil.++de+Castelo+a+Tancredo+(1619)/Brasil.++d+Castelo+a+Tancredo++Thomas+Skidmore?chave%3D1677cfea7cb1b4e721f78316a481fd9c&dsl=1&ext=.pdf> Acesso em 24 de junho de 2019.

STIGERT, Ludmila Castro Veado; MARTINS, Marlene Mendonça. A identificação do conceito de povo no regime democrático brasileiro. Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. n. 24. 2014. Disponível em: http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1902. Acesso em: 22 jun. 2019.

TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América: leis e costumes. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VAINER, Bruno Zilberman. Breve histórico acerca das constituições do Brasil e do controle de constitucionalidade brasileiro. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, n. 16 – jul./dez. 2010. Disponível em: http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/233/226 Acesso em: 20 jun. 2019.

6

Novos contornos do Direito ao Livre Planejamento familiar. Análise a partir do pluralismo jurídico constitucional e do mosaico das famílias brasileiras

Renata de Lima Rodrigues [1]
Brunna Emanuelle Carvalho Tonini [2]

1. Introdução: o pluralismo enquanto fundamento político e a tutela da pluralidade como proposta jurídica

A séria releitura pela qual passa o direito privado nas últimas décadas é tomada pelos doutrinadores como fruto da necessidade de adequação dos institutos jusprivatísticos ao paradigma do Estado Democrático de Direito. A densificação normativa dos dispositivos presentes na Constituição de 1988, que num primeiro momento atingiu apenas o direito público e as questões de ordem pública atinentes ao direito privado, provoca agora uma reestruturação desse ramo do Direito como um todo, conformando não só os parâmetros de interpretação e aplicação da norma, mas sua própria fundamentação. (RODRIGUES, RÜGER; 2004, p.12-13)

A consequência de tal fenômeno é que o Estado Democrático de Direito passa a ser o marco teórico para o estudo de movimentos que preconizam a constitucionalização do direito civil, forçando a instrumentalização de institutos basilares, como a propriedade, o contrato e a família,

[1] Doutora e Mestre em Direito Privado pela PUC/MG; Especialista em Direito Civil pelo IEC- Instituto de Educação Continuada da PUC/MG; Coordenadora do curso de Direito da FAMINAS-BH; Professora de Direito Civil na PUC Minas e no Centro Universitário Unihorizontes. Membro do IBDFAM. Advogada. Parecerista.

[2] Acadêmica de Direito no Centro Universitário UNA de Belo Horizonte.

os quais se encontram atualmente funcionalizados ao desenvolvimento pleno da pessoa humana, com fincas no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Desta feita, não sem razão, a evolução do regime político brasileiro - uma república que se apresenta como Estado Democrático de Direito e que tem como seus fundamentos primordiais a defesa do pluralismo e a promoção da dignidade da pessoa humana -, dentre outras causas, é reiteradamente citada pelos doutrinadores de direito privado como substrato da *crise do direito civil*[3]experimentada nas últimas décadas.

Ao lado do fundamento da dignidade da pessoa humana, que marca a conotação de nosso Estado como personalista, o pluralismo se apresenta em nosso texto constitucional como outro fundamento da república. A conjugação destes dois pressupostos força uma revolução estrutural e hermenêutica nas instituições de direito privado, que pode ser resumida através da afirmação de que no Estado Democrático de Direito brasileiro as tradicionais dicotomias oitocentistas entre ser e dever ser, e, ainda, entre público e privado cedem espaço a um sistema que se operacionaliza a partir de uma necessária complementariedade entre público-privado e entre ser e dever ser, para reduzir a tensão entre facticidade e validade.

As instituições jurídicas passam a se revelar sempre como instrumentos garantidores e promotores do princípio da dignidade da pessoa humana, aqui, inexoravelmente, compreendido como norma que comanda a garantia de iguais espaços de liberdade de atuação indistintamente distribuídos a todos para a realização de seus projetos de vida boa ou de vida digna na maior medida possível, em um ambiente de intersubjetividades compartilhadas, que devem coexistir de forma harmônica e pacífica.

---

[3] César Fiúza leciona que "A crise do Direito Civil pode ser analisada sob diversos aspectos. Em primeiro lugar, a crise das instituições do Direito Civil, basicamente de seus três pilares tradicionais: a autonomia da vontade, a propriedade e a família. Em segundo lugar, a crise da sistematização. Em terceiro lugar, a crise da interpretação. (...) Veremos, entretanto, que estes três pilares entraram em crise, principalmente diante do paradigma do Estado Democrático de Direito, o que veio a acarretar graves consequências gerais e, especificamente, para a interpretação do Direito Privado". (FIUZA, 2003, p. 24)

Diante de um mundo eticamente fragmentado, mister se faz despir o princípio da dignidade da pessoa humana de qualquer carga valorativa naturalizada, que, por sua subjetividade intrínseca não poderia ser universalizada em um mundo que se pretenda plural, por princípio democrático. Diferentemente de seus antecessores, o Estado Democrático brasileiro lida com a geografia público-privado de forma absolutamente inusitada.

O Estado Liberal, justificado por seu contexto histórico, econômico e cultural, não limitava liberdades individuais, por julgar que a intervenção do Estado na vida privada seria contraproducente e arbitrária; o Estado social, no afã de combater as mazelas herdadas do liberalismo, suprimiu liberdades individuais em nome daquilo que ousou denominar bem comum ou coletivo. Por sua vez, o atual Estado Democrático de Direito, para superar as sequelas do socialismo, que se desnaturou em tirania e em totalitarismo em muitas partes do mundo, previu a limitação de liberdades individuais, mas nunca em nome do chamado interesse coletivo. Habilmente, conseguiu se articular de tal forma que qualquer limite às liberdades individuais só existe mesmo em nome de iguais liberdades individuais.

Todo esse arcabouço teórico é facilmente observável ao analisarmos o perfil contemporâneo da tríade institucional que compõe o direito civil: contrato, propriedade e família. Ao contrato e à propriedade, impõe-se a ideia de função social, que nunca poderia se confundir com a submissão dos interesses individuais do proprietário ou contratante ao interesse público, mas tão somente a garantia de instrumentos que irão permitir que a relação entre proprietário e não-proprietários e a relação entre contratante e contratante se estabeleça no respeito à garantia de iguais liberdades de atuação a todos os envolvidos, de modo que cada um tenha os mesmos espaços de auto realização e afirmação de seus direitos. Na família, a revolução se apresenta ainda mais contundente a ponto de encontrarmos na doutrina especializada a discussão se a família tem função social ou se a família é função social.

Percebemos, portanto, que algumas características de nosso regime político, que diziam respeito apenas à ação estatal e às chamadas liberdades públicas, passaram a ser a chave de leitura para a compreensão do direito privado, como um todo. Nesse contexto, sempre necessário distinguir dignidade humana, enquanto valor, e princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto norma. O conteúdo da dignidade pode e deve ser assumido e talhado nestas duas instâncias, a partir de perspectivas absolutamente distintas, mas complementares.

Os discursos em torno do conceito de dignidade e seus contornos são completamente diversos quando assumidos dentro da pauta deliberativa da Moral e do Direito. Na primeira, ele irá assumir caráter absolutamente subjetivo e contingencial, enquanto que, na segunda, enquanto princípio jurídico, torna-se obrigatoriamente parte de uma categoria jurídica que se pretende universalizante, objetiva e racional. Muitos se empreenderam na tarefa de alcançar a correta delimitação do caráter objetivo e universal do princípio da dignidade da pessoa humana[4]. Ousamos divergir de boa parte de ciosa doutrina e partimos da premissa de que não há como, *a priori*, trabalhar a ideia de um substrato material para este princípio que seja

[4] Exemplo relevante na doutrina do direito privado é a versão trabalhada por Maria Celina Bodin de Moraes que, na busca pela diferença entre dignidade-valor[4]e dignidade-norma, advoga a tese de que a expressão jurídica desse princípio constitucional é garantir que os renovados valores humanitários que informam a atual democracia brasileira sejam respeitados e efetivados, não somente pelo sistema de garantias e liberdades individuais da Constituição Federal, mas por todo o ordenamento jurídico. Segundo a concepção da autora, trata-se de norma que condensa em si a ampla tutela à pessoa humana, sobretudo, em situações de vulnerabilidade[4], conferindo *"unidade axiológica e a lógica sistemática, necessárias à recriação dos institutos de direito privado"*. (MORAES, 2006, p. 118).

A autora argumenta que é a amplitude semântica e a extensão desse princípio a todos os setores do ordenamento jurídico brasileiro que tornam difícil seu delineamento metodológico (MORAES, 2006, p. 118). Todavia, acreditamos que a dificuldade está para além disso. Determinar o conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana é tarefa espinhosa, sobretudo, porque a despeito de ser um princípio que consagra proteção a essa qualidade imanente do ser humano, cada indivíduo irá construir, a partir de suas escolhas, sua própria noção de dignidade ou de vida boa. Precisar o conteúdo jurídico desse princípio é transitar em terreno árido, porque ele consiste apenas em um invólucro[4] que é preenchido pelo legítimo exercício da autonomia individual. Além disso, enquanto princípio, seu conteúdo só pode ser pesquisado no momento de se interpretar e aplicar a norma, segundo legítimos discursos de argumentação. Até aqui não discordamos do raciocínio da autora.

Entretanto, para explicitar seu ponto de vista acerca do conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana e de suas possibilidades de concreção, Bodin de Moraes recorre a postulados kantianos[4]com o escopo de estabelecer o substrato material desse princípio, concluindo que os princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade seriam corolários desse conteúdo. Assim, decompondo o princípio fundamental nesses quatro *"subprincípios, de igual importância hierárquica, o fiel da balança, a medida de ponderação, o objetivo a ser alcançado, já está determinado, a priori, em favor do conceito da dignidade humana. Somente os corolários, ou subprincípios em relação ao maior deles, podem ser relativizados, ponderados, estimados"* (MORAES, 2006, p. 119).

universalizante a ponto de condensar em si todo o mínimo existencial, de todos e de cada um, em torno do que seja vida boa ou vida digna, sem pretender defender uma visão totalitarista de mundo, que não se coaduna com a proposta democrática que aqui tentamos esmiuçar.

A dignidade da pessoa humana é só um "invólucro" que deve envolver um conteúdo construído a partir das escolhas individuais de cada um. Enquanto norma, o princípio da dignidade pessoa humana se transforma, como já expusemos, em instrumento garantidor desta autonomia, comandando a proteção a iguais espaços de atuação para que cada um se torne o que quer ser em um ambiente de intersubjetividades, no qual o limite da autonomia será sempre as iguais liberdades do outro. Somente diante de uma proposta democrática, plural e personalista, é que esse respeito à subjetividade alheia pode ser alcançado.

2. A pluralidade na família brasileira e liberdade de planejamento familiar igualmente reconhecida a todas as entidades familiares

A mudança da natureza jurídica da família na contemporaneidade, transmutando-se de instituição rígida e patriarcal para um núcleo funcional, democrático e eudemonista traz à tona esta inquieta questão de fundo, delineada no tópico acima: a tensão originada pela definição dos espaços concernentes à ordem pública e à autonomia privada, os quais vêm sendo constantemente realinhados desde a consolidação dos primeiros Estados de Direito e suas transformações políticas e jurídicas experimentadas ao longo dos últimos séculos.

Os direitos fundamentais, seu conteúdo e forma de aplicação, tem papel fundamental nessa tensão. Tais direitos, desde o Estado Liberal até o advento do Estado Democrático de Direito, exercem a função de assegurar a autonomia privada dos cidadãos. Entretanto, essa garantia se operacionaliza de maneira muito distinta ao longo desses paradigmas políticos, tendo em conta a redefinição do conceito de autonomia privada e do efetivo papel do Estado na dinâmica das inúmeras relações interprivadas.

O Estado Democrático de Direito consiste em marco político no qual a plena realização do ser humano depende do fim das dicotomias entre público e privado e entre ser e dever-ser. Com este escopo, a Constituição Federal assume, materialmente e formalmente, a centralidade sistêmica de nossa ordem jurídica, para tornar-se norte hermenêutico para todos os sistemas de direito privado, implicando, por consequência, o fim da neutralidade das normas em relação a seu próprio conteúdo e a insuficiente concepção do homem como sujeito abstrato, mas sim sujeito concreto, permeado de necessidades e vulnerabilidades e marcado por desigualdades materiais que se revelam em todas as instâncias possíveis, abrangendo desigualdades físicas e pessoais, até desigualdades culturais, econômicas e mesmo políticas.

Neste ambiente, a vulnerabilidade da pessoa humana é tutelada em todas as suas manifestações. Deste modo, os direitos e prerrogativas de determinados grupos considerados frágeis recebem especial proteção da lei, tais como crianças, adolescentes, idosos, portadores de deficiências físicas e mentais, os não proprietários, consumidores, vítimas de acidentes anônimos e de atentados a direitos de personalidade. (MORAES, 2009, p. 314)

Nessa toada de unificação das dicotomias em prol da concretização das reais necessidades humanas, normas relativas à regulação da família e à tutela de crianças, adolescentes, idosos, mulheres e deficientes foram publicizadas, revelando um certo grau de intervenção estatal no regramento de matérias[5] tradicionalmente reguladas pelo direito privado, em nome da efetivação do projeto plural, personalista e democrático do texto constitucional.

[5] "Neste ambiente, de um renovado humanismo, a vulnerabilidade da pessoa humana será tutelada, prioritariamente, onde quer que ela se manifeste. De modo que terão precedência os direitos e as prerrogativas de determinado grupos considerados, de uma maneira ou de outra, frágeis e que estão a exigir, por conseguinte, a especial proteção da lei. Nestes casos estão as crianças, os adolescentes, os idosos, os portadores de deficiências físicas e mentais, os não proprietários, os consumidores, os contratantes em situação de inferioridade, as vítimas de acidentes anônimos e de atentados a direitos de personalidade (...)." (MORAES, Maria Celina Bodin de. Vulnerabilidades nas relações de família: o problema da desigualdade de gênero. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). Direito das famílias: Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 314).

De forma complementar ao movimento de intervenção pública no direito de família, este se *constitucionaliza* e a família se transmuda, para deixar de ser um instituto centrado no casamento, formal e absolutizado, para se apresentar instrumento de concretização da pluralidade, diante da orientação da principiologia constitucional, que se mostra atenta a quaisquer projetos de vida marcados pela dignidade, solidariedade e afetividade. O que se discute é a *medida* de tal *intervenção:* O que faz do direito de família uma questão de ordem pública? Até onde são alçados os limites das autonomias individuais na seara familiar? Como bem colocado por João Baptista Villela:

> Toda a problemática que se arma a partir da conjunção desses dois conceitos - liberdade e família – se resume, por conseguinte, em estabelecer, no plano da objetividade institucional, composição tal entre eles de que resulte um mínimo de restrições individuais e um máximo de realização pessoal. (VILLELA, 1980, p. 10)

Na atualidade, é outorgada liberdade aos indivíduos para se relacionar e para pôr fim a seus relacionamentos, construindo a família segundo o que melhor lhes convier na realização de suas aspirações pessoais. A família contemporânea significa, ao mesmo tempo, um espaço dinâmico de engajamento pela realização existencial da pessoa humana, de compromisso com a própria felicidade e com a felicidade do outro. João Baptista Villela[6] anota, com precisão, que a família representa as aspirações libertárias do homem e sua aptidão para o engajamento.

O princípio da pluralidade de entidades familiares se apresenta como derivação necessária desta nova tessitura personalista, plural e democrática do texto constitucional. O reconhecimento de novos arranjos familiares capazes de refletir a multiplicidade de projetos de vida

[6] "E onde, mais que na família, se manifesta a contradição entre as aspirações libertárias do homem e a sua fundamental vocação para o engajamento? Ela é aqui o *locus* privilegiado de um conflito tendencial profundo. Mas, por outro lado, é de sua estrutura institucional e de sua modelação interna que se podem extrair, mais certamente que de qualquer outra criação, os ingredientes para a resposta às gerais perplexidades do homem moderno, dividido entre a autodeterminação individual e a heteronomia social". (VILLELA, 1980, p.10).

existentes, em uma sociedade plural e dessacralizada, é consectário lógico do arcabouço político e jurídico.

A secularização da sociedade nos conduz à aceitação de um mundo fragmentado de muitas maneiras, mas, sobretudo, eticamente descentralizado. A valorização da dignidade do homem caminha no sentido da valorização de sua autonomia e de sua responsabilidade. O Estado Democrático de Direito brasileiro, atento à realidade em que pretende se inserir e regular, absorve essas aspirações e as insculpe sob a forma de princípios fundamentais da república: dignidade e pluralidade. Neste pano de fundo institucional, político e jurídico, insere-se o artigo 226 da Constituição Federal de 1988 que impõe uma nova tessitura principiológica à família contemporânea. E o faz ao mencionar que a família brasileira, não se emoldura pelo casamento, como fazia a Constituição de 1967[7].

O rol de entidades familiares, enumerado no artigo 226 da CF/88, é sem dúvida meramente exemplificativo, de modo que a Constituição Federal, em vista da pluralidade social, reconhece e protege, como família quaisquer grupos ou núcleos sociais que sejam fundados na dignidade de seus membros e na solidariedade entre eles. O sistema abandona o formalismo e direciona a tutela familiar para núcleos moldados em torno de um conteúdo marcado pela comunhão de vida. Pietro Perlingieri destaca que a família ganha respaldo jurídico não porque *"portadora de um interesse superior e superindividual, mas, sim, em função da realização das exigências humanas, como lugar onde se desenvolve a pessoa"*. (PERLINGIERI, 2002, p. 243).

A pluralidade da família brasileira no texto constitucional é um ponto a ser especialmente sobrelevado aqui. Mas ainda há outra premissa que precisa ser especialmente pontuada. Além da pluralidade de entidades familiares, a Constituição Federal prega a igualdade e, por consequência, a ausência de hierarquia entre elas. O princípio da igualdade previsto no texto constitucional se projeta com luzes especiais e muito contribui para

[7] Artigo 167 da Constituição Federal de 1967: A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

o atual estado da arte da família brasileira. Ele é vértice principiológico que se descortina em uma tríade fundamental na hermenêutica e na estrutura do direito familiar: impõe igualdade de gêneros, igualdade entre filhos independente de sua origem e igualdade entre entidades familiares.

Ao lado do casamento e da união estável, emergem outras formas de família, como a família monoparental e a família anaparental, representada pela comunidade de irmãos. O paradigma do heteropatriarcalismo é cada vez mais abandonado, descortinando-se a possibilidade de ampla tutela às famílias homossexuais, quer seja sob a roupagem de união estável, quer seja sob a roupagem de casamento, conforme leitura constitucional imposta pelo STF ao julgar a ADI n. 4277 e a ADPF n. 132 em maio de 2011. Nesta oportunidade, os ministros consideraram que a natureza jurídica das uniões homossexuais era a mesma das uniões estáveis. Diante da argumentação ali defendida, e da possibilidade de se converter uniões estáveis em casamento, abriu-se precedente para a celebração do casamento entre pessoas do mesmo sexo, hoje regulamentada pelo Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução n. 175 de 2013, com vigência em todo território nacional.

Como se vê, são muitos, portanto, os arranjos de famílias conjugalizadas possíveis em nosso ordenamento jurídico. Certo é que nenhum deles se caracteriza pela presença de prole ou pela finalidade reprodutiva, mas não há como negar que o desejo de se perpetuar na pessoa dos filhos é um desejo bem compartilhado por muitos seres humanos, de modo que a família deve ser ambiente propício para realização deste projeto pessoal e conjugal. Portanto, é direito constitucionalmente garantido a todo e qualquer tipo de família o denominado direito ao livre planejamento familiar, assegurado no artigo 226, §7º[8], da Carta Magna e reproduzido no artigo 1565, §2º, CC.

O sistema jurídico brasileiro deve garantir a toda e qualquer entidade familiar o direito ao livre planejamento familiar, e deve fazê-lo em nome

[8] Art. 226, § 7º, CF/88: "Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas".

do princípio da isonomia e da tutela ao pleno desenvolvimento da personalidade humana de todos aqueles que fazem parte de uma família e que, através dela, desejam se realizar plenamente, inclusive, perpetuando-se na pessoa de seus filhos. Ao albergar toda a pluralidade familiar no texto constitucional, abandonando o formalismo da família oitocentista, o direito deve se apresentar permeável a permitir a todos os tipos de família a consecução do projeto parental, independentemente do formato de cada família, mas ao mesmo tempo, levando em conta o formato de cada família, para permitir que, a despeito de diferenças materiais, diferentes possibilidades e técnicas de reprodução sejam legitimamente oportunizadas em nome de iguais possibilidades de concretização do ideal de constituir prole.

Exemplo disso é, de certo modo, a dificuldade em boa medida já superada de admitir às famílias homossexuais o direito de adotar conjuntamente, em face da *cláusula de barreira* positivada no revogado[9] artigo 1626 do CC, que apenas estendia a possibilidade de adoção conjunta a pessoas que vivessem maritalmente ou em união estável. Até que o STF decidisse pela constitucionalidade das uniões estáveis homossexuais, e via de consequência, pela constitucionalidade de casamentos homossexuais, a adoção conjunta se restringiria a entidades familiares eminentemente heterossexuais.

Apesar da discussão não ter sido tratada pela ótica do direito ao livre planejamento familiar, o que se vê, é que este tipo de dispositivo legal feria o princípio da isonomia também por interditar às famílias homossexuais, independentemente do reconhecimento de sua natureza jurídica como uniões estáveis ou matrimônio, o direito ao livre planejamento familiar, a elas igualmente garantido pelo texto constitucional.

[9] Revogado pela Lei Nacional de Adoção, Lei n. 12.010/2009, mas infelizmente por ela reeditado e inserido no ECA no artigo 42, §2º, onde se lê: "Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família".

3. Planejamento familiar e sua complexa natureza jurídica: o papel do Estado e o papel do indivíduo

Tradicionalmente, o direito ao livre planejamento familiar sempre foi conceituado em um conjunto de faculdades do indivíduo, casal ou entidade familiar, eleitas a partir da disponibilização de recursos e informações fornecidos pelo próprio Estado, a significar um espaço de autonomia[10] delegado pela ordem jurídica para que cada um possa desenvolver sua personalidade através da (não) constituição de sua prole e descendência. Rosalice Fidalgo Pinheiro perfilha entendimento semelhante ao afirmar que:

> Em conformidade com esse paradigma, a atuação do Estado revela-se equilibrada quanto à composição familiar: sua intervenção é traduzida em garantia de tutela das relações pessoais de família. Deste modo, o direito de planejar sua prole é deferido à autonomia dos indivíduos, e a atuação do Estado ocorre por meio de políticas públicas, definidas pela Lei 9263/96, para implementação de serviços de planejamento reprodutivo, de acesso a meios preventivos e educacionais de regulação da fecundidade e prevenção de doenças sexualmente transmissíveis. Nestas políticas destaca-se a informação como fator que conduz o exercício de liberdade de compor a família, para que este não ocorra tão somente em termos formais. (PINHEIRO, 2006, p. 334)

Entretanto, é de se notar que, para a efetivação deste direito, não basta o exercício da autonomia privada do indivíduo ou casal que idealiza o projeto parental; não é suficiente que o Estado regulamente um espaço de liberdade de atuação, onde o agir individual simplesmente não precisa ser justificado a partir de argumentos sustentados publicamente, conforme preconizado por Habermas.

Para que a atuação de todos seja verdadeiramente livre e igualmente oportunizada a todos dentro deste espaço, o Estado deve desempenhar

[10] Todavia, como será exposto, não se trata de um espaço de liberdade geral e irrestrita de ação. Mas apenas de uma moldura a que o direito empresta validade, na qual os indivíduos podem desenvolver sua personalidade desde que balizados pela principiologia constitucional: "Tudo isso evidencia que a autonomia privada não subsiste como um "espaço em branco" deixado à atuação da liberdade individual". (FACHIN; PAULINI, 2008. p.223)

papel fundamental, pois tem o escopo de propiciar informação e recursos existentes para a escolha livre e consciente dos indivíduos na autoria de seu projeto parental, pois "*não há liberdade de planejamento reprodutivo em um contexto de desigualdade social*" (PINHEIRO, 2006, p. 334). Informação e igualdade social são pressupostos para o *livre* planejamento familiar. Por estas características, é que o planejamento familiar se apresenta dentro do sistema de direitos fundamentais de forma inusitada, pois encampa em seu complexo conceito aspectos de liberdades públicas, que privilegiam a autonomia individual, combinados com aspectos de direitos sociais, de cunho prestacional[11].

> O planejamento familiar exige, por óbvio, prévia educação e informação às pessoas acerca das opções e mecanismos de controle da fecundidade. Com base na informação, no aconselhamento, no acompanhamento da postura reprodutiva, é perfeitamente possível que as pessoas passem a assimilar a concepção de que cabe a elas, na sua privacidade, a possibilidade de livre decisão quanto ao número de filhos, espaçamento entre eles. A redução da família a tamanhos compatíveis com o modo, estilo e nível de vida escolhidos, dentro dos limites econômicos, sociais e familiares, pode representar maneira de preservar e estimular a autoestima e o sentido de vida, da mesma forma que o aumento do organismo familiar de modo a contornar questões de assistência e previdência familiares. (GAMA, 2009, p. 233)

Os Programas de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, celebrada no Cairo em 1994, e da Conferência Mundial sobre a Mulher, celebrada em Beijing em 1995, contêm definições de saúde reprodutiva e da saúde da mulher que evidenciam a necessária participação do Estado na promoção destes direitos e que denotam a saúde reprodutiva como um estado geral de completo bem-estar físico, mental e social, e não de mera ausência de enfermidades ou doenças, em todos os aspectos relacionados com o sistema reprodutivo.

[11] "No plano dos direitos fundamentais, convivem duas espécies de direitos, não excludentes: as *liberdades públicas*, consistentes num espaço de livre expressão individual, insuscetíveis de cerceamento estatal ou privado, e os *direitos sociais*, ou direitos de prestação, fundados não no reconhecimento das liberdades públicas do sujeito individual, mas a fornecer, conforme as carências dos cidadãos, medidas de atendimento a necessidades humanas essenciais". (SILVA, 2014, p.14)

Deste modo, a saúde reprodutiva envolve também a possibilidade de desfrutar de uma vida sexual satisfatória, sem riscos de procriar, caso seja este o desejo do indivíduo, ou de procriar, decidindo como, com que frequência e quando fazê-lo. Isto implica, portanto, a condição do homem e da mulher de obter as informações necessárias para tanto, podendo planificar sua família a partir de todos os recursos científicos e métodos de regulação da concepção e da fecundidade que sejam seguros e eficazes.

Mário Antônio Sanches lembra com propriedade da necessária intersecção que deve ser operada no contexto brasileiro entre planejamento familiar e vulnerabilidade, ao afirmar que esse direito também *"precisa ser pensado, estudado e analisado a partir das pessoas mais excluídas de nossa sociedade – ou em expressão mais comum em bioética – a partir de pessoas que se encontram em situação de maior vulnerabilidade social, moral e existencial"* (SANCHES, 2014, p. 12). É preciso ter consciência que, além de todas as variáveis que dificultam a delimitação e a operacionalização do direito ao livre planejamento familiar, que boa parte das famílias brasileiras se situa completamente à margem de todas as condições tidas como desejáveis para exercer com plenitude sua capacidade de planejar, desejar e realizar a prole, para a concretização, ainda, da condição humana de efetivação da parentalidade.

O art. 4º da Lei 9.263/96 estabelece que "o planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade". Somente assim, as escolhas que competem aos indivíduos podem ser estabelecidas com discernimento e responsabilidade. Sendo assim, nota-se que uma postura positiva é tributável ao Poder Público para efetivação material desse direito. O artigo 5º desta lei regulamenta esta função promocional do Estado, ao impor como "dever do Estado, através do Sistema Único de Saúde, em associação, no que couber, às instâncias componentes do sistema educacional, promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar. "

Segundo o *site* do Portal Brasil[12], *"o planejamento familiar é um conjunto de ações que auxiliam as pessoas que pretendem ter filhos e também quem prefere adiar o crescimento da família"*. Tais ações possibilitama prevenção da gravidez não planejada e das gestações de alto risco, a promoção de maior intervalo entre os partos, e maior qualidade de vida ao casal que poderá ter somente o número de filhos que planejou. Ainda de acordo com o Portal Brasil, dados da Organização das Nações Unidas (ONU), indicam que os programas de planejamento familiar foram responsáveis pela diminuição de um terço da fecundidade mundial, entre os anos de 1972 e 1994. Por sua vez, informações da Organização Mundial de Saúde (OMS) apontam que cerca 120 milhões de mulheres no mundo desejam evitar a gravidez, mas, a despeito disso, nem elas nem seus parceiros usam quaisquer métodos contraceptivos.

Tânia Patriota comenta que, já nos anos 80, os movimentos de mulheres no Brasil reivindicavam um programa de saúde da mulher que contemplasse suas necessidades de saúde de forma integral e não restrito exclusivamente às dimensões de concepção e contracepção. Sendo assim, "*o PAISM, Programa de Atenção Integral à Saúde da Mulher, lançado em 1983, propunha-se a atender às necessidades de saúde das mulheres durante seu ciclo vital, dando atenção a todos os aspectos da saúde sexual e reprodutiva. Nesta perspectiva abrangente, pode-se dizer que o movimento feminista havia antecipado em uma década o espírito do Cairo"*. (PATRIOTA, 2014, Disponível em http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf) O PAISM foi criado no contexto da redemocratização do país e na esteira da Conferência de Alma-Ata (1978), que definiu as bases de atenção primária em saúde.

Em 2004, o programa foi transformado na Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher, com o intuito de promover a melhoria das condições de vida e saúde das mulheres por meio da garantia de direitos, ampliação do acesso aos meios e serviços de promoção, prevenção e assistência e recuperação da saúde (TEMPORÃO, 2012, p. 21).

[12] Disponível em http://www.brasil.gov.br/saude/2011/09/planejamento-familiar. Acesso em 21/06/2014.

A Política Nacional de Planejamento Familiar foi criada no Brasil em 2007 e inclui oferta de oito métodos contraceptivos gratuitos e a venda de anticoncepcionais a preços reduzidos na rede da chamada *Farmácia Popular*. Diante disso, toda mulher em idade fértil (entre 10 a 49 anos de idade) tem acesso aos anticoncepcionais nas Unidades Básicas de Saúde. Em muitas situações, exige-se delas o comparecimento a uma consulta prévia com profissionais de saúde. Após ter acesso às informações necessárias, a escolha da metodologia mais adequada deverá ser feita pela paciente, após compreender as vantagens e desvantagens de cada um dos métodos contraceptivos, situação que comprova a dupla natureza jurídica do direito ao livre planejamento familiar, como direito que exige postura atuante do Estado e direito que prescinde do respeito ao espaço de autonomia privada de seu titular.

Segundo informa o Ministério da Saúde, o Sistema Único de Saúde (SUS) é uma rede essencialmente composta pela chamada Atenção Primária à Saúde (APS), Atenção Especializada, Atenção Psicossocial, Atenção às Urgências e Emergências e Vigilância Epidemológica em Saúde. Toda a rede de assistência é responsável pelo planejamento familiar, porém é na APS que essas ações devem ser realizadas de maneira contundente (FRANCO; KUSMA, 2014, p. 48). Tal comando encontra-se, inclusive, positivado no art. 3º da Lei n. 9263, de 12 de janeiro de 1996.

Trata-se de um conjunto de políticas públicas de reprodução humana e de saúde sexual, que promovem conscientização e socialização da informação, e que se apresentam coerentemente alinhadas ao conjunto de direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros. No entanto, estamos a tratar de uma concepção de liberdade de planejamento familiar e de autonomia privada, cujo exercício esteja voltado à realização dos interesses individuais, todavia, conformada pela intersubjetividade e pelos direitos alheios, como reflexo da necessidade de complementaridade e coexistência entre as esferas pública e privada.

Os limites colocados ao livre exercício do planejamento familiar não são externos, mas intrínsecos à noção de autonomia de cada um. Por este

raciocínio, o planejamento familiar tem como *característicos permanentes de seu exercício* balizas impostaspela dignidade da pessoa humana e a paternidade responsável, expressamente previstos no art. 226, § 7º, CF. Isso significa que o direito dos pais na escolha do projeto parental tem balizas, cujos fundamentos encontram-se na própria definição de liberdade, ou mais precisamente de liberdade de planejamento familiar.

Ao determinar que o Estado não poderá interferir no planejamento familiar, a Constituição confere uma liberdade aos autores do projeto parental que já é abstratamente condicionada. Todavia, tendo em conta que esse *condicionamento* tem caráter principiológico, os contornos da autonomia privada e do próprio direito ao livre planejamento familiar poderão assumir traços muito distintos diante de discursos de aplicação.

Polêmico caso, que envolve e evidencia a complexa natureza do direito ao livre planejamento familiar, recentemente relatado pela mídia brasileira, ilustra a dificuldade de traçar os espaços de intervenção pública e de autonomia privada, e nos força a aplicar a concepção de autonomia aqui desenhada com coerência.

A Justiça do Rio Grande do Sul autorizou, em 31 de março de 2014, uma medida extrema e inédita na jurisprudência brasileira ao obrigar uma gestante com 42 semanas de gestação, a se submeter, contra sua própria vontade, a uma cirurgia de cesárea para dar à luz, uma vez que o julgador considerou que havia risco de morte tanto para a mãe quanto para a criança[13]. O caso aconteceu na cidade de Torres, no interior do Rio Grande do Sul, e a polêmica se instaurou depois que a gestante procurou o hospital da cidade sentindo dores lombares e dores no ventre. Ao ser atendida pela médica, esta advertiu a gestante que o ainda bebê estava sentado e que isto inviabilizaria o intuito da mulher de optar por um parto normal, pois a posição do bebê poderia asfixiá-lo durante o procedimento. Por esta razão, a médica determinou que ela deveria se submeter a uma cirurgia cesariana.

[13] Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/04/1434570-justica-do-rs-manda-gravida-fazer-cesariana-contra-sua-vontade.shtml.

Contrariando a recomendação médica, e decidida a realizar parto normal, a gestante deixou o hospital após assinar um termo de ciência e responsabilidade. Mas, horas mais tarde, quando já estava em trabalho de parto em casa, assistida por uma doula, a mulher foi surpreendida pela polícia e um oficial de justiça que, munidos de um mandado judicial, obrigavam-na a se dirigir ao hospital e realizar a cirurgia. A médica havia procurado o Ministério Público que, por sua vez, acionou a justiça e obteve uma liminar para obrigar a internação e a cesárea da gestante, diante da suposta alegação de risco de morte do bebê.

A gestante e seu marido alegam que os exames de ultrassom não evidenciaram a posição pélvica do bebê, além de apontar que a criança estava saudável e com batimentos cardíacos normais e que foram obrigados ao induzimento da cesárea sem nenhuma necessidade, pois nada apontava no sentido de risco de morte da mãe ou do bebê.

Considerando que o direito ao livre planejamento familiar diz respeito a uma série de ações conjugadas do Estado e dos indivíduos que abrangem desde a contracepção ou concepção da criança, envolvendo ainda todo o acompanhamento do período pré-natal, até o efetivo nascimento da prole, trata-se de situação concreta que envolve e exige correta aplicação deste direito, cabendo indagar se a intromissão do Estado, através de ordem judicial para realização de uma cirurgia contra a vontade da mãe, pode ser legitimamente sustentada em termos de exercício do planejamento familiar.

Cabe ao Estado uma postura positiva e promocional do direito ao livre planejamento familiar, ao propiciar recursos e informações para que as escolhas dos indivíduos, de um casal ou de uma entidade familiar possam ser feitas por todos com responsabilidade e autonomia, em igualdade de condições. Por outro lado, o exercício da autonomia individual prescinde da análise de sua pertinência em espaço de intersubjetividade, onde limites serão opostos em nome das iguais liberdades.

Disto se infere que compete ao Estado auxiliar, com subsídios materiais e informativos, sobre qual o tipo de parto é mais adequado em cada

situação, cabendo aos idealizadores do projeto parental fazer a opção de forma responsável, limitando-se, contudo, ao respeito pelos direitos alheios[14]. Isto significa dizer que a opção por parto normal ou cesárea só é uma opção da gestante ou dos pais, caso este exercício de autonomia e liberdade não viole os espaços de liberdade de atuação, ou seja, o conjunto de direitos subjetivos de terceiros.

No caso em tela, a opção por um tipo de parto ou outro deve sim ser limitada pelo respeito do direito à vida do nascituro, sem aqui pretender, de forma aprofundada, desenvolver os mecanismos de personificação[15] do nascituro e sua aptidão para titularizar direitos, como o direito à vida. Portanto, a imposição da cesárea por parte do Estado, através de ordem judicial, só faz sentido diante de comprovado risco de morte do feto, uma vez que cabe ao Estado intervir em favor de sujeito de direitos em explícita posição de vulnerabilidade, como o nascituro, em nome da garantia de iguais liberdades de atuação. Caso contrário, ante a inexistência de risco de morte, o que se observa é verdadeira ingerência abusiva do Estado no espaço de autonomia da gestante. Neste sentido:

> O princípio da autonomia da gestante, amparado em recentes conceitos bioéticos e dispositivos legislativos, tende a prevalecer no atual contexto. Por este princípio, está recomendado ao obstetra respeitar o direito de escolha da via

[14] Esta principiologia é refletida na Lei n. 9263/1996 que, ao dispor sobre a concepção e contracepção, menciona no artigo 9º "que para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, *garantida a liberdade de opção*". (grifos nossos)

[15] Nesse sentir, não somos adeptos tampouco da teoria natalista ou da teoria concepcionista de personificação do ser humano, por julgarmos, na esteira de Hans Kelsen, que a personalidade jurídica ou que a qualidade de pessoa do ser humano não é atributo jurídico que acompanhe e defina toda a nossa existência. A inteligência de Kelsen, há muito, já preconizava tal ideia, ao mencionar que se um determinado indivíduo é sujeito de certos direitos significa apenas que uma conduta sua é objeto de direito e conteúdo de uma norma. Todavia, o fato de tal conduta estar encampada por uma norma jurídica determina apenas que esse indivíduo deve agir ou se omitir de uma certa maneira, segundo uma determinada esfera de liberdade ou não-liberdade, mas isso não implica de modo algum sua existência jurídica definitiva, ou seja, sua personalidade jurídica definitiva. (KELSEN, 2005, p. 137). Portanto, ser pessoa é simplesmente se apresentar, em situações jurídicas concretas, como centro de imputação de direitos e deveres, podendo ser pessoa em algumas situações e não ser pessoa em outras. No caso em tela, diante do risco de vida ao nascituro, consideramos sim que o mesmo se apresenta como pessoa ou centro de imputação de direitos, devendo sua vida ser sobrelevada no plano jurídico. Neste sentido, seja consentido remeter ao nosso, para aprofundamento da questão: RODRIGUES, Renata de Lima; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Por uma nova forma de atribuição de personalidade jurídica ao nascituro: análise do confronto entre a titularidade dos alimentos gravídicos e a polêmica da antecipação terapêutica do feto anencéfalo. In: _____. O Direito das Famílias entre a norma e a realidade. São Paulo: Atlas, 2010.

> de parto feita pelo paciente. Gomes (2003, p. 5) chama a atenção para o fato de que a autonomia do paciente significa a opção de decidir pelo melhor resultado para seu corpo, com menos desconforto, ao menor preço e o mais rapidamente possível... (BONAMIGO; SCHLEMPER JUNIOR, 2014, p. 177)

A gestante deve ser livre, por força de inúmeros comandos constitucionais, para optar pelo tipo de parto ao qual deseja se submeter, uma vez devidamente informada pelo próprio Estado de suas possibilidades, riscos e consequências.

Por tudo isso, o direito ao livre planejamento familiar se apresenta em nosso sistema jurídico com o caráter de direito fundamental, ainda que não enunciado de forma expressa em nossa Carta Magna, pois se conecta com o fundamento constitucional de nosso Estado de garantia de desenvolvimento pleno de todo ser humano. Trata-se, porquanto de direito fundamental implícito, conforme permissivo do próprio Art. 5º, § 2º, CF, que preconiza: *"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"*.

Além disso, revela-se como uma situação jurídica complexa que enfeixa em torno de seu conceito uma série de faculdades, deveres, ônus e responsabilidades que se situam em um espaço de liberdade de atuação reconhecido ao seu titular, mas que só pode ser plenamente exercido e praticado diante de uma postura ativa, mas não interventora, do Estado no sentido de propiciar a todo indivíduo ou casal subsídios materiais, que englobam desde informações até recursos financeiros, tecnológicos e estruturais no sentido de constituir prole, (não) procriando naturalmente ou artificialmente, ou mesmo adotando filhos.

4. Regulamentação do planejamento familiar no Brasil: da Lei n. 9263/96 à Resolução 2.013/2013 do CFM. Lacunas, definições legais e limitações conceituais.

Com a evolução da biotecnologia e fragmentação da sociedade em um mosaico de múltiplos estilos de vida, há um sem número de caminhos para concretizar a personalidade, a saúde, a sexualidade e os direitos reprodutivos de seus titulares, fazendo-se necessário questionar por quais caminhos perpassa a legitimidade de limitações a essa liberdade, quer seja por parte do próprio Estado quer seja por intermédio de outros agentes privados, em um espaço no qual as decisões são, por um lado, de inegável privacidade.

O constituinte não autorizou ingerências externas coercitivas na realização do planejamento familiar, afinal, trata-se de *livre decisão* do autor do projeto parental. Entretanto, o mesmo dispositivo legal estabelece *limites* ao exercício da *vontade livre* desses indivíduos, consubstanciados nos princípios da dignidade humana e da parentalidade responsável[16]. Mas sendo tais limites representados por normas de caráter principiológico, a conformação da autonomia da vontade será contingencial e procedimental, obrigando a que a ordem jurídica seja permeável às vicissitudes do caso concreto, para que através de procedimento de adequação normativa, em discursos travados no plano da aplicação, seja possível auferir a legitimidade dessas manifestações volitivas.

Para regulamentar o texto constitucional e ditar os contornos do direito ao livre planejamento familiar em nosso ordenamento jurídico foi editada a Lei n. 9263, de 12 de janeiro de 1996, que define o planejamento familiar como direito de todo cidadão, entendendo-se por planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que

[16] Sobre o tema, Jane Reis afirma que: "Os direitos ostentam limites inerentes à sua própria natureza, que defluem da identificação dos bens jurídicos protegidos e da correlata determinação do âmbito de incidência das normas que os consagram. Numa proposição, os direitos têm fronteiras. Desta feita, não há como cogitar que contemplem todas as "situações, formas ou modos de exercício pensáveis", ou que "cubram a esfera total de ação humana possível". *Frequentemente, o próprio preceito que contempla o direito já estabelece condicionamentos ao seu exercício, apontando de forma expressa os limites de proteção."*(grifos nossos) (PEREIRA, 2006, p. 134).

garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal, restando defeso utilizar destas ações para qualquer tipo de controle demográfico.

Como já abordado, a Lei ressalta a atuação positiva do Estado na consecução do direito ao livre planejamento familiar, nos artigos 4º e 5º, atribuindo ao SUS e também a componentes do sistema educacional a competência de prover informações, recursos técnicos e científicos visando a promoção de ações de atendimento à saúde reprodutiva.

Apesar do Estado reservar para si a responsabilidade na promoção do planejamento familiar, o artigo 6º da Lei permite que as ações de planejamento familiar sejam exercidas por instituições públicas e privadas, filantrópicas ou não, desde que seu funcionamento seja autorizado e fiscalizado pelas instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde

O Artigo 8º menciona a possibilidade de experimentação com seres humanos no campo da regulação da fecundidade, se previamente autorizada, controlada e fiscalizada pelo SUS e se atendidos critérios estabelecidos pela Organização Mundial de Saúde. O dispositivo legal se atém a isso, sem cuidar de definir ou delimitar o que se entende por "experimentação com seres humanos no campo da regulação da fecundidade". Inclui-se aqui a possibilidade de manipulação, congelamento e descarte de embriões? Ou mesmo o uso do Diagnóstico Genético Pré-Implantatório (DGPI), para detecção de anomalias genéticas em embriões concebidos pela fertilização *in vitro*? Porque a despeito da controvérsia acerca da condição jurídica do embrião, categorizando-o ou não como pessoa, trata-se de ser vivo com natureza humana e que se encaixa portanto na expressão contida na lei e que se refere a "experiências com seres humanos".

Ao analisarmos o artigo 10 da referida Lei, enfrentamos um dos pontos mais sensíveis e criticáveis previstos em seu texto: as regras e requisitos impostos para a feitura de procedimentos de esterilização[17]

[17] "A esterilização é uma intervenção médica que elimina a capacidade de reprodução. Numa intervenção cirúrgica, interrompem-se ou cortam-se completamente os canais seminais do homem ou as trompas da mulher. Diferentemente da castração, as glândulas sexuais não são extirpadas ou destruídas e, portanto, conserva-se a capacidade de

voluntária. O inciso I do presente dispositivo legal prevê que a esterilização só pode ser realizada em homens e mulheres com capacidade civil plena[18], que tenham pelo menos 25 anos de idade ou dois filhos vivos, observando ainda a necessidade de um prazo mínimo de 60 dias entre a decisão de se esterilizar e a feitura da cirurgia de esterilização. A lei menciona que neste prazo a pessoa será aconselhada por equipe multidisciplinar visando a desencorajar a *esterilização precoce*. Hans Lilie comentando a legislação comparada anota que o Código Penal Austríaco também adota solução semelhante:

> Outra objeção à possibilidade de um consentimento sem limitações em relação à esterilização, especialmente para jovens, vem do fato de que a irreversibilidade da esterilização torna impossível, posteriormente, a geração de um filho. Desse modo, devido às mudanças que podem levar a pessoa a sustentar uma nova opinião, há que se protege o desejo de gerar o filho. *No artigo 90.2 do Código Penal austríaco, estabelece-se que só as pessoas maiores de 25 anos podem outorgar seu consentimento sem limitações*, enquanto que os que não tiverem alcançado essa idade deverão provar que sua solicitação não é imoral. Conquanto isso possa limitar o direito de autodeterminação, as diferentes ordens jurídicas admitem essas restrições oportunas. (grifos nossos) (LILIE, 2002, p. 129)

O inciso II trata da hipótese de esterilização justificada pelo risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos. Não nos parece acertada a posição do legislador em exigir idade ou prole mínima como requisito para esterilização voluntária, nem tampouco proibir sua realização por ocasião de parto ou aborto. Como já desenvolvido aqui, em termos de planejamento familiar, o Estado deve auxiliar com recursos científicos e

o homem manter relações sexuais. Hoje em dia, estão se realizando testes de métodos de recuperação da capacidade de reprodução, embora o nível de conhecimento atual não permita oferecer garantias." (LILIE, 2002, p. 128)

[18] Nesse sentir, o artigo 10, §6º, afirma que a esterilização de pessoas absolutamente incapazes somente poderá ocorrer mediante autorização judicial. Para aprofundamento do tema, seja consentido remeter ao nosso: RODRIGUES, Renata de Lima; TEIXEIRA, Ana Carolina. A renovação do instituto da curatela e a autonomia privada do incapaz no âmbito existencial: uma reflexão a partir da esterilização de pessoa maior incapaz. In: _____. O direito das famílias entre a norma e a realidade. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23-43.

financeiros, mas fica impedido de entrar em um espaço de liberdade de atuação que pertence ao indivíduo e que fica ao encargo de sua autonomia privada, enquanto reserva de privacidade e intimidade, em nome de seu pleno desenvolvimento.

O legislador é explícito ao afirmar que o propósito de tantos requisitos é evitar ou desencorajar aquilo que denominou de "esterilização precoce", arvorando-se em um espaço de decisão que, exercido precocemente ou não, só cabe ao indivíduo como titular de liberdade e dignidade e como titular de seu corpo e de direitos reprodutivos. O que se vê, portanto, é que o legislador relegou à esterilização voluntária um caráter de medida excepcional de forma arbitrária e inconstitucional. Ademais, vivemos em uma época marcada pela ética da responsabilidade e pelo antipaternalismo, conforme pregam Diego Gracia (2010, p. 401) e Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Naves (2009, p. 139). Ao Estado não cabe intervir, mas informar para que as pessoas possam exercer seus direitos reprodutivos de forma efetivamente autônoma e responsável.

Por sua vez, o §1º exige, de maneira acertada, espécie de termo de consentimento informado, de maneira que, para a esterilização ser realizada, é necessário o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes. A exigência do consentimento informado[19] reforça e valoriza a liberdade e autonomia do indivíduo que deseja se esterilizar.

A Lei veda, no artigo 10, §§ 2º e 4º, a esterilização cirúrgica para mulheres em períodos de parto ou aborto, salvo comprovada necessidade, e a restringe, enquanto método de contracepção, às hipóteses de laqueadura tubária, para as mulheres, ou vasectomia, para os homens, proibindo

[19] "Pode-se afirmar, em uma primeira aproximação, que o consentimento informado é um ato autônomo de um agente capaz. Na relação com o corpo clínico, esse consentimento visa a tornar explícita a vontade do paciente, na qual recusa ou aceita o tratamento – e sua forma – com base nas informações recebidas e seu *ethos* crítico. Para tanto, além da capacidade de fato – nos moldes já explanados – devem estar presentes, pelo menos, os requisitos básicos do ato autônomo: entendimento intenção e o mínimo possível de influências controladoras". (STANCIOLI, 2004, p. 48).

expressamente a esterilização por histerectomia (retirada do útero) e ooforectomia (retirada dos ovários).

Por fim, o artigo 10, § 5º, da Lei ainda cuida de regulamentar que, na vigência da sociedade conjugal, seja fundada pelo casamento ou união estável[20], a esterilização de qualquer um dos cônjuges depende de consentimento expresso de ambos. Contudo, será, de fato, válido o cerceamento do direito ao próprio corpo em nome da tutela do direito ao livre planejamento familiar? Segundo Ana Carolina Brochado Teixeira e esta autora, tal intervenção se justifica da seguinte maneira:

> Nosso entendimento é de que, tendo em vista que a esterilização é um procedimento definitivo e irreversível, esta restrição ao pleno exercício do direito ao próprio corpo é legítima e válida no ordenamento jurídico brasileiro. Em razão de a família ser um espaço de realização do Princípio da Solidariedade que, como vimos, acarreta a incidência de deveres, os cônjuges e companheiros, enquanto tal, a eles devem se submeter. Caso optem pela realização de qualquer medida que acarrete a esterilização, que não contam com o consentimento de seu consorte, não há como realizá-la no âmbito da família. (RODRIGUES; TEIXEIRA, 2010, p. 157)

Caso a esterilização seja realizada sem o consentimento do outro consorte, haveria alguma forma de tutela a esta lesão ao planejamento familiar? Afinal, retomando a posição de nosso legislador, prevista no art. 10, § 5º, da Lei 9.263/96, que estabelece, a priori, prevalência do direito de planejamento familiar frente o direito ao próprio corpo, na hipótese de ausência desse consentimento, configura-se uma lesão ao direito fundamental de planejamento familiar.

O legislador evidencia com isso uma questão assaz melindrosa em torno do exercício do planejamento familiar. O fato desse direito se

[20] Neste sentido, Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues preconizam que: "Antes de mais nada, é necessário esclarecermos em qual entidade familiar este dispositivo incide. Faríamos uma interpretação literal, para entendermos que seu campo de incidência é apenas o casamento,[20] ou deveríamos ampliá-lo para a união estável? Ora, se ambas visam a promoção de seus membros através da convivência privilegiada no âmbito da família, onde incide o Princípio da Solidariedade e, por esta razão, a imposição de deveres entre cônjuges e companheiros, não há porque restringir a incidência do referido artigo apenas ao casamento. Caso contrário, seria uma restrição injustificada ao Princípio da Solidariedade e da Igualdade entre as entidades familiares, não admitida a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico. (RODRIGUES; TEIXEIRA, 2010, p. 156)

apresentar como um direito de titularidade compartilhada no âmbito das famílias conjugalizadas. Isto porque neste tipo de composição, o planejamento familiar surge como efeito pessoal, pré-ordenado pela lei, em virtude do estabelecimento da família, conforme se depreende dos artigos 1565, §2º e 1724, CC. Em razão da constituição de nova entidade familiar, instala-se uma comunhão de vida, que impõe ao casal a condição de consortes (artigo 1565, CC) e que lhes obrigará certas condutas, implicando, por exemplo, a restrição do exercício do direito ao próprio corpo - no que toca a esterilização – em nome de um plano de vida em comum, que foi anteriormente e livremente aderido pelos consortes. (RODRIGUES, TEIXEIRA, 2010, p. 158)

Portanto, o que se vislumbra seria a hipótese de divórcio do casal, diante da insuportabilidade da vida em comum, motivada por conduta desleal[21] do cônjuge ou companheiro, sem descartar a possibilidade de incidência da responsabilidade civil em tal situação, obrigando o causador do dano a indenizar o consorte que negou o consentimento, ou que não teve oportunidade de sequer manifestá-lo, em virtude de lesão ao direito de livre planejamento familiar titularizado pelo casal. Se um dos cônjuges ou companheiros se submete a uma cirurgia de esterilização sem o consentimento do outro, frustra-se a viabilidade de um projeto parental em comum, fincado, certamente, no objetivo de se obter, pela via natural, uma prole ligada pelo laço biológico.

Entretanto, sabemos que tal posicionamento nosso não é unânime. Exemplo disso é que, em março de 2014, a Associação Nacional de Defensores Públicos (ANADEP), apoiada pelo Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher da Defensoria Pública de São Paulo, protocolou no STF Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5.097), que tem como relator o Ministro Celso de Mello. De acordo com a petição inicial, a exigência de vênia conjugal, prevista no art. 10, §5º da lei 9263/96, para realização do procedimento de esterilização é inconstitucional, pois a rigor

[21] Segundo o Dicionário Aurélio, ser fiel (art. 1.566, I, CCB/02) equivale a ser leal (art. 1724, CCB/02): "Fiel. Que é digno de fé; que cumpre aquilo a que se obriga; leal (...)" (FERREIRA, 2004, p. 894).

a Constituição Federal prevê "total liberdade de decisão do casal, ou seja, o direito individual de cada um decidir sobre seu próprio corpo", sem interferências externas. Curiosamente, a petição inicial talha uma argumentação voltada para a defesa dos direitos das mulheres, porque segunda a peça exordial, a mulher é a principal interessada quando se fala em direitos reprodutivos.

Com tal argumentação não concordamos por dois motivos. Primeiro, porque a lei não faz nenhuma distinção de gênero. Apenas afirma a necessidade de autorização de "ambos os cônjuges". Sendo assim, o exercício da autonomia corporal do homem que quer se esterilizar é tão dependente da autorização da mulher como o é o contrário. O segundo motivo, em verdade, justifica o primeiro, e com ele guarda relação de causalidade. Uma vez engajados em uma sociedade conjugal, ainda que a família contemporânea não exista para a finalidade reprodutiva, este engajamento limita as aspirações libertárias de cada um dos membros familiares em nome de uma comunhão de vida que se pretenda efetivamente compartilhada pelo casal.

No mesmo sentido e com a mesma argumentação da qual divergimos, foi apresentado ao Congresso Nacional pela Deputada Carmem Zanotto, no dia 03 de abril de 2014, o Projeto de Lei nº. 7364/2014, cujo propósito é revogar o §5º do art. 10 da lei de planejamento familiar[22].

A Lei n. 9.263/96 falha ao omitir qualquer tipo de disposição acerca do uso das técnicas de reprodução assistida para consecução do planejamento familiar. Ao ignorar o avanço da biotecnologia, o legislador deixa em aberto uma enorme e sensível lacuna que vem sendo preenchida por

[22] Segundo a justificação do projeto: "Para o assentimento dos indivíduos enumerados no art. 10 da lei 9263/96, a qual em seu §5º enfatiza a vigência conjugal, e tão somente, tal exigência legal deixa a margem o direito individual do ser humano, da autonomia sobre seu corpo, pois ao fazer outro tipo de cirurgia, reparadora ou não, nada é exigido além da autorização do próprio interessado, igualmente, permanecendo submissas à dominação masculina ou à condição de dependente. Apesar de todas as normas juridicamente positivadas para igualar homens e mulheres e ao mesmo tempo tratar de maneira individual, como seres humanos donos de suas próprias vontades, as mulheres não são totalmente livres e independentes para tomar determinadas decisões. No caso da esterilização, as mulheres continuam atreladas a algum tipo de licença ou anuência do cônjuge, ou outro parente autorizado". (Justificação do Projeto de Lei nº. 7364/201, apresentado ao Congresso Nacional no dia 03/04/2014, pela Deputada Carmem Zanotto, no dia 03 de abril de 2014. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=611328. Acesso em 04/09/2014).

outras leis, de forma assistemática, tal como a Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005, denominada Lei de Biossegurança, ou mesmo por normas deontológicas tais como resoluções emitidas pelo Conselho Federal de Medicina (CFM).

Diante disso, a definição da natureza jurídica do planejamento familiar e o alargamento de seu conceito que se apresentam como constituintes da hipótese deste trabalho conduzem à necessidade de uma proposta de *lege ferenda* que constitua verdadeiro microssistema voltado à complexa regulamentação jurídica reclamada pelo direito ao livre planejamento familiar dentro de nosso sistema.

Cumpre destacar que o texto da Resolução n. 2.013/2013, que revogou a Resolução 1.957/2010, dita as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida (RA), apresentando-se como dispositivo normativo deontológico a orientar a conduta dos médicos na seara da procriação e reprodução humana artificial. Segundo o preâmbulo da resolução, o CFM considera a infertilidade humana como um importante problema de saúde, com implicações físicas e psicológicas, e considera legítimo o anseio de todos aqueles que desejam superá-la, o que pode ser propiciado pelo avanço do conhecimento científico que permite solucionar uma série de casos de problemas de reprodução humana.

Uma das inovações promovidas pela Resolução n. 2.013/2013 em relação à antiga Resolução 1.957/2010, foi estender a possibilidade de manejo das técnicas de reprodução assistida às pessoas solteiras e às entidades familiares homossexuais, harmonizando-se com a orientação do Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgar a ADI n. 4.277 e a ADPF 132, em 05/05/2011, reconhecendo como entidade familiar, com eficácia jurídica, as uniões estáveis homossexuais.

Contudo, uma discussão precisa aqui ser levantada. Tem legitimidade o CFM para regulamentar que pessoas solteiras podem fazer uso das técnicas de reprodução assistida? O legislador constituinte, ao reconhecer as famílias monoparentais, no artigo 226, CF, como entidades familiares faz referência apenas às famílias fruto da dissolução de uma entidade familiar

anterior, seja pelo divórcio ou viuvez, ou também se refere às famílias fundadas unilateralmente por pessoa solteira que constitui prole através das técnicas de reprodução assistida? A nosso sentir, a delimitação do conceito de família monoparental não compete ao CFM, por lhe faltar a representatividade necessária para impor normas que se pretendam legítimas e universalizáveis.

Como se vê, a inércia do legislador e as lacunas por ele deixadas forçam entidades como o CFM a regulamentarem seus procedimentos, às vezes, de forma aproblematizada, ao arrepio da técnica jurídica e da lei. No caso da permissão do uso da técnica às pessoas solteiras, a Resolução vai de encontro ao texto constitucional, sem agredi-lo, por reafirmar o direito fundamental ao planejamento familiar e aos direitos reprodutivos.

Após o estabelecimento dos princípios gerais, a resolução cuida de regulamentar nos capítulos seguintes quem pode ser paciente de RA, restringindo o uso das técnicas a pessoas capazes e inférteis (capítulo II), disciplina o funcionamento de clínicas, centros e serviços que aplicam as técnicas (capítulo III), trata da doação de gametas, estabelecendo idade máxima de 35 anos para doadoras de óvulos e 50 anos para doadores de esperma (capítulo IV), trata das regras a respeito da criopreservação de gametas e embriões (capítulo V), estabelece a possibilidade do uso do diagnóstico genético pré-implantatório (DGPI) aliado às técnicas de RA, cuida do regramento da técnica do útero de substituição (capítulo VII) e , por fim, exige autorização expressa e escrita para manejo de técnicas de reprodução *post mortem* (capítulo VIII).

O capítulo I, item 2, o CFM estabelece que as técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente, e *a idade máxima das candidatas à gestação de RA é de 50 anos*[23]. Eis aqui um ponto capcioso, pois novamente a pergunta se impõe: Compete ao CFM delimitar a idade das mulheres que podem se submeter às técnicas

[23] Além disso, o capítulo 4 da resolução, que trata da doação de gametas, prevê no item 3 que a idade limite para a doação de gametas é de 35 anos para a mulher e 50 anos para o homem.

de reprodução assistida? Pode o CFM impor um requisito etário ao exercício do direito ao livre planejamento familiar, ainda que pautado em critérios biológicos, de viabilidade dos óvulos e da gestação, cujo conhecimento técnico ou expertise sejam dominados pela classe médica? Cabe ao CFM restringir quando o legislador não restringiu?

A questão da limitação da idade para acesso às técnicas de reprodução assistida ensejou polêmico caso na Itália há alguns anos[24]. Tratava-se de um casal de italianos composto por uma bibliotecária de 57 anos e de um aposentado que contava 70. Casados há 21 anos, decidiram ter um bebê com óvulos doados após anos tentando engravidar sem sucesso. Em 2010, nasceu uma menina batizada Viola.

Em setembro de 2011, Gabriella e o marido, Luigi de Ambrosis, perderam a guarda da filha porque a corte de Turim entendeu que eles eram velhos demais e não tinham condições de criá-la. Como consequência, a menina foi colocada para adoção. O caso repercutiu nos meios médicos, jurídicos e bioéticos por trazer à tona a questão aqui suscitada: Quais os limites da maternidade e da paternidade a partir das novas tecnologias de reprodução assistida?

No relatório da sentença, os cinco juízes da Corte foram taxativos ao afirmar que os pais haviam sido "egoístas e narcisistas" por ter tido a criança em idade avançada. Além disso, o casal já havia tentado adotar um bebê, mas foi reprovado por causa da idade. Segundo o relatório, *"eles nunca pensaram sobre o fato de que a filha poderia ficar órfã muito jovem ou seria forçada a cuidar de seus pais idosos na idade em que os jovens mais precisam de apoio."* Deste modo, entenderam que a criança era fruto de *"uma aplicação distorcida das enormes possibilidades oferecidas pelas novas tecnologias."*

Ao comentar o caso, a antropóloga Debora Diniz, professora da Universidade de Brasília e membro da diretoria da Associação Internacional de Bioética, a tentativa de relacionar gravidez tardia a egoísmo seria, a seu

[24] Disponível em http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/997439-pais-velhos-perdem-guarda-de-bebe-na-italia.shtml. Acesso em 07/10/2011.

ver, uma conclusão pautada em *"um valor cristão sobre a reprodução"* e afirmou que a certeza na autoria do projeto parental é a melhor aposta para o cuidado e para uma parentalidade responsável, e isso em nada se relaciona com a idade.

Nesse aspecto, como subsídio para responder à questão, poderíamos usar como analogia a legislação que regulamenta a adoção no Brasil. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) estabelece em seu artigo 42, *caput*, que podem adotar as pessoas maiores de 18 anos. Além disso, o §3º deste artigo estabelece que deve haver uma diferença de idade entre adotante e adotado de pelo menos 16 anos. Percebe-se, portanto, que para configuração da relação jurídica paterno-filial, constituída pelo fato da adoção, o legislador exige idade mínima para delimitação da capacidade de adotar. Tal exigência se justifica em razão da presunção de capacidade que se estabelece aos 18 anos (art. 5º, CC) e da necessidade de maturidade e experiência para se empreender em uma tarefa tão complexa como é o exercício da autoridade parental. A diferença de idade de 16 anos entre adotante e adotado também se justifica em nome de se evitar a confusão no exercício dos papéis de pais e filhos.

Entretanto, é de se notar que o legislador não estabeleceu idade máxima para adoção e, portanto, no Brasil, a idade não se caracteriza, como decidiu a Corte italiana, como requisito para o bom exercício da autoridade parental. À luz do ordenamento jurídico brasileiro, a decisão da Corte italiana se apresentaria como inconstitucional, por violar o princípio da igualdade, da dignidade humana e o direito de liberdade de planejamento familiar. Do mesmo modo, afigura-se ilegítima e ilegal a *imposição* de idade máxima de 50 anos no item 1 do Capítulo 1 da Resolução 2.013/2013 do CFM. Nesse sentido, cabe frisar que uma *orientação,* pautada em critérios médicos, justificada pela saúde e pelo risco na gravidez seria salutar, uma vez que uma resolução do CFM, enquanto norma de deontologia médica, não pode criar direitos, apenas regulamentar o exercício da medicina.

À revelia do legislador, o CFM estabelece a possibilidade de seleção de embriões e os motivos que ensejam esta possibilidade. Trata-se de um dos

problemas centrais a ser enfrentados na presente tese. Quanta liberdade temos para planejar a prole? Qual o âmbito de nossa autonomia privada? Quem é saudável o suficiente para nascer e quem não é? Quais doenças justificam a não implantação de um embrião? Quanto e como podemos decidir?

No capítulo IV, item 4, a resolução dispõe, de forma problemática, sobre a obrigatoriedade de sigilo acerca da identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como de receptores, ressalvando a divulgação destas informações apenas em situações especiais, por motivação médica, exclusivamente para médicos.

Tal disposição contraria o já reconhecido direito ao conhecimento da origem genética[25], enquanto componente da identidade, privacidade e dignidade humana, pacificado na doutrina e na jurisprudência nacional e estrangeira. Ministra do STJ, Nancy Andrighi, ao julgar o Recurso Especial nº 833712/RS, entendeu que *"caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercear o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica"*.

5. Uma nova proposta de conceituação do Direito ao Livre Planejamento Familiar

Diante de todos os constructos edificados até aqui, evidencia-se a necessidade de propormos um novo conceito de planejamento familiar que seja capaz de absorver e refletir todos os nuances possibilitados pela pluralidade familiar, pela fragmentação ética da sociedade e pelo avanço da biotecnologia na contemporaneidade.

Para tanto, partiremos de alguns pressupostos na idealização deste conceito, sendo eles: *i.* a dissociação da ética da sexualidade e da ética da

[25] Direito já positivado no art. 48 do ECA, para possibilitar aos filhos adotivos o acesso à informação acerca da sua família biológica: Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos. Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica.

reprodução, implicando, dentre outros fatores, o afastamento do conceito de planejamento familiar da noção de reprodução humana para aproximá-lo da ideia de *autoria de projeto parental*, por força da pluralidade familiar contemporânea e sua particular principiologia; *ii.* o trato da (co)titularidade do direito ao livre planejamento familiar nas entidades familiares conjugalizadas e a possibilidade de ser titularizado individualmente por pessoa só, enquanto direito fundamental; *iii.* O avanço da biotecnologia que permite a ampliação do espaço de decisão dos autores do projeto parental distinguindo ações de planejamento familiar no momento *pré-concepção* e no momento *pós-concepção*, o que implica a *iv*. ampliação do espaço de decisão dos autores do projeto parental que, por novas técnicas de reprodução assistida, podem assumir tanto o controle da quantidade da prole como o controle da qualidade da prole.

i. O avanço dos processos sociais, culturais, morais e científicos fez com que a reprodução humana passasse a ser um fator necessário, mas nem sempre imprescindível, para a constituição da *condição de parentalidade*, uma vez que o ato de ter filhos e constituir prole se distancia hoje, em alguma medida, dos atos biológicos. A *condição da parentalidade* se liga, apenas em alguma medida, à sexualidade e à família, de modo que, segundo Mário Antônio Sanches, em alguns momentos "*ela será parte constitutiva da ética da sexualidade, e em outros momentos, ela se abre para aquilo que chamamos de planejamento familiar"*. (SANCHES, 2014, p 07). Disso, inferimos que a ideia de planejamento familiar hoje se emancipa da sexualidade e da reprodução humana biológica. A seu turno, a própria ideia de reprodução humana se desliga em grande medida da sexualidade. *Planejamento familiar é condição de possibilidade para a autoria autônoma e responsável do projeto parental.*

A reprodução humana, natural ou artificial, é uma das condições de parentalidade, mas não é a única, pois a autoria de um projeto parental pode partir de outros fatos jurídicos como a adoção. É inegável que existe hoje um distanciamento entre direito sexuais e direitos reprodutivos e que todos eles acabam encampados, de alguma maneira, pelo direito ao livre

planejamento familiar, mas tais direitos não constituem exclusivamente o cerne do direito ao livre planejamento familiar. Sendo assim, a rigor, o planejamento familiar se aproxima muito mais dos direitos reprodutivos do que dos direitos sexuais. Contudo, hoje, mesmo em relação aos primeiros se distancia e se amplia em possibilidades que ultrapassam o ato de se reproduzir biologicamente, abarcando a condição e/ou necessidade humana de se tornar pai e mãe.

ii. O direito ao livre planejamento familiar pode se apresentar titularizado por um único indivíduo - homem ou mulher sozinha - e também pode se apresentar como de titularidade compartilhada nas entidades familiares conjugalizadas, sejam fundadas pelo casamento ou união estável, quer se trate de pares heterossexuais ou homossexuais. Nesse sentir, o enunciado n. 99 da I Jornada de Direito Civil promovida pelo CEJ/STJ e pela Justiça Federal preconiza que o planejamento familiar, ao qual se refere o artigo 1565, §2º, CC, também se estende aos companheiros que vivem em união estável. Não deixa de ser enunciação salutar, em nome da igualdade material, mas redundante, uma vez que o planejamento familiar surge como efeito pessoal do casamento, como um direito cotitularizado pelo casal e, como tal se estende também à união estável, por força do artigo 1724, CC, que pontua que os efeitos pessoais da união estável são os mesmos do casamento.

O direito ao livre planejamento familiar surge como efeito necessário das entidades familiares conjugalizadas, mas não como efeito exclusivo. Enquanto direito fundamental, que se conecta ao pleno desenvolvimento da personalidade humana, também é titularizado por todos e por cada um individualmente, independentemente do contexto de uma entidade familiar conjugal. O fato de se apresentar como direito cotitularizado por um par ou casal dificulta seu exercício em muitos casos e exige do ordenamento jurídico soluções rápidas e coerentes para inúmeros problemas que disso pode-se derivar[26].

[26]Segundo Maria del Carmem Massé García: *O "planejamento familiar" e as "decisões do casal" têm sido historicamente duas realidades separadas, contrapostas, em muitos momentos impossíveis e em alguns lugares irreconciliáveis*. Efetivamente, por um lado, a instituição familiar tem sido constituída desde o início dos tempos a

iii. Tradicionalmente, lei e doutrina jurídica associam a ideia de planejamento familiar ao uso técnicas e métodos para conceber ou evitar a concepção, controlando e limitando a existência de prole ou seu tamanho. Muitas das políticas públicas, enunciadas anteriormente, ocorrem todas neste sentido. Contudo, por força dos avanços da biotecnologia, o cenário que se vislumbra na contemporaneidade entrega a cada indivíduo ou entidade familiar uma gama de possibilidades que vai além da simples concepção ou contracepção.

A evolução das técnicas de reprodução assistida permite ao casal uma série de decisões que podem ser tomadas antes da concepção, para evitá-la ou promovê-la, e uma série de deliberações que podem ser assumidas após a efetiva concepção, natural ou *in vitro,* e que dizem respeito, respectivamente, à possibilidade de realização de um aborto eugênico, como no caso dos anencéfalos, ou da efetiva destinação de embriões obtidos com o uso destas técnicas para fins reprodutivos ou fins científicos, permitindo ainda aos pais o controle da qualidade dos embriões, através do uso de DGPI - diagnóstico genético pré-implantatório - que serão efetivamente implantados no útero materno para fins de concretização dos ideais reprodutivos protegidos pelo direito ao livre planejamento familiar. Dito de outra forma, o que se denota é que a contemporaneidade promove uma verdadeira ampliação nos espaços de liberdade reprodutiva, forçando uma nova conceituação de planejamento familiar que irrompa com o paradigma do tradicional *controle da quantidade de prole*, através do uso de métodos contraceptivos, mas que também se relaciona, em um momento pós-concepção, com o *controle da qualidade da prole.*

---

partir do desejo compartilhado de ter filhos, seja para perpetuar o sobrenome, o patrimônio familiar, a própria memória, para aumentar o número de braços para o trabalho, para a guerra ou para o abraço. Entretanto, até apenas umas décadas, decidir quantos, quando e como era uma empresa que correspondia exclusivamente à natureza, a mais ou menos caprichos da vontade dos deuses ou ao implacável destino. Por outro lado, a compreensão da realidade conjugal como uma unidade de duas pessoas fundada no amor chamada a dar vida é um constructo moderno, visto que os contratos familiares, as necessidades econômicas ou políticas, junto à secular desigualdade de gênero, fez com que, durante séculos, as decisões conjugais fossem unicamente decisões do homem ou da mulher, conforme o caso. Ao falar de procriação concretamente, a pouca margem decisória que os deficientes recursos de controle da fertilidade disponibilizavam estavam em mãos das mulheres, conhecedoras de sua própria fisiologia e realidade. *(sic)* (grifos nossos) (GARCÍA, 2014, p. 111)

Sendo assim, a partir de todos estes vértices analíticos propostos, afirmamos que o direito ao livre planejamento familiar enquanto direito fundamental se liga ao pleno desenvolvimento da personalidade humana, à saúde e à vida digna e se revela como situação jurídica complexa que enfeixa em torno de seu conceito um conjunto de faculdades, deveres, ônus e responsabilidades que se situam em um espaço de liberdade de atuação reconhecido ao seu titular, mas que só pode ser plenamente exercido diante de postura ativa, mas não interventora, do Estado no sentido de propiciar a todo indivíduo ou casal subsídios materiais, que englobam desde informações até recursos financeiros, tecnológicos e estruturais.

Consiste em verdadeira *condição de possibilidade para a* (não) *autoria responsável do projeto parental*, abrangendo desde o fato da adoção, o (não) uso esclarecido de métodos contraceptivos adequados e eficientes a cada um, o acesso às mais variadas técnicas de reprodução assistida, que muito além de combater a infertilidade, permitem a autoria do projeto parental diante das diversas necessidades humanas descortinadas por um mundo plural, permeado por diferenças, desigualdades e vulnerabilidades sociais, sexuais e culturais, até acompanhamento do período pré-natal e neonatal. O avanço da ciência impõe o alargamento de seu conceito, pois o planejamento familiar hodiernamente permite ações de controle da quantidade da prole e da qualidade da prole, desde que se trate de escolhas conformadas por seus *característicos permanentes*, quais sejam a parentalidade responsável e a dignidade humana.

6. Conclusão

A fragmentação ética de nossa sociedade impõe a necessidade de uma abertura política e jurídica capaz de recepcionar todos diferentes estilos de vida. Na atualidade, o ideal de vida digna de cada um assume contornos absolutamente pessoais, de modo que cada pessoa tem a oportunidade de se transformar naquilo que quer ser, desde que devidamente inserido em um contexto de intersubjetividades, de forma harmônica, pacífica e igualitária.

Assim, afirmamos que todos e cada um tem a possibilidade de constituir família a partir do formato que atenda às suas necessidades de livre desenvolvimento da personalidade, pois a família contemporânea recebe tutela jurídica especial na medida em que se revela como instrumento de realização dos interesses e da personalidade dos membros que lhe fazem parte. O Estado Democrático de Direito brasileiro, atento a essa realidade, absorve essas aspirações e as insculpe sob a forma de princípios fundamentais: dignidade e pluralidade. Liberdades individuais passam a ser garantidas na medida em que se apresentam como iguais liberdades a todos indistintamente distribuídas.

São muitos os arranjos de famílias possíveis em nosso ordenamento jurídico. Certo é que nenhum deles se caracteriza pela presença de prole ou pela finalidade reprodutiva, mas não há como negar que o desejo de se perpetuar na pessoa dos filhos é um desejo bem compartilhado por muitos seres humanos, de modo que a família deve ser ambiente propício para realização deste projeto pessoal e conjugal. Neste pano de fundo, insere-se o artigo 226 da CF, que impõe uma nova tessitura principiológica à família contemporânea. E o faz ao mencionar que a família brasileira, não se emoldura pelo casamento, como fazia a Constituição de 1967.

Afirmamos a natureza do livre planejamento familiar como direito fundamental, e atribuímos a ele papel capital na estrutura democrática de nosso sistema jurídico-político, uma vez que fundamentado no reconhecimento equânime de que todos os casais ou indivíduos podem e devem decidir livre e responsavelmente sobre o número de filhos que desejam ter, o momento de seu nascimento e o intervalo entre eles, além de dispor de plena informação sobre os meios para isso, alcançando o mais alto nível de saúde sexual e reprodutiva, exercendo com liberdade o poder de tomar decisões concernentes à reprodução sem sofrer discriminação, coação ou violência, em nome do livre desenvolvimento de sua personalidade humana.

O direito ao livre planejamento familiar se revela como situação jurídica complexa que enfeixa em torno de seu conceito uma série de

faculdades, deveres, ônus e responsabilidades que se situam em um espaço de liberdade de atuação reconhecido ao seu titular, mas que só pode ser plenamente exercido e praticado diante de uma postura ativa, mas não interventora, do Estado no sentido de propiciar a todo indivíduo ou casal subsídios materiais, que englobam desde informações até recursos financeiros, tecnológicos e estruturais no sentido de constituir prole, (não) procriando naturalmente ou artificialmente, ou mesmo adotando filhos.

O avanço dos processos sociais, culturais, morais e científicos fez com que a reprodução humana passasse a ser um fator necessário, mas nem sempre imprescindível, para a constituição da *condição de parentalidade*, uma vez que o ato de ter filhos e constituir prole se distancia hoje, em alguma medida, dos atos biológicos. A *condição da parentalidade* se liga, apenas em alguma medida, à sexualidade e à família. Disso, inferimos que a ideia de planejamento familiar hoje se emancipa da sexualidade e da reprodução humana biológica. A seu turno, a própria ideia de reprodução humana se desliga em grande medida da sexualidade. *Planejamento familiar é condição de possibilidade para a (não)autoria autônoma e responsável do projeto parental.*

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** São Paulo: Malheiros, 2004.

BEAUCHAMP, Tom L; CHILDREES, James F. **Princípios de ética biomédica**. São Paulo: Loyola, 2002.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Geral do Direito Moderno**. Por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade. Lumen Juris: Belo Horizonte, 2006.

_____. Estudo prévio – Dignidade e diferença: Há um futuro para os direitos de personalidade? In: FIUZA, César; NAVES; Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire. **Direito civil**: atualidades IV. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 71-88.

FACHIN, Luiz Edson. **Repensando os fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. Elementos críticos do direito de família. *In*: LIRA, Ricardo Pereira (Coord.). **Curso de direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. *In*: SARLET,

FIUZA, César. **Contratos.** Coleção Direito Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FRANCO, Camila Ament Giuliani dos Santos; KUSMA, Solena Ziemer. Planejamento familiar com o olhar da saúde pública. In: SANCHES, Mário Antônio. **Bioética e planejamento familiar.** Perspectivas e escolhas. Petrópolis: Vozes, 2014.

GARCÍA, Maria del Carmem Massé. Planejamento familiar e decisões do casal. In: _____. **Bioética e planejamento familiar.** Perspectivas e escolhas. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 111 a 129.

GRACIA, Diego. **Pensar a Bioética:** metas e desafios. Trad. Carlos Alberto Bárbaro. São Paulo: Centro Universitário são Camilo; Loyola, 2010.

GUSTIN, Miracy Barbosa Sousa. **Das necessidades humanas aos direitos:** ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

HABERMAS, Jurgen. **Três modelos normativos de democracia.** Belo Horizonte: Cadernos da Escola do Legislativo, jan./jun. 1995.

_____. **Facticidad y validez:** sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação de paradigmas: a família, seu *status* e seu enquadramento na pós-modernidade. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das famílias:** por jurista brasileiras. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 17 - 32.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LILIE, Hans. Contracepção e esterilização. In: ROMEO CASABONA, Carlos María. **Biotecnologia, Direito e Bioética.** Belo Horizonte: Del Rey; PUC Minas, 2002. p. 127-132.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do direito civil. *In*:FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). **Direito civil:** atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 197-217.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana** - uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Vulnerabilidades nas relações de família: o problema da desigualdade de gênero. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Direito das famílias.** Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.306-322.

PATRIOTA, Tânia. **Relatório da Conferência Internacional sobre população e Desenvolvimento - Plataforma de Cairo, 1994.** Disponível em http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf. Acesso em 19/06/2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** vol. V. Atual. por Tânia da Silva Pereira. 16 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2006.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais.** Rio de janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil.** Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Planejamento familiar e condição feminina. In: LIU, Alice Bark; WAPNIARZ, Maria dos Anjos Porciuncula; WAIHRICH, Mariana Carvalho; BARWINSKI, Sandra Lia Leda Bazzo.. (Org.). **Pela conquista de uma justiça sem fronteiras.** Coleção Comissões. Comissão da Mulher Advogada. III.. 1 ed. Curitiba: OAB Paraná, 2006, v. 3, p. 321-346.

RODRIGUES, Renata de Lima. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Características e conseqüências do exercício do direito ao livre planejamento familiar conferido à pluralidade de entidades familiares. In: _____. **O Direito das Famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 140-168.

RODRIGUES, Renata de Lima. RÜGER, André. Autonomia como princípio jurídico estrutural. In: FIUZA, César; NAVES; Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire. **Direito civil**: atualidades II. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 03-24.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SANCHES, Mário Antônio. Planejamento familiar no contexto da Bioética. In: _____. **Bioética e planejamento familiar.** Perspectivas e escolhas. Petrópolis: Vozes, 2014. **de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Padma, v. 16, p. 3-30, out./dez. 2003.

TEMPORÃO, José Gomes. Direitos sexuais e reprodutivos das mulheres no Brasil: conquistas e recentes e desafios prementes. **Ciência & Cultura:Revista da Sociedade Brasileira para o progresso da ciência**, ano 64, n. 2, abril/maio/junho 2012. p. 21-22.

VILLELA, João Baptista. **Liberdade e família.** Belo Horizonte: Faculdade e Direito da UFMG, 1980.

7

A problemática da decisão surpresa com o reconhecimento de ofício de matéria de ordem pública no julgamento do recurso de apelação

Fabrício Veiga Costa [1]
Pablo Wendel Batista Nagib [2]

1 Introdução

O presente artigo pretende demonstrar a necessidade e a importância de se discutir o referido tema, dada a sua relevância no meio processual e "interferência" direta no direito deixado a disposição das partes de discutir seus litígios judicialmente.

É cediço que o Código de Processo Civil (CPC) traz disposições que proíbem a decisão surpresa em qualquer hipótese e independente do grau de jurisdição.

Faz-se *mister* ressaltar que apesar das disposições legais trazidas no Código de Processo Civil para (CPC) para que não seja proferida decisão sem antes dar a oportunidade para as partes manifestarem, ainda encontra-se nos Tribunais decisões surpresa. Isso porque os recursos gozam de efeito translativo que será especificado no decorrer do artigo. Em decorrência disso, pode-se dizer que a parte sofre com o cerceamento da sua defesa ferindo inclusive a Carta Magna que rege este país.

[1] Doutor em Direito, Pós-Doutor em Educação e Docente na Instituição FAMINAS/BH – Faculdade de Minas – Belo Horizonte/MG – fvcufu@uol.com.br

[2] Acadêmico do curso de Direito – Faculdade de Minas/FAMINAS-BH – Belo Horizonte/MG – pwendel97@gmail.com

Diante dessa dicotomia encontrada, convém que seja fomentado tal assunto, baseando-se na doutrina e por óbvio, no posicionamento dos Tribunais e do Superior Tribunal.

Em lacônicas palavras, o presente tema mostra-se de suma importância.

As perguntas problema que baseiam o presente artigo são: a extinção do processo reconhecendo matéria de ordem pública, está correta a decisão do julgador, sem ao menos aprofundar o debate processual para que a parte prejudicada possa manifestar-se?

Dessa maneira estaria o julgador infringindo o 10º artigo do Código de Processo Civil (CPC)?

O Código de Processo Civil (CPC) dispõe que nenhuma decisão, independente do grau de jurisdição, poderá ser proferida sem que seja cedido a oportunidade para as partes manifestarem. Desta feita, não estará o julgador cerceando a defesa das partes?

Posto isto, o presente trabalho tem como objetivo a análise do reconhecimento de matéria de ordem pública de ofício no recurso de apelação e explanar o entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Será adotado na pesquisa o método hipotético dedutivo segundo o qual é possível, através da análise de algumas hipóteses, identificar uma solução para determinada problemática.

O método utilizado será hipotético dedutivo, que será desenvolvido com base na jurisprudência, legislação e doutrina pertinente à matéria.

2 Princípio do contraditório no direito brasileiro: breves apontamentos constitucioinais e infraconstitucionais

O Princípio do Contraditório está previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), no art. 5º, inciso LV, vejamos:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

> inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]
> LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (BRASIL, 1988).

Com base no acima exposto, conclui-se que as partes de um determinado processo administrativo ou judicial, seja em qualquer Competência (penal, cível etc), tem o direito de se defender antes que seja formada a decisão neste processo.

O referido princípio também pode ser notado, por óbvio, no Código de Processo Civil, no art. 9º, *in verbis*:

> Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Posto isto, pode-se dizer que para que seja proferida decisão contra qualquer uma das partes litigantes de determinado processo (judicial ou administrativo) deverá ser dado a oportunidade as partes de se defenderem, com supedâneo no contraditório e ampla defesa, assegurado na Constituição Federal, bem como no Código de Processo Civil.

O princípio do contraditório para Leonardo Greco (2015, pag. 497 - 498):

> [...] pode ser definido como aquele segundo o qual ninguém pode ser atingido por uma decisão judicial na sua esfera de interesses, sem ter tido a ampla possibilidade de influir eficazmente na sua formação em igualdade de condições com a parte contrária. O contraditório é a expressão processual do princípio político da participação democrática, que hoje rege as relações entre o Estado e os cidadãos na Democracia contemporânea. Essa compreensão estendeu o contraditório também aos processos administrativos, o que está, inclusive, expresso na Constituição (art. 5º, inc. LV). O processo se desenvolve através de uma marcha dialética, na qual, na medida em que as questões surjam, o juiz deverá colocá-las em debate para obter o pronunciamento das partes sobre elas e, depois, decidi-las. Esse é um princípio tradicional do processo judicial,

> que remonta à Antiguidade e é uma consequência da própria imparcialidade do juiz.

Convém destacar algumas súmulas vinculantes já editadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ligadas ao tema aqui tratado:

> Súmula Vinculante 3/STF: Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.
> Súmula Vinculante 14/STF É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Vale ressaltar que o direito ao contraditório e ampla defesa não se limita a manifestação singela das partes, mas inclui também o acesso aos documentos que instruem determinado processo, bem como as provas que ali forem produzidas.

Sobre o contraditório e a ampla defesa, Alexandre de Moraes, (2003, pag. 95), diz que:

> O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral77, conforme o texto constitucional expresso (art. 5º, LV). Assim, embora no campo administrativo, não exista necessidade de tipificação estrita que subsuma rigorosamente a conduta à norma, a capitulação do ilícito administrativo não pode ser tão aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa, pois nenhuma penalidade poderá ser imposta, tanto no campo judicial, quanto nos campos administrativos ou disciplinares, sem a necessária amplitude de defesa.
> Por ampla defesa, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-

> lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

Faz-se *mister* ressaltar as palavras de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, (2006, pag. 61) sobre o referido princípio:

> O princípio do contraditório também indica a atuação de uma garantia fundamental de justiça: absolutamente inseparável da distribuição da justiça organizada, o princípio da audiência bilateral encontra expressão no brocardo romano *audiatur et altera pars*. Ele é tão intimamente ligado ao exercício do poder, sempre influente sobre a esfera jurídica das pessoas, que a doutrina moderna o considera inerente mesmo à própria noção de processo.

Diante de todo exposto, conclui-se que o contraditório foi consagrado no texto da Constituição de 1988 como direito fundamental, elencado no rol de direitos e garantias fundamentais, garantindo-se assim aplicação imediata.

Tal princípio possui a referida característica devido a sua importância, haja vista que decorre do princípio democrático, bem como da dignidade humana.

O princípio em comento se expande a todo ordenamento jurídico, independendo de regra específica que prevê sua aplicação e faz com que qualquer norma infraconstitucional que desrespeite não possa ser aplicado.

O processo deverá seguir a risca o que a Constituição Federal estabeleceu, como ensina Amaral de Souza (2008, pag. 104):

> O processo deve seguir a risca o que a Constituição Federal para ele estabeleceu, principalmente no que se refere à tutela dos direitos fundamentais: imunizar e reparar, quando preciso, o direito [...] de acordo com os preceitos e valores inseridos na Constituição Federal.

Assim sendo, todo e qualquer processo está sujeito, obrigatoriamente, a garantia constitucional prevista no art. 5º, inciso LV.

2.1 A compreensão teórica sobre a decisão surpresa no processo civil

A decisão proferida sem dar oportunidade as partes para manifestarem, independente do grau de jurisdição é proibida expressamente, com supedâneo no 10º artigo do Código de Processo Civil (CPC). Vejamos:

> Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. (BRASIL, 2015).

O dispositivo consagra o princípio do contraditório (acima exposto).

No que tange a conduta do juiz no trâmite do processo, Miguel Teixeira de Sousa (1997, p. 174 - 176) disciplina que o magistrado tem os seguintes deveres que decorrem da cooperação:

> (i) dever de esclarecimento (o juiz deve solicitar às partes explicações sobre o alcance de suas postulações e manifestações); (ii) dever de prevenção (as partes devem ser alertadas do uso inadequado do processo e da inviabilidade do julgamento do mérito); (iii) dever de consulta (o juiz deve colher manifestação das partes preparatória de sua própria manifestação ou decisão); (iv) dever de auxílio (incentivar as partes no sentido de superar dificuldades relativas ao cumprimento adequado de seus direito, ônus, faculdades ou deveres processuais).

Com base no que foi exposto até aqui, pode-se concluir que o julgador não pode, em nenhum caso, proferir decisão cuja fundamentação as partes não tiveram a oportunidade de se manifestar, e manifestar de modo que possa influenciar, pois isso está em desacordo com o inciso LV do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), bem como o art 10º do Código de Processo Civil (CPC). Tudo isso porque o magistrado, ao trazer "fundamento surpresa" a decisão, violaria o dever de consulta acima exposto e consequentemente, impedindo que as partes

participassem do processo com chances reais de influenciar no seu resultado, contrariando também o princípio do contraditório.

Para Didier (2016, p. 57), o artigo acima citado que proíbe a decisão surpresa é uma das mais emblemáticas e importantes do Código de Processo Civil (CPC):

> A regra que proíbe a decisão surpresa, corolário dos princípios do contraditório e da cooperação, e prevista no art. iodo CPC, é uma das normas fundamentais mais emblemáticas e importantes do CPC-2015. É possível dizer, inclusive, que se trata de um dos pilares do novo Código.

Reforçando ainda mais o 10º artigo do Código de Processo Civil (CPC), tem-se o artigo 933, afastando assim qualquer tipo de entendimento diverso, especialmente no Tribunal. Vejamos:

> Art. 933. Se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias.

Diante de todo o exposto até aqui, é perceptível que, mesmo sob o fundamento de matéria de ordem pública, não pode o julgador proferir qualquer decisão sem antes dar a oportunidade para que as partes se manifestem nos autos.

Ainda no entendimento de Didier (2017, pag. 92) a dimensão substancial do princípio do contraditório trata-se de poder de influência, sendo indispensável a participação da parte no processo, bem como que ela seja ouvida em condições de influenciar a decisão. É essa dimensão que é responsável pelo impedimento da prolação de decisão não surpresa:

> Há, porém, ainda, a dimensão substancial do princípio do contraditório. Trata-se do "poder de influência".45 Não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do órgão jurisdicional.
> [...]

> Essa dimensão substancial do contraditório impede a prolação dedecisão surpresa; toda questão submetida a julgamento deve passar antespelo contraditório. Isso porque o "Estado democrático não se compraz com a ideia de atos repentinos, inesperados, de qualquer dos seus órgãos, mormentedaqueles destinados à aplicação do Direito. A efetiva participaçãodos sujeitos processuais é medida que consagra o princípio democrático,cujos fundamentos são vetores hermenêuticas para aplicação das normasjurídicas".

Aplicando o princípio trazido no título anterior, não poderá, em hipótese alguma, o julgador proferir decisão sem antes oportunizar as partes que litigantes do processo de manifestar. Convém ressaltar que a participação da parte no processo deve ser capaz de influenciar a decisão.

3 Recurso de apelação e a problemática do efeito devolutivo e o non reformatio in Pejus

É cediço que o recurso de apelação goza de efeito devolutivo, que significa dizer, "grosseiramente", que a apelação devolverá a matéria impugnada ao Tribunal. A previsão deste efeito está no art. 1.013 do Código de Processo Civil (CPC): "Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada."

Ou seja, através da apelação, será devolvida ao tribunal o conhecimento apenas da matéria impugnada. Dito isto, conclui-se que, em regra, o tribunal que receberá o recurso de apelação só julgará aquilo que o recorrente "devolveu" no recurso de apelação.

A regra mostra a relação entre a iniciativa da parte em apelar e os limites que são impostos no julgamento do apelo pelo órgão *ad quem*. Por essa razão, ao julgar a apelação, o órgão *ad quem* deverá identificar os elementos da ação com o objetivo de não afastar essa diretriz fundamental trazida no art. 1.013.

Vale ressaltar que, conforme o art. 1.002 do Código de Processo Civil (CPC), "A decisão pode ser impugnada no todo ou em parte." E como fica o efeito devolutivo na apelação que combate a decisão em parte? Conforme dito nos parágrafos acima, o tribunal não pode julgar matéria distinta a

que foi objeto da apelação, logo, ele julgará apenas aquela que foi levada a seu conhecimento, impugnada por meio do recurso de apelação.

Necessário é salientar que questões de fato poderão ser suscitadas na apelação, mas apenas se for comprovado pela parte que não foi feito em instância inferior por "motivo de força maior", conforme art. 1.014 do Código de Processo Civil (CPC).

A respeito do efeito devolutivo, Araken de Assis (2017, pag. 189 - 190) diz que:

> Em regra, o destinatário do recurso "só poderá julgar o que o recorrente tiver requerido nas razões do recurso, encerradas com o pedido de nova decisão".41 A devolução transfere ao tribunal o objeto da cognição do primeiro grau potencialmente, porque limitada e condicionada à concreta iniciativa recursal do vencido.42 No concernente à apelação, o art. 1.010 exige, em seguida à indicação do apelante e do apelado, elementos que delimitam o alcance subjetivo do recurso, "a exposição do fato e do direito" (inc. II), as "razões do pedido" (inc. III) e o próprio "pedido de nova decisão" (inc. IV). À semelhança do pedido, que só pode ser genérico nos casos legais, também é inadmissível recurso genérico (retro, 2.2).43 Há, neste ponto, analogia com o pedido, que há de ser determinado, salvo exceções (art. 324). E as razões e o pedido de nova decisão subordinam-se, ainda, aos limites objetivos da causa tal como o diálogo permanente e frutífero das partes e do órgão judiciário, propiciado no contraditório, construíram no primeiro grau, ressalva feita à limitadíssima (e pouco empregada na prática) alegação de fatos novos (art. 1.014).

Todos os recursos são dotados de efeito devolutivo, haja vista que o Judiciário irá reapreciar apenas aquilo que foi impugnado, conforme já dito, seja para desconstituir decisão, para modificar, complementá-la ou torna-la mais clara.

O órgão *ad quem* só irá observar os limites de determinado recurso, e conhecerá apenas aquilo que foi contestado. Então, por óbvio se o recurso for parcial, o tribunal não poderá ir além do que é objeto da pretensão recursal, por força do efeito devolutivo.

A respeito do efeito devolutivo e sua extensão, Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2017, pag. 1.120 – 1.121) diz que:

> Quando o autor, na petição inicial, formula dois ou mais pedidos, o juiz, no dispositivo da sentença, terá de examiná-los todos.
> A parte sucumbente pode ficar inconformada com a rejeição de todas as suas pretensões, ou de apenas algumas delas. Isso será indicado quando ela interpuser o recurso: nele, dirá qual a extensão das matérias que pretende sejam reexaminadas pelo tribunal, se todas as pretensões em que sucumbiu, ou se apenas algumas delas. Se o recurso for parcial, a tribunal só reexaminará a parte recorrida.

Sem maiores rodeios, reforçando o que já foi exposto no presente tópico, o recurso será analisado a luz da impugnação feita pela parte recorrente.

Diretamente ligada ao efeito devolutivo, está o Princípio da proibição da *reformatio in pejus*. É cediço que aquele que recorre de determinada decisão, só faz para esmerar a sua situação. Logo, só impugnará a decisão no que não foi favorável a ele. Levando em consideração que o recurso irá devolver ao órgão *ad quem* apenas o que foi impugnado, os julgadores estarão limitados a julgar apenas aquilo que foi levado até eles e, na pior das hipóteses, poderá não acolher o recurso manter a sentença nos moldes em que foi proferida.

Assim sendo, no exame do recurso de uma das partes, sua situação não poderá ser piorada, com base na vedação da *reformatio in pejus*. Sua situação só poderá ser piorada caso tenha recurso de seu adversário.

Dinamarco (2009, p. 209) defende que:

> Reputa-se Reformatio in pejus o agravamento da situação do recorrente no julgamento de seu próprio recurso. Os recursos valem pela aptidão, que tenham, de possibilitar à parte a remoção do gravame sofrido pelo ato judicial. Sua utilidade no mundo jurídico, consiste na abertura de vias processuais destinadas à possível obtenção de solução favorável quanto às situações instrumentais que se configuram no processo ou ao próprio meritum causae. Nessa utilidade é que reside o interesse em recorrer, que é pressuposto da admissibilidade de todo recurso.

Diante disto conclui-se que, em regra, não poderá uma decisão ser reformada, no órgão *ad quem*, prejudicando o recorrido em questões não

levadas até o Tribunal, acontecendo na pior das hipóteses, o não acolhimento do que foi pleiteado.

3.1 Efeito translativo e a legitimidade do juízo ad quem decidir de ofício matéria de ordem pública

O efeito translativo é a "exceção à regra" acima explanada. Tal efeito permite que os recursos sejam examinados de ofício pelo órgão *ad quem*, em relação a matéria de ordem pública, conhecendo ainda que não integre o objeto do recurso. É natural ela poder ser conhecida pelo juízo independentemente de arguição. A prescrição, decadência, falta de condições da ação ou pressupostos processuais poderão ser examinados, mesmo que não forem impugnadas em recurso.

Este efeito difere do devolutivo, que como já dito, devolve ao órgão *ad quem* o reexame referente ao que foi suscitado, ao passo que o translativo autoriza o exame do que não foi suscitado, mas trata-se de matéria de ordem pública.

Sobre este efeito, Eduardo de Albuquerque Parente (2003, p. 133) seleciona os fundamentos para aplicação do efeito translativo dizendo:

> [...]adota-se no presente ensaio a posição de que os capítulos da sentença não impugnados se sujeitos à confirmação pelo tribunal de que estejam presentes os pressupostos processuais e as condições da ação. Isto porque, em resumo (a) tais matérias são de ordem pública no sentido da administração do exercício da jurisdição, diferenciando-se das de direito material; (b) a norma é dirigida ao juiz; (c) tais matérias apresentam-se no plano vertical de cognição pelo tribunal, não se sujeitando à disposição pelas partes; (d) não há violação à vedação à reformatio in pejus, pois esta se atrela ao aspecto da extensão do apelo; e (e) prescinde de haver ou não dependência entre pedidos.

Posto isto, é possível concluir que este efeito é a exceção ao efeito devolutivo, nos termos da fundamentação acima explanada.

Conforme Theodoro Júnior (1.999, pag. 171) encontram-se no conceito de matéria de ordem pública capaz de autorizar a superação do

princípio da *reformatio in pejus*, "as condições da ação, os pressupostos processuais, a intangibilidade da coisa julgada, a decadência, etc."

O conceito de ordem pública é impreciso e vago, sendo muito discutido pelos doutrinadores. Entretanto, pode-se destacar que a ordem pública implica na prevalência do interesse geral sobre o individual.

Sendo assim, de matéria de ordem pública entende-se que são interesse de toda sociedade, que estão situadas acima das disposições dos sujeitos de determinada relação jurídica, devendo ser assim, analisadas de ofício pelo órgão *ad quem*, independentemente de ser impugnado no recurso.

Sem maiores rodeios, a conclusão de Ricardo de Carvalho Aprigliano se encaixa perfeitamente na pesquisa em desenvolvimento (2010, pg. 27):

> As leis de ordem pública de direito material importam, de fato, em restrições à liberdade das partes, impõem padrões de comportamento, prescrevem a nulidade dos atos praticados em sua violação, mas não implicam absoluta indisponibilidade sobre o direito. Em resumo, é equivocada a concepção de que a ordem pública significa indisponibilidade dos direitos, afinal, demonstrou-se que pode haver atos de disposição mesmo sobre normas que possuem natureza de ordem pública.

Assim sendo, denomina como ordem pública o controle da regularidade e desenvolvimento dos atos e procedimentos, chamando a atenção das partes envolvidas na relação processual para a presença de defeitos, bem como a necessidade de afastá-los para que seja garantido a legalidade.

3.2 Efeito translativo e decisão surpresa: divergências doutrinárias e jurisprudenciais

Conforme todo conteúdo explorado pela presente pesquisa, necessário é demonstrar como vem se manifestando a doutrina, bem como a jurisprudência diante do caso em tela. Trata-se de tema bastante discutido e que constantemente é alvo de recursos para o Superior Tribunal de Justiça (STJ), haja vista que decisões no recurso de apelação trazem essa

questão de ordem pública, com supedâneo no efeito translativo, o que deixa a parte recorrente insatisfeita.

Basta uma simples pesquisa no Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) utilizando a palavra-chave "ordem pública" que encontramos diversas decisões com alterações feita pelo julgador de ofício por se tratar de matéria de ordem pública.

Endossando tal entendimento tem-se:

> Processo: Apelação Cível 1.0470.14.001030-2/001
> 0010302-14.2014.8.13.0470 (1)
> **Relator(a):** Des.(a) Evandro Lopes da Costa Teixeira
> **Data de Julgamento:** 25/10/2018
> **Data da publicação da súmula:** 07/11/2018
> **Ementa:**
> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL- AÇÃO DE COBRANÇA DO SEGURO DPVAT - PEDIDO DE REFORMA DA SENTENÇA AO FUNDAMENTO DE ERRO DE CÁLCULO DA INDENIZAÇÃO - PROCEDÊNCIA - COMPLEMENTAÇÃO - RECONHECIMENTO DE 90% DO VALOR DO PEDIDO INICIAL - ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA - CONDENAÇÃO APENAS DA PARTE AUTORA AO SEU PAGAMENTO - NÃO CABIMENTO - CORREÇÃO MONETÁRIA - TERMO INICIAL - DATA DO SINISTRO - ALTERAÇÃO DE OFÍCIO - POSSIBILIDADE - CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS DE ADVOGADO - QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA - POSSIBILIDADE DE REVISÃO DE OFÍCIO PELO TRIBUNAL.
> - Cumpre rever o valor fixado em primeiro grau para a complementação do pagamento do seguro DPVAT se o MM. Juiz de Direito sentenciante tomou por base, ao efetuar o cálculo, lesão outra que não a atestada pelo laudo pericial.
> - Se a parte autora logrou êxito em 10% de seu pedido inicial, deve arcar com 90% dos ônus de sucumbência, e não com a sua totalidade.
> - Na ação de cobrança visando a complementação do seguro DPVAT, o termo inicial da correção monetária é a data do evento danoso.
> - **Por integrarem os denominados pedidos implícitos e consubstanciarem matérias de ordem pública, a correção monetária e os juros incidentes sobre o quantum condenatório, bem como os critérios de sua aplicação, dentre os quais o seu termo inicial, submetem-se à modificação de ofício, sem que tal providência configure julgamento extra petita ou reformatio in pejus.**

> **- Os consectários da condenação, o que inclui as custas processuais e a verba honorária, são matéria de ordem pública e a sua fixação ou revisão, pelo Tribunal, de ofício, não configura julgamento "extra petita" ou "reformatio in pejus".** (MINAS GERAIS, 2018). (grifo nosso)

Porém, ao passo que tem julgamento reconhecendo de ofício e alterando fato não devolvido ao órgão *ad quem* (conforme decisão acima exposta), também tem-se decisões no Superior Tribunal de Justiça (STJ) que vai contra tal decisão. Vejamos:

> RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA. MANDATO. SUCESSÃO. INCORPORADORA. VALIDADE. CONTRATO. PRORROGAÇÃO. RESCISÃO UNILATERAL. PRINCÍPIO DA ADSTRIÇÃO. VIOLAÇÃO. NULIDADE. RECONHECIMENTO.
> (...)
> 2. Segundo o princípio da adstrição, o provimento judicial deve ter como balizas o pedido e a causa de pedir. **Sob essa perspectiva, o juiz não pode decidir com fundamento em fato não alegado, sob pena de comprometer o contraditório, impondo ao vencido resultado não requerido, do qual não se defendeu**.
> 3. A Corte local, ao inovar no julgamento da apelação, trazendo a afirmação de que o contrato ajustado entre as partes era de agência, **cerceou o direito de defesa** do réu, impondo-lhe as consequências previstas pela Lei nº 4.886/1965 para a rescisão imotivada do contrato de representação comercial sem que houvesse requerimento da autora e sem possibilidade de apresentar argumentos ou produzir provas em sentido contrário. (BRASÌLIA, REsp 1641446/PI, Rel. ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 14/3/2017). (grifo nosso)

Portanto, é notório a divergência no entendimento entre as duas decisões apresentadas.

Estêvão Mallet (2014, p. 398) diz, sobre julgamento estranhos ao que foi debatido no processo que:

> A utilização pelo juiz, apenas quando do julgamento, de elementos estranhos ao que se debateu no processo – pouco importa trate-se de elementos de fato ou de direito, matéria de ordem pública que seja – produz o que a doutrina e os tribunais, especialmente os europeus, chamam de “decisão-surpresa”.

> Tendo em conta a compreensão atual do contraditório, é algo que se considera inadmissível.

É notório a discordância do autor acerca do julgamento de ofício de matéria de ordem pública. Para ele, essa decisão surpresa é considerada inadmissível. Isso com base no princípio do contraditório, no efeito devolutivo, e na proibição da decisão surpresa, prevista no art. 10º do Código de Processo Civil (CPC).

Sobre o efeito translativo, Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2017, pag. 1.119) ressalta:

> [...]permite ao órgão ad quem examinar de ofício matérias de ordem pública, ainda que não sejam alegadas. Por força dele, a situação do recorrente pode até ser piorada. Imagine-se, por exemplo, que o autor de ação condenatória tenha obtido êxito parcial em sua pretensão. Se só ele recorrer para aumentar a condenação obtida, não será possível que o tribunal reduza essa condenação; mas pode, por exemplo, detectar uma questão de ordem pública, que ainda não tinha sido ventilada, como a falta de uma das condições da ação ou de um dos pressupostos processuais, do que resultará a extinção do processo sem resolução de mérito, em detrimento do autor.

Diante do exposto, evidencia-se a divergência, principalmente jurisprudencial, acerca da decisão surpresa e o efeito translativo.

4 Considerações finais

O princípio do contraditório tem sido valorizado pelo Código de Processo Civil (CPC) e conforme o dispositivo, o julgador deverá oportunizar às partes de uma determinada relação processual antes de passar a decidir. A manifestação feita pelas partes, com base no referido princípio tem chances reais de influenciar no resultado da decisão que será proferida pelo julgador.

Evidenciado fica que a garantia ao contraditório não se aperfeiçoa apenas com efetiva manifestação das partes, mas sim com a oportunidade destas partes de determinada relação processual se manifestarem.

Tal princípio está diretamente ligado também ao efeito devolutivo que o recurso de apelação goza, onde diz que o órgão *ad quem* apenas decidirá sobre a matéria impugnada pelo recorrente e só será admitido fatos novos se restar comprovado a impossibilidade de apresenta-los anteriormente.

O efeito devolutivo traz consigo o princípio da proibição da *reformatio in pejus*, ou seja, o recurso só é interposto para melhorar a situação do recorrente, portanto, só irá impugnar parte da sentença que não foi favorável ao recorrente. Como dito anteriormente, o recurso irá devolver ao órgão *ad quem* apenas a matéria impugnada, o julgador limitar-se-á ao que foi impugnado pelo recorrente, e na pior das hipóteses, não acolherá o pedido recursal e a sentença será mantida nos moldes em que foi proferida.

Ocorre que em decorrência do efeito translativo, o órgão *ad quem* poderá analisar questões de ordem pública, ou seja, mesmo que tal questão não foi levantada no recurso, o julgador poderá trazer ao processo a matéria e ainda poderá o recorrente ver sua situação piorada. O conceito de ordem pública é impreciso e vago, sendo muito discutido pelos doutrinadores. Entretanto, pode-se destacar que a ordem pública implica na prevalência do interesse geral sobre o individual.

Porém, muito se discute sobre este efeito translativo e o problema que é trazido com o reconhecimento de matéria de ordem pública.

Tal efeito pode ser considerado como a "exceção à regra" onde se permite a reformatio in pejus e não é dado a oportunidade as partes de manifestarem, caracterizando a decisão surpresa.

Ainda com o efeito devolutivo, o órgão *ad quem* irá analisar matéria distinta aquela que foi levada até ele e, contrariando também ao princípio do *non reformatio in pejus*, o recorrente poderá ver sua situação piorada.

Em síntese, o efeito devolutivo e o citado princípio são desconsiderados quando ocorre o reconhecimento de matéria de ordem pública, com supedâneo no efeito translativo, e isso vem sendo bastante discutido na

doutrina, que em sua maioria, discordam e também vem sendo foco de discussões no Poder Judiciário como foi explanado no presente artigo.

5 Referências

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **A ordem pública no direito processual civil**. São Paulo, 2010. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1900073/mod_resource/content/1/Aprigliano%20-%20Ordem%20p%C3%BAblica%20-%20vers%C3%A3o%20completa.pdf>. Acesso em: 23novembro 2019.

ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 1ª ed. Em e-book baseada na 8ª ed. Impressa. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 23 novembro 2019.

BRASIL, **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 23novembro 2019.

BRASÌLIA, **Superior Tribunal de Justiça. REsp 1641446/PI, Rel. ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma,** 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1641446&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 25Novembro 2019.

BRASÍLIA, **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1191>. Acesso em 23 novembro 2019.

BRASÍLIA, **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>. Acesso em 23 novembro 2019

DINAMARCO, Cândido Rangel. Apud ORIONE NETO, Luiz. **Recursos Cíveis.** 3ª Ed. Saraiva. 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13ª ed. Editora Atlas S.A., 2003.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil. Volume I**. 5ª ed. Editora Forense. 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22ª ed. Editora Malheiros Editores, 2006.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado. 8ª ed. Editora Saraiva. 2017.

JUNIOR, Fredie Didier e CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. 13 ed. Editora juspodvm, 2016.

JUNIOR, Fredie Didier e CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. 19 ed. Editora juspodvm, 2017.

MALLET, Estêvão. **Notas sobre o problema da chamada "decisão surpresa".Revista de Processo. vol. 233.**Ed. RT. 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Ap. 1.0470.14.001030-2/001, Relator Desembargador Evandro Lopes da Costa Teixeira,** 2018. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=70EE2616184B91D77A0094A14A848276.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0470.14.001030-2%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em 25Novembro 2019.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Os recursos e as matérias de ordem públicas. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais.** Editora Revista dos Tribunais. 2003.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Aspectos do novo processo civil português**. Revista de processo, n. 86. Revista dos Tribunais. 1997.

SOUZA, Carlos Eduardo Amaral de. **Nova visão do princípio constitucional do contraditório e seu papel no direito fundamental ao acesso à ordem jurídica justa (Art. 5º, XXXV, LIV, LV e LXXVIII, da CF/88: o princípio da cooperação no processo.**Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito de Vitória. Vitória, 2008.

THEODORO JR., Humberto. **O processo civil brasileiro no limiar do novo século.** 1 ed. Forense. 1999.

8

Devolução de valores recebidos de benefícios previdenciários por força de decisão liminar revogada posteriormente

Aline Teixeira Guedes da Silva [1]
Fabrício Veiga Costa [2]

1. Introdução

O presente artigo tem a finalidade de analisar a devolução de valores recebidos de benefícios previdenciários por força de decisão liminar revogada posteriormente, pois esses benefícios conforme a Constituição Federal tem caráter alimentar e a TNU – Turma Nacional de Unificação entende que esses valores não devem ser devolvidos. Já o entendimento do STJ – Superior Tribunal de Justiça é contrário, visando a devolução dos valores em caso de liminar revogada.

Dentro do contexto histórico vivenciado, esses benefícios concedidos liminarmente necessariamente são garantias que a Constituição Federal de 1988 prega, qual seja, a dignidade da pessoal humana. A modificação desse entendimento e a devolução desses valores recebidos, pode vir a causar prejuízos às partes envolvidas. Devido à morosidade dos andamentos processuais, se faz necessário a aplicação das tutelas provisórias.

---

[1] Bacharel em direito e advogada

[2] Doutor em Direito – Pucminas. Pós-Doutor em Educação – UFMG. Pós-Doutorando em Psicologia pela PUCMINAS. Professor da Pós-Graduação Stricto Sensu em Proteção em Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna. Professor da Graduação em Direito FAMINAS-BH, FPL, FAPAM e FASASETE- Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/7152642230889744

Analisaremos como o recebimento dos benefícios previdenciários são importantes e como eles se tornam fundamentais a um indivíduo. Analisaremos ainda os motivos do excesso de judicialização para o pleito desses benefícios e a morosidade com que são julgados. A análise segue no pedido da concessão das liminares no âmbito previdenciário e logo em seguida o que acontece com a revogação. Existem argumentos favoráveis e contrários à devolução e, juntamente a esses argumentos, o princípio da irrepetibilidade justifica se esses valores podem ser recebidos ou não, demonstrando uma relevância grandiosa a mister dos princípios normatizadores do direito.

A devolução de valores recebidos de benefícios previdenciários por força de decisão liminar revogada posteriormente pode vir a prejudicar ou não os beneficiários do sistema da previdência social. Analisaremos se essa devolução é essencial ou uma justificativa para o afastamento do acesso à justiça.

O artigo científico em análise adotará o método dedutivo, no qual permite-se desenvolver uma pesquisa independente e mais objetiva para avaliar e perquirir hipóteses e porventura identificar uma solução para o tema, pois esse tema é extremamente relevante para o ordenamento jurídico.

2. Direito fundamental a benefícios previdenciários

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu art. 6º, os direitos fundamentais sociais, no qual a previdência social encontra-se elencada neste rol. Os direitos fundamentais sociais têm como objetivo proteger e dar oportunidade de uma vida digna, de igual direito a todos.

> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988)

A previdência social foi criada com o intuito de garantir proteção ao indivíduo em relação a uma seguridade de risco e amparo social. Encontra-se protegida constitucionalmente sendo um direito social, também chamados de direitos fundamentais de segunda geração. Assim, a previdência social e tudo que integra o referido sistema, sendo um direito protegido por cláusula pétrea, não pode ser suprimido ou alterado. Como conclui Leonardo Aguiar:

> Por possuírem a finalidade de garantir a observância da dignidade da pessoa humana, os direitos sociais, dentre os quais se incluem os direitos relativos à previdência social, são considerados direitos fundamentais, o que significa que são protegidos pela imutabilidade, ou seja, são considerados cláusula pétreas, não havendo que se falar, portanto, na supressão dos direitos fundamentais sociais e, consequentemente, não havendo que se falar na supressão do direito a previdência social, consoante previsto no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal. (2017, p. 25).

Os benefícios previdenciários são dotados de direitos e faculdades, e apresentam suporte para aqueles que contribuem para uma proteção futura. Tais benefícios são proteções para riscos sociais futuros, permitindo ao indivíduo o amparo necessário para que tenha o princípio da dignidade da vida humana como preceito primordial.

No mais, os benefícios previdenciários dão uma proteção a eventos ulteriores como a velhice, prisão, desemprego, invalidez e etc., no qual deixa evidente a importância dos benefícios pleiteados, dando um suporte para o indivíduo, assim como diz Frederico Amado:

> De efeito, conquanto não haja previsão expressa na constituição cidadã, é certo que a seguridade social forma um sistema Nacional, pois regulada por um conjunto normativo harmônico e por órgãos e entidades estatais que objetivam concretizar os direitos fundamentais à saúde, à previdência e à assistência social. (2013, p. 34).

A proteção que a Constituição garante por meio da segurança social é um direito essencial aos benefícios previdenciários de um cidadão. Esses

benefícios previdenciários possuem o caráter alimentar, são dotados de garantia para uma vida social, fundamental e existencial. O art. 100, § 1º da Constituição Federal de 1988 deixa evidente a natureza alimentícia dos benefícios previdenciários.

> Art. 100 § 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo (BRASIL, 2018, p. 68).

Assim os benefícios previdenciários têm uma garantia constitucional para garantir a proteção para uma vida mais digna ao indivíduo, colocando esses benefícios em um patamar especifico como um direito fundamental.

3. A judicialização do pleito de benefícios previdenciários no Brasil

Os benefícios previdenciários são subdivididos por uma estrutura de risco, programática e dependente. Os benefícios que envolvem a questão do risco são aposentadoria por invalidez, auxílio-doença e auxílio-acidente. Já os programáticos são as aposentadorias por idade, aposentadorias por tempo de contribuição e aposentadorias especiais; e os dependentes são por pensão por morte e auxílio-reclusão. Veja-se a decisão proferida pelo STJ no julgamento do REsp 1.369.832: "a concessão de benefício previdenciário rege-se pela norma vigente ao tempo em que o beneficiário preenchia as condições exigidas para tanto".

Quando se tem a presunção de risco ou a beneficiário possui os requisitos para a concessão do benefício, ele deve comparecer à área administrativa e requerer seu benefício. O instituto que dá o prosseguimento à possível concessão é o INSS. "Entende-se como Instituto Nacional do Seguro Social a pessoa jurídica de direito público (autarquia federal) responsável pela concessão, fiscalização e manutenção das prestações previdenciárias do RGPS" (AGUIAR, 2017).

A demanda para os benefícios previdenciários se inicia com os requisitos que garantem a devida concretização do direito, conforme dispõe Leonardo Aguiar (2017, pág. 519) "aquele que detém a condição de segurado em momento anterior a materialização do risco social".Sendo necessário requerer o benefício por análise administrativa do Instituto Nacional da Seguridade Social - INSS, antes de provocar o Sistema Judiciário.

A judicialização do pleito dos benefícios previdenciários se inicia quando o Instituto Nacional da Seguridade Social - INSS indefere o pedido, e esse cidadão, contendo a condição de segurado e possuindo todos os requisitos para a concessão do seu benefício, vai em busca do Sistema Judiciário para postular os seus direitos beneficiários negados contra esse mesmo instituto.

É necessário que se tenha uma negativa administrativa por parte do Instituto Nacional da Seguridade Social – INSS, ao que se postula o beneficiário, para que o Sistema Judiciário possa conduzir o pleito até o seu deferimento ou indeferimento, nos termos do art. 3°, § 3º do Código de Processo Civil de 2015, pois é necessário que haja outros métodos de solução do conflito, antes da apreciação jurisdicional.

> Art. 3 Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
> § 3 A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. (BRASIL, 1988)

Os benefícios previdenciários são pleiteados por via judicial por ser um direito fundamental e previsto no art. 5º, XXXV da CF/88 "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito" (BRASIL, 1988). Pois esses benefícios são muito importantes para a continuidade e desenvolvimento do indivíduo em sociedade.

3.1 Concessão liminar de benefícios previdenciários

Devido à morosidade ao pleito dos benefícios previdenciários e a ameaça à segurança e dignidade dos beneficiários, cabe a eles o pedido de liminar no âmbito dos processos previdenciários.

Quando existe a probabilidade de o pedido liminar ser concedido, há que se falar em cognição sumária, quando existe uma aquisição satisfativa do fato, pode-se aplicar as tutelas jurisdicionais, pois o alcance do mérito se dará por provas indiciária. A análise dessas provas é necessária para uma celeridade do procedimento, sem que possa vir a prejudicar o requerente pelo procedimento comum, no qual é mais demorado. Como Daniel Amorim, interpreta que a análise sumária é realizada pelo seu convencimento.

> O legislador não especificou que elementos são esses capazes de convencer o juiz, ainda que mediante cognição sumária, a conceder a tutela de urgência pretendida. É natural que o convencimento do juiz para a concessão de tutela de urgência passa pela fática da demanda, já que o juiz só aplicara o direito ao caso concreto em favor da parte se já estiver convencido, ainda que em juízo de probabilidade, da veracidade das alegações de fato da parte. (2017, p.300)

Há que se deixar claro, quando o juiz de direito concede as tutelas provisórias por meio de provas indiciarias, ele necessariamente confere uma conclusão ao assunto, deixando claro que houve, por parte do julgador, a análise do perigo de irreversibilidade mediante o seu convencimento.

Os benefícios previdenciários possuem os requisitos para a constituição das tutelas provisórias, sendo que a tutela antecipada é uma das principais utilizadas, porque esses benefícios possuem o caráter alimentar. É salutar aos advogados postulantes, quando propuserem ações previdenciárias, é devidamente cabível pleitearem o pedido liminar para maior proteção ao direito do beneficiário, sendo uma forma de buscar a materialização do processo. Nas palavras de Leonardo Aguiar (2017, p. 535) “é comum que o segurado, ao ajuizar a ação, formule pedido de antecipação

de tutela de modo que o INSS seja obrigado a desde logo começar a pagar benefício por ele pretendido".

É visível o requisito da probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, pois o alimentando precisa ser alimentado. Entende-se que os alimentos são necessários à sobrevivência do ser humano gênero e espécie, e, nesse caso, se o cidadão adquire o direito ao recebimento provisório, esse deve ser concretizado. No âmbito da previdência social, segue a regra subsidiária do art. 300, do Código de Processo Civil de 2015.

> Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.
> § 1 º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.
> § 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.
> § 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. (BRASIL, 1988)

As tutelas de urgências são classificadas em três, são elas: 1 - Tutela Antecipada Antecedente, 2 - Tutela Cautelar Antecedente, 3 - Tutela de Evidência. Não havendo perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, deve-se acrescentar uma delas ao demandar a ação quando da postulação dos direitos.

3.2 Revogação de liminar em processo judicial cujo objeto são benefícios previdenciários

Como visto, para a concessão liminar de benefícios previdenciários cujo foco é proteger e dar segurança ao curso do processo, quando preenchidos os requisitos para a utilização das tutelas provisórias necessita de uma probabilidade de irreversibilidade analisada pelo juiz de direito. Mas

quando ocorre a revogação da tutela em 2º instância, em questão ao direito previdenciário existe uma divergência.

Percebe-se que a cognição exauriente está presente nessa demanda, pois houve um trâmite definitivo, de modo que foram produzidas todas as provas necessárias para a solução do conflito, assim, há que se falar que a revogação se dá pela total e suficiente produção de provas.

Em relação a benefícios previdenciários, a controvérsia ocorre quando a Turma Nacional de Uniformização – TNU entende que os valores recebidos por força de antecipação de tutela posteriormente revogada, são irrepetíveis pela natureza alimentar e do recebimento a título de boa-fé. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento divergente. A súmula 51 da TNU declara em seu texto:

> Os valores recebidos por força de antecipação dos efeitos de tutela, posteriormente revogada em demanda previdenciária, são irrepetíveis em razão da natureza alimentar e da boa-fé no seu recebimento (BRASIL, 2017).

O Superior Tribunal de Justiça – STJ demonstrou entendimento divergente, ou seja, mesmo que os benefícios previdenciários recebidos de tutela antecipada forem mediante boa-fé, sendo revogada decisão, os valores devem ser devolvidos, como discorre Fernanda Tartuce, ao afirmar que:

> A tese firmada definiu que os valores recebidos a título de tutela provisória revogada, ainda que de boa-fé, devem ser devolvidos: "os valores recebidos de boa-fé por força de antecipação de tutela, em se tratando de decisão de primeiro grau reformada em segundo grau, devem ser devolvidos, nos termos do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça (Tema/Repetitivo 692 e PET 10.996/SC)" (2017 p.7).

A contrariedade existe no caso, pois a devolução de valores recebidos a título de boa-fé tem caráter alimentar, mesmo a tutela antecipada tendo caráter provisório. Mas a súmula 51 da Turma Nacional de Uniformização – TNU, defende que a tutela posteriormente revogada em demanda previdenciária são irrepetíveis.

Inclusive esses benefícios a fim da revogação poderá causar problemas no ordenamento jurídico.Nas palavras de Roberto de Carvalho Santos "(...) acesso ao Poder Judiciário para requerer benefícios previdenciários ficará mitigado diante do caráter intimidador da obrigatoriedade de devolução dos valores auferidos por força de uma decisão antecipatória"

3.3. Argumentos favoráveis e contrários à devolução dos benefícios previdenciários em caso de revogação de liminares em sentença judicial

A contrariedade predomina nos julgados, pela existência de jurisprudências favoráveis à devolução e outras contrárias à irrepetibilidade dos alimentos, de modo que muitos processos se encontram suspensos. A título de exemplo, pode-se citar os seguintes julgados em relação a divergência na devolução de valores recebidos de benefícios previdenciários, por força de decisão liminar posteriormente revogada. Sendo a seguinte jurisprudência, favorável à devolução:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA REVOGADA. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. RETORNO DAS PARTES AO ESTADO ANTERIOR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. REPETIÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE. RECURSO PROVIDO.
> Ante ao exposto, DOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento para autorizar a repetição dos valores recebidos indevidamente, após o trânsito em julgado, nos próprios autos ou por meio de desconto administrativo, limitado a 10% do benefício recebido pela parte autora. 6. Custas e honorários advocatícios incabíveis nos termos do art. 55 da Lei n. 9.099/95. 7. Após o trânsito em julgado, arquivem-se. (A Turma Recursal DEU PROVIMENTO ao recurso inominado, nos termos do voto do Relator.CARLOS HENRIQUE BORLIDO HADDAD Juiz Federal Relator. TRF - PRIMEIRA REGIÃO SEGUNDA TURMA RECURSAL – MG julgamento, ocorrido em 12/06/17 publicação 10/01/2018).(BRASIL, TRF1, 2018)

Por outro lado, apresenta-se jurisprudência contrária à devolução dos valores percebidos, tendo em vista o caráter alimentar do benefício:

> PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. QUALIDADE DE SEGURADO. NÃO COMPROVAÇÃO. REINGRESSO NO SISTEMA DO RGPS JÁ PORTADORA DA DOENÇA INCAPACITANTE. BENEFÍCIO INDEVIDO. SENTENÇA REFORMADA. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE.
> No que se refere às parcelas do benefício previdenciário, afinal indevido, mas recebidas por força de decisão judicial, não se aplica o REsp 1.401.560/MT, em face da superveniência do julgamento do ARE 734242 AgR, que afastou a reposição dos valores recebidos sob tais circunstâncias. Com efeito, o STF, depois do julgamento do recurso repetitivo no STJ, adotou orientação diversa, estabelecendo que o benefício previdenciário recebido de boa-fé pelo segurado, em decorrência de decisão judicial, não está sujeito à repetição de indébito, em razão de seu caráter alimentar. (A 2ª Turma Recursal do DF, por unanimidade, DEU PROVIMENTO ao recurso do INSS. CRISTIANE PEDERZOLLI RENTZSCH Juíza Federal - 2ª. Turma Recursal Relator 1, em substituição. TRF - PRIMEIRA REGIÃO SEGUNDA TURMA RECURSAL – DF, julgamento ocorrido 21/03/2018, publicação 06/04/2018).(BRASIL, TRF1, 2018)

Em relação à problemática, a ementa do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, demonstrou em sua decisão cautela em definir posição favorável ou contrária à devolução do benefício, de modo que aguardará a decisão da Controvérsia n. 51/STJ, em que se discute a revisão do Tema 692/STJ.

> PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO. BENEFÍCIO CONCEDIDO JUDICIALMENTE. PROVA SUPERVENIENTE AO TRÂNSITO. IDENTIDADE DE PARTES, PEDIDO E CAUSA DE PEDIR. VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. RECURSO PROVIDO.1. Trata-se de recurso interposto pelo INSS contra sentença que reconheceu como especiais os períodos laborados de 1/4/77 a 31/1/02 e de 18/11/03 a 6/11/09 e determinou a revisão do benefício da parte autora desde a data do pedido de revisão (DPR). 2. No tocante à alegada violação à coisa julgada, assiste razão à autarquia. Não viola a coisa julgada o pedido de revisão de benefício concedido judicialmente com base em fato novo. Porém, no caso, está-se diante do caso em que somente a prova é nova. Conforme consignado pelo Juízo a quo, o exame do caráter especial da atividade exercida no período

> de 1/4/77 a 31/5/95 e de 1/9/99 a 2/5/08 foi objeto do mandado de segurança n. 2008.38.14.001506-6. Alegou-se, à época, a exposição a agentes nocivos nos referidos períodos. Logo, irrelevante a obtenção de nova prova sobre fato em relação ao qual já houve manifestação definitiva do Poder Judiciário. A causa de pedir é o fato e não a prova a ele relacionada. Assim, presentes a identidade de parte, pedido e causa de pedir, é o caso de reconhecimento da coisa julgada, que, no caso é parcial. 3. Excluídos os períodos de 1/4/77 a 31/5/95 e de 1/9/99 a 2/5/08, a parte não integra o tempo necessário à concessão da aposentadoria especial, sendo o caso de revogação da tutela antecipada. 4. Ante ao exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso para reconhecer a coisa julgada parcial e REJEITAR O PEDIDO, nos termos do art. 487, I, do CPC.5. Revogo a tutela antecipada e determino a observância do entendimento que vier a ser firmado na Controvérsia n. 51/STJ, em que se discute a revisão do Tema 692/STJ. 6. Incabível a condenação em custas e honorários advocatícios, nos termos do art. 55 da Lei n. 9.099/95.7. Após o trânsito em julgado, remetam-se os autos à origem. JOÃO LUIZ DE SOUSA Desembargador Federal – 2ª. Turma Recursal. TRF – PRIMEIRA REGIÃO SEGUNDA TURMA RECURSAL, julgamento ocorrido 02/08/2017, publicação 16/08/2017).(BRASIL, TRF1, 2019)

Faz-se necessário a análise, pois a controvérsia a ser discutida sobre a devolução dos valores de benefícios previdenciários deferidos em tutelas provisórias, traz ao judiciário e aos possíveis beneficiários, grande insegurança jurídica, pois não há garantia de qual direção o entendimento dos juízes seguirá. No entendimento apresentado por Carolina Carneiro Velasco.

> No âmbito dos benefícios previdenciários incapacitantes, essa insegurança torna-se ainda maior, posto que o segurado pretende com o requerimento destes benefícios, manter sua subsistência e tratamento médico vital para sua saúde, entretanto, com visto nas jurisprudências acima expostas, não se há um entendimento pacífico sobre o tema da irrepetibilidade, logo, acarretando com que muitos segurados que estão incapacitados e em situação financeira vulnerável desistam de buscar os seus direitos, bem como de pedir tais medidas acauteladoras, por medo e insegurança de não saber ao certo o que poderá ser decidido pelos Tribunais (2018, p. 42).

Observa-se as divergências entre os estudiosos do Direito quanto à aplicabilidade da irrepetibilidade de alimentos no sistema previdenciário

por parcelas recebidas de boa-fé. A ilustre professora Fernanda Tartuce Silva elucida o seguinte:

> O Direito Previdenciário tem o propósito de garantir o direito constitucional de todo indivíduo de viver em condições minimamente dignas de sobrevivência. Os valores previdenciários recebidos por seus beneficiários possuem, por este motivo, evidente caráter alimentar (2017 p. 10)

O caráter alimentar é evidente quanto a respeito da devolução dos valores recebidos, pois esses benefícios são concedidos para dar uma vida digna e uma progressão futura garantida constitucionalmente.

Outrossim, Carlos Wagner Dias Ferreira entende que esses valores devem ser devolvidos, em virtude desses valores resultar em despesas não autorizadas e por afrontar dois grandes princípios, o da legalidade e da supremacia do interesse publico.

> Os valores percebidos devem ser devolvidos, ainda que tenham natureza alimentar. Se assim não for, o sistema de proteção social será prejudicado pela criação de despesa não autorizada em lei, afrontando os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público. (REVISTA DE DOUTRINA, TRF4)

O posicionamento doutrinário anterior demonstra a imensa relevância do tema, pois ele acaba de ser a favorável a devolução dos valores recebidos de benefícios previdenciários por tutela liminar revogada.

3.4 Principio da irrepetibilidade

Os benefícios previdenciários conforme o §1° do artigo 100 da CF/88, tem o caráter alimentar, em face dessa natureza os alimentos são protegidos por princípios, dentre os quais se encontra o princípio da irrepetibilidade. Como discorre Maria Berenice.

> Como os alimentos servem para garantir a vida e se destinam à aquisição de bens de consumo para assegurar a sobrevivência é inimaginável pretender que sejam devolvidos. Daí o princípio da irrepetibilidade. Outro princípio que rege

> a fixação dos alimentos é o da proporcionalidade, que tem por pressuposto as possibilidades do alimentante e as necessidades do alimentando (2010, p. 1).

A problemática está na devolução dos valores recebidos de caráter alimentar, no qual o princípio da dignidade da pessoa humana esta explícito nesse direito, os benefícios previdenciários estão elencados no artigo 100 da Constituição Federal de 1988, sendo claro a sua natureza alimentícia. O benefício concedido antecipadamente foi utilizado para o sustento do indivíduo, próprio ou em conjunto familiar, não sendo possível a irrepetibilidade como demonstrado no §1º do artigo 100 da CF.

> Art. 100 § 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo (BRASIL, 2018, p. 68).

O art. 649 do CPC, demonstra claramente que os proventos de aposentadorias são impenhoráveis, demostrando mais uma vez a importância que a concessão desses benefícios previdenciários possuem.

> Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:
> (...)
> IV - **os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios**; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 30 deste artigo; (BRASIL, 2019, p.)

Nas palavras de Roberto de Carvalho "a devolução dos valores recebidos por tutela antecipada revogada, afeta diretamente diversos postulados constitucionais, nos quais destaca-se tais princípios, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da segurança jurídica, princípios da seguridade social e o caráter alimentar dos benefícios previdenciários".

Os benefícios previdenciários na perspectiva do princípio da irrepetibilidade não podem ser devolvidos, tendo em vista que possuem natureza alimentar e os proventos recebidos desses benefícios garantem a subsistência, bem como uma vida mais digna para o segurado.

4. Considerações finais

Diante da análise do tema abordado, a devolução de valores recebidos de benefícios previdenciários por força de decisão liminar revogada posteriormente, atente-se ao quanto são necessárias as tutelas provisórias no âmbito previdenciário para o devido andamento do processo legal.

Portanto, quando se recebe benefícios previdenciários mediante tutela antecipada a título de boa-fé e existe a revogação, sem dúvida, deve-se observar os princípios da dignidade da pessoa humana e o do acesso à justiça, pois existe a garantia constitucional de que esses benefícios são essênciais para a existência dos beneficiários, em outras palavras aqueles que planejaram-se casos fortuitos.

Atente-se que as tutelas provisórias são concedidas mediante a convicção e convencimento do juiz, pelas provas indiciárias. A decisão que se concedeu o pedido de liminar foi objeto de uma análise criteriosa, com o intuito de aplicação ao beneficiário, mesmo existindo o risco de irreversibilidade.

A Constituição Federal de 1988, afirma em seu texto que os benefícios previdenciários têm o devido caráter alimentar, sendo inclusive, verbas que munem as necessidades, por isso, consequentemente, não devem ser devolvidas por motivo provisório das tutelas, por não terem um caráter permanente de igual modo a uma sentença.

Desta forma, mesmo que o Superior Tribunal de Justiça – STJ entenda que os valores devem ser devolvidos, deve-se observar o caráter alimentar no qual esse benefício concedido foi utilizado para o sustento do meio familiar do beneficiário, presumindo o princípio da dignidade da pessoa humana, acompanhada do princípio da irrepetibilidade que rege os benefícios previdenciários.

Referências

AGUIAR, Leonardo. **Direito Previdenciário**. 2. ed. Juiz de Fora: Instituto Lydio Machado.2017 (2017, PÁG. 25).

AGUIAR, Leonardo. Competência Jurisdicional em Matéria Previdenciária. In: AGUIAR, Leonardo. **Direito Previdenciário.** 2. ed. Juiz de Fora: Instituto Lydio Machado.2017 (2017, PÁG. 519).

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. (CONSTITUIÇÃO ART. 6º)

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 nov. 2019. (PROCESSO CIVIL ART.3º)

AGUIAR, Leonardo. Requisitos genéricos das prestações previdenciárias: qualidade de segurado e carência. In: AGUIAR, Leonardo. **Direito Previdenciário.** 2. ed. Juiz de Fora: Instituto Lydio Machado.2017 (2017, PÁG. 211).

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 nov. 2019 (PROCESSO CIVIL ART. 300)

AMADO. Frederico. **Direito e Processo Previdenciário**. 4. ed. Salvador.Jus Podivm. 2013 (2013, PÁG. 24)

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL ART. 100)

BRASIL. **Súmula 51 TNU**, de 30 de agosto de 2017. Disponível em https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=51&PHPSESSID=3g09li2s89jlaiuft6a2tav390 Acesso em: 06 jun. 2019.

TARTUCE. Fernanda. Doutora e Mestre em direito processual. Análise. **Revogação da Tutela Provisória em Demanda Previdenciária e Exigência de Devolução à Luz do**

Acesso à Justiça. In: Revista Magister de direito previdenciário, 49, p. 7 e 10, fev/mar 2019. Disponível em: http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2019/03/Revogação-de-tutela-provisória-em-demanda-previdenciária-e-exigência-de-devolução-à-luz-do-acesso-à-justiça.pdf . Acessado em: 04 de nov 2019 (ARTIGO)

TRF1. JEF1. AgR. Relator(a): Carlos Henrique Borlido Haddad, **Primeira Região**, julgado em 12/06/17, Processo Eletrônico DJe-175 Divulgado: 04/09/2015, Publicado: 10/01/2018. Disponível em: https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/index.xhtml. Acesso em: 04 de jun. 2019

TRF1. ACORDÃO. Agr. Relator: João Luiz de Sousa, **Primeira Região**, julgado em 02/08/2017, Processo eletrônico DJF1. Publicado em 16/08/2017. Disponivel em: https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/index.xhtml. Acessado: 11 de nov. 2019

TRF1. JEF1. AgR. Relator(a): Cristiana Pederzolli Rentzsch, **Primeira Região**, julgado em 12/06/17, Processo Eletrônico DJe-175 Divulgado: 21/03/2018, Publicado: 06/04/2018. Disponível em: https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/index.xhtml. Acessado em: 04 de jun. 2019

VELASCO, Carolina Carneiro; Curso de Direito. Análise. **Da Irrepetibilidade dos Benefícios Previdenciários por Incapacidade**. In: Repositório Institucional da Universidade Evangélica RDI-AEE Anápolis, Goiás, 2018, p. 42. (ARTIGO)

BERENICE. Maria Dias. Advogada e desembargadora aposentada. Análise. **Irrepetibilidade e retroatividade do encargo alimentar**. In: Site autoral Maria Berenice Dias. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_518)22__irrepetibilidade_e_retroatividade_do_encargo_alimentar.pdfAcesso em: 13 nov. 2019 (ARTIGO)

NEVES. Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado, artigo por artigo**. 2º.ed. Salvador. Jus podivm. 2017 (2017. P. 300)

SANTOS. Roberto de Carvalho. Advogado e Doutor. Análise. **A irrepetibilidade das verbas recebidas a título de benefício previdenciário na hipótese de eventual cassação dos efeitos da antecipação de tutela.** In: Migalhas. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI220272,51045-A+irrepetibilidade+das+verbas+recebidas+a+titulo+de+beneficio. Acessado em 4 nov. 2019 (ARTIGO)

FERREIRA. Carlos Wagner Dias Ferreira. Juiz Federal e Doutor e Mestre. Análise. **Desaposentação: necessidade de devolução à Previdência Social de valores recebidos.** In: Revista de Doutrina TRF4. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao051/Carlos_Ferreira.html. Acessado em 4 nov. 2019 (ARTIGO)

Superior Tribunal de Justiça – STJ, no julgamento do **REsp 1.369.832.** Disponivel em: https://www.inss.gov.br/beneficios/pensao-por-morte/ Acessado em 13 nov. 2019 (JULGADO)

9

O comprometimento do princípio da separação dos poderes em face da judicialização e do ativismo judicial

Pablo Henrique Gomes de Oliveira [1]
Raphael Moreira Maia [2]

Introdução

Atualmente, a regular e relevante interferência do Judiciário em questões afetas ao Legislativo e ao Executivo tem causado tensão entre os poderes. Neste contexto, a judicialização e o ativismo judicial são fenômenos cada vez mais evidentes no teor das decisões judiciais.

Ocorre que os ideais neoconstitucionalistas ocasionaram o fortalecimento do Poder Judiciário em detrimento dos Poderes Legislativo e Executivo, que passaram a ser taxados como incapazes de cumprir os seus propósitos constitucionais. Sob o argumento da ineficiência dos outros poderes, o Poder Judiciário passou a usurpar das funções típicas daqueles poderes, o que acabou por ocasionar um perigo à própria democracia.

Diante disso, o estudo do impacto da judicialização e do ativismo judicial na efetividade do princípio da separação dos poderes é um tema relevante e atual, pois avalia a efetividade de um princípio constitucional fundamental para preservação do Estado Democrático de Direito frente à atual posição que vem sendo adotada pelo Poder Judiciário.

---

[1] Advogado. Graduado em Direito pela Faminas-BH

[2] Doutorando em Direito pela PUC Minas. Mestre em Direito e Instituições Políticas. Professor de Direito Administrativo e Direito Constitucional na FAMINAS-BH.

Ademais, o tema revela-se útil no âmbito teórico e científico, visto que tem sido alvo de discussões, inclusive fora do âmbito jurídico, ante o teor de considerável parcela das decisões judiciais, que cuidam de questões tipicamente atribuídas ao Legislativo e ao Executivo.

Nesse contexto, considerando o debate sobre quais seriam os limites da função judicial, a problemática do tema em estudo consiste em responder a seguinte pergunta: A judicialização e o ativismo judicial comprometem a eficácia do Princípio da Separação dos Poderes?

A hipótese levantada a partir do referido problema é que esse princípio constitucional vem sendo comprometido em razão da judicialização e do ativismo judicial. Ademais, acredita-se que a solução para as falhas do Poder Executivo e Legislativo não está na transferência de suas funções para o Poder Judiciário. Tal fato representa um perigo à própria democracia, visto que coloca as funções de representantes eleitos pelo povo nas mãos de juízes não eleitos.

Deste modo, o objetivo geral do presente trabalho é analisar como a atuação do Poder Judiciário, por meio da judicialização e do ativismo judicial, tem interferido na efetividade do Princípio da Separação dos Poderes, ressaltando a importância da observância desse princípio pelos três poderes para preservação do Estado Democrático de Direito.

Por sua vez, os objetivos específicos consistem em: a) Relatar o desenvolvimento histórico e o conceito atual do Princípio da Separação dos Poderes; b) Relatar quais são as atribuições constitucionalmente atribuídas a cada poder pelo Princípio da Separação dos Poderes, ressaltando a importância dessa divisão para manutenção do Estado Democrático de Direito. c) Demonstrar como o Poder Judiciário tem se posicionado de forma invasiva à competência dos demais poderes, ressaltando a atual influência do ideal neconstitucionalista sobre a atuação judicial; d) Explicar a origem, os conceitos e as diferenças dos fenômenos atualmente conhecidos como Judicialização e Ativismo Judicial; e) Demonstrar como a Judicialização e o Ativismo Judicial configuram uma interferência do Poder Judiciário no exercício das funções dos outros poderes.

Por fim, menciona-se que para elaboração da presente pesquisa utilizou-se do método de pesquisa bibliográfico, visto que atualmente há um amplo arsenal de livros e artigos científicos referentes ao tema em estudo.

2. O princípio da separação dos poderes

2.1 breves apontamentos históricos e aspectos gerais do princípio da separação dos poderes

Sobre a necessidade de divisão dos poderes do Estado, já defendia Aristóteles em sua obra "A Política" que "em todo governo existem três poderes essenciais, o que delibera sobre os negócios do Estado, o que compreende todos os poderes necessários à ação do Estado e aquele que abrange os cargos de jurisdição" (LAGES, 2008). Assim, pode-se afirmar que "a divisão segundo o critério funcional (...) foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles (...)" (MORAES, 2017, p. 431).

Posteriormente, a teoria da separação dos poderes foi aperfeiçoada por John Locke, que também reconheceu três funções distintas, dentre as quais não se inseria a função jurisdicional. Sobre a divisão dos poderes idealizada por aquele filósofo, Rayssa Rodrigues Meneghetti esclarece:

> Para Locke, a organização ideal de poderes era a divisão entre Legislativo, Executivo e Federativo. Enquanto o primeiro era considerado o poder supremo, encarregado de elaborar as leis que regiam a vida em sociedade, o segundo deveria tratar de executar as normas. O Poder Federativo, por sua vez, cuidava apenas da relação entre Estados, enquanto o Judiciário não era considerado poder, mas mero atributo do Estado. (MENEGHETTI, 2018)

Contudo, a versão que melhor embasou a teoria da separação dos poderes foi a apresentada por Montesquieu, em sua obra "O espírito das leis", publicada em 1748, por meio da qual afirma a necessária divisão dos poderes do Estado entre Legislativo, Executivo e Judiciário. Segundo a professora Cintia Garabini Lages (2008), a teoria da separação dos poderes de Montesquieu, "ao chamar a atenção para o perigo de se concentrar em

um só órgão todos os poderes do Estado, afirmou que o mesmo deveria ser dividido em funções distintas atribuídas a órgãos estatais diversos, propondo uma separação de funções".

Assim, fundamentado principalmente na teoria trazida por Montesquieu em sua obra "Do espírito das Leis", o princípio da separação dos poderes preceitua a divisão das funções do Estado. Segundo Montesquieu, além da divisão das funções, seria preciso a instituição do chamado sistema de freios e contrapesos, que possibilitaria a interação e o controle recíproco entre os poderes. Nesse sentido, esclarece Lages:

> O sistema de freios e contrapesos apresenta-se como complemento natural e ao mesmo tempo garantidor da separação de poderes, possibilitando que cada poder, no exercício de competência própria, controle outro poder e seja pelo outro controlado, sem que haja impedimento do funcionamento alheiro ou mesmo invasão da sua área de atuação. (LAGES, 2008)

Portanto, pode-se concluir que o sistema de limitação do poder do Estado abrange, por um lado, o princípio da separação dos poderes, que distancia os poderes do Estado e, por outro lado, a doutrina dos freios e contrapesos, que impede o exercício ilimitado e arbitrário da função atribuída a cada poder. Dessa forma, conforme esclarece Barroso:

> O conteúdo nuclear e histórico do princípio da separação de Poderes pode ser descrito nos seguintes termos: as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos e devem existir mecanismos de controle recíproco entre eles, de modo a proteger os indivíduos contra o abuso potencial de um poder absoluto. (BARROSO, 2018, p. 211-212)

Desse modo, o referido princípio "tem função negativa, isto é, de divisão, controle e limitação do poder, bem como uma função positiva, qual seja, de atribuir de modo justo e adequado as tarefas, funções e responsabilidade entre os poderes" (CARICATI; GIUBLIN; TORRES; 2018, p. 341).

A separação dos poderes é um dos princípios mais importantes do constitucionalismo moderno, sendo inclusive uma das cláusulas pétreas previstas no rol do artigo 60, §4º, da Constituição Federal.

3. A crise institucional do estado brasileiro

Em conformidade com a ordem constitucional brasileira, que adotou o sistema de freios e contrapesos, os poderes do Estado devem interagir entre si. Entre os poderes deve existir harmonia e controle recíproco, o que ocorre nos seguintes exemplos citados por Dutra (2017, p. 123):

> a) a possibilidade do Presidente da República vetar projetos de leis elaborados pelo Poder Legislativo (art. 84, V);
> b) a competência do Presidente da República para nomear certos magistrados (art. 84, XVI);
> c) a possibilidade do Poder Judiciário declarar uma lei inconstitucional (arts. 97 e 102, I, a);
> d) o controle externo exercido pelo Congresso Nacional em face de atos praticados pelo Presidente da República (art. 49, I, II, III, IV, XIV);
> e) o Poder Legislativo aprovando ou não os magistrados indicados pelo Presidente da República (art. 52, III, a);
> f) o Poder Legislativo fiscalizando a atividade normativa do Presidente da República (art. 49, V);
> g) a possibilidade do Poder Legislativo rejeitar o veto do Presidente da República (art. 66, § 4º).

Contudo, deve haver cautela e bom senso de cada poder no exercício do controle dos atos dos demais poderes, a fim de que não ocorra usurpação da função alheia e conseqüente infração ao princípio da separação dos poderes. Nesse aspecto, observa Caricat, Giublin e Torres

> A legislação abarca várias hipóteses de controle de um poder sobre o outro, contudo, o que se vê na prática é o constante e invariável controle do Poder Judiciário sobre os demais poderes, sob a alegação da ineficiência legislativa e a crise do Poder Executivo, incapaz de adotar políticas públicas de defesa e proteção da coletividade. (CARICAT, GIUBLIN, et al, 2008, p.345)

Ocorre que nos últimos anos houve notável fortalecimento do Poder Judiciário em detrimento dos demais poderes. Com o passar do tempo esse

poder tornou-se protagonista porque "a sociedade demanda cada dia mais contra o Estado, em busca do Direito, que é a supremacia da lei e o respeito aos direitos fundamentais" (CARICAT, GIUBLIN, et al, 2008, p.346).

Pela teoria da separação dos poderes, uma vez demandado, o Judiciário deve se limitar a vontade soberana do povo, já expressa na lei. Contudo, com o surgimento da neoconstitucionalismo, vertente ideológica que exalta a Constituição, o Judiciário passou a agir com maior ousadia na interpretação da norma, chegando até mesmo a criar novos comandos normativos contrários à própria norma.

De acordo com Lopes Filho, Lobo e Cidrão, uma das características do neoconstitucionalismo é:

> uma maior judicialização da política e das relações sociais centrada no fortalecimento e ampliação da atuação do Poder Judiciário, que passa a assumir lugar de destaque na interpretação, aplicação e preservação das garantias e direitos fundamentais. Lopes Filho, Lobo, et al, 2018, p. 357)

Nesse aspecto, Limberger e Nogueira esclarecem:

> O neoconstitucionalismo, que busca, em suma, reforçar a aplicação das normas constitucionais, numa verdadeira concretização direta de seus dispositivos, surge, então, na atual quadra histórica, como uma saída ou uma porta de entrada para uma espécie de novo direito constitucional, e essa novidade causa sérios riscos ao sistema jurídico nacional. (LIMBERG E NOGUEIRA, 2017, p. 265)

A teoria neoconstitucionalista deu respaldo a possibilidade de se empregar a judicialização e o ativismo judicial, por meio dos quais o Judiciário usurpa das funções dos outros poderes sob a justificativa dessa invasão de competência ser necessária para defesa de direitos e garantias fundamentais previstos na constituição.

Os juristas defensores dessa nova corrente alegam que "o Direito tem sido excessivamente formal, incoerente e incompleto, deixando várias contradições e lacunas, por isso a necessidade de um Direito Paralelo"

(CARICAT, GIUBLIN, et al, 2008, p.351). Contudo, observa-se que na prática,

> o excesso de poder atribuído aos magistrados acabou por causar séria instabilidade social e insegurança jurídica, já que cada julgador passou a adotar seu posicionamento interpretativo frente ao caso concreto, sem se atentar à jurisprudência existente e, principalmente, desinteressado na obtenção de uniformização jurisprudencial. (CARICAT, GIUBLIN, et al, 2008, p.351)

Assim, a atual crise institucional do Brasil, de que trata o presente trabalho, consiste na desarmonia existente entre os poderes do Estado, reflexo do excessivo fortalecimento do Judiciário.

3.1 da judicialização e do ativismo judicial

A judicialização ocorre quando "questões relevantes do ponto de vista político social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário" (BARROSO, 2018, p. 443). Esse fenômeno tem lugar quando o Judiciário é acionado para solucionar uma demanda que não foi atendida pelo Poder Executivo ou Legislativo.

É o que ocorre nas causas que se enquadram na chamada "judicialização na saúde". Tais causas levam ao Poder Judiciário demandas relacionadas à saúde que foram negadas pelo Executivo. Por exemplo, quando um paciente tem indicação para utilizar um tratamento específico que não está disponível no SUS e o mesmo recorre ao Judiciário.

Contudo, ressalta-se que com a judicialização de políticas públicas os juízes muitas vezes decidem com vistas apenas ao caso concreto, desconsiderando a realidade do orçamento público e o impacto que aquela decisão trará para coletividade.

De acordo com o Ministério da Saúde, a judicialização da saúde tem consumido parcela significativa do orçamento do Governo Federal, dos estados e municípios, sendo que até setembro deste ano, apenas na esfera federal, foram destinados R$ 999,4 milhões para compra de

medicamentos exigidos em demandas judiciais (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2019). Ainda de acordo com aquele Ministério, entre 2009 e 2018, os gastos do Governo Federal para o cumprimento de decisões judiciais somaram R$ 6 bilhões.

Por sua vez, o ativismo judicial pode ser conceituado como "o ato em que os juízes criam pautas legislativas de comportamento, como se fossem os próprios membros do Poder Legislativo" (BULOS, 2018, p. 442).

De acordo com Luis Roberto Barroso (2018, p. 446-447), o ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada para qualificar a atuação da Suprema Corte durante um período de revolução em relação a inúmeras práticas políticas, conduzida pelo Judiciário. Segundo Barroso

> (...) a idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. Em muitas situações, nem sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.
> No Brasil, há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Dentre elas se incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador - como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município - como no de políticas públicas insuficientes, de que tem sido exemplo as decisões sobre direito à saúde. Todas essas hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do Direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio Direito. (BARROSO, 2018, p. 448)

Assim, enquanto a judicialização "é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro", o ativismo judicial "é uma atitude, a

escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance" (BARROSO, 2018, p. 448-449).

Nesse sentido,

> (...) a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial.

3.2 a questão da opinião pública

O Supremo Tribunal Federal (STF) vem tomando posição de destaque na mídia. Fato é que os brasileiros têm demonstrado maior interesse nas decisões proferidas por aquele tribunal, visto que muitas delas abordam questões relevantes do dia a dia dos cidadãos.

> Acompanhamos, minuto a minuto, os desdobramentos da "lava jato", a nomeação dos ministros, o processo de impeachment etc. Tudo isso por meio do protagonismo assumido pelo Supremo Tribunal Federal. Suas decisões tornam-se o verdadeiro foco das atenções.
> [...]
> As sessões de julgamento do Plenário são seguidas nos mais diversos veículos de comunicação, seja pelo rádio ou televisão, seja pelo YouTube ou mesmo o Twitter. (TRINDADE; ROSA. 2016)

Contudo, muitas dessas decisões contrariam a opinião da maioria, o que representa um risco à democracia, pois desconsideram a soberania da vontade popular. É preocupante ver debates históricos, como o aborto, serem decididos de maneira tão antidemocrática.

Como observa Carvalho e Magalhães (2018, p. 19), "apesar de o processo democrático ter possibilitado a criação de um tribunal constitucional poderoso, o poder judicial não se impõe sobre o Legislativo".

Como guardião da constituição, o STF deveria ser o primeiro a prezar pelo princípio da separação dos poderes. Entretanto, nos últimos anos,

aquele tribunal vem tendendo ao ativismo político, tornando-se a segunda opção para a criação de normas que não passam no Legislativo porque vão contra a vontade popular.

Assim, além de usurpar da função legislativa, o STF vem notoriamente desprezando a opinião pública.

4. O comprometimento do princípio da separação dos poderes em face da judicialização e do ativismo judicial

Por meio da judicialização e do ativismo judicial o Judiciário usurpa de poderes pertencentes tradicionalmente ao Legislativo e ao Executivo. Nesse sentido, Bulos (2018, p. 442) observa que o "ativismo judicial é uma ultrapassagem das linhas democráticas da função judiciária, pois o juiz desborda o núcleo essencial da jurisdição". Segundo aquele autor, por meio dessa prática "em vez de dizer o direito nos conflitos de interesses, passa a criar comandos normativos, via sentenças judiciais, indo muito além da criatividade natural que permeia o múnus judicante" (BULO, 2018, p. 442).

Desse modo, o Poder Judiciário têm expandido seu âmbito de atuação de maneira invasiva à competência dos demais poderes, o que representa um risco à própria democracia, visto que juízes não são agentes públicos eleitos pela vontade popular. Neste sentido, Lages ressalta que:

> Não há como se exigir do Poder Judiciário que, no exercício próprio da jurisdição, não interprete. Não há atividade de aplicação do direito sem a correspondente atividade interpretativa e produção normativa. Lado outro, a atividade interpretativa realizada pelo Poder Judiciário não pode levar à inovação do ordenamento jurídico, ao ativismo judicial, posto que prescinde tanto de um órgão representativo quanto de um devido processo legislativo como requisito de legitimidade. (LAGES, 2008)

Como demonstrado ao longo do trabalho, o impacto da invasão de competências entre os poderes vai muito além do âmbito teórico do princípio da separação dos poderes, já sendo possível notar prejuízos reais desse fato aos interesses da coletividade.

Conclusão

O princípio da separação dos poderes é um pilar da democracia e deve ser respeitado por aqueles que respondem por cada um dos três poderes.

A importância daquele princípio constitucional para a democracia justifica o receio de muitas pessoas diante da postura que vem sendo adotada pelo Poder Judiciário.

Por meio da judicialização e do ativismo judicial o Poder Judiciário acaba extrapolando a mera interpretação e aplicação das normas, tomando a função atribuída aos representantes eleitos do povo, de criar a norma, o que figura uma ameaça ao princípio da separação dos poderes e à própria ordem democrática. Desta forma, o que se verifica é que "o Judiciário está atuando como se Legislativo fosse, usurpando as funções do Poder Legislativo e causando o desequilíbrio dos freios e contrapesos (...)" (FIN DE FIGUIREDO; GIBRAN, 2016, p. 120).

Sob o argumento da ineficiência dos poderes Legislativo e Executivo, o Poder Judiciário passou a usurpar das funções típicas daqueles poderes. Contudo, como demonstrado ao longo do trabalho, a solução para as falhas do Poder Executivo e Legislativo não está na transferência de suas funções para o Poder Judiciário, o que acaba agravando o problema político vivenciado no Brasil, visto que coloca as funções de representantes eleitos pelo povo nas mãos de juízes não eleitos.

Diante de todo o exposto, como bem coloca Lages (2008), "o princípio da separação dos poderes apresenta-se hoje tão essencial à garantia das liberdades individuais, quanto há duzentos anos, e não pode ser suplantado, ainda que por um bom motivo".

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Anuario Iberoamericano de Justiça Constitucional. Num. 13. – Madrid: 2009. Disponível em: <file:///C:/Users/m13525035/Downloads/Dialnet-JudicializacaoAtivismoJudicialELegitimidadeDemocra-5124286.pdf>; Acesso em: 15 de abril de 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARICATI, Fabiana Baptista Silva; GIUBLIN, Priscila; LIMA TORRES, Rafael. **A Separação dos Poderes e a Liberdade Jurisdicional.** Revista Percurso, Curitiba, v. 3, n.26, p.337 – 358, 2018.

CARVALHO NETO, Ernani Rodrigues de; MAGALHÃES BRASILEIRO, Rebecca Bianca de Melo. **Opinião pública e fortalecimento do Judiciário: desvendando a transparência no Supremo Tribunal Federal.** Artigo da Associação Brasileira de Ciência Política. 2018. Disponível em: <https://cienciapolitica.org.br/system/files/documentos/eventos/2019/05/opiniao-publica-e-fortalecimento-judiciario-desvendando.pdf>. Acesso em: 10 de nov. de 2019.

DUTRA, Luciano. **Direito constitucional essencial.** 3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

FIN DE FIGUEIREDO, Eduardo; GIBRAN, Sandro Mansur. **O ativismo judicial, o princípio da separação dos poderes e a idéia de democracia.** Revista Percurso, v. 16, n. 1, p. 104-124, 2016.

LAGES, Cintia Garabini. **Separação dos Poderes: Tensão e Harmonia.** Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 58, out. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5223>. Acesso em: 27 mai. 2019.

LIMBERGUER, Têmis; NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **Neoconsticionalismo: o alicerce do ativismo judicial brasileiro.** Revista Direito e Liberdade, v. 19, n. 1, p. 263-289, jan./abr. 2017. Disponível em: < http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/1064-3689-1-pb.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2019.

LOPES FILHO, Juraci Mourão; LOBO, Julio César Matias; CIDRÃO, Taís Vasconcelos. **O positivismo jurídico foi superado no neoconstitucionalismo?** Revista de Estudos

Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 10, n. 3, p. 348-361, set./dez. 2018.

MENEGHETTI, Rayssa Rodrigues. **Uma análise dos princípios da separação dos poderes e da democracia à luz do neoconstitucionalismo.** In Judicialização e Direitos Fundamentais. MARTINS, Thiago Penido; MAGALHÃES, Rodrigo de Almeida; SAMPAIO JÚNIOR, Rodolfo Barreto (Orgs.). Volume 3. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Ministro da saúde debate o direito a saúde pública em vitória.** 2019. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/45804-ministro-da-saude-debate-o-direito-a-saude-publica-em-vitoria>; Acesso em: 11 nov. 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 33. ed. rev. e alual. São Paulo: Atlas, 2017.

TRINDADE, André Karam; ROSA, Alexandre Morais da; **Protagonismo do STF, a mídia e o cotidiano da população brasileira.** Revista Consultor Jurídico. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2016-mai-21/diario-classe-protagonismo-stf-midia-cotidiano-populacao-brasileira>. Acesso em: 26 de nov. de 2019

10

A decisão do STF no *habeas corpus* 126.292 e a quebra da cadeia do romance conforme a teoria do direito como integridade de Dworkin

Bernardo Schmidt Penna [•]
Flávio Quinaud Pedron [••]

1. Introdução

Ronald Dworkin, é um jusfilósofo norte-americano, que assume em sua construção teórica a função de propor uma melhor teoria para o Direito, denominando-a de Teoria do Direito como Integridade. Um traço fundamental em sua proposta é abrir a autocompreensão jurídica para uma proposta não arquimediana;[1] com isso, assume uma perspectiva hermenêutica do direito próxima do *giro hermenêutico* de Heiddeger e de

[•] Doutorando em Direito pela FADISP. Mestre em Direito pela UNINCOR.Professor da Faculdades Integradas de Cacoal – UNESC. Advogado.

[••] Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Professor Adjunto do Mestrado em Direito e da Graduação da Faculdade Guanambi (Bahia). Professor Adjunto da PUC-Minas (Graduação e Pós-graduação). Professor Adjunto do IBMEC. Editor-Chefe da Revista de Direito da Faculdade Guanambi. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional (ABDPC). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Membro da Rede Brasileira de Direito e Literatura (RDL). Advogado. E-mail: flavio@tcpadvocacia.com.br

[1] Dworkin (*A Justiça de Toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010., p.208; Hart's Postscript and the character of Political Philosophy. *Oxford Journal of Legal Studies*. Oxford: Oxford University. v. 24. n. 1. 2004. p.1-37., p.02) chama de arquimedianismo (*archimedeanism*) as leituras que buscam separar de maneira rígida o Direito da política e da moral. O argumento central e geral parte da afirmação da possibilidade de se vislumbrar uma metateoria capaz de explicar a prática específica que os arquimedianos estudam. Assim, em um nível, ter-se-iam as discussões sobre se algo ou uma ideia pode ser certo/errado, legal/ilegal, verdadeiro/falso, belo/feio; e, em outro nível mais elevado, o debate conduziria à definição desses conceitos e categorias, isto é, as discussões versariam sobre o que seria a beleza, a verdade, o justo etc.

Gadamer.[2]Assim é extremamente natural que ele faça empreso de *metáforas* e de figuras de linguagem, buscando aproximar a hermenêutica jurídica da hermenêutica geral, principalmente a partir de exemplo tirados da Literatura.[3]

Dessa forma, na obra "Uma questão de princípio", Ronald Dworkin indaga, pela primeira vez, sobre a maneira como o Direito se assemelha à literatura. Dentro desta temática (Direito e literatura) pode-se analisar a relação entre estes de duas maneiras: o Direito *na* literatura, por meio das narrativas literárias que abarquem temas do Direito em seu bojo; ou ainda o Direito *como* literatura em que o fenômeno jurídico é analisado na forma de uma narrativa. É nesse segundo aspecto que se enquadra a metáfora do Romance em Cadeia (*chain novel*) proposta por Dworkin para tratar da interpretação jurídica, de uma proposta de compreensão dos precedentes judiciais e da solução dos chamados 'casos difíceis'. Propõe o autor que o intérprete/aplicador se comporte como um dos escritores de um romance em sequência, respeitando o que já fora escrito anteriormente como construção da obra.[4]

Essa cadeia sucessiva deve ser respeitada pelo intérprete/aplicador e, via de consequência, pelo próprio tribunal. Ocorre que, por diversas vezes, intérpretes e tribunais quebram a cadeia do romance que deveriam se manter "escrevendo". Essa quebra pode se dar, muitas vezes, em razão do estabelecimento de uma decisão que se mostra como um "erro institucional"; demandando que o próprio Direito a reconheça como tal e a elimine do sistema jurídico e da cadeira de decisões do passado.

Foi o que aconteceu com o julgamento, no STF, do *habeas corpus* 126.292/SP, que permitiu a execução da pena antes do trânsito em julgado

---

[2] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*: Fundamentos de uma hermenêutica filosófica. 7 ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, Vozes, 2005.

[3] A utilização da Literatura como recurso didático, em Dworkin, segue o mesmo padrão que em Gadamer. Ambos promovem uma defesa da ideia de que a Hermenêutica não pode ser reduzida a uma dimensão instrumental, sendo, portanto, ontológica. Além disso, isso revela uma adesão a uma crítica ao Positivismo (geral ou Jurídico), que desvaloriza as práticas estéticas por entender que nelas impera um subjetivismo impossível de se alcançar a verdade. A solução deles é apresentar uma modalidade de interpretação construtiva, que unifica interpretação e criação, através da noção de Gadamer de *applicatio*.

[4]PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional e crise do positivismo jurídico.* Belo Horizonte: Arraes, 2012.

da sentença, ao contrário do firme posicionamento ostentado há anos pela Corte.

O presente estudo busca mostrar como a nova interpretação acerca da possibilidade de execução da pena de prisão após julgamento em segunda instância contrariou entendimento consolidado no Tribunal, funcionando como verdadeira quebra da cadeia que vinha sendo construída e respeitada, podendo, inclusive, gerar um clima de insegurança e desrespeitando garantia constitucional fundamental para a configuração e compreensão adequada do que seja o princípio constitucional processual da inocência.

2. O romance em cadeia de Dworkin

Uma vez que Dworkin levou sua vida intelectual para combater teorias equivocadas do direito, como o caso do Positivismo Jurídico ou do Realismo Jurídico,[5] como um bom gadameriano,[6] recusou-se a lançar mão de propostas metodológicas para explicar sua teoria. Ao invés disso, vai investir em *metáforas* que trazem modos exemplares de posturas e de comportamentos.

Uma dessas metáforas, descrita em mais de uma obra de Dworkin, mas pormenorizada e melhor desenvolvida em "Uma Questão de Princípio",[7] tem estrita ligação com a forma como Dworkin concerne a

[5] Para mais críticas sobre ambas as tradições jurídicas remetemos o leitor à obra: DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

[6]Gadamer.*Verdade e Método*: Fundamentos de uma hermenêutica filosófica. 7 ed. Tradução de Enio Paulo Giachini.Petrópolis, Vozes, 2005.

[7] "Suppose that a group of novelists is engaged for a particular project and that they draw lots to determine the order of play. The lowest number writes the opening chapter of a novel, which he or she then sends to the next number, who adds a chapter, with the understanding that he is adding a chapter to that novel rather than beginning a new one, and then sends the two chapters to the next number, and so on. Now every novelist but the first has the dual responsibilities of interpreting and creating because each must read all that has gone before in order to establish, in the interpretivist sense, what the novel so far created is. He or she must decide what the characters are "really" like; what motives guide then; what the point or theme of the developing novel is; how far some literary device or figure, consciously or unconsciously used, contributes to these, and whether it should be extended or refined or trimmed or dropped in order to send the novel further in one direction rather than another. This must be interpretation in a non-intention-bound style because, at least for all novelists after the second, there is no single author whose intentions any interpreter can, by the rules of the project, regard as decisive" (DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 158).

interpretação jurídica. Isso porque o jurista norte-americano defende que os verdadeiros problemas da teoria jurídica não são problemas acerca de divergências fáticas do direito, mas sim problemas de divergência teórica ocasionados por questões interpretativas.[8]Por isso mesmo, Dworkin concluirá que a verdadeira divergência sobre o direito é de cunho teórico, e que, para compreendê-la, os participantes da prática jurídica, devem antes, ser capazes de assumir uma *atitude interpretativa*.[9] Em tal situação, os participantes do debate são levados a pensar sobre as melhores interpretações[10] de uma prática ou de uma tradição, voltando-se para uma compreensão que é, em si, dinâmica e histórica.

---

[8] Dworkin (DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. Tradução de Jefferon Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p.16) afirma que a controvérsia semântica se sustenta no fato de que as pessoas analisam a questão reduzindo-a a um critério menos abstrato, que se apoia em uma estrutura física ou biológica. A dúvida que se poderia ter diante de um tigre ou de outro felino, por exemplo, dirá Dworkin, poderia ser solucionada por meio da coleta e análise do DNA do espécime. Se, de fato, o exame identificasse que o DNA desse animal corresponde ao DNA já conhecido cientificamente de um tigre, o sujeito poderia, seguramente, afirmar que se trata de tal animal. Todavia, a grande maioria das pessoas desconhece tal critério, até mesmo por ser muito técnico e somente estar disponível a um número bem restrito de cientistas. Desse modo, essas pessoas poderiam utilizar outro critério (mais geral) para definir um tigre: poderiam dizer que um tigre "é uma fera muito grande, perigosa e listrada que pode ser encontrada tanto em zoológicos quanto na selva" (DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. Tradução de Jefferon Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p.16-17). Mesmo ao lado dos cientistas que conhecem o critério biológico do DNA, essas pessoas seriam capazes de afirmar quantos tigres haveria em uma jaula. O critério científico apenas parece afirmar que se "descobriu uma verdadeira essência" de algo. Todavia, essa via empírica é absolutamente sem sentido e inaplicável aos conceitos oriundos das Ciências Humanas e Ciências Sociais aplicadas. No campo da literatura, por exemplo, o critério biológico é inútil para a interpretação do poema The Tyger, de William Blake.

[9] DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.56-57. Guest (GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.18) lembra que muitos irão criticar Dworkin justamente pela falta de um maior detalhamento acerca de sua abordagem, alegando que o autor carece de uma metodologia. Todavia, é esse mesmo o propósito do jurista norte-americano. Em momento algum, ele se prestará a cair na tentação de desenvolver algo do tipo, pois é ciente da crítica de Gadamer ao método. Ao invés disso, apostará em uma abordagem intuitiva e prática, mais concernente a uma mudança de postura que deve ser operada do que a um conjunto de regras que devem ser seguidas.

[10] "Tudo está contido na ideia de 'melhor', e isso pode parecer a algumas pessoas como um convite à dúvida. Mas isso seria errado. Trata-se simplesmente do fato de que nós entendemos o que são interpretações ruins ('*Hamlet* é uma peça sobre maneiras cortesãs', por exemplo, ou 'A Quinta Sinfonia de Beethoven consiste de algumas notas boas e despretensiosas, mas não muito mais do que isso'), e que boas interpretações devem ser preferidas a interpretações desse tipo. Uma objeção comum é aquela segundo a qual algumas vezes nós devemos tentar colocar as coisas não sob sua melhor luz, mas sob uma luz pior, ou até mesmo sob a pior das luzes. Algumas vezes nós podemos pensar que a forma sensível de retratar algo é pintar o seu pior retrato possível. Mas não há nada na ideia da melhor interpretação da ascensão de Adolf Hitler, por exemplo, que nos obrigue a mostrá-lo como moralmente bom. Pintar o melhor retrato possível dele é compatível com mostrá-lo como o pior monstro possível. No sentido exigido de 'melhor', a melhor interpretação de Hitler não seria atingida pela supressão de fatos, ou por só enxergar os eventos a partir de seu ponto de vista, ou por restringir a interpretação apenas aos materiais históricos dos arquivos de seus funcionários" (GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.32, grifo no original).

No campo do direito, cabe, desde já, uma ressalva: Guest[11] identifica, na ideia de melhor interpretação do direito, uma dimensão de *moralidade*, o que, em Dworkin, significa exatamente o dever de tratar a todos com igual consideração e respeito. Além disso, a estratégia de Dworkin é levar em conta que a atividade interpretativa exige a assunção de uma perspectiva *interna* – o olhar do participante – das práticas jurídicas, afastando a ideia positivista de um observador neutro.

É a partir de tais premissas que a metáfora do "Romance em Cadeia" pode assim ser descrita: um grupo de romancistas é contratado para um projeto que consiste na elaboração de um romance. Um deles, escolhido aleatoriamente, escreverá o primeiro capítulo, o próximo acrescentará outro, sem recomeçar o romance e repassará ao seguinte e assim por diante. Com isso, cada romancista tem que interpretar e criar, através de um esforço comum, o mesmo e o melhor romance que puderem; sem ter a liberdade de inventar. Deve ler tudo que já foi escrito e interpretar de modo a continuar a obra da melhor maneira possível. Interpretar corretamente é diferente de começar um novo romance (ou transformar o romance que deveriam escrever em um conjunto de contos desconexos).

Os juízes-romancistas também não devem se subordinar à intenção, já que o Direito é uma obra continuada. O Direito, assim, é compreendido como uma narrativa histórica. A atividade não é totalmente livre nem totalmente limitada. Devem ser analisadas questões como: personagens, trama, gênero, tema e objetivo. Vale transcrever o comentário de Guest sobre a metáfora criada por Dworkin:

> *A ideia de romance em cadeia de Dworkin é muito útil. Vários romancistas juntam-se com a proposta de escrever, cada um deles, um capítulo de um livro em coautoria. (...) Está claro que haverá certas limitações de "ajuste"*[12] *ao autor do segundo capítulo, e que essas limitações tenderão a aumentar para os*

[11] GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

[12] "É muito importante apreciar que, para Dworkin, a questão do "ajuste" *é uma questão interpretativa em si mesma.(...)*Onde, na ausência de "ajuste", há uma âncora que forneça estabilidade ao argumento? Segundo Dworkin, nossos julgamentos devem "ajustar-se" às práticas institucionais não apenas porque devemos supor que nossa comunidade fala com uma só voz, mas porque essa voz também fala de uma maneira "embasada em princípio." GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução Luis Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 53, 58-59.

> *autores subsequentes. (...) Essas limitações serão coisas como os nomes dos personagens ("Cristine", no primeiro capítulo, não pode, sem que nenhuma razão seja oferecida, ter o nome de "Thug" no segundo capítulo, por exemplo), a linguagem (seria loucura se o primeiro capítulo fosse em inglês e o segundo em sânscrito), e enredo (imagine se não houvesse explicações lógicas para alterações de lugar, tempo e comportamento de qualquer um dos personagens).*[13]

Carlos MaríaCárcova penetra nos limites da liberdade de criação do intérprete e seus deveres verificados e descritos por Dworkin nesta metáfora, consignando que:

> *[...] su libertad creativa de intérprete, resulta así acostada porque no puede ignorar el entretejido lógico-argumentativo que lo precede, ni dejar de hacerse cargo – al menos emalgum sentido- del que lo sucederá. El deber del Juez será el de interpretar La historia que encuentra, que es dada a su intervención y no invertar (se) uma historia mejor.*[14]

Essa ideia deixa claro o compromisso com a integridade e sua dimensão de *adequação* (*fit*). E mais, a assunção por Dworkin de uma postura interpretativa construtiva (mas que não prescinde de uma dimensão crítica), já explicita o fato de que a decisão de um caso produz um "acréscimo" em uma determinada tradição, não sendo apenas uma repetição da mesma.[15] Logo, cada magistrado, assim como cada romancista, tem, ao mesmo tempo, a função de intérprete e de criador. Além disso, Dworkin levanta uma *hipótese estética*, segundo a qual a interpretação não visa a busca por uma descrição livre de valores, nem a descoberta da intenção do autor, mas tornar o que se interpreta o melhor possível.[16]

No caso do direito, o magistrado não pode, portanto, descuidar-se do caso pendente de julgamento; deve tratar todos os casos que lhe são apresentados como um *hard cases* e comprometer-se em uma empreitada para

---

[13] GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução Luis Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 52.

[14] CÁRCOVA, Carlos María. *Derecho y Narración. In.:* TRINDADE, André Karan *et al* (orgs). *Direito e Literatura – ensaios críticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 14.

[15] PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional e crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

[16] CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Ronald Dworkin: De que maneira o direito se assemelha à literatura? *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 10, n. 19, 1. sem. 2007. p. 94.

solucioná-lo à luz da integridade do Direito. Isso impõe a ele a exigência de não levar em consideração apenas a sua própria perspectiva, mas sim, fundamentar suas decisões naquilo que designará por *moralidade política*, que, como já explicado anteriormente, levanta as exigências de que todos sejam tratados com igual respeito e consideração.

A atividade jurisdicional, então, é sempre uma atividade que se processa a partir da compreensão, identificação e aplicação de *princípios jurídicos*.[17] Estes, por sua vez, não nascem do nada, nem são criados pelo Judiciário; eles estão assentados nas práticas já fixadas pela comunidade e incorporados pela própria Constituição.

3. Interpretação e decisão a partir da cadeia do romance

Para Dworkin, o Direito é uma questão de interpretação. Logo, deve-se estudar a interpretação como um modo de conhecimento, afinal é o que levante como exigência a hermenêutica gadameriana, sendo a hermenêutica parte da filosofia.

A interpretação deve ser *construtiva* e, para tanto, levar em com a história jurídica institucional.[18] É por isso que:

> *As proposições de Direito não são meras descrições da história jurídica, nem são simplesmente valorativas. São interpretativas da história jurídica, combinando tanto elementos de descrição quanto de valoração.*[19]

O dever do juiz é interpretar a história jurídica institucional que encontra, não lhe sendo permitido inventar uma melhor. Não há fórmula para decidir a melhor interpretação, mas ela necessariamente deve obedecer aos critérios de integridade e de coerência. Quanto ao que Dworkin considera "Coerência" e "Integridade", vale a lição de Francisco Motta, vazada nos seguintes termos:

---

[17] THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Novo CPC - Fundamentos e sistematização*. 3ª ed. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2016.

[18] PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional e crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

[19] DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

> *[...] o governo deve ter uma só voz e agir de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos para estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade.*[20]

Ainda no tocante à Coerência, temos com LênioStreck e Georges Abboud que afirmam que:

> *[...] haverá coerência se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos. A coerência assegura a igualdade. Coerência significa igualdade de apreciação do caso e igualdade de tratamento".*[21]

Quanto à integridade, Rafael Tomaz de Oliveira sustenta que se trata de um "compromisso das autoridades públicas de tratar os particulares de maneira consistente com princípios de moralidade política plasmados em instituições da comunidade, como o são a Constituição, as leis e os precedentes";[22] ou ainda, conforme LênioStreck e Georges Abboud, um "entrelaçamento entre a legalidade e a constitucionalidade".[23] Ao tratar da integridade, Streck e Abboud complementam ainda que:

> *Já a integridade é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, através dessas comunidades de*

[20] MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério – uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial.* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.52.

[21] STRECK, Lênio; ABBOUD, George. *O Que é Isto – o precedente judicial e a súmula vinculante?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p.117-118.

[22] OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio – a hermenêutica e a (in) determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 179

[23] STRECK, Lênio; ABBOUD, George. *O Que é Isto – o precedente judicial e a súmula vinculante?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p.146.

> *princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é antitética ao voluntarismo, ao ativismo e da discricionariedade.*[24]

Para Motta,[25]a força motriz de Dworkin é trabalhar o dever dos juízes enquanto juízes; dever de elaborar uma teoria coerente e que não desconsidere a complexidade normativa do Direito, justificadas principiologicamente e consideradas como acertos do ponto de vista constitucional.

Dworkin ainda chega a subdividir a coerência em 'coerência de estratégia' e 'coerência de princípio',[26] considerando a primeira como preocupação para todos os que participem da criação do direito. Segundo ele, novas regras devem se ajustar suficientemente bem às regras estabelecidas por outros, ou que venham a ser estabelecidas no futuro, visando a um conjunto que torne a situação melhor.

Já a 'coerência de princípio':

> *Exige que os diversos padrões que regem o uso estatal da coerção contra os cidadãos seja coerente no sentido de expressarem uma visão única e abrangente da justiça. Um juiz que vise à coerência de princípio se preocuparia (...) com os princípios que seria preciso compreender para justificar leis e precedentes do passado.*[27]

Para Abboud, Carnio e Oliveira, nesta ordem de idéias, "uma decisão judicial estará justificada não apenas quando respeita a equidade dos procedimentos, senão quando respeita a coerência de princípios que compõem a integridade moral da comunidade".[28]Dessa forma, levando-se também em conta as idéias de princípio, pode-se concluir, com Streck e Abboud, que:

---

[24] STRECK, Lênio; ABBOUD, Georges. *O Que é Isto – o precedente judicial e a súmula vinculante?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015 p. 117.

[25] MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério – uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial.* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 84.

[26] DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 162.

[27] Id., ibid., p. 163-164.

[28] ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à Teoria e à filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 393.

> *A coerência e a integridade deslocam seu âmbito de solução para a "consciência histórica". A integridade é virtude política a ser adotada por uma autêntica comunidade de princípios e se expressa pela coerência principiológica na lei e jurisprudência. (...) A ideia nuclear da coerência e da integridade é a concretização da igualdade, que, por sua vez, está justificada a partir de uma determinada concepção de dignidade humana.*[29]

Importante a colocação de Marcelo Cattoni, ampliando ainda mais o acima explicitado e conferindo nova dimensão ao tema:

> *A metáfora do romance em cadeia ilustra exatamente todo um processo de aprendizado social subjacente ao Direito compreendido como prática social interpretativa e argumentativa, um processo capaz de corrigir a si mesmo e que se dá ao longo de uma história institucional, reconstruída de forma reflexiva à luz dos princípios jurídicos de moralidade política, que dão sentido a essa história.*[30]

Ensinam Abboud, Carnio e Oliveira, analisando os escritos de Dworkin quanto à decisão, que:

> *De Dworkin retira-se os elementos necessários para compor os padrões mínimos que devem estar presentes em toda decisão. Esses padrões compõem algo que pode ser nomeado como história institucional do direito e têm nos princípios os marcos definidores de seu caminho.*[31]

4. O princípio da presunção de inocência

Já tivemos a oportunidade de asseverar que foi Ronald Dworkin "um dos que melhor desenvolveram o estudo sobre o princípio, seja para

---

[29] STRECK, Lênio; ABBOUD, Georges. *O Que é Isto – o precedente judicial e a súmula vinculante?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 119.

[30] CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Ronald Dworkin: de que maneira o Direito se assemelha à literatura?* In TRINDADE, André Karan *et al* (orgs). *Direito e Literatura – ensaios críticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 24. (21-37).

[31] ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à Teoria e à filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 396.

identificá-lo, defini-lo, posicioná-lo ou demonstrá-lo."[32]No entendimento de Dworkin, princípios são virtudes e essa ideia aponta para um conjunto de princípios que estão presentes em toda interpretação do direito e, mesmo não estando inscritos na própria comunidade política como valores, implicam um comprometimento com as decisões tomadas e com os próprios princípios.[33]

Rafael Tomaz de Oliveira, analisando a idéia de princípio e interpretação em Dworkin, anota que:

> *É a lida cotidiana dos tribunais, imersos num contexto remissional de significados históricos contundentes que constrói o significado do conceito de princípios. (...) Os princípios não são padrões de condutas reconhecidos por terem sido expedidos por decisões das autoridades instituídas no passado, mas fazem parte do contexto moral e político que atravessa uma determinada comunidade.*[34]

Vale o registro da observação de Paulo Bonavides, acrescentando que "os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo".[35]

O princípio da presunção de inocência vem esculpido no texto constituicional, especificamente no artigo 5º, inciso LXI, *verbis*:

> ***Art. 5º*** *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*
> ***LXI*** *- ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;*

---

[32] PENNA, Bernardo Schmidt. *Levando o Princípio a Sério – Uma análise do Princípio em Ronald Dworkin e seu uso indiscriminado no Brasil*. Revista de Direito Privado. Vol 71. Ano 17. P-51-76. São Paulo: RT, novembro. 2016, p. 57.

[33] STRECK, Lênio. *O Panprincipiologismo e o Problema da Fragilidade da Discussão da Teoria da Norma em* Terrae-Brasilis. *Juris Poiesis*. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá. Ano 15, n. 15, 2012, p. 348.

[34] OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio – a hermenêutica e a (in) determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 171-8.

[35] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 263.

Na legislação infraconstitucional, consta no artigo 283 do Código de Processo Penal, que se apresenta com essa redação:

> ***Art. 283.*** *Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.*

Vale-se nesta oportunidade da lição de Guilherme de Souza Nucci, que, ao analisar o princípio em tela, ensina que:

> *Princípio da presunção de inocência, conhecido igualmente, como principio do estado de inocência (ou da não culpabilidade), significa que todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com transito em julgado. Tem por objetivo garantir, primordialmente, que o ônus da prova cabe á acusação e não á defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado – acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado juiz a culpa do réu.*[36]

Definitivamente, impossível não se considerar a presunção de inocência como um princípio constitucional processual e, dessa forma, dotado de caráter deontológico, não podendo ser negada sua aplicação.

4.1 A posição antes consolidada do STF

É possível demonstrar a última posição do STF acerca da presunção de inocência e do momento em que deve se iniciar a execução da pena, considerada por muitos como sólida, através da apresentação de julgados recentes em sede de *habeas corpus*. Assim fez inclusive em seu voto o Ministro Relator no HC que serve de tema a esse estudo.

O finado Min.TeoriZavascky expôs que, em 2009, o Supremo Tribunal Federal reviu o posicionamento dominante na década anterior, que

[36] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal***,** 5 ed. ver., atual. E ampla. 2. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 81.

permitia a execução da pena a partir da condenação em segunda instância, como, a título de exemplo, fundamentou-se o HC 91.675 (Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 7/12/2007), *verbis*:

> *HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NÃO-CONFIGURAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo. (...) 3. Habeas corpus denegado.*

Foi, portanto, por ocasião do julgamento do HC 84.078/MG,[37] "realizado em 5/2/2009, oportunidade em que, por sete votos a quatro,

[37] HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional , o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante viola[art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52]ção do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar

assentou-se que o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação".[38]

4.2 Julgados do STF sobre o tema depois da quebra da cadeia

É possível se verificar que a posição consolidada pelo STF anteriormente, voltou a ser utilizada em sede de *habeas corpus*, como no excerto extraído do julgamento do HC de número 135.711/SP:

> *(...) Isso porque a detenção de alguém, antes do trânsito em julgado de uma sentença condenatória, reveste-se de caráter excepcional, sendo regra – nos países civilizados - a preservação da liberdade de ir e vir das pessoas. Assim, afigura-se inadmissível que a finalidade da custódia cautelar, qualquer que seja a modalidade (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia ou prisão em razão de sentença penal condenatória recorrível) seja deturpada a ponto de configurar uma antecipação do cumprimento de pena.*
> *Se, por um lado, o princípio constitucional da presunção de inocência não resta malferido diante da previsão, em nosso ordenamento jurídico, das prisões cautelares, desde que observados os requisitos legais, por outro, não permite que o Estado trate como culpado aquele que não sofreu condenação penal transitada em julgado, sobretudo sem qualquer motivação idônea para restringir antecipadamente sua liberdade.*
> *Como se vê, a subtração antecipada desse direito fundamental somente é lícita se estiver arrimada em bases empíricas concretas. Inexiste, insista-se, em nossos sistema legal, a prisão automática.*
> *A custódia antes da condenação transitada em julgado, como se sabe, apenas é autorizada se demonstrada a sua real necessidade com a satisfação dos*

quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (STF - HC: 84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048)

[38] *In* http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp. consulta em 09/05/2017.

pressupostos a que se refere o art. 312 do Código de Processo Penal, não bastando, frise-se, a mera explicitação literal de tais condicionantes.

4.3 A decisão que quebrou a cadeia

Foi em fevereiro de 2016 que o Supremo Tribunal Federal, provocou a mudança deste sedimentado entendimento daquela corte, por ocasião do julgamento do *habeas corpus* de número 126.292, oriundo de São Paulo. Um verdadeiro cavalo de pau na consolidada jurisprudência acerca do tema.

Do relatório exarado pelo Min.Teori Zavascki, responsável por relatar o *habeas corpus* em comento, consta, em linhas gerais, que se cuidou de julgamento de *writ* impetrado em virtude do fato do paciente condenado no HC 313.021/SP, ter permanecido preso, com *habeas Corpus* negado nas demais instâncias, inclusive o STJ, sem que sua sentença condenatória tenha transitado em julgado.

A alegação era de que a manutenção da prisão sem o devido trânsito em julgado violaria a jurisprudência do próprio STF. O caso foi levado a julgamento pelo plenário em que deveria ser confirmado o ataque à jurisprudência consolidada ou que esta deveria ser revista, levando-se a permitir a execução definitiva da pena desde a sentença de segunda instância.O julgamento em tela gerou a ementa abaixo:

> ***HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO. RELATOR : MIN. TEORI ZAVASCKI. PACTE.(S) :****MARCIO RODRIGUES DANTAS* ***IMPTE.(S):****MARIA CLAUDIA DE SEIXAS.* ***COATOR (A/S) (ES):****RELATOR DO HC Nº 313.021 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA*
>
> *EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.*
>
> *A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. A C Ó R D Ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do*

> *Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, em denegar a ordem, com a consequente revogação da liminar, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente). Falou, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República. Brasília, 17 de fevereiro de 2016.*

Dessa forma, restou desconsiderada a firme jurisprudência da Corte Suprema, passando a vigorar o novo e, ao nosso viso inconstitucional, entendimento.

Nota-se que, por conseguinte que a proposta de interpretação de Dworkin foi absolutamente desconsiderada.

5. Da possibilidade e do meio para alteração de posição

É evidente, por outro lado que um tribunal não tem a obrigação de se manter firme e rígido em posicionamentos outrora adotados. É possível, e em muitos casos até mesmo louvável, que se revejam posicionamentos. Mas há uma forma adequada para tanto.

O posicionamento anteriormente consolidado pelo tribunal, com evidente matriz constitucional, até poderia ser alterado, acaso se deseje esgarçar um entendimento cristalino e, por que não dizer, em evidente consonância com o princípio da presunção de inocência, escancarado na Constituição da República de 1988.

Resta claro que tal expediente não pode se dar na forma como ocorreu na decisão em comento. LênioStreck chama a atenção que tal fato não poderia se dar da forma "simples" como aconteceu e sim por meio de *overruling,*[39] indicando o tribunal que pretende mudar seu entendimento e com que prognose o faz.[40]Nessa ordem de ideias, o *overrrulling*poderia até

[39] "*overrulling*quer dizer: o caso "provocador" deve ser um "caso" que tenha o condão de provocar essa reviravolta." http://www.conjur.com.br/2016-set-01/senso-incomum-stf-curvara-cf-lei-presuncao-inocencia. consulta em 01-09-2016.

[40]http://www.conjur.com.br/2016-set-01/senso-incomum-stf-curvara-cf-lei-presuncao-inocencia. consulta em 01-09-2016.

mesmo funcionar não como uma quebra da cadeia do romance, mas uma alteração extremamente fundamentada e argumentada e que, de outra banda, significaria uma continuação do romance, mas com alguma alteração permitida, dado seu grau de fundamentação e argumentação.

Vale reiterar que, além de não ter sido esse o procedimento adotado, o próprio STF, após essa "alteração" no entendimento, chegou a proferir decisões consagrando novamente o princípio da presunção de inocência nos seus moldes constitucionais.

Considerações finais

Respeitando a proposta interpretativa de Ronald Dworkin a partir da consideração da sequência de um romance em que o novo autor/intérprete deverá dar sua contribuição sem desconsiderar o que já vinha sendo escrito/decidido anteriormente, ficou claro que, por ocasião do julgamento do HC 126.292, o STF agiu da maneira contrária.

Demonstrou-se que já havia uma sólida posição, condizente com a previsão constitucional da presunção de inocência, e que foi desrespeitada sem a utilização da forma ideal para uma eventual "mudança" de posição de um tribunal.

Dessa forma, resta considerar que o Supremo tribunal Federal do Brasil peca ao não se valer da coerência e, com isso, atrapalha a integridade do Direito brasileiro e desencadeia insegurança jurídica.

Referências

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

CÁRCOVA, Carlos María. *Derecho y Narración*. In TRINDADE, André Karan *et al* (orgs). *Direito e Literatura – ensaios críticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 11-19.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Ronald Dworkin: De que maneira o direito se assemelha à literatura? *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 10, n. 19, 1. sem. 2007. p. 94.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Ronald Dworkin: de que maneira o Direito se assemelha à literatura?* In TRINDADE, André Karan *et al* (orgs). *Direito e Literatura – ensaios críticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. Tradução de Jefferon Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. [Direito e Justiça].

DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. Tradução de Jefferon Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. [Direito e Justiça].

DWORKIN, Ronald. Hart's Postscript and the character of Political Philosophy. *Oxford Journal of Legal Studies*. Oxford: Oxford University. v. 24. n. 1. 2004. p.1-37.

DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*: Fundamentos de uma hermenêutica filosófica. 7 ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, Vozes, 2005.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução Luis Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério – uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*.5 ed. ver., atual. E ampla. 2. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio – a hermenêutica e a (in) determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional e crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

PENNA, Bernardo Schmidt. *Levando o Princípio a Sério – Uma análise do Princípio em Ronald Dworkin e seu uso indiscriminado no Brasil*. Revista de Direito Privado. Vol 71. Ano 17. P-51-76. São Paulo: RT, novembro. 2016.

STRECK, Lênio. *O Panprincipiologismo e o Problema da Fragilidade da Discussão da Teoria da Norma em* TerraeBrasilis. *Juris Poiesis*. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá. Ano 15, n. 15, 2012.

STRECK, Lênio; ABBOUD, George. *O Que é Isto – o precedente judicial e a súmula vinculante?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Novo CPC - Fundamentos e sistematização*. 3ª ed. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2016.

11

A mediação e a conciliação como meios de construção participada do provimento final pelas partes interessadas

Helaine Angela da Silva [1]
Sônia Cristina Fagundes Malta [2]

1 Introdução

Há no Brasil, atualmente, cerca de 100 milhões de ações em andamento e, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça, a cada dez novas ações propostas, três antigas são solucionadas, anualmente. O percentual de congestionamento foi de 73% em 2016, o que aponta que apenas 27% de todos os processos que tramitaram foram solucionados. Isto ocorre devido à insuficiência funcional do Judiciário Brasileiro.

Aspectos significativos quanto ao processo judicial envolvem a insatisfação das partes na morosidade da decisão e, por vezes, o pleiteado é alcançado de forma parcial. Ademais, o esgotamento emocional dos envolvidos na disputa, que potencializa a culpa ou a responsabilidade para com o outro, desgastando as relações e desfazendo laços é resultado frequentemente verificado. Outro ponto relevante é o valor das custas, por vezes, extremamente onerosa. Assim, tem-se nas ações judiciais, não raro, alto

[1] Pós-graduanda em Direito Processual Constitucional (FAPAM – MG), Graduada em Direito (Universidade de Itaúna), Estudante de Especialização em Ensino de Filosofia no Ensino Médio (UFSJ - EAD) Professora das Disciplinas: Filosofia e Sociologia. e-mail: helaineangelaadvogada@gmail.com

[2] Mestre em Teoria do Direito pela PUC Minas. Advogada Colaborativa capacitada pelo IBPC – Instituto Brasileiro de Práticas Colaborativas. Mediadora e Advogada Certificada para Atuar na Mediação pelo ICFML – Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos. Professora de graduação e pós-graduação. E-mail: soniacrismalta@yahoo.com.br

custo financeiro – despesas processuais e decurso do tempo –, além do alto custo emocional para as partes.

O tema aqui tratado abordará as formas adequadas de resolução de conflitos, baseadas no Código de Processo Civil de 2015 e na Lei de Mediação (Lei 13.140/2015), de modo que, usando recursos instrumentais e humanos de forma adequada e satisfatória, observada a multiplicidade de opções de procedimentos considerando os aspectos do conflito e as características dos sujeitos, baseando-se numa nova cultura e políticas corporativas, perceberemos um imenso proveito para as partes que optem por mediações e conciliações.

Desta forma, existirá um crescimento e amadurecimento nas relações pessoais e para as empresariais. Ademais, preservarão as famílias, fortalecendo suas estruturas, e as sociedades empresárias, resguardando o cliente, seu legado mais significativo.

Para tanto, é de suma importância a criação de ambientes harmoniosos, mediadores e conciliadores bem preparados e uma efetiva e radical mudança de cultura, em que se entenda que nem sempre o melhor caminho é o judicial e que, quando as partes compõem o processo e de forma participada, constroem o provimento final que oferece um resultado mais satisfatório para todos e menos exaustivo. Considerando que as partes são parceiras e não adversárias na solução das controvérsias, tem-se uma mudança de paradigmas que modifica, inclusive, a atmosfera do ambiente da construção do provimento.

Sob este aspecto, trataremos de um tema importante que busca tornar a sociedade mais consensual por meio de uma mudança cultural e de educação, que priorizará a solução amigável de disputas: a conciliação e a mediação como meios céleres, pacíficos, democráticos e efetivamente participativos de resolução de conflitos.

2 Meios autocompositivos de resolução de conflitos

Uma das funções do Estado é a pacificação social, que normalmente não acontece quando se trata de uma decisão judicial, uma vez que esta é

imposta e traz, de um lado, a parte vencedora, e do outro lado, a perdedora da demanda. De outro modo, existem meios de se resolver os conflitos de uma forma mais pacífica, célere e com a efetiva participação dos interessados.

A Resolução Amigável ou Resolução Alternativa de Disputas, foi iniciada na década de 70, por intermédio do Professor Frank Sander, nos Estados Unidos, sendo intitulada de Fórum de Múltiplas Portas, que resulta, de fato, na análise dos aspectos de cada disputa para melhor aduzir o processo. Agilidade, valor financeiro, preservação de relacionamentos, discrição, cumprimento espontâneo do feito, viabilidade da resolução, versatilidade procedimental devem ser ponderados para uma escolha assertiva da estratégia a ser adotada na construção do provimento final.

Os processos vinculantes são conduzidos por terceiro (ou terceiros) imparcial(ais) que impõe(m) uma resolução para o conflito baseado no que é levado ao seu conhecimento por intermédio dos procuradores das partes e com anuência destas últimas, ou seja, a decisão é colocada para que uma pessoa alheia à causa decida. Diferentemente do que acontece na conciliação, na mediação e na negociação, as próprias partes ficam no controle tanto do processo quanto do resultado, ou seja, a decisão é efetivamente construída em conjunto pelos interessados, é uma decisão de construção participada.

Na conciliação, as partes serão assistidas por uma pessoa ou um grupo de pessoas neutras e desinteressadas da demanda que, por meio de técnicas adequadas, buscarão a resolução do conflito valendo-se de um procedimento autocompositivo célere e efetivo. Essa técnica adequada como ferramenta presume que os profissionais auxiliem à luz dos princípios prescritos no Código de Ética da Resolução 125, de 29/11/2010, em termos de confidencialidade, imparcialidade, voluntariedade e autonomia da vontade das partes.

Já a mediação é um acordo facilitado, estimulado e orientado por uma terceira pessoa, previamente escolhida e neutra em relação ao conflito, não sendo obrigada, nenhuma das partes, a participar da mediação contra a

sua vontade, permitindo-se finalizar o processo a qualquer momento. Aqui, as partes estimuladas a dirigir a palavra uma à outra, conforme conduzirá o mediador. As questões discutidas podem ir além do valor monetário sempre que abalar o desempenho dos envolvidos, não sendo imposto que cheguem a um acordo. Não há prejuízo resultante da desistência da atuação no processo, como há nos casos de processos vinculantes.

Quando se trata de negociação, temos uma definição direcionada à persuasão. As partes escolhem a época adequada, do mesmo modo escolhem o local, tendo controle absoluto sobre o procedimento, podendo também suspender, retomar ou abandonar o processo. Além do mais, a negociação pode ir além, envolvendo inclusive novas questões sobrevindas da questão principal, bem como abranger um pedido de desculpas ou mesmo trocas que não contêm valores monetários.

Por fim, todos os meios autocompositivos visam à construção participada da decisão, igualando os papéis de todos os sujeitos interessados e terceiros imparciais, a fim de alcançar o melhor desfecho, "uma participação legítima e constante de todos os sujeitos que participam do processo, sem a mínima conotação hierárquica", conforme nos ensina Dierle José Coelho Nunes (2012, p. 260).

2.1 A compreensão jurídica da conciliação

A conciliação é procedimento presidido por um terceiro que facilita o diálogo entre as partes, com o intuito de obter acordo que solucione o conflito com a participação efetiva das partes interessadas.

Caetano Lagrasta Neto (2011, p.98) dispõe que a conciliação não é novidade em nossa sistemática jurídica:

> Desde a Constituição do Império, em 1824, a conciliação pré-processual tem sido determinada como condição para a propositura da ação (art. 161), recorrendo-se à figura do juiz de Paz, cujas atividades tendenciosas obrigam seu afastamento da função, a culminar com a indicação, exclusiva, de juiz de

> casamentos. Da mesma forma, quando da criação dos Juizados (de Pequenas Causas e Especiais) buscou-se um lenitivo para a expansão ou conscientização da litigiosidade, contudo deslembrados de capacitarem profissionais, mudar a mentalidade dos lidadores do Direito ou fornecer infraestrutura material e humana adequadas.

A conciliação pode estar presente em várias áreas do Direito, como por exemplo, na área processual penal (apenas para infrações penais de menor potencial ofensivo), processual trabalhista (observados os direitos indisponíveis) e no direito processual civil (onde se logra maior êxito). Pode também ser extrajudicial ou inclusa ao processo.

Assevera Luiz Flávio Gomes (2011, p.7) que nos juizados criminais é típica a conciliação:

> A conciliação é típica dos juizados criminais do nosso país. Ela é dirigida pelo juiz (ou conciliador) e visa, sobretudo a reparação dos danos em favor da vítima. Busca-se pela conciliação (que é um gênero) tanto a reparação ou composição civil como transação penal (que são suas espécies). Essa forma de resolução de conflitos só é apropriada para infrações penais menos graves, que se dominam no nosso país 'infrações penais de menor potencial ofensivo' (legalmente são as infrações punidas com pena máxima não superior a dois anos, nos termos das Leis nº 9.099/95 e nº 11.313/2006).

Já na esfera trabalhista, considerando a omissão da CLT no que tange aos meios autocompositivos, recorre-se subsidiariamente ao CPC, conforme art. 769[3] da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Assim nos ensina Wilson de Souza Campos Batalha (2009, on-line):

> Mesmo fora dessas oportunidades, em que obrigatória se torna a tentativa de Conciliação, os juízes e tribunais do trabalho deverão empregar sempre os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos conforme disciplina o art. 764, parágrafo 1º. Demais, é lícito às partes celebrarem acordo, que ponha termo ao processo, ainda mesmo depois de encerrado o juízo conciliatório (art. 764, § 3º).

[3] Art. 769: Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

Amplamente utilizada no processo civil, inclusive é fase obrigatória deste, a conciliação é defendida por muitos especialistas da área haja vista seus vários benefícios, dentre eles, a celeridade, menor onerosidade, a convivência harmônica das partes, bem como a possibilidade de ambas as partes saírem vitoriosas do processo.

Vejamos o posicionamento de Marioni (2008, p.247):

> A 'audiência preliminar' tem entre os seus principais fins o da tentativa de conciliação, objetivo que, além de eliminar o conflito mais rapidamente e sem tanto gasto, possibilita a restauração da convivência harmônica entre as partes.
>
> Cabe lembrar que a conciliação permite que as causas mais agudas do conflito sejam consideradas e temperadas, viabilizando a eliminação do litígio não apenas na forma jurídica, mas também no plano sociológico, o que é muito importante para a efetiva pacificação social. Como alertou Mauro Cappelleti, a conciliação – ao contrário da decisão que declara uma parte 'vencedora' e a outra vencida – oferece a possibilidade de que as causas mais profundas do litígio sejam examinadas, recuperando-se o relacionamento cordial entre os litigantes.

O que se busca no litígio é a resolução do conflito, este é o fim perseguido por todos. Neste sentido, aponta Humberto Theodoro Jr. (1995, p.91):

> A composição do litígio é o objetivo perseguido pelas partes e pelo juiz. O fim do processo é alcançar esse objetivo. E isto pode ser feito através de ato do juiz (sentença de mérito) ou das próprias partes (autocomposição).
>
> Muitas vezes é mais prático, mas rápido e conveniente que as próprias partes solucionem seu conflito de interesses. Ninguém mais indicado do que o próprio litigante para definir seu direito, quando está de boa fé e age com o reto propósito de encontrar uma solução justa para a controvérsia que se estabeleceu entre ele e a outra parte.
>
> Por isso, e porque cumpre ao juiz velar pela rápida solução do litígio (art. 125, n II), determina o Código que, na audiência de instrução, o magistrado 'tentará conciliar as partes' (art. 448).

Nota-se, portanto, que a conciliação é imprescindível para a solução dos conflitos, haja vista que sua obrigatoriedade encontra respaldo na lei e fundamento lógico jurídico benéfico nas explanações apresentadas pelos estudiosos. Ademais, a conciliação apresenta sua relevância como caminho possível para a pacificação social, o estímulo ao diálogo e o descongestionamento do Judiciário.

2.2 Entendendo a mediação

A mediação deriva do latim *mediator*, *medius,* que se refere à intervenção, ao colocar-se entre as partes. Segundo o Grande Dicionário Larousse Cultural da Língua Portuguesa (cit., p. 603) a mediação é "ato ou efeito de mediar, representando a intercessão, a intervenção, o intermédio e a interposição".

Bolzan e Spengler (2012, p. 146), definem a mediação da seguinte forma:

> [...] a palavra mediação evoca o significado de centro, meio, equilíbrio, compondo a idéia de um terceiro elemento que se encontra entre as duas partes, não sobre, mas entre elas. Por isso a mediação é vista como um processo, em virtude do qual um terceiro (o mediador) ajuda os participantes em uma situação conflitiva a tratá-la, o que se expressa em uma solução aceitável e estruturada de maneira que permita ser possível a continuidade das relações entre as pessoas involucradas no conflito. Trata-se de uma 'gestão ativa de conflitos pela catálise de um terceiro' através de uma 'técnica mediante a qual são as partes mesmas imersas no conflito que tratam de chegar a um acordo com a ajuda do mediador, terceiro imparcial que não tem faculdades de decisão'.

A mediação pode ser instintiva (natural ou informal) ou técnica. Trata-se, a primeira, de intervenção cotidiana em ambientes de trabalho, familiar ou mesmo entre vizinhos, por exemplo, que recebem o auxílio de um terceiro (leigo) para acordarem acerca de um conflito. Aqui, trataremos da mediação em sua acepção técnica, que pode ser definida como sendo

> [...] um processo autocompositivo segundo o qual as partes em disputa são auxiliadas por uma terceira parte, neutra ao conflito, ou um painel de pessoas sem interesse na causa, para auxiliá-las a chegar a uma composição. Trata-se de uma negociação assistida ou facilitada por um ou mais terceiros na qual se desenvolve processo composto por vários atos procedimentais pelos quais o(s) terceiro(s) imparcial(is) facilita(m) a negociação entre pessoas em conflito, habilitando-as a melhor compreender suas posições e a encontrar soluções que se compatibilizam aos seus interesses e necessidades[4].

Segundo Águida Arruda Barbosa (2007, p.19), esse paradigma não se trata de nenhuma inovação no cenário brasileiro:

> A mediação chega ao Brasil por duas vertentes: em São Paulo veio o modelo francês em 1989. Pela Argentina, chegou ao Sul do país o modelo dos Estados Unidos, no início da década de 1990. A mediação insere-se na busca de redução do distanciamento cada vez mais crescente entre o judiciário e o cidadão na busca do aperfeiçoamento dos instrumentos de acesso à justiça, porém num primeiro plano visa-se buscar meios de desafogar o judiciário, sem qualquer preocupação em eliminar as causas do imenso número de processos que esmagam os tribunais.

Apesar de não ser um instituto novo, não era aplicado com tanta assiduidade. Hodiernamente empregado com mais frequência, tornou-se imprescindível sua utilização tanto na esfera judicial (em alguns casos como condição precípua) quanto no âmbito extrajudicial, como forma mais democrática e participativa de se desembaraçar o conflito.

Um sistema eficiente e adequado judicial ou extrajudicial, que incentive as partes a utilizá-lo tem uma predisposição relevante no direito processual na medida em que fica evidente a pacificação, como bem nos ensina Ada Pellegrini (1993, p.29), "[...] vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do estado ou por outros meios, desde que, eficientes".

---

[4]*Cf.* YARN, Douglas E. *Dictionary of Conflict Resolution*. São Francisco: Ed. Jossey-Bass Inc, 1999. P. 272; AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2004. V.3. p. 313.

A estrutura da mediação tem por peculiaridade a flexibilidade metodológica, que possibilita ao mediador diversificar sua atuação conforme cada caso específico. Também, implicitamente é permitido ao mediador, ter sessões individuais, em determinadas demandas, como verificado na Lei de Divórcio – Lei n. 6.515/77, em seu art. 3º § 2º, onde se certifica a importância do diálogo sigiloso entre as partes e o mediador. Outro fator relevante e bastante produtivo é quando o mediador não se apresenta como autoridade, no sentido de superioridade, pois a autoridade pertinente deverá advir da postura adequada, pelo nível de relacionamento para com as partes e ainda pelo modo como conduzirá a sessão.

Sob esse aspecto, é importante que o mediador esteja apto a aplicar as diferentes técnicas autocompositivas, considerando as peculiaridades de cada demanda, bem como saber administrar situações onde os ânimos estiverem exaltados, e ainda motivar as resoluções sem a atribuição de culpas recíprocas, assim como reformular questões quando houver impasses. Sob este panorama, Valéria Warat (1999, p.122) firma o entendimento de que o mediador deve estar habilitado a:

> a) ouvir e tranquilizar as partes, fazendo-as compreender que o mediador entende o problema; b) passar confiança às partes; c) explicitar sua imparcialidade; d) mostrar as partes que seus conceitos não podem ser absolutos; e) fazer com que as partes se coloquem uma no lugar da outra, entendendo o conflito por outro prisma; f) auxiliar na percepção de caminhos amigáveis para a solução do conflito; g) ajudar as partes a descobrir soluções alternativas, embora não deva sugerir o enfoque; h) compreender que ainda que a mediação se faça em nome de um acordo, este não é o único objetivo.

Dito isso, passemos a observar os vários benefícios da mediação. Dentre eles, destacam-se:

> O emponderamento, ou seja, o poder que as próprias partes têm de manifestar e dirimir seus conflitos.
> O diálogo: Nota-se que, no momento em que é dada a palavra a cada uma das partes, o que manifestam não é apenas a sua versão sobre os fatos conflitivos, mas também uma indignação, um ressentimento, uma mágoa, que trazida ao

> conhecimento da outra parte permite uma melhor compreensão, que auxiliados pelo mediador, resulta muito frequentemente, num diálogo eficaz conduzindo a um consenso.
> Recuperação e/ou manutenção das relações: Vista por esse aspecto dialogado, num ambiente informal, onde o mediador e as partes permanecem numa linha horizontal (onde não há grau de superioridade), sem imposição de uma decisão, inclusive inobrigados de chegar a um acordo.
> Confidencialidade: Ao contrário da maioria dos processos judiciais, na mediação, busca-se a confidencialidade, o mediador sempre frizará esse ponto, podendo inclusive, se for da vontade das partes, ser introduzida como parte do acordo.
> Celeridade: Considerando que nosso sistema judiciário está abarrotado de processos em andamento e que a cada dia esse número aumenta consideravelmente e que há um grande déficit operacional (inclusive quanto a forma de ingresso, ou seja, através de concurso, o que torna mais burocrático e demorado), queda-se demasiadamente prolongado uma decisão judicial. Em contrapartida, um processo de mediação extrajudicial torna-se muito eficiente devido ao fato de não estar sobrecarregado e ter pessoal suficiente e capacitado (preparados conforme a lei exige, no entanto mais acessível que o acesso através de concurso público) a auxiliar na resolução da demanda.
> Baixo custo: Outro aspecto bastante relevante é o baixo custo do processo de mediação se comparado com um procedimento judicial, isso se dá por diversos fatores, dentre eles custas, estabelecimento, pessoal.

Entretanto outros aspectos devem ser considerados para que a mediação possa produzir seus efeitos, como por exemplo, um espaço físico apropriado, não estabelecer um limite temporal para as sessões, de igual forma se faz importante que as partes não estejam saboreando o calor da desavença, em outras palavras, não é aconselhável, por exemplo, que logo após uma briga de vizinhos, ou o desentendimento entre cônjuges tente-se uma mediação, pois neste caso restaria infrutífera/ineficaz a intervenção.

Assim, esclarecida a mediação, a contar de seu surgimento, sua etimologia, seu conceito e os ensinamentos de alguns doutrinadores a cerca de sua efetividade passemos a análise comparativa entre a mediação e a conciliação para uma melhor absorção do conteúdo inicialmente proposto neste artigo.

2.3 Análise comparativa entre conciliação e mediação

Ambos são procedimentos acautelados em lei e buscam a facilitação do diálogo, realizada, em ambos os casos, por um terceiro imparcial. Ambas se revelam processo fundado na comunicação proveitosa sem a imposição de resultados, de modo que as próprias partes busquem um fim satisfatório, exercendo total autonomia para o provimento final.

Por essas características semelhantes, nos ensina Érica Barbosa e Silva (2013, p.173):

> [...] em ambos os mecanismos alguém intervém para facilitar o diálogo e estabelecer uma comunicação eficaz: pela ética inerente aos meios consensuais, o terceiro imparcial não pode expressar opiniões pessoais, realizar julgamentos nem se aliar aos envolvidos.

Alguns estudiosos asseveram não existir diferenças, ficando a decisão da atuação nas mãos do terceiro que realizará a mediação ou conciliação, ou seja, este poderá optar entre uma e outra forma de conduzir o procedimento conforme cada caso apresentado, segundo seu entendimento.

Há divergências entre os especialistas quanto às distinções entre estes procedimentos, tais quais em relação à proposta de resolução e na complexidade da orientação da argumentação. Na mediação, o terceiro que conduz o procedimento não deve sugerir soluções, tampouco deve desconsiderar as questões intrínsecas, uma vez que abarcam vínculos ininterruptos, ao contrário do que acontece na conciliação, em que o cerne tende a ser determinado, uma vez que a relação entre os interessados costumam ser ocasionais.

Para Lília Maia de Morais Sales (2003, p. 38):

> A diferença fundamental entre a mediação e a conciliação reside no conteúdo de cada instituto. Na conciliação, o objetivo é o acordo, ou seja, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um acordo para evitar um processo judicial. Na mediação as partes não devem ser entendidas como adversárias e o

> acordo é a consequência da real comunicação entre as partes. Na conciliação o conciliador sugere, interfere, aconselha. Na mediação, o mediador facilita a comunicação, sem induzir as partes ao acordo.

Altamiro J. Santos (2001, p. 172) mencionando Chirstovão Piragibe Tostes Malta e este por seu turno, cita Canelutti, estabelece a discrepância entre mediação e conciliação:

> Christovão Piragibe Tostes Malta salienta que a mediação, para Cernelutti, limita-se a solucionar a controvérsia, enquanto o procedimento conciliatório busca uma composição justa. Diz mais o mestre: 'A mediação é um sistema visando a compor o dissídio; a conciliação, no sentido em que estamos encarando, é o resultado do ajuste de vontades dos interessados.

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, a diferença entre a conciliação e a mediação está na complexidade do conflito:

> A Mediação é uma forma de solução de conflitos na qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita o diálogo entre as partes, para que elas construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o conflito. Em regra, é utilizada em conflitos multidimensionais ou complexos. A Mediação é um procedimento estruturado, não tem um prazo definido e pode terminar ou não em acordo, pois as partes têm autonomia para buscar soluções que compatibilizem seus interesses e necessidades.
>
> A Conciliação é um método utilizado em conflitos mais simples, ou restritos, no qual o terceiro facilitador pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra com relação ao conflito e imparcial. É um processo consensual breve, que busca uma efetiva harmonização social e a restauração, dentro dos limites possíveis, da relação social das partes.
>
> As duas técnicas são norteadas por princípios como informalidade, simplicidade, economia processual, celeridade, oralidade e flexibilidade processual.
>
> Os mediadores e conciliadores atuam de acordo com princípios fundamentais, estabelecidos na Resolução n. 125/2010: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

Nota-se, portanto, que há divergência entre os estudiosos em relação às diferenças e semelhanças entre conciliação e mediação. No entanto, a

importância dos institutos é indiscutível, uma vez que trazem um componente de humanização, manutenção de relações utilizando da sensibilidade e objetividade para tratar de cada caso. Outro ponto relevante é o abandono da cultura do litígio, exaltando assim a cultura do diálogo e trazendo a pacificação social e o exercício da cidadania.

3 Processo constitucional como lócus de construção democrática do provimento final

Ao tratar do processo constitucional e não apenas do processo, fazemos uma referência de que ele deve estar embasado em nossa Carta Magna, uma vez que ela é fonte de todo o ordenamento. Pois bem, o que acontece é que o modo de interpretar vem mudando ao longo do tempo, sendo hodiernamente mais adequado tratar por processo constitucional como sendo a forma mais democrática do provimento final.

Baseado nisso, temos que o processo constitucional tem por escopo a solução de uma lide à luz do Estado democrático, isto é, dentre outros, o devido processo legal, alicerçado no contraditório, ampla defesa, isonomia, publicidade, efetividade. Contudo, como disposto na Lei Maior, em seu artigo 1º parágrafo único, tem como fundamento que "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição". Essa forma democrática de se fazer representar quando se trata de um conflito, tem sido alvo de muitas críticas e um novo pensamento surge a partir dessa discussão.

Sob esse ponto de vista, ensina André Luiz Del Negri (2011, p.65):

> A partir do momento em que o Estado se baliza, constitucionalmente, pelo princípio do Estado Democrático de Direito, o ponto nevrálgico passa a ser a preocupação com a participação, no discurso, de todos os envolvidos na decisão final a ser tomada (trate-se da edição de uma norma legal, uma decisão judicial ou mesmo um ato administrativo), de modo a alcançar-se uma decisão legítima.

Diante dessa exigência – que compõe a essência do próprio Estado Democrático de Direito – necessária se faz a estruturação do instrumento por meio do qual o povo[5] possa tomar parte na formação do ato estatal. Inexistindo esse instrumento ou espaço apropriado, o princípio democrático, concretamente, não passaria de um tigre de papel[6].

Logo, para a construção democrática da decisão, a efetiva participação dos interessados faz-se imprescindível, para tanto, em 2015 foi criada a Lei 13.140 (Lei de Mediação), a Lei 13.105 (Novo Código de Processo Civil) com uma visão pautada na mediação, conciliação judicial ou extrajudicial, caminhando para uma nova cultura e educação social de pacificação e meios alternativos de resolução de conflitos.

Sendo assim, ao tratar de um processo constitucional, trata-se, à princípio (dependendo da lide), de uma tentativa de conciliação, visando dar oportunidade às partes para chegar a um consenso, sem a imposição imediata de um terceiro decididor. Isso torna o próprio procedimento, mais adequado às normas de nossa vigente Constituição, onde as partes têm o poder direto de resolver seu conflito.

3.1 A conciliação e a mediação como meios de garantir a democraticidade do provimento final

Ao contrário do que acontece numa decisão judicial (imposta), em que o juiz tem o poder de decidir solitariamente o conflito trazido pelas partes, conforme o que a lei lhe autoriza, a Conciliação e a Mediação têm por base a resolução de modo efetivamente participado pelas partes, ou seja, elas são responsáveis diretas pela solução, sendo o terceiro imparcial,

[5] Acompanhando o pensamento de Ronaldo Brêtas, povo deve ser compreendido como "a comunidade política do Estado, composta de pessoas livres, dotadas de direitos subjetivos umas em face de outras e perante o próprio Estado, fazendo parte do povo tanto os governados como os governantes" (Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito, p. 59).

[6] Nesse sentido, Marcelo Cunha de Araújo sustenta que o "espaço de comunicação entre os 'novos' agentes políticos (cidadãos, e não apenas o discurso das cúpulas interpretativas) deve ser visto como um direito garantia fundamental para a própria efetividade da democracia. Assim, este 'novo espaço' deve ser garantido pelo Estado a todo cidadão e deve conter características mínimas que permitam a participação do membro da democracia (de modo que reflita sua posição de integrante da comunidade democrática)" (O Novo Processo Constitucional, p. 90).

condutor do procedimento, apenas um auxiliar facilitador do diálogo opinando ou não, quando couber.

O incentivo às vias alternativas mostra-se relevante visto que busca conferir à decisão do acordo entre as partes a mesma efetividade da sentença pronunciada pelo agente estatal. Sendo então observado, que o Estado não detém o único mecanismo capaz de solucionar conflitos e distribuir justiça, bem como não é a sede exclusiva de atividade da justiça brasileira.

Como bem fala Carlos Alberto de Salles (2006, p.784):

> Aceitar a inclusão no conceito de jurisdição de mecanismos não judiciais de solução de conflitos permite uma interpretação mais próxima das finalidades da norma da inafastabilidade discutida acima. Afinal, o objetivo do legislador constitucional não é outro do que aquele de propiciar uma resposta adequada a qualquer ameaça ou lesão a direito.

A importância desta participação é trazida, sabiamente por Dierle José Coelho Nunes (2012, p.260) afirmando que:

> O resgate do papel da participação no espaço público processual de todos os envolvidos (cidadãos ativos), na perspectiva policêntrica e comparticipativa, permitirá o redimensionamento constitucional da atividade processual e do processo, de modo a guindá-lo a seu real papel de garantidor de um debate público e dos direitos fundamentais, de uma estrutura dialógica de formação de provimentos constitucionalmente adequados.

Assim, o argumento mantido pelos autores Sander e Rozdeiczer, de que a mediação traz benefícios, a priori, tanto quando resolve da melhor forma o conflito, como quando o direciona para outro método mais eficaz de solução, ou seja, quando indica outro procedimento, onde, num ambiente condescendente esclarece as propensões das partes e o objeto da demanda. Isto é, a mediação é um modo menos oneroso e hostil para resolver o conflito, no entanto, não sendo o método adequado a certos casos, pode servir como antecessor/indicador do método mais apropriado para aquela demanda. Assim, esclarecemSander e Rozdeiczer (2006, p. 35):

> Finalmente, se o processo mais apropriado para a disputa é definido como aquele que melhor satisfaça aos interesses de ambas as partes e crie uma repartição do bolo mais vantajosa (tendo mais probabilidade de produzir um resultado eficiente de acordo com a lei de Pareto), a mediação, tendo o potencial mais elevado no quesito criação de valores, deveria ser a primeira escolha processual[7].

Deste modo, há uma decisão efetivamente participada, ou seja, construída pelas próprias partes. Não repassam essa responsabilidade decididora para um superior hierarquicamente considerado, conforme acontece na via judicial. Sendo então, uma forma mais democrática de alcançar o provimento final.

4 Conclusão

Diante de todos os fatos apurados podemos perceber a forte tendência da sociedade se tornar mais pacífica e democrática usando esses procedimentos, pois traz a participação efetiva dos interessados, chamando a responsabilidade para que eles próprios consigam chegar a um acordo satisfatório.

O método se torna mais importante e eficaz, a partir de uma releitura do Código Civil e ganha destaque com o surgimento de uma lei específica que aborda a totalidade da técnica ideal para cada caso. Percebe-se também que este instituto não é tão novo quanto parece, tendo berço na antiguidade, porém surge repaginado com regras claras e adequadas em conformidade com a Lei Maior.

Sobre os pontos vantajosos, merecem destaque o diálogo, a confidencialidade, a celeridade, o baixo custo e principalmente a manutenção das relações. O clima de harmonia que perfaz todo o procedimento e a forma

[7] Tradução livre. No original: Finally, if the most appropriate process for the dispute is defined as the one that best satisfies the interests of both parties and creates the largest possible pie (has the largest probability of producing a Pareto efficient outcome), mediation, having the highest value- creating potential , should be the process of first choice. p.35.

como o mediador/conciliador aborda o assunto, faz com que as partes se predisponham a acordar.

O grau de igualdade entre todos é um favorecedor, uma vez que não há a hierarquia ou imposição da sentença de um juiz. Contudo, é resguardado que a decisão ali acordada tem igual peso de um veredicto judicial.

Todo o trâmite deve ser observado e seguido conforme o manual específico, devendo o terceiro imparcial ser habilidoso com os imprevistos que possam surgir e com a maneira de lidar quando os ânimos se exaltarem.

Por fim, destacada a democraticidade do ato e sua eficaz aplicabilidade, sendo amparada pela Constituição Federal tendo arrimo nas leis, temos que a tendência é que a mediação e a conciliação sejam as formas mais adequadas de se chegar ao provimento final.

4 Referências

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. O Novo Processo Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

BARBOSA, Águida Arruda. *Composição da historiografia da mediação – instrumento para o direito de família contemporâneo*. Revista Direitos Culturais, vol. 2, n.3, dez. 2007.

BARBOSA E SILVA, Erica. *Conciliação judicial. Brasília*: Gazeta Jurídica, 2013.

BATALHA, Wilson de Souza Campos apud SILVA, Marcelo Alves da. A conciliação como base de resolução de conflitos individuais trabalhistas. In Revista Jurídica da Faculdade União. Ano 1, nº. 1, out. 2007. Disponível em: <www.uniao.edu.br/revistajuridica/pdf/artigo7.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2018.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org). *Manual de Mediação Judicial*, 6ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 06 fev. 2018.

COSTA, Alexandre A. *Cartografia dos métodos de composição de conflitos*. In. AZEVEDO, André Gomma de. Estudos em arbitragem, mediação e negociação. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. V. 3.

DA SILVA. Fernando Laércio Alves. *Processo constitucional: o processo como locus devido para o exercício da democracia*. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015_06_0365_0404.pdf> Acesso em: 17 de fevereiro de 2018.

DEL NEGRI, André Luis. *Processo Constitucional e Decisão Interna Corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

Glossário: Métodos de Resolução de Disputas. In. AZEVEDO, André Gomma (org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. V. 3.

GOMES, Luiz Flávio. *Justiça conciliatória, Restaurativa e Negociada*. Material da 1ª aula da Discilina Novos Temas de Direito Processual Penal, ministrada no Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* TeleVirtual em Direito do Estado – Universidade Anhanguera-Uniderp/IPAN – Rede LFG, 2011.

GRANDE DICIONÁRIO LAROUSSE CULTURAL DA LÍNGUA PORTUGUESA. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini et. Al. *Teoria Geral do Processo*. 18 ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1993. p. 29.

LAGRASTA NETO. Caetano. *A Conciliação Judicial- Avanços, Retrocessos e Esperança*. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antônio Cezar (Coods.); GRINOVER, Ada Pellegrini et. Al. Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARIONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MORAIS, José l. Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e Arbitragem – *Alternativas à Jurisdição!* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NUNES, Diele José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. 1. ed. (ano 2008), 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

SALES, Lilia Maia de Morais. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SALLES, Carlos Alberto de. *Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada*. In: Fux, Luiz; Nery Jr., Nelson.; Wambier, Teresa Arruda lavim (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p.779-792.

SANDER, Frank E.A.; ROZDEICZER, Lukasz. *Matching cases and dispute resolution procedures: detailed analysis leading to a mediation centered approach*. Havard Negotiation Law Review, vol. 11, 2006, pp 1-41.

SANTOS. Altamiro J. Dos. *Comissão de conciliação prévia: conviviologia jurídica e harmonia social*. São Paulo: LTr, 2001.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 3. ed., rev., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 17. ed. Rev. Atual. Rio de Janeiro, Forense vol. 1, 1995.

Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www.tst.gov.br>. Acesso em: 25 jan. 2018.

WARAT, Valéria. *Mediação e psicopedagogia: um caminho para construir*. In: WARAT, Luiz Alberto (Org.). *Em nome do acordo: a mediação no direito*. 2. ed. Argentina: Almed, 1999.

YARN, Douglas. *Dictionary of Conflict Resolution*. São Francisco (CA): Jossey Bass, 1999.

YARN, Douglas E. *Dictionary of Conflict Resolution*. São Francisco: Ed. Jossey-Bass Inc, 1999. P. 272; AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2004. V.3. p. 313.

12

Os princípios do contraditório e cooperação processual no incidente de resolução de demandas repetitivas

Iany Cristina Rabêlo Rezende [1]
Naony Sousa Costa [2]

1 Introdução

O presente trabalho tem como objetivo analisar a princípio, a violação de dois princípios constitucionais quando aplicadas ao incidente de resolução de demandas repetitivas. Para esse intento devem-se analisar os princípios constitucionais de cooperação processual, o contraditório além dos artigos 976 e seguintes que tratam sobre incidente de resolução de demandas repetitivas inseridas pelo Código de Processo Civil de 2015.

Devido aos grandes volumes de processos que exigem uma maior atenção do judiciário, o legislador acrescentou a legislação infraconstitucional uma nova forma de garantir a isonomia e a segurança jurídica, além de tentar com isso, desafogar o Poder judiciário e priorizar a celeridade processual.

Para esse debate, deve haver-se o estudo da aplicação desses princípios em um processo democrático e a afronta dos mesmos no instituto

[1]Pós-graduanda em Direito Processual Constitucional pela FAPAM – Faculdade de Pará de Minas. Possui graduação em Direito pela FAPAM – Faculdade de Pará de Minas (2017). Advogada.

[2] Mestre em Direito pela Fundação Universidade de Itaúna/MG- Linha de pesquisa em Processo Coletivo (2014-2016). Pós-graduada em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG (2012-2013). Possui graduação em Direito pela Faculdade Pitágoras Campus Divinópolis (2009). Professora na Faculdade Pitágoras- Campus Divinópolis/MG. Tem experiência na área de Direito Civil e Processual, com ênfase em Direito Processual Civil. Advogada.

criado para padronizar processos que tenham mesma tese jurídica, além de não proferir o diálogo das partes para a construção de uma sentença justa adaptada ao caso concreto apresentado.

Ao longo do primeiro capítulo, serão abordados os princípios constitucionais e sua estrutura como norma. Em seguida, o princípio da cooperação processual será entendido por seu conceito e como se dá sua aplicabilidade junto às partes. Também será objeto de estudo, o princípio do contraditório, a fim de compreender sua importância na condução de um processo democrático.

O segundo capítulo abordada os aspectos do incidente de resoluções de demandas repetitivas, novidade trazida pelo CPC/2015 ao ordenamento jurídico. Será estudado em um capítulos secundários e terciários as procedimentos que adotam o incidente de resoluções de demandas repetitivas durante sua instauração, julgamento e recurso, de forma separada e detalhada junto a lei infraconstitucional.

Em seguida, o quarto capítulo abordará se há ou não o descumprimento destes princípios com o acolhimento do incidente de resoluções de demandas repetitivas nos tribunais, estudando casos concretos e o posicionamento doutrinário sobre o tema.

Por fim, no quinto capítulo será exposto a conclusão sobre o assunto com a exposição dos fatores de ter se concluído de tal maneira.

Será utilizado o método dedutivo para responder às indagações que irão surgir ao longo da pesquisa, ou seja, fazendo uso de raciocínio lógico para se obter uma terminação a partir de uma ideia inicial, de forma a conceituar cada item de forma clara e objetiva, além de demonstrar sua aplicação, analisando ainda, julgados pertinentes ao assunto, legislação e doutrinas existentes, de forma a alcançar uma possível resposta.

Assim, o objetivo geral do presente artigo não é de esgotar o assunto mas sim pesquisar, analisar e demonstrar essa violação aos princípios de forma clara e explícita.

2 Princípios constitucionais aplicados ao processo civil

Ao longo da Constituição Federal de 1988 encontramos diversos princípios fundamentais que devem ser observados durante todo exercício da função jurisdicional e que devem ser aplicados em todos os processos judiciais e extrajudiciais existentes para que não haja nulidade nas sentenças.

Sendo assim, o conceito de princípio deve ser abordado, sendo ele, segundo HUMBERTO BERGMANN ÁVILA (1999, p. 155):

> Essa foi a primeira etapa de redefinição das normas jurídicas, em virtude da qual se constatou que pertencem ao Direito não apenas aquelas normas que têm uma hipótese e uma consequência determinadas (regras), mas também aquelas que estabelecem prescrições ligadas indiretamente a valores, fins, ideias e **topoi** a serem institucionalmente determinados (princípios). A segunda etapa se inicia com o aprofundamento da distinção entre princípios e regras. Não se está mais querendo provar a força normativa dos princípios, já aceita, mas determinar critérios objetivos para melhor fundamentar a intepretação e a aplicação baseada neles.

Entende-se então que os princípios e regras são espécies de força normativa, ou seja, são seus pilares no qual devem ser levadas em consideração de forma conjunta. Ambos dependem do outro para atingirem seu objetivo final e serem aplicadas juntos da melhor maneira.

Diante disso, serão estudados adiante, dois princípios norteadores de extrema importância para que se tenha um Devido Processo Legal tanto de forma judicial quanto extrajudicial, de forma que as partes sejam respeitadas e não tenha seu acesso à justiça negado e desamparado.

2.1 Princípio da Cooperação

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe de forma expressa o princípio constitucional da cooperação e colaboração entre as partes, relatada em seu art. 6º no qual dispõe: "*todos os sujeitos do processo devem*

cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva", ou seja, tem o objetivo de que o processo tenha a participação das partes, de forma que ocorra um diálogo para que, juntamente com o juiz, cheguem a uma solução construída por eles mesmos.

Conforme expõe estudiosos sobre o tema, seu surgimento deu-se início em diversos países do continente europeu, sendo a Alemanha o berço de seu nascimento. O princípio também possui relação direta com o art. 7º[3] do Código de Processo Civil Português de 2013.

O princípio da cooperação também foi uma novidade no Código de Processo Civil Português e é um princípio fundamental no qual vincula o juiz e as partes para a construção de um processo e sentença justa.

Sua base está fundada no princípio da boa-fé, uma vez que, em um negocio jurídico realizado, ambas as partes devem agir com lealdade e cooperação, de forma que nenhuma das partes tenham suas expectativas frustradas, mesmo que não exista previsão legal para tal. Também tem por base o princípio do contraditório, no qual deve ser garantido que a parte seja ouvida no processo para que se tenha um devido processo legal. Vejamos a jurisprudência a seguir:

> EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - PLANO DE SAÚDE - OBRIGAÇÃO DE FAZER - PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - CIRURGIA ORTOPÉDICA - RELATÓRIOS MÉDICOS - COMPROVAÇÃO DE URGÊNCIA - DEVER DE COOPERAÇÃO - TEORIA DA APARÊNCIA - PLANO DE SAÚDE UNIMED - TUTELA CONCEDIDA. Para a concessão da tutela antecipada é necessário que o julgador confronte as alegações e as provas disponíveis nos autos e, restando convencido da hipótese de probabilidade de maior grau de

[3] **Art. 7º CPC - Portugal** - Princípio da Cooperação:1 - Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.

2 - O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.

3 - As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 417.º.

4 - Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo.

> confirmação, deve deferir o pedido. Havendo prova inequívoca, extraída de relatórios médicos de que a demora na concessão da antecipação da tutela possa comprometer o estado de saúde do usuário do plano de saúde, é o caso de se deferir o pedido. Conforme dispõe o art. 6º do NCPC é dever das partes cooperar para que seja feita justiça de forma rápida e eficaz, sempre atuando sob o signo da boa fé. Pela Teoria da aparência as cooperativas pertencentes ao Sistema Cooperativo Unimed, apresentam-se como uma única empresa que disponibiliza serviços de assistência médica e hospitalar ao consumidor, hipótese de atendimento de urgência ou emergência, contrato de abrangência nacional. Havendo cláusula expressa no contrato, maior é o dever de sua aplicação. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0105.15.042222-5/001, Relator(a): Des.(a) José Augusto Lourenço dos Santos, 12ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 07/10/2016, publicação da súmula em 18/10/2016). (grifo nosso).

Esse princípio da cooperação das partes une a boa-fé e contraditório no qual inclui o magistrado e todo órgão jurisdicional para participar do processo de forma efetiva e não mais como um mero observador, no qual partes e juiz constroem uma sentença que seja justa e aceita por todos.

Além disso, o processo se torna mais célere, pois todas as partes cooperam para o bom andamento processual, além de desafogar o Poder Judiciário, visto que o mesmo possui um número grandioso de processos a serem resolvidos.

De forma a participar do processo, a doutrina traz alguns deveres para o juiz como o a flexibilização e ampliação de prazos caso necessário, auxílio às partes, dever de informação entre outros.

A jurisprudência também segue nesse sentido:

> (...) O direito processual civil contemporâneo, a partir da ideia de processo civil permeado pela regra da cooperação, retira da regra do contraditório a necessidade de um permanente diálogo entre o juiz e as partes, entre as partes e o juiz, a fim de que se construa um processo justo, condição basilar para obtenção de uma decisão igualmente justa (...)" (TJMG - Apelação Cível 1.0000.16.074244-1/001, Relator(a): Des.(a) José Augusto Lourenço dos Santos, 12ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 07/07/2017, publicação da súmula em 11/07/2017).

Apesar das partes não deliberarem com o juiz, sua participação junto do mesmo é indispensável para a construção de uma decisão justa e fundamentada, sendo de extrema importância, uma vez que não são apenas processos e sim vidas que dependem disso e devendo ser levadas em consideração.

A imparcialidade do juiz não é conflitante quanto de sua participação. Tanto partes quanto o magistrado devem ser leais entre si para alcançarem uma sentença democrática no qual exponha a verdade dos fatos alegados à luz do princípio da boa-fé processual.

Para que o princípio da cooperação seja aplicado de forma efetiva, deve andar lado a lado o princípio do contraditório, visto que a construção da decisão se baseia no diálogo entre as partes, como demonstra ALVARO DE OLIVEIRA (p. 237) citado por LAURA FERNANDES PARCHEN (p. 9-10):

> O tribunal deve, portanto, dar conhecimento prévio de em qual direção o direito subjetivo corre perigo, permitindo-se o aproveitamento na sentença apenas dos fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição, possibilitando-lhes assim melhor defender seu direito e influenciar a decisão judicial. Dentro da mesma orientação, a liberdade concedida ao julgador na eleição da norma a aplicar, independentemente de sua invocação pela parte interessada, consubstanciada no brocardo *iura novit curia*, não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos ao litígio, em homenagem ao princípio do contraditório. (grifo nosso).

A sentença democrática é construída a partir do diálogo realizado pelas partes a luz do princípio do contraditório e não apenas na aplicação da norma sob o caso concreto negando ao autor e réu o poder de influenciar e discutir o mérito.

Sendo assim, o princípio da cooperação entre as partes e o princípio do contraditório são norteadores do processo democrático no qual oportunizam todas as partes, incluindo juiz, a chance de construírem de forma efetiva a sentença que lhes é cabível de forma justa e participativa.

2.1 Princípio do Contraditório

Assim como o princípio da cooperação, o princípio do contraditório segundo alguns doutrinadores nasceu no direito alemão e é utilizado no ordenamento de alguns países europeus.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 aborda o princípio do contraditório em seu artigo 5º, inciso LV no qual "*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*".

A leitura desse artigo remete à construção histórica ao qual o princípio do contraditório deve ser o debate entre as partes que compõem o litígio, de forma que uma parte está contra a outra e cada um quer provar que está certo e ao final o juiz ia confirmar com a sentença qual das partes era a correta, sem participar de forma efetiva.

Com o passar do tempo e a necessidade de possuir e priorizar os processos de forma democrática, além da influência do Neoconstitucionalismo, o princípio do contraditório teve seu entendimento de forma ampliada não sendo mais como uma disputa no qual uma parte estava certa e a outra não; mas sim, como um debate construtivo a fim de alcançar a verdade e veracidade dos fatos alegados, além da participação do juiz na composição da lide.

Conforme dispõe ALVARO DE OLIVEIRA (p. 06), vejamos:

> A faculdade concedida aos litigantes de pronunciar-se e intervir ativamente no processo impede, outrossim, sujeitem-se passivamente à definição jurídica ou fática da causa efetuada pelo órgão judicial. E exclui, por outro lado, o tratamento da parte como simples "objeto" de pronunciamento judicial, garantindo o seu direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e seu resultado, desenvolvendo antes da decisão a defesa das suas razões. A matéria vincula-se ao próprio respeito à dignidade humana e aos valores intrínsecos da democracia, adquirindo sua melhor expressão e referencial, no âmbito processual, no princípio do contraditório, compreendido de maneira renovada, e cuja efetividade não significa apenas debate das questões entre as partes, mas concreto exercício do direito de defesa para fins de

> formação do convencimento do juiz, atuando, assim, como anteparo à lacunosidade ou insuficiência da sua cognição.

Fica evidente que não há como separar o princípio do contraditório do princípio da cooperação, pois um está inteiramente ligado ao outro para que haja de forma participada, a construção de um processo democrático. Assim, reafirma ALVARO DE OLIVEIRA (p. 08):

> O diálogo judicial torna-se, no fundo, dentro dessa perspectiva, autêntica garantia de democratização do processo, a impedir que o poder do órgão judicial e a aplicação da regra *iura novit curia redundem* em instrumento de opressão e autoritarismo, servindo às vezes a um mal explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do direito e à justiça do caso.

O Código de Processo Civil de 2015 incumbe ao magistrado, em seus artigos 9º e 10º ouvir as partes antes de proferir uma sentença, conforme demonstra a seguir:

> **Art. 9º** - Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.
> Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:
> I - à tutela provisória de urgência;
> II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;
> III - à decisão prevista no art. 701.
> **Art. 10º** - O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Percebe-se que há exceções ao contraditório nos incisos abordados no artigo 9º da Lei quando tratado de tutelas, devendo ser abordado sua constitucionalidade. Todavia, quando abordada a tutela de urgência a concessão sem o contraditório é baseada no periculum in mora e no fumus boni iuris, sendo permitida a resposta do réu adiante sendo constitucional sua permissão; já quando abordamos da tutela de evidência vemos a inconstitucionalidade instaurada nesse inciso, uma vez que a tutela de evidência trata de um provável direito que uma das partes possui e

priorizando a celeridade processual diminuindo assim o acesso das partes na construção da sentença.

E por último, mas não menos importante, o estudo do presente artigo figura a violação destes princípios nas demandas repetitivas, sendo essa abordada no inciso III do artigo 9º do CPC/2015.

Apesar de haver o dever do diálogo dentro do processo, a maioria dos tribunais não o aplica de forma efetiva como preceitua a doutrina tornando assim o direito das partes restrito, tanto pela duração razoável do processo que pode ser afetado pelo princípio do contraditório, mas também pela novidade trazida no Código de Processo Civil de 2015, no qual trata do incidente de resoluções de demandas repetitivas – IRDR, tópico que será abordado a seguir.

3 Incidente de resoluções de demandas repetitivas

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe uma série de novidades para o ordenamento jurídico brasileiro, dentre elas, trouxe o Incidente de Resoluções de Demandas Repetitivas, conhecido de forma abreviada como IRDR.

O Incidente de Resoluções de Demandas Repetitivas está previsto no artigo 976 e seguintes do CPC/15. É um instituto criado para uniformizar e pacificar de forma abstrata a jurisprudência quando há muitas demandas sobre a mesma tese jurídica, visando assim, a celeridade e economia processual uma vez que o Poder Judiciário possui inúmeras demandas sobre os mesmos assuntos.

Assim como os princípios da cooperação e do contraditório, o incidente de resoluções de demandas repetitivas tem o direito alemão como berço, onde adota o procedimento-modelo chamado Musterverfahren, sendo introduzido no ano de 2005 e com previsão de duração até o ano de 2020, de acordo com ANTONIO DOS PASSOS CABRAL (2007) citado por LUCAS PINTO SIMÃO (2015).

Uma vez que instaurado o incidente de resoluções de demandas repetitivas de determinada tese, todas as ações que adentrarem ao judiciário serão afetadas por ele, criando assim uma uniformização de sentenças naquele determinado tribunal. Se implantado o incidente de resoluções de demandas repetitivas no Tribunal de Justiça de Minas Gerais sobre uma questão de direito do consumidor, por exemplo, todas as ações que tramitam em Minas Gerais onde a tese jurídica for baseada nessa mesma questão, terão a mesma sentença.

O incidente pode ser requerido pelo juiz ou relator, pelar partes ou pelo Ministério Público e Defensoria Pública, conforme artigo 976 e a competência para seu julgamento abordada no artigo 978 do CPC/15, sendo um órgão colegiado dentre os indicados no regimento interno de cada tribunal.

Para compreender como se resulta na instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas é necessário estudar todo seu trâmite.

3.1 Fases de instauração do Incidente de Resoluções de Demandas Repetitivas

Como o incidente de resoluções de demandas repetitivas no Brasil se baseia no procedimento adotado pelo direito alemão, seu procedimento é trifásico, conforme expõe o professor DIERLE NUNES (2015) e abordado a diante, sendo a primeira a instauração e admissão do incidente; a segunda é a instrução e a terceira é o julgamento e seus efeitos, do qual pode ser fixada a tese.

3.1.1 Primeira fase: instauração e admissão do incidente de resoluções de demandas repetitivas

Como demonstrado anteriormente, o artigo 976 do Código de Processo Civil trás um rol taxativo de quais são os legitimados para requerer a instauração do incidente.

Quando admitido, deve haver enorme publicidade em relação ao incidente, o qual será realizado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ em seu portal eletrônico, conforme artigo 979 do CPC/15.

Além disso, os processos que estão em andamento no tribunal serão suspensos até o julgamento do respectivo incidente, para que assim, não haja julgados diferentes sobre o tema e terá o prazo de até 01 ano para que seja julgado, devendo ser tratado de forma prioritária, ressalvado alguns casos que o artigo 980 impõe.

Não há um número mínimo para que seja instaurado o incidente, porém, deve ser demonstrada a repetição dos casos que adentram o judiciário que ferem a isonomia e a segurança jurídica.

3.1.2 Segunda fase: instrução

Após o acolhimento do incidente, o Código trata da instrução a partir do artigo 983, no qual o relator irá ouvir os interessados na controvérsia pelo prazo de 15 dias, podendo ainda, designar uma audiência pública para que as pessoas que possuírem experiência e conhecimento na matéria em questão possam se pronunciar.

No julgamento do incidente, há abertura de diálogo para que as partes que originaram com o processo, junto ao Ministério Público e demais interessados na lide, poderão expor suas razões por apenas 30 minutos, conforme artigo 984 do CPC/15. A partir daí, se encerra a fase de instrução e inicia-se o julgamento.

3.1.3 Terceira fase: Julgamento e seus efeitos

Nesta terceira e última fase, a tese julgada será aplicada em todas as demandas individuais e coletivas que são compatíveis a questão abordada.

A tese pode ser revista a pedido dos legitimados, sendo eles as partes interessadas na resolução da lide, Ministério Público ou Defensoria Pública e também pode ser revista por ofício através do juiz ou relator, conforme

o artigo 986 da lei. Poderá também, ser objeto de recurso especial ou extraordinário, devendo a última ser proposta caso seja abordado algo que tenha repercussão geral**.**

Se a tese for adotada pelo Supremo Tribunal Federal – STF ou pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, o incidente será aplicado em todo território nacional.

A fim de ilustrar sobre o que foi abordado de incidente de resolução de demandas repetitivas, analisemos a fixação de uma tese do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - IRDR. MÉRITO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUÍZO DA FAZENDA PÚBLICA E JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA REGRA DE COMPETÊNCIA. DIVERGÊNCIA ENTRE AS 1ª E 2ª CÂMARAS CÍVEIS DESTA CORTE DE JUSTIÇA. FIXAÇÃO DE TESE JURÍDICA PARA UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.
>
> 1. Diante da necessidade de se promover a unificação do entendimento jurisprudencial desta Corte de Justiça, quanto à competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública para processar e julgar demandas em que são rés as sociedades de economia mista do Distrito Federal, em razão da grande quantidade de demandas envolvendo o tema, bem como para assegurar o tratamento isonômico e a segurança jurídica, impõe-se estabelecer a tese jurídica a seguir disposta.
>
> 2. Não há como admitir interpretação extensiva da norma insculpida no inciso II do art. 5º da Lei n. 12.153/2009, por contemplar regra de competência absoluta, de caráter restritivo, cujas hipóteses foram taxativamente estabelecidas pelo legislador, não admitindo, por conseguinte, ampliação para incluir as sociedades de economia mista. Por esta razão, a competência para processar e julgar as ações em que tenham como rés as sociedades de economia mista é da Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal, nos termos do inciso I do art. 26 da Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal - LOJDF.
>
> 3. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas provido. Fixada a tese jurídica para fins de uniformização de jurisprudência.
>
> (Acórdão n.1057916, 20170020119099IDR, Relator: NÍDIA CORRÊA LIMA Câmara de Uniformização. Data de Julgamento: 23/10/2017, Publicado no DJE: 08/11/2017. Pág.: 371). (grifo nosso)

Conforme destacado, o incidente foi instaurado para assegurar o tratamento isonômico e a segurança jurídica sobre o órgão competente para julgar as sociedades de economia mista no Tribunal do Distrito Federal somente, visto que nesse tribunal, houve grande discussão a cerca do tema abordado na tese. Essa uniformização não abrange os demais tribunais, uma vez que cada tribunal tem competência para uniformizar seus julgados.

3.1.4 Recurso

Sempre que estamos diante de uma decisão que não nos é favoráveis ou no qual possui vícios e temos a intenção de reforma-la ou anulá-la, utilizamos do recurso dirigido a uma instância superior a aquele que proferiu a sentença.

Conforme discutido anteriormente, as teses abordadas pelo Incidente de Resoluções de Demandas Repetitivas podem ser revistas pelos legitimados ou de ofício, através de Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Reclamação, conforme dispõe o artigo 987[4] do CPC/2015.

Quando um recurso é admitido, permite que a Corte superior analise novamente a tese firmada nos tribunais e o uniformiza por todo território nacional. Ou seja, abrange o alcance da tese.

Assim, Sofia Temer (2016) aponta a aplicação da súmula 513 do STF para interposição de recurso contra decisão de mérito do incidente:

> Parte deste entendimento está ancorado no enunciado de súmula no 513, do Supremo Tribunal Federal, editado em 03/ 12/1969. O enunciado dispõe que "a decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário

[4]**Art. 987. CPC/2015**. Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso.

§ 1º O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.

§ 2º Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.

> não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (Câmaras, Grupos ou Turmas) que completa o julgamento do feito': Esse enunciado vem sendo invocado para fundamentar a interpretação restritiva do requisito "causa decidida" para o IRDR. Ou seja, se no incidente não houver julgamento da demanda, da causa, não haverá possibilidade de manejar recurso especial ou extraordinário, como não há no incidente de inconstitucionalidade. (TEMER, 2016, p. 238).

Destarte, o CPC/2015 ao considerar a possibilidade de recurso nos Incidentes de Resoluções de Demandas Repetitivas, resguarda o princípio do duplo grau de jurisdição no momento em que oferece a oportunidade de rediscutir o mérito.

Vale ressaltar que os recursos especiais e extraordinários são excepcionais e só serão cabíveis quando a tese versar matérias de cunho constitucional e infraconstitucional, além de gerar efeito suspensivo. Caso a tese tenha tido algum vício em sua formação, caberá Embargos de Declaração.

Mesmo que algumas pessoas atingidas pela tese formada recorra e outras não, a decisão obtida pelo Superior Tribunal de Justiça e/ou Supremo Tribunal Federal abrange a todas as pessoas por ser a tese autônoma, a fim de apenas pacificar a o confronto entre as partes.

Há também um meio de impugnar a decisão judicial no qual não é realizado através de recurso, sendo esse mecanismo a Reclamação, conforme dispõem os artigos 985, §1º [5] e 988, IV [6]; ambos do CPC/2015.

---

[5] **Art. 985. CPC/2015**. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

§ 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.

§ 2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

[6] **Art. 988. CPC/2015**. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

A Reclamação será o instrumento utilizado quando a sentença proferida pelo juiz não observar e não aplicar a tese estabelecida pelo tribunal ao qual pertence de forma a não abreviar fases do processo, sendo sua propositura dar-se-á pela parte interessada e do Ministério Público.

É visível a vontade do legislador na criação do incidente de resoluções de demandas repetitivas como um meio de garantia processual célere que garanta a segurança jurídica do ordenamento. Porém, essa uniformização é prejudicial para a construção de um processo democrático no qual as partes efetivamente participem do processo, violando assim, princípios basilares da Constituição Federal, no qual serão abordados a seguir.

4 O efeito dos princípios da cooperação processual e contraditório nos incidentes de resoluções de demandas repetitivas no CPC/2015

A instauração da tese no ordenamento jurídico atinge milhares de pessoas no qual possuam processos em trâmite, cuja questão abordada por eles seja idêntica à aquela que será estabelecida e consequentemente aplicada.

Quando examinamos os artigos 983[7] e 984[8] do Código de Processo Civil de 2015, a princípio observamos que há abertura para as pessoas

[7]**Art. 983 CPC/2015**. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.

§ 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

§ 2º Concluídas as diligências, o relator solicitará dia para o julgamento do incidente.

[8]**Art. 984 CPC/2015**. No julgamento do incidente, observar-se-á a seguinte ordem:

I - o relator fará a exposição do objeto do incidente;

II - poderão sustentar suas razões, sucessivamente:

a) o autor e o réu do processo originário e o Ministério Público, pelo prazo de 30 (trinta) minutos;

b) os demais interessados, no prazo de 30 (trinta) minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com 2 (dois) dias de antecedência

§ 1º Considerando o número de inscritos, o prazo poderá ser ampliado.

§ 2º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários.

atingidas pela tese tenha o exercício do seu contraditório disponível, devendo apenas se inscrever para tal.

Porém, ao aprofundarmos na análise, depara-se com a contradição de que, mesmo tendo garantido na lei seu direito de influenciar o juiz e participar da construção da tese de forma democrática, o próprio Poder Judiciário não viabiliza a efetiva participação de todos aqueles que terão seu processo julgado aos moldes do incidente proposto.

CINTIA REGINA GUEDES (2017) aborda mais dois pontos que impedem a participação efetiva das partes afetadas, vejamos:

> Ademais, ao menos dois outros pontos dificultam esta participação: o primeiro decorre da norma do art. 983 do CPC, que determina que a manifestação dos interessados deve se dar no prazo comum de 15 dias depois da decisão de admissibilidade do IRDR, quando é certo que os litigantes individuais não serão intimados desta decisão, provavelmente só passando a dela ter conhecimento após a suspensão de seus processos, quando já se terá encerrado o prazo para manifestação. O segundo decorre da norma do art. 984, inciso II, que estabelece o prazo de "30 minutos, dividido entre todos" para a sustentação oral de todos os (muitos) interessados, o que claramente inviabiliza o direito de as pessoas, individualmente consideradas, exporem seus argumentos perante o tribunal no dia do julgamento. (p. 62)

Mesmo com a ampla divulgação a ser realizada no portal eletrônico do CNJ, não são todas as pessoas que tem acesso à internet e ainda, muitas delas são leigas no que tange à assuntos jurídicos. Já o segundo ponto abordado confirma que a participação dos indivíduos perante o tribunal é quase impossível. Suponhamos que todos aqueles que esperam a tramitação do seu processo que encontra-se suspenso aguardando o julgamento da tese se habilitem para argumentar nesse período de 30 minutos. A audiência iria demorar alguns dias e além disso, não seria abordado seu processo de forma individual para a construção da sentença justa para aquele caso específico; seria realizado apenas uma sentença genérica ao qual todos que passam por aquela determinada situação teriam de se adaptar a ela.

E GUEDES (2017) continua:

> Em outras palavras, o direito ao contraditório, tão caro aos processualistas e ao próprio estado democrático de direito, resta claramente diminuído (e por vezes quiçá suprimido) no julgamento do IRDR, pois justamente os destinatários da decisão e da tese jurídica definida não têm oportunidade real de exercer influência sobre a convicção dos julgadores, sendo, na realidade, excluídos do processo de tomada de decisão.

Hoje, a busca por uma decisão construída pelas partes também inseridas no artigo 6º do CPC/2015, ao mesmo tempo em que é para ser tão utilizada é deixada de lado em prol de uma duração razoável do processo e diminuição das lides no Poder Judiciário.

Com o IRDR nos aproximamos cada vez mais do modelo americano *common law*, baseado em precedentes do que aquele modelo ao qual realmente pertencemos, sendo ele o *civil law*.

Além disso, para que se instaure o incidente de resoluções de demandas repetitivas, não é preciso que haja nenhum controle de matéria dos tribunais superiores, bastando-se apenas que o órgão uniformizador analise quais demandas chegam com o mesmo tema nos tribunais de primeira instância e se há julgamentos controversos sobre o tema. Assim dispõe CANONICA (2016):

> Mesmo que o IRDR "resolva" inúmeras demandas com uma decisão marcada pela objetividade, isso não necessariamente significará um ganho para os jurisdicionados; sobretudo se essa decisão for aplicada de forma mecânica e despersonalizada, sem efetivamente solucionar os problemas do mundo da vida – afinal, "resolver uma questão que determina a solução de diversos litígios está longe de ser o mesmo do que resolver uma questão de direito que agrega sentido à ordem jurídica.

A violação ao contraditório e ao artigo 5º, inciso LV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é clara visto que todos os processos terão a mesma sentença, seja ela favorável ou não, sem a possibilidade de se discutir com a outra parte a respeito e construir juntos uma sentença democrática.

Ainda, quando fixada uma tese desfavorável, o acesso ao judiciário também se restringe e até mesmo aquela ideia de contraditório fixada nos artigos desaparecem, visto que já há uma decisão para aquele caso concreto o que desestimula a entrada e discussão no âmbito jurídico; além da parte que na época da instauração não teve a chance de se inscrever para ser ouvida e tem de aceitar a decisão que já lhe é imposta.

Diante de tantos fatos controversos, demonstra-se clara a violação dos princípios que visam garantir um processo democrático que há tantos anos vem sendo construindo e consequentemente desconstruindo a ideia de um juiz autocrático que não participava da lide; além da evidente inconstitucionalidade dos incidentes de resoluções de demandas repetitivas no qual não oportunizam as partes de participarem da sua instauração.

5 Conclusão

A pesquisa analisou a violação aos princípios constitucionais da cooperação processual e do contraditório nos incidentes de resoluções de demandas repetitivas inseridas pelo Código de Processo Civil de 2015.

Com a entrada do CPC/2015, algumas novidades foram incorporadas ao texto da lei como o próprio princípio da cooperação entre as partes, tratadas no artigo 6º e também o IRDR, situados no artigo 976 e seguintes.

Diante do abordado viu-se que para que se tenha um processo efetivamente democrático, é necessário que as partes, incluindo o magistrado participem efetivamente da construção do processo, devendo haver um auxilio e diálogo entre as partes para que haja uma decisão onde todos contribuíram para que seja proferido de uma sentença justa e sem surpresas.

Da mesma forma que o legislador fez questão de incluir o princípio da cooperação no texto infraconstitucional para que se tenha aplicação nos processos, ele torna escasso o acesso ao contraditório na incidente de resoluções de demandas repetitivas, limitando seu acesso de forma

facultativa que se aborda o tema em geral e não o caso a caso das partes habilitadas.

É interessante investigar qual a consequência que essa violação trará para a vida das pessoas e quais as formas as atingirão, uma vez que nos incidentes de resoluções de demandas repetitivas existe um contraditório maquiado que não possui efetividade alguma.

Foi utilizado o método dedutivo para responder às indagações acima, ou seja, fazendo uso de raciocínio lógico para conseguirmos uma terminação a partir de uma ideia inicial, foi conceituado cada item de forma clara e objetiva, além de demonstrada sua aplicação, analisando ainda, julgados pertinentes ao assunto, legislação e doutrinas existentes, de forma a alcançar uma possível resposta.

Além disso, a partir dessas indagações, surgiram outras durante a pesquisa a fim de achar respostas satisfatórias e resolvê-las em outro momento oportuno.

Referências

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *A garantia do contraditório*. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. p. 06. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A.%20A.%20de%20Oliveira%20-%20formatado.pdf> Acesso em: 08 mar 2018.

ÁVILA, Humberto Bergamann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *In revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, 1999.

BRASIL. *Código de Processo Civil. Alterado pela Lei 13.105 de 2015***.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 08 mar. 2018

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 09 marc 2018.

CANONICA, Diordan Passarin. *O objeto preponderante da decisão que julga o IRDR: fixar uma tese jurídica ou julgar o caso concreto?* Repositório Institucional – UFSC. 18 ago. 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/166569> Acesso em: 09 mar 2018.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. *Acórdão nº 1057916, 20170020119099IDR*, Relator(a): Nídia Corrêa Lima, CÂMARA DE UNIFORMIZAÇÃO, julgamento em 23/10/2017. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaosweb/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1057916>Acesso em: 09 mar. 2018.

GUEDES, Cintia Regina. O incidente de resolução de demandas repetitivas e o papel da defensoria pública como porta voz dos direitos dos litigantes individuais na formação da tese jurídica vinculante. *Livro de teses e práticas exitosas*: Defensoria Pública: em defesa das pessoas em situação de vulnerabilidade. XIII Congresso Nacional de Defensores Públicos. Santa Catarina 15-17 nov. 2017. p. 62. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/Livro_Congresso_2017.pdf#page=61> Acesso em: 09 mar. 2018.

HENRIQUE, Fábio. A devida aplicação do Princípio da Cooperação no Processo Civil Brasileiro e os seus efeitos no Juiz e nas Partes. *JusBrasil*, Aracaju. 09 Jun. 2016. Disponível em: <http://bius.jusbrasil.com.br/artigos/347612793/a-devida-aplicacao-do-principio-da-cooperacao-no-processo-civil-brasileiro-e-os-seus-efeitos-no-juiz-e-nas-partes> Acesso em: 06 de mar. 2018.

MACHADO, Rosiane Ferreira. O princípio da cooperação no novo Código de Processo Civil como meio para uma lide mais célere, justa e efetiva. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4849, 10 out. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/52598>. Acesso em: 15 fev. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento-Cv 1.0105.15.042222-5/001*, Relator(a): Des.(a) José Augusto Lourenço dos Santos, 12ª CÂMARA CÍVEL,

julgamento em 07/10/2016. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=4&totalLinhas=58&paginaNumero=4&linhasPorPagina=1&palavras=coopera%E7%E3o&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&listaOrgaoJulgador=1-1&listaOrgaoJulgador=1-2&listaOrgaoJulgador=1-6&listaOrgaoJulgador=1-13&listaOrgaoJulgador=1-18&listaOrgaoJulgador=1-12&listaOrgaoJulgador=1-5&listaRelator=2-1232313&listaRelator=0-11288&listaRelator=3-141&listaRelator=2-1953215&listaRelator=0-6908&listaRelator=2-1549633&listaRelator=2-2670222&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>Acesso em: 16 fev. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível 1.0000.16.074244-1/001*, Relator(a): Des.(a) José Augusto Lourenço dos Santos, 12ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 07/07/2017. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=3&totalLinhas=58&paginaNumero=3&linhasPorPagina=1&palavras=coopera%E7%E3o&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&listaOrgaoJulgador=1-1&listaOrgaoJulgador=1-2&listaOrgaoJulgador=1-6&listaOrgaoJulgador=1-13&listaOrgaoJulgador=1-18&listaOrgaoJulgador=1-12&listaOrgaoJulgador=1-5&listaRelator=2-1232313&listaRelator=0-11288&listaRelator=3-141&listaRelator=2-1953215&listaRelator=0-6908&listaRelator=2-1549633&listaRelator=2-2670222&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&> Acesso em: 16 fev. 2018.

NUNES, Dierle. *O IRDR do Novo CPC*: este "estranho" que merece ser compreendido. 18 fev. 2015. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>. Acesso em: 09 mar. 2018.

PADILHA, Letícia Marques. O princípio da cooperação como norma fundamental no novo cpc. Grupo de trabalho I: Normas fundamentais do novo cpc. *Anais do I Simpósio de Processo*: e-Processo e Novo CPC [recurso eletrônico] / Elaine Harzheim Macedo, Sérgio Augusto da Costa Gillet, organizadores. Dados eletrônicos. Porto Alegre : EDIPUCRS, 2016. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/simposio-de-processo/#/trabalhos> Acesso em: 06 mar. 2018.

PARCHEN, Laura Fernandes. *Impacto do princípio da cooperação no juiz*. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/LAURA%20PARCHEM%20-%20VERS%C3%83O%20FINAL.pdf> Acesso em: 08 mar. 2018.

PEREIRA, Maria Juliana Braga. A influência do princípio da cooperação no negócio jurídico com o novo CPC. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5196, 22 set. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59889>. Acesso em: 15 fev. 2018.

PORTUGAL. *Código de Processo Civil*. Lei 41, de 26 de Junho de 2013, art.7. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis>, Acesso em: 15 fev. 2018.

SIMÃO, Lucas Pinto. *Incidente de resolução de demandas repetitivas ("IRDR").*2015. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/incidente-de-resolucao.pdf> Acesso em: 09 mar. 2018.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016.

13

Direito das sucessões: origem, evolução histórica e legislativa

Janner Augusto [1]
Rosemary Cipriano da Silva [2]

1 Introdução

Este trabalho visa analisar a evolução histórica e legislativa do direito das sucessões. Assim, será abordada a origem do direito sucessório, seus fundamentos e conceito.

O direito sucessório segundo os doutrinadores, possui relatos desde a antiguidade, onde prevalecia o culto familiar e não o direito patrimonial que hoje prevalece. Isto porque, independentemente do que era praticado pela sociedade em geral, cada família tinha sua forma de expressar a religião.

A sucessão para aquela época se dava apenas pela linha masculina, conhecido como filho varão, excluindo-se assim a filha do *de cujus*, que ao se casar se desligava da família passando a fazer parte da família do marido.

Com isso, vieram vários avanços que também serão vistos neste artigo. É importante mencionar também, que as famílias evoluíram e

[1] Aluno do curso de pós graduação em Direito Processual Constitucional da FAPAM – Faculdade de Pará de Minas.

[2] Advogada, Mestra em Direito pela Universidade FUMEC (2010). Área de Concentração: Direito e Instituições Políticas.Graduada em Direito pela Universidade FUMEC (2007). Coordenadora do NPJ - Núcleo de Prática Jurídica da FAMINAS - BH. Professora do Curso de Graduação em Direito da FAMINAS - BH. Mediadora certificada pelo Tribunal de Justiça de MG

trouxeram novos arranjos, o que fez com que a legislação tivesse que se adaptar. Sendo assim, o Código Civil de 1916 que tratava de uma forma o direito sucessório, teve que evoluir, e nisso surgiu a súmula 380 do STF, concedendo o direito a meação, dos bens adquiridos com o esforço comum.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226, trouxe novos contornos para a família e a legislação teve que criar leis ordinárias para dar mais efetividade a carta magna. Dúvidas viam surgindo, devido o fato de pensar se o legislador quisera ou não equiparar o cônjuge com o companheiro.

A lei 8.971 de 29 de dezembro de 1994, regulou o direitos dos companheiros em alimentos e da sucessão, dentre outras os direitos de usufruto, o tempo mínimo de convívio ou filhos comuns para o companheiro participasse da sucessão.

A lei 9.278 de 10 de maio de 1996, regulou o artigo 226, § 3º da CF/88, dando ao companheiro o direito real de habitação. A nova lei também excluiu o tempo de duração, apenas o convívio contínuo e duradouro com o intuito de constituição de família. Isso mostra que houve uma evolução legislativa sobre o tema, que também será tratada neste artigo.

2 Referencial teórico

2.1 A evolução da estrutura familiar no Brasil

No Brasil, a estrutura familiar, vem evoluindo gradativamente desde os seus primórdios. Assim, para compreendermos as entidades familiares nas diversas formas em que se apresentam na sociedade atual, faz-se necessária digressão ao passado.

A família brasileira, inicialmente foi fortemente influenciada pela família romana e posteriormente pela família canônica. No direito romano, toda a entidade familiar se organizava sob a autoridade da figura masculina, qual seja, do *pater famílias*. Este, por sua vez, era considerado o único chefe da família, sendo a mulher totalmente submissa à sua autoridade.

Todo o poder familiar encontrava-se concentrado nas mãos do *pater*, o qual exercia as funções de chefe político, sacerdote e juiz, distribuindo assim a justiça no âmbito familiar. Importante mencionar que, a ampla autoridade do *pater,* recaia tanto sobre sua respectiva esposa quanto sobre todos os seus descendentes não emancipados, inclusive sobre as mulheres casadas com os seus descendentes.

A autoridade do *pater famílias* era demasiadamente ampla e severa, cabendo ao mesmo o exercício sobre o direito de vida e de morte dos filhos, podendo, a seu juízo, vende-los ou privar-lhes a vida.

Segundo Gonçalves (2014), o patrimônio da família também era administrado somente pelo *pater*, excluindo-se assim a possibilidade de existência de um patrimônio individual formado por algum dos membro da entidade familiar. Nesse sentido, a família revelava-se, na realidade, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional.

Diante o exposto, resta evidente que a família romana nunca foi uma entidade familiar fundada no afeto, mas tão somente na subordinação da mulher e filhos à autoridade patriarcal.

Com a progressiva evolução da sociedade à época, as regras concernentes à família romana foram atenuadas, restringindo-se assim, gradativamente a autoridade do *pater*. A partir do século IV, com o Imperador Constantino, propagou-se no direito romano a concepção cristã da família, predominando assim a ideia de ordem moral.

Nesse diapasão, foi conferida mais autonomia à mulher, a qual começou a cumular funções, como por exemplo, a manutenção do culto. Importante mencionar ainda que, aos filhos também foi concedida maior autonomia, passando estes a administrar, por exemplo, seus vencimentos militares, denominados pecúlios.

Com os avanços sociais e a concepção família fundada na ordem cristã e moral, os romanos passaram a entender necessário o afeto para constituição e manutenção do casamento, sendo possível a dissolução da entidade familiar, uma vez que a afeição desaparecesse.

Diante a decadência do Império Romano, durante a Idade Média, as relações familiares passaram a ser regidas pelo Direito Canônico, o qual continha significativas distinções da família romana.

O Direito canônico foi marcado pelo cristianismo, sofrendo assim grande influência da Igreja Católica Apostólica Romana. Nesse sentido, as entidades familiares somente poderiam ser instituídas mediante as cerimonias religiosas, tornando-se assim, o casamento, uma instituição sacramental indissolúvel, cuja extinção somente se daria mediante a morte de um dos cônjuges.

Nessa época, a Igreja exercia forte influência sobre a vida e rotina das famílias, empenhando-se em combater tudo o que pudesse fragmentar o seio familiar, como, por exemplo, o concubinato, o aborto e o adultério, na tentativa de manter o casamento.

No âmbito familiar, a autoridade patriarcal foi novamente fortalecida, restando à mulher a incumbência dos afazeres domésticos e o encargo de cuidar dos filhos. Nesse sentido, merece destaque as palavras de Rodrigo da Cunha Pereira:

> A influência ou autoridade da mulher era quase nula, ou diminuída de toda a forma: não se justificava a mulher fora de casa. Ela estava destinada a inércia e a ignorância. Tinha vontade, mas era impotente, portanto, privada de capacidade jurídica. Consequentemente, na organização familiar, a chefia era indiscutivelmente do marido. Este era também o chefe da religião doméstica e, como tal, gozava de um poder absoluto, podendo inclusive vender o filho ou mesmo mata-lo. (PEREIRA, 2003, p. 61).

Devido a colonização lusa, o Brasil sofreu grande influência do Direito Canônico, sendo as Ordenações Filipinas a principal fonte de introdução do aludido direito no ordenamento jurídico pátrio brasileiro.

A família legítima, de acordo com o Código Civil de 1916, somente poderia ser instituída com o casamento civil, adquirindo assim os cônjuges, mediante as justas núpcias, todos os direitos e deveres inerentes àquela sociedade.

O casamento estabelecia, simultaneamente, o vínculo matrimonial (família legítima) e a sociedade conjugal, sendo esta o complexo de direitos e obrigações que formavam a vida em comum dos cônjuges.

Nesse sentido, aquela família estabelecida fora da sociedade conjugal não poderia ser considerada legítima e consequentemente não estava legalmente amparada pelo referido Código, uma vez que a esse modo de convivência, denominado concubinato, somente eram feitas proibições e restrições na tentativa de preservar a instituição do casamento.

Álvaro Villaça Azevedo traz em sua obra, a seguinte definição de concubinato:

> (...) é possível, agora, conceituar o concubinato, abrangendo todas as suas espécies, como a união estável, duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, não ligados por vínculo matrimonial, mas convivendo como se casados, sob o mesmo teto ou não, assim, sua família de fato. (AZEVEDO, 2013, p. 136-137).

O concubinato se apresentava de duas formas, quais sejam, puro e impuro. O concubinato puro caracterizava-se quando um homem e uma mulher, ambos sem nenhuma restrição impeditiva ao casamento, mantinham entre si relacionamento afetivo com o intuito de formação de família, porém sem se casarem legalmente.

Já o concubinato impuro, o qual poderia ser classificado como adulterino ou incestuoso, também se caracterizava pelo relacionamento amoroso entre um homem e uma mulher, contudo, nesse caso, um deles encontrava-se impedido de vincular-se afetivamente ao outro.

Nesse sentido, seguindo ainda a obra de Álvaro Villaça Azevedo:

> É puro o concubinato, quando se constitui a família de fato, sem qualquer detrimento da família legítima ou de outra família de fato (este poderá rotular-se, também, de concubinato leal). (...) Impuro é o adulterino, incestuoso ou desleal, como, respectivamente, o de um homem casado, que mantenha, paralelamente a seu lar, outro de fato; o de um pai com sua filha; e o de um concubino formando outro concubinato. (AZEVEDO, 2013, p. 137).

O concubinato não era considerado uma entidade familiar, sendo esse modo de convivência reputado a uma sociedade de fato, capaz de produzir, quando muito, apenas obrigações de caráter patrimonial.

No âmbito familiar, de acordo com o art. 233 e 240 do Código Civil de 1916, o marido era considerado como o único chefe da sociedade conjugal, restando assim, à mulher, apenas o papel de colaboradora do marido nos encargos da família. Situação esta que revelava a preponderância de uma estrutura familiar patriarcal, além da consequente imperatividade do homem sobre a mulher, cabendo exclusivamente àquele o comando e direção e chefia da família.

O referido Código cuidou ainda das hipóteses de dissolução da sociedade conjugal, quais sejam, pela morte de um dos cônjuges; pela nulidade ou anulação do casamento; e, pelo desquite, amigável ou judicial.

Importante mencionar ainda que no âmbito familiar, eram considerados filhos legítimos, apenas aqueles concebidos e gerados na constância do casamento. Naquela época, os filhos havidos fora do casamento eram considerados ilegítimos, classificados como naturais ou espúrios.

Nesse sentido, ensina Carlos Roberto Gonçalves:

> Os primeiros eram os que nasciam de homem e mulher entre os quais não havia impedimento matrimonial. Os espúrios eram os nascidos de pais impedidos de se casar entre si em decorrência de parentesco, afinidade ou casamento anterior e se dividiam em adulterinos e incestuosos. (GONÇALVES, 2014, p. 28).

Assim como a concubina, os filhos ilegítimos também não estavam juridicamente tutelados pela legislação vigente, não tendo sequer o reconhecimento de sua filiação assegurado pela lei.

Na realidade, apenas os filhos naturais poderiam ser reconhecidos, sendo expressamente vedado, de acordo com o art. 358 do referido Código, o reconhecimento dos filhos incestuosos ou adulterinos (espúrios).

Ainda assim, Conforme Cahali e Hironaka (2012) apesar da possibilidade de reconhecimento dos filhos naturais, apenas os legitimados seriam, em tudo, equiparados aos filhos legítimos, ou seja, aqueles

concebidos e nascidos na constância do casamento. De acordo com o art. 353 do Código Civil de 1916, a legitimação resultava do casamento dos pais, estando concebido ou depois de havido o filho.

Com as transformações sociais e a evolução da sociedade, ao longo do tempo foram surgindo algumas normas e leis que, gradativamente, alteraram o direito de família brasileiro, culminando com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) e posteriormente o Código Civil de 2002.

Vale ressaltar ainda que, segundo Cahali e Hironaka (2012) antes mesmo da edição da Constituição Federal de 1988, foram assegurados alguns direitos à concubina, como por exemplo, a alteração da legislação previdenciária e o reconhecimento do direito à meação dos bens adquiridos pelo esforço comum das partes, mediante a Súmula 380 do STF, *in verbis*: "Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum".

Contudo, a expressão "esforço comum", de acordo com Cahali e Hironaka (2012) causou demasiado transtorno entre os doutrinadores e juristas. Nessa acepção, uma corrente ateve-se a ideia de que a concubina somente teria direito ao patrimônio formado com o seu esforço e trabalho direto na atividade lucrativa, enquanto outra corrente defendia a posição de que somente o fato da mulher se ater aos afazeres domésticos e o regular gerenciamento da casa, garantia-lhe o direito a participação no patrimônio formado pelos concubinos.

Diante tal situação, restou ao Superior Tribunal de Justiça pacificar o assunto, no sentido de reconhecer o direito da concubina de participar do patrimônio deixado pelo companheiro, mesmo que não tenha exercido atividade econômica fora do lar, conforme ensinamento de Carlos Roberto Gonçalves (2014).

A jurisprudência, diante o novo cenário social, também acompanhou os anseios da sociedade, aplicando às disposições do Código Civil atual a época, apenas aos casos de concubinato adulterino.

Sendo assim, tais restrições mencionadas acima deixaram de ser aplicadas àqueles casos em que o homem casado encontrava-se separado de fato da esposa e mantinha relacionamento afetivo com a concubina, possibilitando então o reconhecimento desses relacionamentos como entidades familiares.

2.2 Origem da família e do poder familiar

De acordo com Dias (2013), vínculos afetivos não são uma prerrogativa da espécie humana. O acasalamento sempre existiu entre os seres vivos, sejam em decorrência do instinto de perpetuação da espécie, seja pela verdadeira aversão que todas as pessoas têm à solidão.

Hironaka, citada por Dias (2013) explica que não importa a posição que o indivíduo ocupa na família, ou qual a espécie de grupamento familiar a que ele pertence, o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade.

Como bem explica Dias (2013) a família é uma construção social organizada através de regras culturalmente elaboradas que conformam modelos de comportamento. Dispõe de estruturação psíquica na qual todos ocupam um lugar, possuem uma função, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente.

Nogueira (2007, p. 2) ensina que "*não há na história dos povos antigos e na Antiguidade Oriental como na Antiguidade Clássica o surgimento de uma sociedade organizada sem que se vislumbre uma base ou seus fundamentos na família ou organização familiar*". O modelo de família brasileiro encontra sua origem na família romana que, por sua vez, se estruturou e sofreu influência no modelo grego.

> Foi a Antiga Roma que sistematizou normas severas que fizeram da família uma sociedade patriarcal. A família romana era organizada preponderantemente, no poder e na posição do pai, chefe da comunidade. O pátrio poder

> tinha caráter unitário exercido pelo pai. Este era uma pessoa sui júris, ou seja, chefiava todo o resto da família que vivia sobre seu comando, os demais membros eram alini júris. (NOGUEIRA, 2007, p. 2).

Arnoldo Wald citado por Nogueira ainda dispõe que:

> A família era, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. Inicialmente, havia um patrimônio só que pertencia à família, embora administrado pelo pater. Numa fase mais evoluída do direito romano, surgiam patrimônios individuais, como os pecúlios, administrados por pessoas que estavam sob a autoridade do pater. Na sociedade Romana, elitista e machista os poderes patriarcais eram numerosos. Como mostram os princípios que vigiam à época: Jus vita ac necis (o direito da vida e da morte); Jus exponendi (direito de abandono); Jus naxal dandi (direito de dar prejuízo). (WALD apud NOGUEIRA, 2007, p. 3).

Com a morte do "pater famílias" quem assumia o poder familiar era o filho primogênito ou então algum outro homem pertencente ao grupo familiar e não a matriarca ou uma das filhas.

No casamento Romano, conforme explica Nogueira (2007, p. 3):

> (...) existiam duas possibilidades para a mulher: ou continuava se submetendo aos poderes da autoridade paterna (casamento sem manus), ou ela entrava na família marital e devia a partir deste momento obediência ao seu marido (casamento com manus). Além disso, duas espécies de parentesco existiam no Direito Romano: a agnação consistia na reunião de pessoas que estavam sob o poder de um mesmo pater, englobava os filhos biológicos e os filhos adotivos, por exemplo. A cognação era o parentesco advindo pelo sangue. Assim, a mulher que houvesse se casado com manus era cognada com seu irmão em relação ao seu vínculo consanguíneo, mas não era agnada, pois cada qual devia obediência a um pater diferente, ou seja, a mulher ao seu marido e o irmão ao seu pai. (NOGUEIRA, 2007, p. 3).

A família romana evoluiu e passou a conferir maiores poderes à mulher, sendo que o parentesco cognatício foi substituindo o agnatício.

De acordo com Nogueira (2007), na época do Império Romano passam os cognados a terem direitos sucessórios e alimentares, além da

possibilidade de um magistrado poder solucionar conflitos advindos de abusos do pater. Nesta fase, a mulher romana já goza de alguma completa autonomia além de corresponder ao início do feminismo. A figura do adultério e a do divórcio se multiplica pela sociedade romana e com isso a dissolução da família romana.

> À medida que o pai deixava de ser a autoridade severa e arbitrária dos primeiros tempos para reconhecer a autonomia e a independência dos filhos, multiplicava-se em Roma a figura leviana do filius mimado e egoísta, gastando num dia fortunas acumuladas pelo trabalho de gerações, caracterizando assim uma sociedade que adquiriu o hábito do luxo e perdeu a sobriedade. Após o austero e rígido pater, veio à época da soberania incontestável das novas gerações. (NOGUEIRA, 2007, p. 3).

Cabe ressaltar que os doutrinadores reconhecem a importância do direito romano e sua influência no direito brasileiro com relação à estrutura da família como sendo uma unidade econômica, religiosa, onde havia uma chefia familiar dominada por um homem.

A partir do século V, com o decorrente desaparecimento de uma ordem estável que se manteve durante séculos, conforme dispõe Nogueira (2007), houve um deslocamento do poder de Roma para as mãos do chefe da Igreja Católica Romana que desenvolveu o Direito Canônico estruturado num conjunto normativo dualista (laico e religioso) que irá se manter até o século XX. Como consequência, na Idade Média, o Direito, confundido com a justiça, era ditado pela Religião, que possuindo autoridade e poder, se dizia intérprete de Deus na terra. Os canonistas eram totalmente contrários à dissolução do casamento por entenderem que não podiam os homens dissolver a união realizada por Deus e, portanto um sacramento.

Arnoldo Wald citado por Nogueira explica que:

> Havia uma divergência básica entre a concepção católica do casamento e a concepção medieval. Enquanto para a Igreja em princípio, o matrimônio depende do simples consenso das partes, a sociedade medieval reconhecia no matrimônio um ato de repercussão econômica e política para o qual devia ser exigido não apenas o consenso dos nubentes, mas também o assentimento das

> famílias a que pertenciam. O direito canônico fomentou as causas que ensejavam impedimentos para o casamento, incluindo as causas baseadas na incapacidade de um dos nubentes como eram: a idade, casamento anterior, infertilidade, diferença de religião; as causas relacionadas com a falta de consentimento, ou decorrente de uma relação anterior (parentesco, afinidade). (WALD apud NOGUEIRA, 2007, p. 4).

A evolução do Direito canônico, de acordo com Nogueira (2007, p. 4), "*ocorreu com a elaboração das teorias das nulidades e de como ocorreria a separação de corpos e de patrimônios perante o ordenamento jurídico*".

Entretanto, é importante destacar que houve grande influência dos conceitos ditados pelo direito canônico no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no que concerne ao Direito de Família.

Aliás, conforme ensina Nogueira (2007, p. 5), "*esta evolução sobre a família, reflete uma manifestação muito mais antiga já vivida pela sociedade, principalmente nas classes economicamente menos desenvolvidas*". Além disso, o autor explica que no caso do Brasil, o casamento, na forma tradicional, pelo religioso, principalmente no período Imperial e até no período colonial, era praticado apenas pela elite brasileira e pela classe média, visto o formalismo e as despesas decorrentes de tais cerimônias.

A este respeito, Dias posiciona-se da seguinte forma:

> Em uma sociedade conservadora, os vínculos afetivos, para merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico, necessitavam ser chancelados pelo que se convencionou chamar de matrimônio. A família tinha uma formação extensiva, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção, com amplo incentivo à procriação. Sendo entidade patrimonializada, seus membros eram força de trabalho. O crescimento da família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos. O núcleo familiar dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal. (DIAS, 2013, p. 28).

Todavia, conforme explica Dias (2013) esse quadro não resistiu à revolução industrial que fez aumentar a necessidade de mão-de-obra, principalmente nas atividades terciárias. Assim, a mulher ingressou no

mercado de trabalho, deixando o homem de ser a única fonte de subsistência da família, que se tornou nuclear, estrita ao casal e sua prole.

> Acabou a prevalência do caráter produtivo e reprodutivo da família, que migrou para as cidades e passou a conviver em espaços menores. Isso levou à aproximação dos seus membros, sendo mais prestigiado o vínculo afetivo que envolve seus integrantes. (DIAS, 2013, p. 28).

Desta forma, a partir da década de 60 foram reconhecidos vários direitos à mulher, ajudados pelos movimentos feministas e pela nova mentalidade da sociedade.

Na década de 70 surgiu a lei de divórcio, que foi um grande avanço e, com a Constituição de 1988 houve uma melhora ainda mais para a sociedade, pois, em seu artigo 226, a família passou a ter um conceito mais amplo, englobando várias formas de família, denominando estas novas formas de entidade familiar.

Dias explica que:

> Com a Constituição de 1988, passou a existir uma nova concepção da família, formada por laços afetivos de carinho, de amor. A valorização do afeto nas relações familiares não se cinge apenas ao momento de celebração do casamento, devendo perdurar por toda a relação. Disso resulta que, cessado o afeto, está ruída a base de sustentação da família, e a dissolução do vínculo é o único modo de garantir a dignidade da pessoa. (DIAS, 2013, p. 28).

Assim, o direito de família moderno tem como base uma relação de afetividade, sendo que dentro do conceito de família existem relações pessoais, patrimoniais e assistenciais.

Além disso, antes de falar sobre o tema propriamente dito, é necessário falar sobre o pátrio poder, que tem sua origem a partir do momento em que os homens passaram a conviver em grupos, surgindo a necessidade da existência de um "poder familiar" para garantir a ordem e a harmonia da sociedade.

Para Nogueira (2007) o pátrio poder tem sua denominação no atual ordenamento jurídico, no Direito romano, fundamentava-se numa relação

de domínio ilimitado, onde todo alguns cidadãos não se submetiam a ninguém e outros deveriam se submeter às ordens de outras pessoas. Assim, os filhos deveriam obedecer irrestritamente aos pais, sendo que estes poderiam, vender, expor e até matar seus filhos.

A família, na sua função social e histórica, é a mais importante chave da compreensão do direito privado romano, uma vez que seu conjunto de regras visava manter unida a família, como unidade produtiva. Para os romanos, a instituição familiar cumpria as funções de pessoa jurídica, constituindo uma unidade patrimonial.

Na Grécia antiga, a relação paterno-familial, embora hierarquizada, era de uma submissão filial ilimitada e a afeição era tomada como base das relações familiares.

> No Código de Hamurabi, um dos primeiros documentos jurídicos reconhecidos pelos historiadores, encontram-se disposições que regulamentam o direito sucessório dos filhos, a proibição do incesto, o direito de filiação, a adoção e o poder paternal. O cristianismo foi um grande marco na história da humanidade e da família, pois suas ideias modificaram a sociedade e sua influência sobre o direito, principalmente no tocante à relação paterno-filial, tomou grande vulto no decorrer da Idade Média, com a forte influência exercida pela Igreja Católica. (NOGUEIRA, 2007, p.14).

Para Levy (2008), na época feudal a intensidade do poder familiar vai diminuindo, o filho passa a ter direito à vida (a Igreja passa a punir o aborto e a exposição dos filhos) e à integridade física (ainda que os pais possam aplicar-lhe "correções" educativas), à educação e ao sustento. O fim do poder familiar começa a se delinear, primeiro com a saída do filho do lar paterno, pelo casamento, por "estado honrado" como a entrada no serviço militar ou religioso, emancipação judicial e mais tarde pela idade.

E foi no século 20 que as transformações ocorridas na seara familiar ficaram mais exaltadas, tendo por tônica a redefinição dos papéis de seus protagonistas: o pai, outrora autoritário e distante, hoje presente e participativo; a mãe antes submissa ao pai, hoje tem seus direitos reconhecidos em igualdade de condições com o homem; o filho, antes objeto de posse

podendo até ser morto ou abandonado pelos pais, hoje ocupa o lugar central da família, é ser humano em processo de desenvolvimento merecedor de proteção integral dos pais, da sociedade e do Estado.

Após a civilização romana, como dispõe Aluisio Santiago Campos Junior, citado por Levy (2008), com a criação do Código de Napoleão, prevaleceu o interesse do menor, erradicando o despotismo romano, sendo introduzido no Brasil através do Estatuto da Mulher Casada. Depois deste instituto, veio o Código civil de 1916, que manteve a denominação pátrio poder e ainda o Estatuto da Criança e do Adolescente, que também a manteve, prevalecendo sempre o interesse do menor.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso I e 266 § 5º é que consagrou definitivamente a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações no que tange a família, reconhecendo ainda esta igualdade aos filhos havidos ou não do casamento e o reconhecimento de novas entidades familiares, refletindo assim a enorme transformação ocorrida nas relações familiares e promovendo a adequação do direito de família à nova realidade, derrogando vários dispositivos do Código civil de 1916 atinentes à matéria.

Nogueira (2007) relata que, tendo como valor supremo o ser humano, a Constituição de 1988 adota o princípio da dignidade humana como norteador de todo o sistema jurídico pátrio, colocando também em pauta o princípio da proteção da família, da igualdade conjugal, da paternidade responsável, da proteção integral da criança e do adolescente, da igualdade filial, da afetividade e da solidariedade familiar, estipulando que a família é a base da sociedade e merecedora de atenção especial do Estado. Tanto é assim que o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 21 dispõe que o "pátrio poder" será exercido, em igualdade de condições pelo pai e pela mãe, na forma da lei civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Assim, pode-se conceituar o poder familiar como sendo o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no que tange à pessoa e aos bens

dos filhos menores, com a finalidade de proporcionar-lhes subsistência, educação e proteção.

2.3 Origem do direito das sucessões

Conforme Cassetari (2008), tendo suas raízes na mais alta antiguidade, segundo apontamentos doutrinários, o Direito Sucessório surgiu nos direitos egípcio, hindu e babilônico, sem, contudo, deixar de se fundar no fato da existência de previsões sobre sucessões no Código de Hamurabi (2700 a.C.), no Código de Manu (1300 a 800 a.C) e nos diversos registros egípcios. Tendo também origem no direito hebraico, onde o Código de Moisés (1700 a.C.) trazia várias disposições a respeito do tema, inclusive uma lista de herdeiros, o Direito Sucessório tem ali o surgimento da primeira ordem de vocação hereditária.

Inicialmente com caráter religioso e familiar, os apontamentos sobre o tema em foco têm fundamental importância quando se diz respeito ao Direito Romano, onde a ideia de continuidade era prevista não só pela relação patrimonial dos herdeiros para com o *de cujus*, mas também à continuidade, e maior importância, do culto familiar. Isto porque, independentemente do que era praticado pela sociedade em geral, cada família tinha sua forma de expressar a religião, sendo uma desonra inexorável ao falecido sua prole não dar continuidade ao culto por ele ministrado.

Notadamente Sílvio Rodrigues citado por Gonçalves comenta que:

> Essa a razão por que a sucessão, a esse tempo e durante séculos, transmite-se apenas pela linha masculina, pois, como o filho é o sacerdote da religião doméstica, é ele, e não sua irmã quem recebe o patrimônio da família. Aí, portanto, a explicação da regra segundo a qual se transmite ao primogênito varão. (GONÇALVES, 2014, p. 21).

Com pensamento e apontamento paralelo, Venosa (2007) assevera que:

> O sucessor causa mortis era o continuador do culto familiar. A continuação da pessoa do morto no culto doméstico era uma consequência necessária da condição assumida de "herdeiro". A situação assim se apresentava porque o direito de propriedade estabeleceu-se para a efetivação de um culto hereditário, razão pela qual não se podia extinguir pela morte do titular. Deveria sempre haver um continuador da religião familiar, para que o culto não se extinguisse e, assim, continuasse íntegro o patrimônio. O lar não poderia nunca ficar abandonado e, mantida a religião, persistiria o direito de propriedade. (VENOSA, 2007, p. 2).

Tomando esse ponto da vocação hereditária como norte, há de se elucidar que, desde os Direitos Romano e Grego há a previsibilidade da sucessão testamentária.

Nesse sentido acima Venosa (2007) relaciona que:

> No Direito oriental antigo, nada existe de palpável, para concluir por outra forma de sucessão que não aquela sem testamento, apesar de se ter notícia do testamento entre os hebreus. (Nascimento, 1979:67) Era peculiar ao velho direito oriental a faculdade de o pai distribuir seu patrimônio, em vida, entre os herdeiros. Os romanos, assim como os gregos, admitiam as duas formas de sucessão, com ou sem testamento. O direito grego, contudo, só admitia a sucessão por testamento na falta de filhos. (VENOSA, 2007, p. 3).

Naquela época o patriarca, já com previsão expressa na Lei das XII Tábuas, poderia livremente dispor de seus bens em testamento. Todavia, caso não o fizesse, a sucessão se daria por três classes, sucessivamente, a saber, *sui*, *agnati* e *gentili*.

Segundo Cassetari (2008), desde a antiguidade havia uma ordem de vocação hereditária, sendo as classes acima compreendidas pelos filhos, netos e esposa (*sui*); parentes mais próximos do falecido, os colaterais de origem exclusivamente paterna (*agnati*) e o grupo familiar em sentido lato (*gentili*). Para o Direito Germânico, contudo, não era previsto o Direito Sucessório Testamentário, somente sendo conferida a herança àquele que mantinha vínculo sanguíneo com o *de cujus*.

A previsibilidade da ordem de vocação hereditária na antiguidade que mais se assemelha com o direito contemporâneo está presente no Código

de Justiniano, sendo esta abrangida por descendentes, ascendentes em concurso com os irmãos e irmãs bilaterais, irmãos e irmãs consanguíneos e uterinos, e outros parentes colaterais.

Para Dias (2008), a "pedra de toque" do direito sucessório é o chamado princípio da saisine, que teve origem na França, como oposição ao regime que vigorava à época do feudalismo. Com o falecimento do servo, o senhor feudal assumia o direito à herança e o herdeiro só a recuperava mediante o pagamento de pesados impostos.

Isso mostra, segundo a autora, que a "sociedade atual é fundada sobre o direito patrimonial e a herança se tornou um dogma formidável e multissecular. Há um interesse fiscal em atribuir o pagamento de impostos quando da transferência patrimonial". (DIAS, 2008, p. 26).

2.4 Evolução histórica e legislativa no Brasil

No Brasil, o Código Civil de 1916 reconhecia como família a constituída através do casamento, conforme demonstrado anteriormente.

Assim, em meados do século XX ocorreram grandes transformações sociais. Diante a evolução da sociedade, o casamento deixou de ser considerado como a única forma legítima de constituição de família.

A sociedade, em caráter geral, desvinculou-se do modelo patriarcal e hierarquizado de família e passou a dar enfoque aos vínculos afetivos entre as pessoas como base para constituição da entidade familiar, assim, a afeição tornou-se elemento indispensável à continuidade dessas relações.

Diante esse novo cenário social, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 1º, inciso III, pautada na defesa dos direitos do indivíduo e da coletividade, consagrou, como direito fundamental, a dignidade da pessoa humana.

Com a consagração da dignidade da pessoa humana e considerando ainda que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, conforme preconiza o art. 5º da Constituição Federal de 1988, os direitos dos indivíduos foram ampliados, tornando-se assim inconcebível qualquer discriminação ou diferenciação não justificável entre as pessoas.

Nesse sentido, devem ser registradas as palavras de Maria Berenice Dias:

> O Constituinte de 1988 consagrou, como dogma fundamental, antecedendo a todos os princípios, a dignidade da pessoa humana (CF 1.º III), impedindo assim a superposição de qualquer instituição à tutela de seus integrantes. Foram eliminadas injustificáveis diferenciações e discriminações que não mais combinam com uma sociedade democrática e livre. Houve o resgate do ser humano como sujeito de direito, assegurando-lhe, de forma ampliada, a consciência da cidadania. (DIAS, 2013, p. 40).

No âmbito do direito de família, a Constituição Federal de 1988 trouxe significativas alterações em relação às leis então vigentes, como por exemplo, em seu art. 226, titularizando a família como a base da sociedade e consequentemente conferindo-a proteção especial e assistência estatal, além do reconhecimento da existência de outras formas de constituição de família, senão apenas aquela oriunda do casamento civil, conforme preconizava o Código Civil de 1916.

O art. 226 da Constituição Federal expressamente reconheceu, em seus §3º e §4º respectivamente, a existência da união estável entre homem e mulher e da família monoparental, ou seja, aquela comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, como entidades familiares.

O constituinte também previu a possibilidade da dissolução do casamento civil pelo divórcio, nos moldes do §6º do art. 226 da CRFB, *in verbis: "§6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após a prévia separação judicial, por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos*".

Conforme infere-se do mencionado dispositivo, reduziu-se a exigência da observância do prazo da separação judicial, possibilitando assim, sua conversão em divórcio após um ano. O constituinte criou ainda uma modalidade de divórcio direto, desde que observado o período de dois anos após a separação de fato.

Apesar da ampliação dos direitos referentes ao instituto, impor aos cônjuges a observância de determinado lapso temporal para requerer o divórcio, mostrava-se medida desnecessária e injustificada. Assim, no dia 13 de julho de 2010, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 66, que deu ao §6º da CRFB, a seguinte redação: *"§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio"*. Nesse sentido, deixou-se de observar o requisito temporal para obtenção do divórcio, o qual poderia ser exclusivamente direto.

Outro marco importante na evolução da estrutura familiar brasileira encontra guarida no art. 227, §6º da Constituição Federal, *in verbis:* "*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*".

Conforme infere-se do dispositivo mencionado acima, o constituinte consagrou a igualdade entre os filhos, havidos ou não na constância do casamento, concedendo aos mesmos direitos e condições igualitárias.

Cahali e Hironaka (2012) afirmam que com o advento da Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 1916, o qual tratava da matéria acima disciplinada, encontrava-se em completo descompasso com o novo ordenamento jurídico constitucional vigente, perdendo assim o seu papel de lei fundamental do direito de família.

Devido as grandes transformações na legislação brasileira e a divergência do Código Civil vigente a época com o novo ordenamento jurídico trazido pela Constituição Federal de 1988, necessário fez-se a elaboração de um novo projeto que regulamentasse o direito de família, culminando assim a aprovação do Código Civil de 2002, o qual se encontra vigente até os dias atuais.

Conforme mencionado anteriormente, a Constituição Federal de 1988, fundada na dignidade da pessoa humana, reconheceu a união estável como entidade familiar. Contudo, apesar do reconhecimento dessa nova forma de constituição de família, a Carta Magna não disciplinou tal instituto, cabendo assim ao legislador infraconstitucional regulamentá-la.

Num primeiro momento, foi promulgada a lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994, balizando os parâmetros para constituição da união estável e assegurando os direitos dos companheiros a alimentos e à sucessão.

Nesse sentido, a referida lei impunha como requisito para constituição da união estável, a convivência dos companheiros por período superior a cinco anos, excetuando aqueles casos em que houvesse existência de prole, sendo assim, dispensada a observância deste período.

Além do lapso temporal, o legislador observou como requisito caracterizador da união estável, o estado civil dos companheiros, os quais deveriam ser solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos.

Todavia, segundo Cahali e Hironaka (2012), apesar do reconhecimento dessa nova forma de constituição de entidade familiar, diante os requisitos de natureza pessoal acima elencados, não se admitia ainda, no âmbito do Direito de Família, a existência do concubinato impuro ou a qualificação desse modo de convivência como união estável.

Conforme mencionado acima, outra parcela trazida pela referida lei, foi o direito à sucessão do companheiro e a partilha dos bens deixados pelo autor da herança, nos moldes dos artigos 2º e 3º respectivamente, senão vejamos, *in verbis:*

> Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:
> I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns;
> II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;
> III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.
>
> Art. 3º Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens".

Na realidade, conforme infere-se da leitura dos dispositivos acima, somente era assegurado a totalidade da herança ao companheiro sobrevivente, na falta de herdeiros necessários (ascendentes ou descendentes). Assim, naqueles casos em que existissem outros herdeiros, ao companheiro sobrevivente era assegurado apenas e tão somente o direito de usufruto vidual sobre parte dos bens deixados pelo companheiro falecido autor da herança.

O direito à meação também foi resguardado ao companheiro sobrevivente, contudo somente referente àqueles bens resultantes de atividade em que haja colaboração do mesmo, ou seja, desde houvesse esforço comum para aquisição do respectivo patrimônio.

Contudo, novamente surgiram dúvidas quanto a obrigatoriedade da companheira participar diretamente na atividade lucrativa ou apenas cuidar dos afazeres domésticos.

No dia 10 de maio de 1996, foi publicada a Lei nº 9.278, regulamentando o §3º do art. 226 da Constituição Federal.

Esta lei trouxe em seu bojo inovações quanto aos aspectos inerentes união estável, impondo como requisitos para constituição da mesma, a convivência duradoura, publica e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Nesse aspecto, foi excluída a exigência a observância do lapso temporal superior a cinco anos de convivência além de alguns dos requisitos de natureza pessoal, antes exigidos pela Lei nº 8.971/94, para constituição da união estável, albergando assim as relações entre pessoas separadas de fato.

A referida lei fixou ainda os direitos e deveres iguais dos conviventes, assegurando aos mesmos o respeito e consideração mútuos; assistência moral e material recíproca e ainda a guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

O art. 5º da Lei nº 9.278/96 gerou a presunção absoluta de que os bens adquiridos por qualquer um ou ambos os conviventes, na constância do casamento e a título oneroso, são considerados frutos do esforço

comum, pertencendo assim a ambos, em condomínio e iguais partes, salvo estipulação em contrário. Tal dispositivo afastou questionamentos sobre a efetiva participação de cada parceiro para a partilha igualitária dos bens, como lembra Maria Berenice Dias (2013).

Diferentemente do disposto na lei anterior, nos casos de falecimento de um dos conviventes, o art. 7º da Lei nº 9.278/96, reconheceu o direito real de habitação ao sobrevivente, enquanto este viver ou não constituir nova união estável ou casamento, em relação ao imóvel destinado a residência da família.

Por fim, o legislador assegurou, nos casos de dissolução da união estável por rescisão, o direito a alimentos ao convivente que dele comprovadamente necessitar.

Com relação ao Código Civil de 2002, cabe ressaltar que o legislador reservou o Livro IV do atual Código para tratar os aspectos concernentes ao Direito de Família, regulamentando no Título I do respectivo Livro, o Direito Pessoal, no Título II o Direito Patrimonial, no Título III a matéria concernente à União Estável e no Título IV a Tutela e Curatela.

Apesar da Constituição Federal de 1988 ter reconhecido a família como base da sociedade, conferindo-a proteção especial do Estado, além de ter reconhecido a união estável como entidade familiar, o legislador infraconstitucional ainda assim, dispôs tratamento desigual a esta forma de constituição de família em relação àquela decorrente do casamento.

Maria Berenice Dias, em sua obra, traduzindo os ensinamentos de Paulo Lôbo, tem entendimento semelhante, senão vejamos:

> O legislador, infelizmente, também cometeu inconstitucionalidades. Ao tratar desigualmente as entidades familiares decorrentes do casamento e da união estável, gerou o Código Civil diferenciação sem respaldo constitucional. A Constituição não estabelece qualquer hierarquia entre as entidades às quais o Estado empresta especial proteção (CF 226). E, o que o constituinte não distinguiu, não pode diferenciar a lei ordinária. (DIAS, 2013, p. 32).

No âmbito familiar, conforme Cahali e Hironaka (2012), o Código Civil preservou a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, como por

exemplo, a paridade no exercício do poder familiar e o dever de coabitação e fidelidade recíproca. Dispôs ainda sobre os regimes de bens que deverão ser adotados pelos cônjuges, incluindo, além dos regimes da comunhão parcial; comunhão universal e a separação de bens, o regime de participação final nos aquestos.

O Código expressamente proibiu qualquer tipo de discriminação relativa à filiação, uma vez que, seguindo as orientações Constitucionais, determinou que os filhos havidos ou não na constância do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações.

Conforme mencionado anteriormente, o Título III foi reservado para tratar a matéria concernente à união estável, revogando-se assim as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96. Nesse diapasão, o Código Civil, em seu art. 1723, reconheceu a união estável entre o homem e a mulher, como entidade familiar, trazendo como requisitos para sua configuração, a convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o intuito de constituição de família.

A figura do concubinato aparece disposta no art. 1727, como aquelas relações não eventuais entre homem e mulher impedidos de se casar. Tal diferenciação torna-se necessária, uma vez que, ao concubinato não são assegurados direitos familiares, mas tão somente, direitos patrimoniais relativamente aqueles bens adquiridos onerosamente pelos concubinos.

A depender da época que se pretenda analisar, o Direito Sucessório pode ter distintos fundamentos. Primeiro, e já tratado anteriormente, têm-se que seu fundamento baseava-se na religião, quando era passado de ascendente para descendente varão o dever de continuar a sagração religiosa da família.

Das palavras de Gonçalves (2014, p. 26) extrai-se que "a propriedade era familiar e a família era chefiada pelo varão mais velho, que tomava o lugar do *de cujus* na condução do culto doméstico".

Assim, tratando dos fundamentos do Direito Sucessório, Fiuza (2006) assevera que:

> A ideia de sucessão como a conhecemos hoje veio a surgir mesmo com o advento da propriedade individual. Seu fundamento, porém, era, de início, religioso e não econômico. A concepção religiosa exigia que tivesse o defunto um continuador de seu culto, que lhe fizesse os sacrifícios propiciatórios e lhe oferecesse o banquete fúnebre. O patrimônio era da família, que cultuava seus antepassados, na categoria de deuses domésticos. A sucessão, era, assim, calcada no direito de primogenitura. O primogênito sucedia ao pater-familias na chefia da família e do patrimônio familiar. (FIUZA, 2006, p. 25).

Importante salientar que é de interesse da sociedade em conservar o direito hereditário como sendo um fator primordial para o direito de propriedade. Por isso, o poder público deve assegurar ao indivíduo a possibilidade de transmitir seus bens a seus sucessores.

Nesse sentido Sílvio Rodrigues citado por Gonçalves (2014) relata que:

> Malgrado as antigas regras sobre a sucessão, quer inspiradas em motivos religiosos, quer fundadas no anseio de fortalecer a família, não levassem em consideração o sentimento de equidade, que recomenda a igualdade de tratamento entre herdeiros da mesma classe e grau, foi nesse sentido que o direito hereditário evoluiu. No direito contemporâneo a sucessão legítima, na generalidade dos países, processa-se entre os herdeiros que se encontram no mesmo grau e que, por conseguinte, recebem partes iguais. (GONÇALVES, 2014, p. 26).

A própria Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, XXII e XXX garante o direito de propriedade e o direito de herança. Além disso, conforme explicitado, o Código Civil de 2002 elevou o cônjuge e o companheiro a sucessores em grau de concorrência com os descendentes e ascendentes do *de cujus*, dependendo apenas da verificação de alguns pressupostos.

3 Considerações finais

Diante a evolução da sociedade, o casamento deixou de ser considerado a única forma legítima de constituição de família. A sociedade, em caráter geral, desvinculou-se do modelo patriarcal e hierarquizado de

família e passou a dar enfoque aos vínculos afetivos entre as pessoas como base para constituição da entidade familiar, assim, a afeição tornou-se elemento indispensável à continuidade dessas relações.

No direito brasileiro, a família foi elevada ao patamar de base da sociedade, sendo, portanto, merecedora da proteção especial do Estado. Ademais, no âmbito familiar, a Constituição Federal consagrou os princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana.

O tema deste trabalho refere-se à sucessão que significa tomar o lugar de outrem, sendo que ela pode se dar por ato entre vivos, (doação, permuta, etc.), ou em virtude de morte, denominada pelo ordenamento jurídico de sucessão hereditária.

Ficou percebido neste trabalho que o direito sucessório tem origem remota, desde que o homem começou a juntar patrimônio. A sociedade, como se estruturou em famílias fez surgir a sociedade privada. Assim, a ideia de sucessão surgiu após consolidar-se a formação da família.

O Direito Sucessório é eivado de raízes religiosas e familiares, não se atentando unicamente ao interesse patrimonial, entretanto dotado de diferenças de tratamento. Deixando de lado, pois, o interesse extrapatrimonial, e dando um passo significativo quanto à discriminação parental, tão comum na antiguidade, o Direito Sucessório evoluiu de maneira considerável, deixando de lado os aspectos religiosos e familiares, para se fundar na transmissão e continuidade de tão somente o patrimônio do *de cujus*.

Com isso, no Brasil, a Constituição Federal trouxe grandes avanços, tanto no que se refere à denominação de família, quanto ao direito à herança. Além disso, vieram as leis esparsas, que fundamentaram o disposto na Constituição, e posteriormente, o Código Civil de 2002.

Referências

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*.Brasília: Congresso Nacional, 1988.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*.4 ed. São Paulo: RT, 2012.

CASSETTARI, Christiano (Coord.) et al. v. 8. *Direito Civil*: Direito das Sucessões. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*.São Paulo: RT, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FIÚZA, César. *Direito Civil:* curso completo. 9. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*: Direito de Família. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos:** os conflitos no exercício do poder familiar. São Paulo: Atlas, 2008.

NOGUEIRA, Mariana Brasil. **A Família**: conceito e evolução histórica e sua importância. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/18496-18497-1-PB.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito civil:*direito de família. São Paulo: Atlas, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Coleção Direito Civil v. 7. *Direito Civil:* Direito das Sucessões. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

14

Da tomada de decisão apoiada e a consequência jurídica da ausência do apoiador: validade, nulidade, anulabilidade ou ineficácia do ato?

Janaína Aparecida Machado Lopes [1]
Rosane Vieira de Castro [2]

1 Introdução

Em 25 de agosto de 2009 foi promulgado o Decreto número 6.949 que versa sobre a Convenção Internacional dos direitos da pessoa com deficiência e seu protocolo facultativo, em ratificação à Convenção assinada em Nova York, em 30 de março de 2007.

Desde então, o Brasil se comprometeu a criar e ampliar leis com vistas a esmerar aacessibilidade das pessoas com deficiência. Em virtude disso, entrou em vigor em 06 de julho de 2015, a lei federal 13.146 que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão. Conhecida também como Estatuto da Pessoa com Deficiência, a norma trouxe várias inovações, sobretudo no que tange ao regime das capacidades.

Dessa forma, surge no ordenamento jurídico brasileiro um novo instituto: A Tomada de Decisão Apoiada, na qual pessoas com algum tipo de deficiência, seja ela física, mental, cognitiva ou intelectual, solicita o apoio

1 Graduada em Direito pela Faculdade de Minas -FAMINAS BH.

2 Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora de Direito Civil e Empresarial em cursos de graduação e pós graduação presenciais e à distância.

de ao menos duas pessoas idôneas e de sua confiança para assisti-lo na celebração de certos atos da vida civil.

Contudo, o dispositivo legal não é claro quanto a relevância da assinatura dos apoiadores para a celebração do negócio jurídico. Caso o apoiado venha a praticar um negócio jurídico, sem submetê-lo à apreciação dos apoiadores, isso ensejaria em uma possível nulidade, anulabilidade, ineficácia ou plena validade do ato jurídico celebrado?

Nesse sentido, o presente artigo analisará no primeiro capítulo as inovações trazidas pela Lei Nº 13.146, Estatuto da Pessoa com Deficiência, em especial no que concerne ao regime das capacidades e o conceito de deficiente que sofreu significativas alterações ao logo dos tempos.

No segundo capitulo, verificará o instituto da tomada de decisão apoiada; o porquê de sua inclusão no ordenamento jurídico; a sua definição à luz do Código Civil de 2002; os requisitos que devem ser observados para a sua concessão e qual sua finalidade. Por fim, serão examinados os negócios jurídicos nos planos da existência, validade e ineficácia.

No terceiro e último capítulo, será feito uma abordagem crítica sobre as possíveis consequências da ausência dos apoiadores para a celebração do negócio jurídico. Bem como a plena capacidade das pessoas portadora de deficiência, fato esse que enseja na plena validade dos atos por ela praticados, uma vez, que a deficiência não pode ser usada como um limitador do exercício da capacidade, conforme utilizada anteriormente nos moldes da curatela.

Quanto à metodologia, será adotado o método hipotético dedutivo, além da jurisprudência e da doutrina referente ao tema tratado,o que possibilitará, através da análise de algumas hipóteses, identificar soluções para determinada problemática.

2 Breves apontamentos sobre o Estatuto dos Portadores de deficiência (Lei 13.146/2015) esua repercussão sobre o regime da capacidade no direito brasileiro.

A Lei 13.146 de 6 de julho de 2015 instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência também conhecido como Lei Brasileira de Inclusão. Tal norma tem como principal objetivo a inclusão e a reinserção ao meio social de pessoas portadoras de algum tipo de deficiência, seja ela de natureza física, mental, cognitiva ou intelectual, conforme descrito no art. 2º do citado diploma legal.

O disposto no Estatuto está em consonância com as premissas trazidas pela Convenção das Nações Unidas que versa sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu protocolo facultativo, o qual foi assinado em 30 de março de 2007 em Nova York,e ratificado em 09 de julho de 2008 pelo Congresso Nacional por meio do decreto legislativo nº 186. Dessa forma, verifica-se um grande avanço na garantia da dignidade da pessoa com deficiência, como acentua Pablo Stolze (2016) "O Estatuto traduziu uma verdadeira conquista social, ao inaugurar um sistema normativo inclusivo, que homenageia o princípio da dignidade da pessoa humana em diversos níveis".

De acordo com o estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, IBGE, censo demográfico 2010 (2010, p. 72, 73), cerca de 23,9% da população brasileira, possui alguma espécie de deficiência, seja ela visual, auditiva ou alguma dificuldade de locomoção, além da deficiência mental ou intelectual, em vários graus de severidade de cada deficiência.

Dessa forma, a Lei Brasileira de inclusão tornou-se um pilar na garantia dos direitos humanos, com vistas a incluir pessoas antes excluídas pela sociedade.

A referida norma trouxe várias mudanças na legislação brasileira, em especial no regime das (in)capacidades previsto no Código Civil. A Lei 13.146 de 2015 alterou conceitos que impediam a plena capacidade relativa

ao domínio da vida civil pelos abalizados como “deficientes”. Uma dessas alterações no ordenamento jurídico é que o Código Civil de 2002, uma vez alterado pela referida Lei 13.146/2015, passou a descrever apenas uma possibilidade de incapacidade absoluta, no que se refere aos menores de 16 anos. Assim, todas as demais pessoas com enfermidades ou deficiências passaram a ser consideradas relativamente incapazes, o que atribuiu-lhes maior autonomia para a pratica dos atos da vida civil já que enquanto os absolutamente incapazes manifestam-se em todos os atos da vida civil através de representantes, os relativamente incapazes contam apenas para alguns atos com a intermediação de assistentes.

Neste sentido o artigo 6º da Lei 13.146 de 2015 reconhece a plena capacidade civil do deficiente para praticar vários atos como se observa, (BRASIL, 2015):

> Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:
> I - casar-se e constituir união estável;
> II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;
> III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
> IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
> V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
> VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

De modo similar, o artigo 84 da Lei 13.146 de 2015 reconhece a plena capacidade civil das pessoas portadoras de deficiência e estabelece a excepcionalidade de sua interdição e curatela (BRASIL, 2015):

> Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.
> § 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.
> § 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

> § 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.
> § 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.

Nesse sentido, a simples condição de deficiente, salvo se configuradas as situações previstas no artigo 4º do Código Civil de 2002, não afeta a plena capacidade civil, conforme descrito no já mencionado artigo 6º do Estatuto. Além disso, é assegurado que as pessoas deficientes exerçam suas capacidades em iguais condições com as demais pessoas, conforme preconiza o art. 84 da aludida norma. Assim, fica evidente que o Estatuto das pessoas portadoras de deficiência, Lei 13.146 de 2015, significou uma plena inclusão dos deficientes na sociedade.

2.1 Da definição de deficiente e sua proteção pelo direito brasileiro.

A Lei Brasileira de Inclusão foi incorporada ao ordenamento jurídico pátrio com *status* de emenda constitucional, conforme descrito no artigo 1º, parágrafo único do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o que é assegurado pela Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, §3º que diz: "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" (BRASIL, 1988, p. 24).

Quanto a constitucionalidade da equiparação a norma constitucional do Estatuto da Pessoa com Deficiência, asseveraFlávia Piva Almeida Leite (2019, p.42).

> A equivalência constitucional desse instrumento é matéria indiscutível na doutrina referente à incorporação de tratados internacionais de direitos humanos, na medida em que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência cumpriu o quórum qualificado, determinado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, além dos demais requisitos do processo de ratificação, tais como o

> depósito legal junto a ONU e a publicização do ato pelo Poder Executivo, depois de confirmado pelo Poder Legislativo.

No mesmo sentido descreve Nelson Rosenvald (2015):

> A CDPD é o primeiro tratado de consenso universal que concretamente especifica os direitos das pessoas com deficiência pelo viés dos direitos humanos, adotando um modelo social de deficiência que importa em um giro transcendente na sua condição. Por esse modelo, a deficiência não pode se justificar pelas limitações pessoais decorrentes de uma patologia. Redireciona-se o problema para o cenário social, que gera entraves, exclui e discrimina, sendo necessária uma estratégia social que promova o pleno desenvolvimento da pessoa com deficiência. O objetivo da CDPD é o de permutar o atual modelo médico – que deseja reabilitar a pessoa anormal para se adequar à sociedade -, por um modelo social de direito humanos, cujo desiderato é o de reabilitar a sociedade para eliminar os muros de exclusão comunitária

Dessa maneira, é inegável a importância da inclusão do Estatuto no ordenamento jurídico brasileiro, que veio para dar efetividade às normas internacionais e consequentemente ampliar os direitos e garantias inerentes aos seres humanos. Ademais, tal Estatuto dos portadores de deficiência promoveu uma participação dos deficientes na vida social, em iguais condições com os demais indivíduos, como preconiza a Constituição Federal no *caput* do artigo 5º, "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza..." (BRASIL, 1988).

Para uma maior elucidação dessa pesquisa, faz-se necessário a definição de deficiente, que ao longo dos tempos sofreu várias modificações.

A Convenção Interamericana para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, na Guatemala em 1999, assinada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto nº 3.956 de 8 de outubro de 2001, previu em seu artigo 1º que "O termo "deficiência" significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social" (BRASIL, 2001)

Conceitua Nelson Roselvald, (2018, p. 933), que "O conceito de pessoa com deficiência deve abranger os impedimentos explícitos (tratados expressamente no texto da lei), quanto os implícitos, que defluem de eventuais dificuldades ou obstáculos para a interação social"

A Lei Brasileira de Inclusão em seu artigo 2º conceituapessoa comdeficiência como: "aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas" (BRASIL, 2015).

As barreiras encontradas que dificultam a acessibilidades dos deficientes dizem respeito a tudo que impeça ou diminua a capacidade de autodeterminação, referentes à acessibilidades; à comunicação; à barreiras urbanísticas, arquitetônicas e barreiras de transporte, entre outros descritas nos artigo 3º da Lei 13.346/15.

2.2 Do regime da capacidade civil no direito brasileiro anterior a lei 13.346/15.

O Código Civil de 2002, em seu primeiro capítulo trata da personalidade e da capacidade. Nesse momento é importante fazer a distinção entre capacidade de direito e capacidade de fato. A personalidade está condicionada ao nascimento com vida, adquirindo assim a pessoa natural a capacidade de direito. Já a capacidade de fato está ligada a capacidade de se praticar sozinho atos da vida civil.

Dessa maneira, todos detêm capacidade de direito, mas nem todos possuem a capacidade de fato pois podem precisar de um representante para praticar todos os atos da vida civil quando forem absolutamente incapazes ou de um assistente quando forem relativamente incapazes. Ou seja, os relativamente incapazes têm aptidão para praticar alguns, mas não todos os atos na vida civil. No dizer de Nelson Rosenvald (2018, p.926;927):

> Na verdade, a capacidade de direito é a própria aptidão genérica reconhecida universalmente, para alguém ser titular de direitos e obrigações. Confunde-se, pois com a própria noção de personalidade: é a possibilidade de ser sujeito de direitos. Toda pessoa natural a tem, pela simples condição de pessoa. (...) Distintamente da capacidade de direito é a capacidade de fato, que pertine à aptidão para praticar pessoalmente os atos da vida civil. Admite, por conseguinte, variação de gradação. Comportando verdadeira diversidade de graus, motivo pelo qual se pode ter *pessoas plenamente capazes* e, de outra banda, *absolutamente incapazes* e *pessoas relativamente incapazes*. É aqui que nasce a teoria das incapacidades, eis que não é possível gradar a capacidade de direito, por ser absoluta, como personalidade.

Nesse sentido, o Código Civil de 2002, em seu artigo 3º e 4º fazia menção aos absolutamente e relativamente incapazes respectivamente, como demonstrado a seguir: (BRASIL, 2002)

> Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
> I-os menores de dezesseis anos:
> II-os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para prática desses atos:
> III-os que, mesmo por causa transitória, não puderam exprimir sua vontade.
> Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:
> I-os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
> II-os ébrios habituais, nos viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
> III-os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
> IV-os pródigos.

Destaca-se que antes do advento da Lei 13.146/15, o artigo 3º do Código Civil previa três hipóteses de pessoas que não podiam exercer a capacidade de fato e que caso o fizessem, os atos seriam considerados nulos,uma vez que não era levada em conta a vontade do deficiente. Atualmente com a alteração da Lei 13.146 de 2015 sobre o Código Civil, são tidos como absolutamente incapazes apenas os indivíduos menores de 16 anos, estabelecendo como critério objetivo a faixa etária. Dessa forma, deixou de existir no ordenamento jurídico brasileiro a figura do indivíduo maior de dezesseis anos absolutamente incapaz.

O artigo 4º do Código Civil também foi alterado pela Lei 13.146 de 2015, quanto aos relativamente incapazes, no qual a nova redação do estatuto deixou de fora os que por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido e os excepcionais sem desenvolvimento completo, como por exemplo os portadores de Síndrome de Down, que a partir de então passaram a ser considerados, em regra, plenamentecapazes.Vale balizar que os atos praticados pelos absolutamente incapazes tornam-se passiveis de nulidade, conforme o artigo 166 do Código Civil de 2002.Já os atos praticados pelos relativamente incapazes, são anuláveis nos termos do artigo 171 também do Código Civil.

2.3 Capacidade civil com o advento da lei 13.146/15.

Conforme já dito, grandes foram as mudanças incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei 13.146 de 6 de julho de 2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, sobre a Teoria das (in)capacidades. O Estatuto teve como principal finalidade desmistificar a relação existente entre deficiência e capacidade, predominante por anos no ordenamento jurídico brasileiro, como verbera Nelson Rosenvald (2018, p. 935).

> Toda pessoa humana é especial pela sua simples humanidade, tenha, ou não, algum ripo de deficiência. Não se justifica, em absoluto, impor a uma pessoa com deficiência o enquadramento jurídico como incapaz, por conta de um impedimento físico, mental, intelectual ou sensorial. Toda pessoa é capaz, em si mesma. E, agora, o sistema jurídico reconhece essa assertiva. Até porque, de fato, evidencia-se discriminatório e ofensivo chamar um humano de incapaz somente por conta de uma deficiência física ou mental.

O pressuposto do estatuto é que o deficiente não seja visto como uma pessoa civilmente incapaz, uma vez que a deficiência não afeta a capacidade civil. Para José Fernando Simões (2015)“o deficiente tem uma qualidade que os difere das demais pessoas, mas não uma doença. Assim, o deficiente tem igualdade de direitos e deveres com relação aos não deficientes”.

No dizer claro e objetivo de Pablo Stolze (2016)“ Ainda que, para atuar no cenário social, precise se valer de institutos assistenciais e protetivos como a tomada de decisão apoiada ou a curatela, a pessoa deve ser tratada, em perspectiva isonômica, como legalmente capaz”.

Resta claro que norma brasileira anterior à Lei 13.146 de 2015, com o intuito de proteger o portador de deficiência, acabou por limitar sua autonomia, visto que era necessário a figura de um curador para representar a pessoa portadora de deficiência nos atos da vida civil. Foi essa “ideologia” que o estatuto brasileiro alterou, resgatando direitos e deveres em igualdade de condições com as demais pessoas, inclusive para constituição de matrimônio; independência nos direitos sexuais e reprodutivos; direitos de escolha do número de filhos; acesso a esse tipo de informação; vedando a infertilidade compulsória; exercer direitos familiares e sociais, bem como direitos à guarda, à tutela, à curatela e à adoção em igual condições com as demais pessoas, conforme descrito nos artigos 6º e 84º do Estatuto.

Ressalta-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou o instituto da curatela, e inovou ao incorporar a figura do instituto da Tomada de Decisão Apoiada. A curatela não deixou de existir no ordenamento jurídico pátrio, porém passou a ser aplicada como medida excepcional, necessitando de avaliação do caso concreto, devendo durar o menor tempo possível, conforme prevê o artigo 84, §3º do Estatuto.

Além disso, o artigo 85, §1º da lei Brasileira de Inclusão deixa expressamente claro que a curatela servirá apenas para questões patrimoniais e negociais, não abrangendo questões existenciais, como, “o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto” (BRASIL 2015).

A Tomada de Decisão Apoiada se mostrou um grande instrumento para consolidação da liberdade de escolha, e como consequência o autogoverno. É um ato personalíssimo, no qual pode ser solicitado por qualquer pessoas que necessite de auxílio para a prática de certos atos da vida civil. Contudo, não está restrita a pessoas portadoras de deficiência. Dessa forma, sustenta Arnaldo Rizzardo (2015) “A ‘tomada de decisão apoiada’

não se restringe apenas aos vulneráveis portadores de deficiências ou com problemas mentais, mas estende-se aos deficientes em geral, nos campos da saúde física, intelectual".

Na mesma linha de raciocínio assevera Nelson Rosenvald (2017, p. 58).

> O que nos afigura claro é que a TDA é quantitativa e qualitativamente diversa da curatela. O apoio não se destina unicamente às pessoas com deficiência psíquica ou intelectual. Ela alcança qualquer pessoa em situação de vulnerabilidade – mesmo transitório ou futura – que deseje preservar a integralidade de sua autodeterminação no tríplice aspecto da intimidade, privacidade e plano patrimonial.

Destaca-se que em concordância com o novo sistema das incapacidades, a pessoa portadora de deficiência torna-se plenamente capaz. Contudo, existem pessoas que possuem deficiências, seja ela física, psíquica ou intelectual, com dificuldades ou uma compreensão reduzida que necessitam de uma atenção diferenciada, pelo Lei. Foi então com o intuito de auxiliar e preservar a autonomia da vontade, que se criou o institutoda tomada de decisão apoiada, previsto no artigo 1.783-A do Código Civil brasileiro, com vistas a subsidiar as decisões, caso os deficientes necessitem.

3 Noções gerais sobre a tomada de decisão apoiada no direito brasileiro.

Com a intenção de reafirmar que as pessoas portadoras de algum tipo de deficiênciasdevam ser reconhecidas como plenamente capazes de exercer e usufruir de todos os direitos inerentes à vida, e isso inclui à independênciae à autonomia da vontade, o Brasil, através do Decreto de nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, ratificou o descrito na Convenção das Nações Unidas que versa sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo, abandonando as limitações impostas à capacidade em razão da situação de deficiência,previstas no Código Civil de 2002.

Dessa forma, os Estados tiveram que adotar medidas apropriadas para promover a acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência, prestando apoio e informações necessárias afim de subsidiar o exercício da plena capacidade em iguais condições com as demais, conforme retrata o artigo 12-3do decreto de nº 6.949/09, "Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal" (BRASIL, 2009).

No Direito brasileiro, o meio utilizado para promover a autonomia e o auxílio à pessoas com algum tipo de deficiência foi a tomada de decisão apoiada, incluída à legislação através do artigo 116, da lei 13.146/15, que alterou, entre outros,o Código Civil, em seu Título IV, Livro IV da Parte Especial, capitulo III de modo a destiná-lo como "Da Tutela, Da Curatela e da Tomada de Decisão Apoiada", acrescentando o artigo 1.783-A.

Na tomada de decisão apoiada, a capacidade de fato do apoiado é preservada, surgindo assim um sistema protetivo–emancipatório de apoio, privilegiando o poder de escolha da pessoa portadora de deficiência. Conformeleciona Joyceane Bezerra de Menezes (2016, p. 35), inaugura-se "um sistema protetivo-emancipatório de apoio no qual a pessoa preserva a sua condição de sujeito com a possibilidade de uma vida independente, valendo-se de algum suporte, se assim necessitar e na medida do que realmente precisar".

Em igual sentido assevera Nelson Rosenvald (2018, p.949):

> Cuida-se de uma figura bem mais elástica do que a tutela e a curatela, pois estimula a plena capacidade de agir e a autodeterminação da pessoa beneficiária do apoio, sem que sofra o estigma social da curatela, medida nitidamente invasiva à liberdade. Não se trata, pois de um modelo limitador da capacidade, mas de um remédio personalizado para as necessidades existenciais de uma pessoa, no qual as medidas de cunho patrimonial surgem em caráter acessório, prevalecendo o cuidado assistencial e vital ao ser humano. Enquanto a curatela e a incapacidade relativa permanecem atender a preferencialmente à sociedade (isolando os incapazes) e à família (impedindo que dilapide o seu patrimônio), em detrimento do próprio interditado, a Tomada de Decisão

> Apoiada objetiva resguardar a liberdade e dignidade da pessoa com deficiência, sem amputar ou restringir indiscriminadamente seus desejos e anseios vitais.

Diferente da tutela e da curatela, que são institutos que pressupõem a incapacidade de fato, seja ela por idade ou compreensão reduzida, a tomada de decisão apoiada volta-se a demonstrar a capacidade da pessoa com deficiência, uma vez que seu requerimento é um ato personalíssimo. Dessa forma, o deficiente possuirá autonomia para decidir sobre questões patrimoniais e existências, da forma que julgar melhor.

3.1 Da definição de tomada de decisão apoiada.

Instituída pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com deficiência, e incorporada à Lei brasileira no artigo 1.783-A e seus onze parágrafos do Código Civil, a tomada de decisão apoiada infere como principal finalidade a promoção da inclusão social, para que o apoiado possa se autodeterminar nas escolhas sociais e pessoais.

Trata-se de um instituto no qual a pessoa portadora de deficiência, escolherá no mínimo duas pessoas, idôneas, de sua confiança, para apoiá-lo em alguns atos da vida civil, cabendo aos apoiadores fornecerem informações necessárias para que o apoiado passa exercer a plena capacidade de fato. Importante destacar que trata-se de um ato personalíssimo, somente o apoiado pode solicitar.

Sobre o assunto, o doutor Maurício Requião (2015) esclarece que:

> Inseriu-se também no sistema do Código Civil, através do novo artigo 1.783-A, novo modelo alternativo ao da curatela, que é o da tomada de decisão apoiada. Neste, por iniciativa da pessoa com deficiência, são nomeadas pelo menos duas pessoas idôneas "com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade." É modelo que guarda certa similaridade com a ideia da assistência, mas que com ela não se confunde, já que o sujeito que toma a decisão apoiada não é incapaz.

De igual forma, Maria Helena Diniz (2016, p. 284) conceitua a tomada de decisão apoiada:

> Para optar por este novel instituto, o deficiente deverá ter certa lucidez e um grau de discernimento.O próprio deficiente poderá, para tanto, requerer a nomeação de duas pessoas aptas e idôneas, por ele indicadas, com as quais mantenha vínculos (de parentesco consanguíneo, socioafetivo; de afetividade) e que gozem de sua confiança para prestar-lhe apoio na tomadade decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhe os elementos e informações necessários para o exercício de sua capacidade. Com isso, poder-se-á evitar a imposição de um curador à sua revelia ou até mesmo contrário aos seus interesses.

Destaca-se que a tomada de decisão apoiada é um instituto que respeita o espaço da pessoa portadora de deficiência, uma vez que lhe é dado o poder de escolher as pessoas que lhe prestarão assistência na pratica dos atos da vida civil.

A exata definição de tomada de decisão apoiada encontra-se no caput do art. 1.783-A do Código Civil, que descreve (BRASIL, 2002):

> Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

A tomada de decisão apoiada servirá para subsidiar as decisões do apoiado, caso este demonstre certo grau de discernimento. E para os casos de deficiência que impossibilite a expressão de vontade, será utilizada a curatela.

3.2 Dos requisitos referentes à tomada de decisão apoiada

Na tomada de decisão apoiada, o beneficiário preservará sua capacidade de fato, não podendo sofrer quaisquer restrições ao exercício de suas decisões.

Conforme preceitua o § 1º do artigo 1.783-A do Código Civil de 2002, no pedido da tomada de decisão apoiada, deverá ser apresentado um termo, o qual constará os limites do apoio oferecido e o compromisso dos apoiadores, com o prazo de vigência, respeitando a vontade, os direitos e os interesses da pessoa que deve ser apoiada (BRASIL, 2002).

Dessa maneira, os apoiadores só poderão auxiliar o apoiado nos limites do que for acordado no contrato de apoio, cumprindo fielmente o termo que será levado a juízo. Assim, em atos da vida cotidiana, o apoiado não necessitará dos apoiadores, preservando assim sua autodeterminação, conforme avaliza Nelson Rosenvald (2018, p. 949) "constatamos que o apoio é uma medida de natureza ortopédica, nunca amputativa de direitos".

No que tange à legitimidade ativa, trata-se de um ato personalíssimo, conforme prevê o artigo 1.783-Ano parágrafo § 2º do Código Civil "o pedido de tomada de decisão apoiada será requerida pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio" (BRASIL, 2002). Somente o interessado pode requerer o apoio, não cabendo a terceiros tal ato. Nessas circunstâncias, o juiz não poderá agir *exofficio*, tão pouco mediante solicitação do Ministério Público e também não poderá designar apoiadores.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, negou um pedido de tomada de decisão apoiada, interposta pela genitora do suposto deficiente. Na decisão os desembargadores, de forma unânime, negaram provimento a apelação, alegando inexistência de incapacidade, além de ilegitimidade ativa da genitora para o seu requerimento (PORTO ALEGRE, 2017).

> APELAÇÃO CÍVEL. INTERDIÇÃO. CAPACIDADE CIVIL. EXISTÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. TOMADA DE DECISÃO APOIADA. DESCABIMENTO, NO CASO.
>
> 1.No caso, deve ser mantida a sentença de improcedência do pedido de interdição, porquanto a prova pericial atesta a capacidade do réu para a prática dos atos da vida civil.
>
> 2. Considerando que a legitimidade para requerer a tomada de decisão apoiada é exclusiva da pessoa a ser apoiada (inteligência do art. 1.783-A do CCB), não

> possui a apelante legitimidade ativa para requerê-lo, sopesado que o réu é pessoa capaz.
> (TJRS. APELAÇÃO CÍVIEL. OITAVA CÂMARA CÍVEL. NÚMERO 7007215604, CNJ: 0425884-97.2016.8.21.7000, COMARCA DE PORTO ALEGRE).

Recebendo a petição inicial, antes de se pronunciar a respeito do seu deferimento ou não, o juiz, amparado por uma equipe multidisciplinar, composta por médico, assistente social, psicólogo entre outros, ouvirá o Ministério Público, e posteriormente o apoiado e seus apoiadores, para só então conceder a tomada de decisão apoiada, conforme descrito no artigo 1.783-A, §3º, do Código Civil.

Como prevê o artigo 1.783-A, §4º, na decisão expedida pelo juiz, constará os termos e as limitações do apoio a ser prestado. Dessa forma, o termo do apoio terá plena validade perante terceiros, desde que respeitados os limites do apoio. Assim, o terceiro com quem o beneficiário possa vir a realizar algum negócio jurídico, terá que sujeitar-se a presença dos apoiadores, aceitando inclusive sua intervenção.

O artigo 1.783-A, §5º, descreve que caso o terceiro tenha conhecimento que a pessoa portadora de deficiência possui apoiadores, poderá solicitar que estes contra-assinem o contrato ou acordo. A função do apoiador é dar estabilidade ao negócio jurídico, praticado pelo apoiado.

O §5º, do artigo 1.783-A, expõe que eventualmente, caso haja divergência de opiniões entre o beneficiário e seus apoiadores, ou caso o negócio possa trazer risco ou prejuízo relevante ao apoiado, o juiz, para preservar o interesse da pessoa vulnerável, após ouvir o Ministério Público decidirá sobre o caso.

Procedendo o apoiador com negligência, ou caso pratique algum constrangimento indevido sobre o apoiado, poderá qualquer pessoa ou o apoiado denunciar o fato ao Ministério Público ou ao juiz, o qual o destituirá da função, conforme §7, do artigo 1.783-A do Código Civil de 2002. O magistrado, após ouvir o apoiado e caso seja de seu interesse, designará outra pessoa para prestar-lhe apoio.

Destaca-se que a qualquer tempo, o beneficiário pode solicitar o termino do acordo de apoio. O apoiador também pode solicitar a sua retirada do processo de tomada de decisão, contudo a sua saída está condicionada a manifestação do juiz.

No entanto, o legislador foi omisso ao confeccionar a lei 13.146/15 pois nada dispôs sobre qual seria a consequência jurídica do negócio jurídico celebrado pelo apoiado, na ausência de apoiadores que deveriam estar presentes conforme termo anterior de tomada de decisão apoiada, especialmente se tal ato seria nulo, anulável, ineficaz ou válido, o que tem despertado divergências atualmente no cenário jurídico.

Isto posto, antes de adentrar na análise da problemática acima exposta, e para melhor compreendê-la, passa-se a discorrer sobre os planos da existência, validade e eficácia do negócio jurídico.

3.3 Do negócio jurídico nos planos da existência, validade e eficácia.

A teoria geral dos fatos jurídicos prevê que os negócios jurídicos integram uma espécie dos atos jurídicos em sentido amplo ao lado dos atos jurídicos *stricto sensu*, no qual, ambos dependem da manifestação de vontade das partes para existirem.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2016, p. 370) descrevem que fato jurídico em sentido amplo é "entendido como todo acontecimento natural ou humano capaz de criar, modificar, conservar ou extinguir relações jurídicas".

Vale ressaltar que nem toda conduta humana constitui um fato jurídico, mas somente aquelas condutas que trouxerem reflexos para o mundo do direito,conforme observam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p. 567) quando dizem que os fatos jurídicos se caracterizam pela "repercussão na órbita jurídica, produzindo efeitos jurídicos".

Dessa maneira, negócio jurídico é um ato de vontade da conduta humana, seja ela pessoa física ou jurídica. Para Junqueira de Azevedo

(2010p.04),a definição de negócio jurídico é a mais antiga da história, além das mais comuns:

> O negócio jurídico, em manifestação de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos, ou em ato de vontade dirigido a fins práticos tutelados pelo ordenamento jurídico, ou em ato de vontade dirigido a fins práticos tutelados pelo ordenamento jurídico, ou ainda, em declaração de vontade (adota, porém,esta última expressão em sentido pouco preciso, através do qual não se a distingue de manifestação de vontade)

Pontes de Miranda (2000, p. 29), diz que a definição de negócio jurídico aflorou para abranger os casos em que a vontade humana tem o poder de "criar, modificar ou extinguir direitos, pretensões, ações ou exceções, tendo por fito esse acontecimento do mundo jurídico".

Para a celebração de um negócio jurídico, é necessária a manifestação livre e consciente da vontade, através da pratica de certos atos, com a finalidade de se obter resultados nas relações jurídicas. Para que tais resultados sejam plenos e validos, é imprescindível que passe por três planos no mundo jurídico, o plano da existência, plano da validade e o plano da eficácia.

No plano da existência, não se cogita a validade ou eficiência do negóciojurídico. Em primeiro lugar analisa se o negócio jurídico existe, e para isso, é necessário que os elementos essenciais existam. Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2016, p. 310) "o plano da existência é dos *elementos*, posto que elemento é tudo o que integra a essência de alguma coisa".

Destaca-se que o ordenamento jurídico brasileiro não definiu quais seriam os elementos essenciais para que o negócio jurídico tivesse existência, limitando apenas a descrever os atos nulos ou anuláveis. Destarte, quem definiu os elementos estruturais de existência foram os doutrinadores.

Junqueira de Azevedo (2010 p.32,33), divide os elementos do negócio jurídico em intrínsecos e extrínsecos. Os intrínsecos estão relacionados aos elementos gerais indispensáveis para a existência de todo e qualquer negócio, que são: forma; objeto; e as circunstâncias negociais. Já os

extrínsecos são parte integrante do negócio, que são, tempo, lugar e agente.

Após o devido enfrentamento do plano da existência do fato jurídico, analisar-se-á o plano da validade. Nos dizeres de Marcos Bernardes de Mello (2001, p. 2) "*validade* é qualificação que se atribui a atos jurídicos, inclusive de natureza legislativa, que significa serem esses atos sem defeitos, isto é, são conformes com o direito daquela comunidade especificamente".

De igual forma avaliza Junqueira de Azevedo (2010 p.42):

> A validade é, pois, a qualidade que o negócio deve ter ao entrar no mundo jurídico, consiste em estar de acordo com as regras jurídicas ("ser regular"). Validade é, como o sufixo da palavra indica, *qualidade* de um negócio existente. "Válido" é adjetivo com que se qualifica o negócio jurídico formando de acordo com as regras jurídicas.

Como sustenta Pontes de Miranda (2000, p. 35) "a eficiência é a afirmação de que o seu suporte fático não foi deficiente"Diante dessa afirmação, para que o negócio jurídico seja considerado válido, é imprescindível que cumpra as exigências legais prevista no artigo 104 do Código Civil brasileiro, visto que os requisitos de validade estão atrelados a legislação vigente, que são: "I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei".

Nesse sentido, existem negócios jurídicos que serão considerados válidos, e em sentido contrário nulos, quando infringirem o descrito nos artigos 166 e 167 ou anuláveis quando violarem o artigo 171 todos do Código Civil de 2002, denominados pela doutrina francesa, nulidade absoluta e nulidade relativa respectivamente.

Nos dizeres de com Marcos Bernardes de Mello (2001, p. 54,55), o ordenamento brasileiro possui dois níveis de invalidade que são:

> *Nulidade*, que constitui a sanção mais enérgica, acarretando, entre outras consequências, em geral, a ineficácia *erga omnes* do ato jurídico quanto a seus efeitos próprios, além da insanabilidade do vício, salvo exceções bem

> particularizadas, e *anulabilidade*, cujos efeitos são relativizados às pessoas diretamente envolvidas no ato jurídico, o qual produz sua eficácia específica, integralmente, até que sejam desconstituídos, o ato e deus efeitos, mediante impugnação em ação própria, podendo ser convalidado pela confirmação ou pelo transcurso do tempo.

Assim, anulidade absoluta viola a ordem pública, o ordenamento e por isso constitui uma punição mais enfática. Além de ser insanável e não produzir efeitos perante terceiros, podem ser arguidas a qualquer tempo por qualquer interessado inclusive pelo Ministério Público e de ofício pelo juiz. Por sua vez, a nulidade relativa ou anulabilidade, viola a ordem privada, e somente o interessado pode arguir, não podendo o magistrado conhece-la de ofício.

O terceiro e último plano é o da eficácia, que analisará os efeitos do negócio no mundo jurídico.Conforme descreve Marcos Bernardes de Mello (2000, p. 85):

> O plano da eficácia é a parte do mundo jurídico onde os fatos jurídico produzem os seus efeitos, criando as situações jurídicas, as relações jurídicas, com todo o seu conteúdo eficacial representado pelos direitos e deveres, prestações e obrigações, ação e exceções, ou os extinguindo.

É importante salientar que, pode ocorrer de um negócio jurídico preencher todos os requisitos de validade, porém ser carente de algum elemento intrínseco de eficácia, como é o caso dos contratos com condição suspensiva ou resolutiva, previstas nos artigos 125, 127 e 131 do Código Civil de 2002, os quais dependerão de acontecimentos futuros para que o negócio inicie ou termine a produção de efeitos. Além do mais, pode o contrato ter sua eficácia interligada ao cumprimento de uma obrigação, ou seja, de um encargo.

4. Da tomada de decisão apoiada e a consequência jurídica da ausência do apoiador: validade, nulidade, anulabilidade ou ineficácia do ato

Após a análise das dimensões (planos) do negócio jurídico, o presente trabalho analisará os reflexos dos negócios jurídicos praticados pelo apoiado, sem a devida orientação/ presença do apoiador, na tomada de decisão apoiada, buscando determinar sua nulidade, anulabilidade, validade ou ineficácia.

Vale ressaltar que nos casos em que o deficiente não solicitou a tomada de decisão apoiada não há que se falar na invalidação do negócio jurídico, uma vez que o próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência conferiu capacidade civil a esse grupo de indivíduos.

Dessa forma, a ausência do apoiador em negócios jurídicos praticados por apoiado que anteriormente, se valeu do instituto da tomada da decisão apoiada para eleger apoiadores em futuras celebrações de negócios jurídicos, tem despertado debate entre os estudiosos do Direito, especialmente, se tal ato seria válido, nulo, anulável ou ineficaz, como se verá a seguir.

4.1 Do entendimento favorável à nulidade do negócio jurídico celebrado por apoiado sem a presença do apoiador.

Os requisitos de validade do negócio jurídico estão descritos no artigo 104 do Código Civil brasileiro. Para a plena validade do negócio jurídico o agente deve ser capaz; o objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e a forma prescrita ou não defesa em lei.

Assim, na falta de algum desses requisitos o negócio jurídico celebrado torna-se absolutamente nulo, uma vez que a validade está atrelada aos requisitos legais.

Conforme Pablo Stolze (2016), se o apoiador estiver ausente a consequência é a nulidade absoluta. Ele argumenta que a assinatura e a orientação do apoiador é requisito indispensável para a validação do

negócio jurídico, violando o aspecto formal, "isso porque a participação dos apoiadores integra o revestimento formal da própria declaração de vontade negocial".

De acordo com Marcos Bernardes de Melo (2001, p. 35): "se a lei exige, para a formalização de ato jurídico, determinada forma, esta, por constituir-se complementar do seu suporte fático, há de ser atendida sob pena de invalidade".

Dessa maneira, tem-se o entendimento pela nulidade absoluta quando da ausência do apoiador o que constitui uma sanção maissevera, tornando todo ato sem efeito.

4.2 Do entendimento favorável à anulabilidade do negócio jurídico celebrado por apoiado sem a presença do apoiador

De modo diverso, discorreArnaldo Rizzado (2015) que a ausência dos apoiadores enseja em uma possível anulabilidade dos negócios jurídicos, uma vez que o auxílio prestado pelos apoiadores tem o propósito de propiciar segurança aos atosda vida civil celebrado pelos deficientes/beneficiários, como demonstrado a seguir:

> A finalidade é emprestar solidez e certeza aos negócios patrimoniais e outros atos da vida civil, afastando a possibilidade de posterior anulação. A ausência dos apoiadores não invalida o ato, admitindo-se, entrementes, a viabilidade de sua anulação por incapacidade de expressar a vontade.

No entendimento do citado autor, somente os relativamente incapazes podem solicitar a tomada de decisão apoiada, uma vez que ele ainda conserva algum discernimento para exercer a capacidade de fato. Nesse caso, o instituto da tomada de decisão apoiada serviria apenas como um amparo as práticas negociais das pessoas portadoras de deficiência. Contudo, após a concretização do ato negocial, verifique a incapacidade do apoiado, o ato será anulável, o que não ocorreria se os apoiadores tivessem presentes no momento da realização do negócio.

4.3 Do entendimento favorável à ineficácia do negócio jurídico celebrado por apoiado sem a presença do apoiador

Em outro sentido, Nelson Rosenvald(2017, p. 77-78) retrata que a falta ou a ausência dos apoiadores enseja na ineficácia do negócio jurídico, uma vez que "a falta de intervenção dos apoiadores não será sancionada no campo da invalidade, todavia no setor da ineficácia do ato perante terceiros, pois para o ato concreto é fator de legitimação para a produção de consequências jurídicas".

O referido autor indica que três pontos são indispensáveis para a harmonização dos centros envolvidos na relação jurídica. O primeiro é a manutenção da autonomia da pessoa que possui o apoio. Em seguida a "valorização do dever de cuidado que inspirou a nomeação dos apoiadores e a judicialização dos limites do apoio com a intervenção do Ministério Público e deliberação judicial". E por fim, a obrigação de respeitar a confiança de terceiros de boa-fé que pactuem com a pessoa apoiada, exaltando a segurança nas relações jurídicas.

Dessa maneira, a assinatura servirá para reforçar a validade nos negócios jurídicos celebrados por pessoas que optaram pelo regime do apoio. Dessa forma, para melhor adequação do instituto, é necessário que a decisão proferida pelo juiz, que no caso em tela concedeu o apoio solicitado, seja remetida ao Registro Civil de Pessoas Naturais, com a devida averbação. O que se pretende é dar publicidade ao ato, prevenindo futuros danos, além de fazer com que os limites do apoio fique explicito a terceiros.

4.4 Do entendimento favorável à validade do negócio jurídico celebrado por apoiado sem a presença do apoiador

Na visão de Iara Pereira Ribeiro (2015, p. 117), o negócio jurídico celebrado pela pessoa portadora de deficiência, será válido, conforme descrito as seguir:

> Com a nova redação dos arts. 3º e 4º do Código Civil a pessoa com deficiênciaintelectual não será mais enquadrada nas hipóteses de incapacidade. Ao atingir a maioridadeserá plenamente capaz para realizar os atos da vida civil. Excepcionalmente, haverá limitaçãorelativa da capacidade se interditada nas hipóteses dos incisos II a IV do Art. 4º, por ser ébriohabitual, viciado em tóxico, não puder exprimir sua vontade ou pródiga, ou se for interditadana forma da curatela especial do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Portanto, ressalvada asexceções, o negócio jurídico que realizar será válido.
>
> Essa constatação inquestionável do novo papel que a pessoa com deficiênciaintelectual assumirá na sociedade, pode trazer receio à família e à comunidade de que estarádesprotegida e por isso realizará negócios que lhe prejudicarão. A adoção da medida protetivade Tomada de Decisão Apoiada é uma maneira de resguardá-la na realização dos atos da vidacivil. Contudo, em relação ao negócio jurídico entendemos que mesmo sem a tomada dedecisão apoiada, o ordenamento jurídico brasileiro protege qualquer pessoa na realização denegócio em face dos princípios da boa-fé objetiva e da eticidade.

Nesse sentido,o beneficiário não perderá a capacidade de fato, e por isso não se aplicará as invalidades previstas nos artigos 166, I e 171, I, ambas do Código Civil brasileiro (absolutamente incapaz e relativamente incapaz).

Dessa maneira, a tomada de decisão apoiada surge como um modelo de auxílio, mas a decisão a ser adotada cabe ao apoiado/beneficiário e não ao apoiador. Nessa visão, também assevera, Maurício Requião (2015) que "a tomada de decisão apoiada parece não implicar em perda da capacidade do sujeito que a requer, mas sim em caminho que oferece reforço à validade de negócios por ele realizados".

Tal afirmação está em consonância com o descrito no Estatuto da Pessoa com Deficiência, artigo 4º da Lei 13.146 de 2015, visto que a intenção do legislador foi conferir autonomia, e promover a inclusão social, concedendo à pessoa portadora de deficiência, o poder de gerir a própria vida, da forma que melhor julgar, sendo a tomada de decisão apoiada um instrumento assistencialista, mas não restritivo. Nesse diapasão, a tomada de decisão apoiada não vincula o negócio jurídico celebrado entre a pessoa apoiada e terceiros.

4.5 Da análise crítica sobre a ausência do apoiador em negócios envolvendo o apoiado e sua consequência jurídica no direito brasileiro.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe ao arcabouço jurídico brasileiro garantias inerentes às pessoas portadoras de deficiência, como amparo ao exercício da autonomia.

Atomada de decisão apoiada a pessoa portadora de alguma deficiência, seja ela física, mental cognitiva ou intelectual, como uma dessas garantias, requer o apoio de duas pessoas idôneas, que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio em determinadas decisões da vida civil. Os apoiadores deverão prestar-lhe orientações e auxilio, com vistas a garantir o pleno exercício da capacidade de fato. O juiz antes de analisar a solicitação da tomada de decisão apoiada, juntamente com uma equipe multidisciplinar, ouvirá o Ministério Público o apoiado e seus apoiadores e só então decidirá, delimitando inclusive o limite do apoio prestado.

Ressalta-se que a Lei Brasileira de Inclusão possui um viés assistencialista, e por isso incentiva a independência e autonomia da vontade da pessoa com deficiência. Assim, com a alteração dos artigos 3 º e 4º do Código Civil brasileiro, as pessoas que antes eram vistas como deficientes, e consideradas absolutamente ou relativamente incapazes, passaram a ser consideradas plenamente capazes, ressalvadas as hipóteses dos menores de 16 anos, e dos relativamente incapazes, citados nos incisos I, II, III, IV artigo 4º do Código Civil.

Nessas circunstâncias, entende-se que o negócio jurídico celebrado pelo apoiado com terceiros será válido, mesmo sem o auxílio dos apoiadores, pois a visão de apoio está atrelada a assistência, contribuição e amparo, e não substituição da vontade, dessa maneira não vinculando os atos praticados pelo beneficiário. A missão dos apoiadores deve ser de orientação para a consolidação das escolhas do apoiado e pertinentes ao limite do acordo na tomada de decisão apoiada. Outro ponto de grande

relevância é o caráter facultativo da tomada de decisão apoiada, onde a pessoa com deficiência tem a opção de solicitar ou não, além de ser um ato personalíssimo. Nessa perspectiva, quem solicita a tomada de decisão apoiada não é incapaz, podendo agir sozinho e decidir sobre a própria vida.

Nesse sentido verbera Jouceane Bezerra de Menezes (2018, p. 97-98):

> Entende-se que a tomada de decisão apoiada e um acordo entre o apoiado e os apoiadores. Reafirma-se que a homologação da TDA não afeta a capacidade de quem o requer, o apoiado conserva e conservara a sua capacidade civil incólume. Desta forma, os terceiros por não participarem da relação jurídica entre apoiado e apoiador, por ela não podem ser alcançados, nem prejudicados. Salvo nos limites do que impõe a própria medida. Ou seja, terceiros com quem o apoiado passa a ter algum tipo de negociação tem de suportar a presença do apoiador e aceitar a sua intervenção (art. 1.783-A, § 10). Assim, os negócios realizados com terceiros, pelo apoiado, mesmo sem a participação do apoiador, são validos.

Não obstante, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei de nº 757 de 2015, dos senadores Antônio Carlos Valadares e Paulo Paim, que prevê a alteração de alguns artigos do Código Civil, e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, além do Código de Processo Civil. Uma dessas alterações propostas, está contida no artigo 8º, que argui a alteração do artigo 1.783-A do Código Civil, acrescentando-lhe três parágrafos, com a seguinte redação, (BRASIL, 2015):

> § 12. Os negócios e os atos jurídicos praticados pela pessoa apoiada sem participação dos apoiadores são válidos, ainda que não tenha sido adotada a providência de que trata o § 5º deste artigo.
> §13.Excepcionalmente, não será devida a tomada de decisão apoiada quando a situação da pessoa exigir a adoção da curatela.
> § 14. A tomada de decisão apoiada não será registrada nem averbada no Registro Civil de Pessoas Naturais.(NR).

O referido Projeto de Lei visa esclarecer pontos em que o legislador foi omisso, e sustenta que os atos praticados pela pessoa portadora de

deficiência são plenamente válidos, e dispenda a averbação da decisão judicial no Registro Civil de Pessoas Naturais.

Nessas circunstâncias, ao realizar uma análise da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – CDPD, pode-se observar que seu principal objetivo foi depromover a independência das pessoas que possuem alguma deficiência, dando a elas um tratamento digno. Outro objetivo foi desmistificar a ideia de que o deficiente não possui capacidade de tomar decisões, de gerir a própria vida, enraizadas na sociedade por séculos.

Não há justificativa para retirar a capacidade civil dessas pessoas, ou imputá-las uma capacidade relativa, tendo em vista o caráter personalíssimo da solicitação da tomada de decisão apoiada, que faz com o que tal instituto sirva apenas para assessorar o exercício da autonomia. Nos dizeres deJoyceane Bezerra de Menezes (2018, p. 99) "O apoiador não é o curador, tampouco um mandatário ou um gestor de negócios".

O próprio legislador privilegiou o poder de escolha das pessoas portadoras de deficiência, uma vez que por iniciativa, elas indicarão as pessoas que gozem de sua confiança ou que mantenha vinculo,as quais deverão apoiá-las, demonstrando assim plena capacidade.

O artigo 180 do Código Civil descreve que "O menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior".

Ao analisar o artigo acima, é possível fazer uma comparação com o instituto da tomada de decisão apoiada. Ora, se o beneficiário, autor da solicitação de apoio, ao celebrar um negócio jurídico, omite ou não informa ao terceiro de boa-fé, que possui apoiadores, para que eles participem da relação jurídica, não é razoável que posteriormente os atos negociais sejam invalidados. Maria Helena Diniz (2010, p.203), assevera que "Não será juridicamente admissível que alguém se prevaleça de sua própria malícia para tirar proveito de um ato ilícito, causando danos ao outro contratante de boa-fé, protegendo-se, assim, o interesse público".

Nessa senda, os apoiadores estão à disposição do apoiado, contudo, para que prestem o auxílio acordado é necessário que o beneficiário os informe da pretensão negocial, ao passo, que se optem por não praticar essa conduta é a pessoa deficiente que está abrindo mão do apoio e não há qualquer invalidade na celebração do negócio ocorrida desta forma, tampouco responsabilidade do apoiador, uma vez que não tomou conhecimento do ato negocial.

5 Conclusão

O presente trabalho procurou tratar do instituto da tomada de decisão apoiada que significou um grande avanço trazido pela Lei Brasileira de Inclusão no que tange ao exercício da plena capacidade civil das pessoas portadoras de deficiência. Contudo, a redação do artigo 1.783-A do Código Civil não deixou claro os efeitos jurídicos no que refere-se à validade dos negócios celebrados pelos deficientes que solicitaram a tomada de decisão apoiada, mas não se valeram dos apoiadores no momento da concretização da relação jurídica com terceiros, criando a dúvida se tal situação ensejaria na nulidade, anulabilidade, ineficácia ou validade do negócio jurídico celebrado.

Dessa maneira, foram analisados os conceitos e espécies de capacidade e incapacidade, de fato jurídico, ato jurídico, negócio jurídico e seus planos e dimensões.

Após, teceu-se considerações sobre a problemática da ausência do apoiador na tomada de decisão apoiada e sua consequência jurídica.

Observou-se que a doutrina sustenta quatro entendimentos a respeito. Uma corrente defende que quando da ausência do apoiador deve-se declarar a nulidade do ato pois a assinatura dos apoiadores é um requisito formal. Já uma segunda corrente defende a anulabilidade, visto que a presença dos apoiadores no ato jurídico proporciona segurança jurídica aos atos praticados pelo apoiado. A terceira corrente sustenta a ineficácia do negócio jurídico, pois somente com a presença dos apoiadores o negócio

jurídico produzirá efeitos. E por fim, uma quarta corrente, legitima como correta o plena validade dos atos praticados pelo apoiado sem a presença do apoiador, isso porque a pessoa portadora de deficiência, com o advento da Lei Brasileira de Inclusão, passou a ser considerada plenamente capaz.

Demonstrou-se que, em que pese o respeito aos entendimentos existentes, acredita-se que a posição que defende a validade dos negócios é a que deve prosperar, visto que o instituto da tomada de decisão apoiada surge no ordenamento jurídico brasileiro para auxiliar as decisões das pessoas que o solicitaram, possuindo o nobre instituto uma figura assistencialista, e não restritiva ao poder de escolha desses indivíduos.

A lei Brasileira de Inclusão alterou o regime das capacidades, reconhecendo a plena capacidade civil das pessoas portadoras de deficiência. Dessa forma, não torna-se razoável limitar a decisão de quem se valeu do instituto da tomada de decisão apoiada. Tal instituto não pode ser confundido com o regime da curatela, e sim como uma medida de auxílio ao pleno exercício social, em consonância com o descrito na Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.

Ademais, o Projeto de lei de nº 757 de 2015 visa acrescentar ao artigo 1.783-A do Código Civil três parágrafos, os quais retratam a plena validade dos negócios jurídicos celebrados pelas pessoas portadoras de deficiência sem a participação dos apoiadores, visando garantir e preservar o poder de autogoverno das pessoas portadoras de deficiência.

Com a inclusão da Lei nº 13.146 de 2015 ao ordenamento pátrio a autonomia das pessoas portadoras de deficiência é uma realidade jurídica, no entanto, reconhecer e garantir a igualdade de direitos desse grupos de pessoa, implica em uma mudança de mentalidade da sociedade, e isso começa reconhecendo essas pessoas como capazes, para que também se torne uma realidade social e fática.

Referencias

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: Existência, Validade e Eficácia.** São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 20.Ed. São Paulo: Rideel, 2015.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 de jun. de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).**Diário Oficial da União,** Brasília, 07 julho 2015.

BRASIL. Decreto nº 186, de 09 de jul. de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União,** Brasília 09 julho 2008.

BRASIL. Decreto nº 3.956, de 8 de out. de 2001. Promulgou a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência.**Diário Oficial da União,** Brasília 09 outubro 2001.

BRASIL. Decreto-lei nº 6.949, de 25 de ago. de 2019. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União,** Brasília 26 agosto 2009.

BRASIL. Lei nº 10.406, de jan. de 2002. Institui o Código Civil.**Diário Oficial da União,** Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 15 set. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **A Nova Teoria das Incapacidades**. Revista Thesis Juris, v. 5, n.2, p. 263-288, mai.-ago. 2016 Disponível em: <http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/426/pdf>. Acesso em 25 jul. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado.** 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil.** 10. Ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Censo Demográfico 2010. Disponível Em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf>.Acesso em: 18 Jul. 2019.

LEITE, Flávia Almeida Leite; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da(coordenadores). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2019.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico – Plano da existência**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico, plano da validade.** 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Tomada de decisão apoiada e sua correlação com institutos afins**. In: Hironaka, Giselda Maria F. Novaes; Santos, Romualdo Baptista (coordenadores).**Dirieto Civil: Estudos Coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa-IBDCIVIL.** São Paulo: Edgard BlucherLtda, 2018.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituída pela lei brasileira de inclusão (Lei nº 13.146/2015)**. Revista Brasileira de Direito Civil IBDCivil, v.9, p. 31-57, jul-set 2016.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado.** Tomo III. 1. Ed. São Paulo: Bookseller, 2000.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado.** Tomo IV. 1. Ed. São Paulo: Bookseller, 2000.

PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça. Apelação civil. Interdição. Capacidade civil. Existência. Improcedência do pedido. Tomada de decisão apoiada. Descabimento, no caso. Ap. 70072156904, Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl. 09 mar. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-tj-rs-nega-interdicao.pdf>. Acesso em 22 de ago. 2019.

REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência Altera Regime Civil das Incapacidades**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades#author>. Acesso em 25 jul. 2019.

REQUIÃO, Maurício. **Conheça a tomada de decisão apoiada, novo regime alternativo à curatela.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-14/direito-civil-atual-conheca-tomada-decisao-apoiada-regime-alternativo-curatela>. Acesso em 25 jul. 2019.

RIBEIRO, Iara Pereira. **A capacidade civil da pessoa com deficiência intelectual.** In: CONSELHO NACIONAL DA PESQUISA E PÓS-GRADURAÇÃO EM DIREITO. 23. 2015, Belo Horizonte. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/66fsl345/oy1ux21y/8J38ic2GY5847PkM.pdf>. Acesso em 01 de set. 2019. Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, 2015. p. 109-125.

RIZZARDO, Arnaldo. **Os Deficientes e a Tomada de Decisão Apoiada.** Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/10/21/os-deficientes-e-a-tomada-de-decisao-apoiada/>. Acesso em 24 jul. 2019.

ROSENVALD, Nelson. **A Tomada de Decisão Apoiada – Primeiras Linhas sobre um Novo Modelo Jurídico Promocional da Pessoa com Deficiência**.Revista IBDFAM Família e Sucessões, Belo Horizonte, v. 10, p. 11-19, jul.–ago. 2015.

ROSENVALD, Nelson. **Novas reflexões sobre a tomada de decisão apoiada: como conciliar autônima, cuidado e confiança**. Revista IBDFAM Famílias e Sucessões, Belo Horizonte, v.20, p. 57-80, mar-abr. 2017.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil**. 6. Ed. São Paulo: JusPodivm, 2018.

ROSENVALD, Nelson. **Conheça o Estatuto da Pessoa com Deficiência.** Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/08/24/Conhe%C3%A7a-o-Estatuto-da-Pessoa-com-Defici%C3%AAncia>. Acesso em 18 jul. 2019.

SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa Deficiência Causa Perplexidade (Parte I)**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>. Acesso em 22 jul. 2019.

STOLZE, Pablo. **Deficiente não é Causa de Incapacidade Relativa**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51407/deficiencia-nao-e-causa-de-incapacidade-relativa>. Acesso em: 18 de jul. 2019.

STOLZE, Pablo. **A invalidade do negócio jurídico em face do novo conceito de capacidade civil.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68666/a-invalidade-do-negocio-juridico-em-face-do-novo-conceito-de-capacidade-civil/1>. Acesso em 25 de ago. 2019.

STOLZE, Pablo. **É o fim da interdição?** Disponível em:<https://jus.com.br/artigos/46409/e-o-fim-da-interdicao>. Acesso em 25 de ago. 2019.

VALADARES, Antônio Carlos; PAIM, Paulo. **Projeto de lei do Senado nº 757, de 2015**. Altera a Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), a Lei nº13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), e a Lei nº13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para dispor sobre a igualdade civil e o apoio às pessoas sem pleno discernimento ou que não puderem exprimir sua vontade, os limites da curatela, os efeitos e o procedimento da tomadade decisão apoiada.Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124251/. Acesso em 03 de abril de 2019.

15

A ilegalidade do exame toxicológico como meio de punição na execução penal: uma necessária conexão com os direitos humanos

Deilton Ribeiro Brasil [1]
Jesimiel André Pereira [2]

Introdução

A execução penal tem um caráter ressocializador, após a sentença penal, conforme a individualização da pena que atinge o sujeito, esse cumpre o seu regime tendo como propósito final sua ressocialização social, fato é que não existe no Brasil, pena de caráter perpetuo e nem pena de morte. A lei nº 7.210/84 em seu artigo primeiro ressalta a busca pela harmônica integração social do condenado e do internado.

Objetivando essa harmônica integração social do condenado e do internado, é que o Estado judiciário deve conduzir o seu trajeto na execução penal, considerando obviamente cada caso concreto, pesando de forma razoável e proporcional o risco que aquele individuo apresenta ou não para a sociedade, afim de que não venha obstaculizar a ressocialização daqueles cuja conduta e comportamento se mostram adequado para este fim.

[1]Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina, Itália. Doutor em Direito pela UGF/RJ. Professor da Graduação e do PPGD – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT) e das Faculdades Santo Agostinho (FASASETE). E-mail: deilton.ribeiro@terra.com.br

[2] Pós-Graduando em Direito Processual Constitucional pela Faculdade de Direito de Pará de Minas (FAPAM). Graduado em Direito pela Universidade Itaúna (UIT). E-mail: jesimielp@yahoo.com.br

Um obstáculo nessa possível harmonia de integração social e recuperação do preso é o chamado exame toxicológico para fins de garantia do beneficio do trabalho externo, com a finalidade de verificar o comportamento disciplinar do preso quanto ao uso de entorpecentes e de penalizar em prejuízo do individuo, enquanto na verdade poderia ser usado como suporte para oferecer tratamento alternativo, de recuperação de dependência química, e quando no máximo advertência e orientações visando sempre o caminho da ressocialização do preso.

A fim de obtermos uma melhor compreensão do tema será abordado no primeiro tópico o conceito do exame toxicológico a luz da execução penal considerando sua previsão e finalidade dentro do sistema que tem por principio a ressocialização do indivíduo e analisar com base em posições doutrinaria a aplicação do principio da proporcionalidade e razoabilidade aos casos concretos que tratem de consumidores de entorpecentes cuja conduta comportamental não constitui risco a sociedade não se submetendo a falta grave.

O segundo tópico é baseado especialmente em posições Jurisprudenciais que apontam para a descriminalização do consumo pessoal de entorpecente e o consequente afastamento da falta grave como punição para o dependente químico.

Por último, no terceiro item é destacada a necessidade de se dar concretude aos valores constitucionais do processo penal ao caso concreto no que se refere ao exame toxicológico em relação a pessoa do preso.

Destaca-se ainda que não se tem a pretensão de esgotar o debate sobre o tema, mas apenas incitar uma reflexão a partir de casos concretos que regularmente ocorrem no sistema da lei execução penal, e a importância de debatermos um posicionamento que melhor se coaduna com o principio da ressocialização em contraste com os prejuízos aplicados ao preso por conta da sua dependência química, constatada no instrumento do exame toxicológico.

2 O exame toxicológico à luz da Lei Execução Penal

A lei de execução penal brasileira nº 7.210/84 foi muito feliz ao prever como objetivo da execução penal proporcionar condições para uma harmônica integração social do condenado e do internado além de efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal.

Exatamente por este propósito da ressocialização é que os Juízes, Ministério Público, e setores responsáveis pela execução penal devem tratar situações concernentes à saúde a exemplo da dependência química do usuário, constatado por meio de exame toxicológico, ou admitidos por estes em confissão como situações que requer tratamento diferenciado para possibilitar a recuperação do individuo, entretanto o que se vê na pratica e que o usuário por essa dependência é enquadrado conforme prevê a própria lei em falta grave ocasionando sérios prejuízos a sua ressocialização, de fato não deixar de ser uma falta, mas a pergunta é qual o incentivo, planejamento, tratamento, acompanhamento para que estes indivíduos deixem de ser usuário, sem sofrer os prejuízos de sua dependência diretamente em sua pena e sua ressocialização durante a execução penal?

É certo que no caso concreto deverá haver um estudo da condição do acusado, conforme prevê o artigo quinto da lei de execução penal. Se além de ser usuário se beneficia do regime para traficar e cometer atos ilícitos, nesse caso sim, restará demonstrado um comportamento danoso não só a ele, mas a terceiros, o que dificulta obviamente sua ressocialização requerendo caminhos disciplinares mais rigorosos, tais condutas deverá ser objeto de classificação a ser feita pela Comissão Técnica de Classificação responsável por elaborar o programa individualizado da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório, segundo artigo sexto da lei de execução.

A crítica que se faz ao Estado Judiciário e as autoridades responsáveis pela Execução penal no que tange ao dependente químico, que é o próprio usuário é que esse o Estado utiliza o exame toxicológico para punir o usuário por ser usuário, o que não faz sentido, pois o que deve ser punido são

os crimes tais como trafico, roubo, furto, etc. O artigo 10 da lei de execução penal observa ser dever do Estado em dar assistência ao preso objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

No que se refere ao usuário, ser tratado como usuário e não como faltoso digno de pena, bem expressa Lima (2016, p. 77-78):

> Pelo menos em regra, se o indivíduo é flagrado usando substância entorpecente, deverá responder pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal, não por conta do "uso da droga", que é uma conduta atípica, mas sim porque é muito provável que, antes do uso, já tenha praticado uma das condutas incriminadas pelo artigo 28, como por exemplo, o adquirir ou trazer consigo. Nesse caso a fim de se comprovar a materialidade delitiva por meio do exame toxicológico, é imprescindível que parte da substância entorpecente seja apreendida.
>
> No entanto, o uso de drogas nem sempre será precedido das condutas de adquirir ou trazer consigo. Com efeito, é perfeitamente possível que determinado indivíduo, sem ter consciência de que uma pessoa de seu relacionamento havia adquirido determinada substância entorpecente, trazendo-a consigo, resolva simplesmente anuir ao uso da droga. Nesse caso, como o uso da droga não consta do artigo 28 como uma das condutas típicas, o ideal é concluir pela atipicidade do fato, até mesmo porque o perigo à saúde pública consubstanciada pelo fato de o agente trazer a droga consigo teria desaparecido com o consumo da substância entorpecente. De mais a mais, fosse o uso da droga considerado crime, não haveria necessidade de tipificação autônoma da conduta daquele que auxilia, instiga ou determina alguém a usar a droga (artigo 33, § 2°), pois a norma de extensão do artigo 29 do Código Penal seria suficiente para abranger o concurso de agentes para esse suposto 'uso de droga.'

Não se alcança o objetivo da ressocialização tratando aqueles que se enquadram na condição de usuário em gozo do beneficio do trabalho externo, como criminoso, e piorando sua situação no caminho da reinserção social, a estes devem ser dadas oportunidade de tratamento, de orientação e conscientização para superarem seus vícios e se restabelecerem como cidadãos, consoante prevê o próprio artigo quatorze da assistência a Saúde prevista na lei de execução. Para isto é preciso dar uma interpretação diferente a esta situação utilizando os instrumentos da proporcionalidade e

razoabilidade que a própria jurisprudência já vem utilizando para se posicionar em cada caso concreto conforme veremos adiante

Desta forma a proposta é olhar para o usuário e dependente que foi pego no exame toxicológico ou que espontaneamente confessa sua condição de usuário, como alguém digno de tratamento e acompanhamento sem perder o seu regime e progressão da pena, e não como individuo que cometeu falta grave, pois grave é a doença da dependência que precisa ter uma resposta do Estado no que se refere a prevenção e tratamento no âmbito da execução penal.

Por esta razão diante de tantos julgados regredindo regime, aplicando a perda do beneficio em função especificamente do uso de entorpecente é que esse artigo entende ser necessário e urgente uma avalição no caso concreto com base no principio da proporcionalidade e razoabilidade, que são temas do nosso próximo capitulo.

2.1 O exame toxicológico frente aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

A situação que ora se apresenta perpassa por todos os sistemas de execução penal do país, no que diz respeito ao exame toxicológico do preso para a constatação do uso de entorpecente com a finalidade de ser usado em prejuízo do individuo, demonstra uma incongruência, social e judicial, razão porque tal situação deve ser submetida ao crivo da razoabilidade e da proporcionalidade, que são aplicadas exatamente quando algum direito fundamental está sendo restringido pelo Estado.

A fim de clarificar o entendimento em relação à proporcionalidade e a razoabilidade, torna se relevante o conhecimento histórico da sua evolução e importância como instrumento para sopesar e impedir a restrição de direitos fundamentais. Quanto a sua origem segundo Vicente Paulo (2015, p. 188) comenta que:

> O desenvolvimento da ideia de proporcionalidade deu-se com sua reiterada utilização pelo Tribunal Constitucional da A Alemanha, n o período do

> segundo pós-guerra, que passou a adotar como fundamento de suas decisões expressões do tipo "excessivo", "inadequado", "necessariamente exigível". para depois reconhecê-lo como princípio constitucional, sob a denominação de princípio da proporcionalidade ou de proibição de excesso. Com base nesse princípio, o Tribunal Constitucional alemão passou a controlar o excesso de poder, ampliando seu espectro para além do controle legislativo, abrangendo inclusive os atos executivos e judiciais. Sua adoção pelo Direito germânico como princípio inscrito no plano constitucional irradiou-se para vários países da Europa, integrando os seus sistemas constitucionais, seja como norma expressa ou implícita.

O princípio da proporcionalidade e razoabilidade tem se revelado como importante instrumento na aferição de decisões que limitam ou restringem direitos fundamentais, no que tange o tema deste artigo quanto ao uso do exame toxicológico para restringir e obstaculizar o processo de ressocialização do individuo diante do uso de entorpecente como usuário, verifica-se que a melhor medida seria uma solução que trabalhasse o tratamento deste individuo ao contrário de prejudicar o caminho da sua ressocialização. Quanto à utilização deste instrumento para aferir a legitimidade de restrições a direitos compartilha-se o entendimento de Costa (2009, p. 11), que afirma:

> A proporcionalidade é frequentemente utilizada como forma de aferir a legitimidade de restrições a direitos, ou seja, um limite à atuação estatal, que deve ser também proporcional, no sentido de obrigar ao ente estatal, quando da sua atuação, escolher os meios adequados e necessários à consecução de determinado fim de modo a menos restringir direitos fundamentais. Portanto, a atuação estatal limitadora de direitos fundamentais deve observar não apenas a previsão e admissibilidade constitucional, mas também a proporcionalidade das restrições estabelecidas.
>
> O teste de razoabilidade implica em rejeitar atos que sejam excepcionalmente irrazoáveis podendo ser resumida da seguinte forma: se uma decisão é, de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a corte intervir. Diante de uma colisão entre direitos fundamentais, muito embora seja indispensável, nem sempre a interpretação constitucional é suficiente. A proporcionalidade se apresenta como um método de solução de conflitos entre direitos ou bens jurídicos que consiste em determinar uma

> decisão de preferência entre eles. Busca evitar que decisões restritivas de direitos fundamentais tomem dimensões desproporcionais.

Obviamente que a conduta do agente como usuário, dependente químico deve atender ao critério como adequação, ou seja, é possível adequar a situação para que não haja prejuízo desproporcional ao individuo? Ainda quanto a necessidade, cabe responder: vai permitir que algum direito que estava sendo restringido deixe de ser? O objetivo é mostrar que ao submeter os casos concretos ao crivo da razoabilidade e proporcionalidade fica demonstrado um grave prejuízo aos indivíduos que cumprem a execução penal, pois são condenados por serem usuários ou dependentes tendo seus benefícios violados, assim a análise de adequação, necessidade e proporcionalidade são necessárias para a verificação de cada caso concreto, quanto ao sentido desses três elementos presentes no principio da proporcionalidade assim se manifesta a doutrina de Vicente Paulo (2015, p. 188):

> A doutrina reconhece que o princípio da proporcional idade é constituído de três subprincípios ou elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade e m sentido estrito. O subprincípio da adequação também denominado da idoneidade ou pertinência, significa que qualquer medida que o Poder Público adote deve ser adequada à consecução da finalidade objetivada, ou seja, a adoção de um meio deve ter possibilidade de resultar no fim que se pretende obter; o meio escolhido há de ser apto a atingir o objetivo pretendido. Se, com a utilização de determinado meio, não for possível alcançar a finalidade desejada, impende concluir que o meio é inadequado ou impertinente.
>
> O pressuposto da necessidade ou exigibilidade significa que a adoção de uma medida restritiva de direito só é válida se ela for indispensável para a manutenção do próprio ou de outro direito, e somente se não puder ser substituída por outra providência também eficaz, porém menos gravosa. Em outras palavras, só será válida a restrição de direito se não for possível adotar outra medida menos restritiva que seja capaz de atingir o mesmo objetivo, de alcançar o mesmo resultado.
>
> Como terceiro subprincípio, o juízo de proporcionalidade em sentido estrito somente é exercido depois de verificada a adequação e necessidade da medida restritiva de direito. Confirmada a configuração dos dois primeiros elementos, cabe averiguar se os resultados positivos obtidos superam as desvantagens decorrentes da restrição a um ou a outro direito. Como a medida restritiva de

> direito contrapõe o princípio que se tenciona promover e o direito que está sendo restringido, a proporcionalidade em sentido estrito traduz a exigência de que haja um equilíbrio, uma relação ponderada entre o grau de restrição e o grau de realização do princípio contraposto.

Ao sopesar cada caso concreto considerando os princípios até aqui apresentados veremos que é possível ter muito mais ganhos na ressocialização de muitos indivíduos, do que aplicando a legislação de forma generalizada, senão vejamos:

> Cada restrição de uma liberdade garantida constitucionalmente por um direito fundamental deve ser adequada, necessária e proporcional à proteção de um bem jurídico que seja, pelo menos, de igual valor, vez que, partindo do pressuposto de que liberdade é a regra, sua restrição, portanto, deve constituir exceção. Tais regras – necessidade, adequação e proporcionalidade (em sentido estrito) são denominadas subprincípios do princípio da proporcionalidade, cuja aplicação implica no equilíbrio entre valores e bens constitucionais. Havendo proporção, é possível equilibrar as exigências do indivíduo e da sociedade, estabelecendo um balanceamento entre os direitos fundamentais. Segundo ALEXY, necessidade, adequação e proporcionalidade são "parcelas" do princípio da proporcionalidade, onde necessidade implica dizer se um princípio tem mais ou menos peso em certa situação conforme as circunstâncias da situação tornem o valor que ele tutela ou promove mais ou menos necessário; adequação significa dizer que um princípio deve ser aplicado a uma situação quando é adequado para ela; e proporcionalidade em sentido estrito, onde "os ganhos devem superar as perdas" (COSTA, 2009, p. 14).

Quanto ao princípio da adequação no aspecto social é oportuna à reflexão feita por Nucci (2016) onde aborda sobre a evolução dos pensamentos e do costume, neste ele demonstra que uma conduta, que não é moralmente aceita, não implica em ilegalidade digno de pena, portanto a postura de um reeducando no uso de entorpecente para consumo pessoal, não o faz digno do prejuízo da pena, agora mais ainda ao considerarmos sua despenalização pela jurisprudência, tendência apontada pelo Supremo Tribunal Federal, como por exemplo, no *habeas corpus* nº 143.798-SP, impetrado pela Defensoria Pública da União, onde o Ministro

Luiz Barroso concede *habeas corpus* a um homem preso por importar 14 sementes de maconha e no o debate sobre a descriminalização de pequenas quantidades de entorpecentes feita no RE nº 635.659, que tem repercussão geral com esta postura fica claro que o Estado juiz, deveria oferecer oportunidade e alternativas de superação do vicio pelo individuo, e não afundá-lo mais ainda no poço de lama, nesse aspecto esta à ressalva de Nucci (2016, p. 211):

> Com relação à adequação social, pode-se sustentar que uma conduta aceita e aprovada consensualmente pela sociedade, ainda que não seja causa de justificação, pode ser considerada não lesiva ao bem jurídico tutelado. É o caso da colocação do brinco, algo tradicionalmente aceito, como meta de embelezamento, embora se possa cuidar de lesão à integridade física.
> Parece-nos que a adequação social é, sem dúvida, motivo para exclusão da tipicidade, justamente porque a conduta consensualmente aceita pela sociedade não se ajusta ao modelo legal incriminador, tendo em vista que este possui, como finalidade precípua, proibir condutas que firam bens jurídicos tutelados. Ora, se determinada conduta é acolhida como socialmente adequada deixa de ser considerada lesiva a qualquer bem jurídico, tornando-se um indiferente penal.
> A evolução do pensamento e dos costumes, no entanto, é o fator decisivo para a verificação dessa excludente de tipicidade. Atualmente, não mais se considera lesão corporal a utilização de tatuagem, por exemplo. Houve tempo, entretanto, que referida prática chocava a sociedade. Confira-se na lição de Moniz de Aragão: "O uso de tatuagem ('cicatrizes ideográficas, como define Lacassagne, coradas pela introdução de partículas corantes nas malhas do tecido subepidérmico'), d) especial positivo, que consiste na proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada.

Os critérios de proporcionalidade e razoabilidade visando conter excessos que restringem direitos fundamentais se mostram relevantes para sopesar no caso concreto o objeto do presente artigo uma conduta considerada desprovida de pena como se demonstrará adiante, não pode obstaculizar o processo de ressocialização de um indivíduo, principio maior que deve prevalecer quando o equilíbrio da situação favorecer.

Assim, é pertinente mencionar que se trata de conduta que goza da aplicação da despenalização, conforme jurisprudências e doutrinas adiante invocadas, que apontam em suas decisões a não imputação de pena pelo consumo pessoal de entorpecente, razão pela qual caminha na contramão da ressocialização, a consideração de falta grave, pelo magistrado imputando ao preso à retirada de benefícios, tendo como suporte uma conduta desprovida de pena, daí a importância em nome do equilíbrio os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade. Vê-se que a doutrina coaduna com o pensamento de grande parte da jurisprudência no sentido de que a razoabilidade e a proporcionalidade são critério importante para proteção aos direitos fundamentais que são restringidos por excesso judiciais.

2.2 Posição jurisprudencial quanto ao aspecto da adequação e proporcionalidade

Em muitos casos a jurisprudência vem decidindo no sentido de que a conduta do individuo quanto ao uso de entorpecente, em vista de sua despenalização, e não constituindo ofensa a bem jurídico alheio, não pode o poder judiciário extrapolando o âmbito individual, criminalizar o consumo, e em consequência usar como disciplina em prejuízo do individuo que cumpre a execução penal, é o que aponta, por exemplo, a apelação criminal ACR 70055582654 RS (Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça RS, Relator: Júlio Cesar Finger, julgado em 11/11/2013).

> TJ-RS - Apelação Crime ACR 70055582654 RS (TJ-RS) Data de publicação: 11/11/2013. Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO OPERADA EM PRIMEIRO GRAU. PROVA. CÂMARA INCOMPETENTE. 1. A conduta do réu foi desclassificada para crime de menor potencial ofensivo, tendo sido determinada a remessa dos autos ao JECRIM. Em recurso, alega que a plantação de insignificante quantidade de pés da planta de maconha não gera qualquer perigo a saúde pública. Sustenta que a condenação afronta o princípio da lesividade. 2. Com a desclassificação, a Câmara é incompetente para o julgamento do recurso exclusivo da defesa, devendo ser remetida a análise aos Juizados Especiais Criminais.

> COMPETÊNCIA DECLINADA. (Apelação Crime Nº 70055582654, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Julio Cesar Finger, Julgado em 30/10/2013). TJ-RS - Habeas Corpus HC 70049420144 RS (TJ-RS). Data de publicação: 30/08/2012. Ementa: HABEAS CORPUS. ENTORPECENTES. LIBERDADE PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. Ainda que presentes indícios de autoria e materialidade, não se verifica, no presente caso, ofensa à ordem pública com a liberdade do paciente, especialmente diante da insignificante quantidade de droga apreendida, ainda que concorde se trate de acusação por crime de especial gravidade e equiparado a hediondo. A disposição legal de vedação à liberdade provisória em crimes dessa natureza vem sendo temperada pelos Tribunais brasileiros, notadamente diante de circunstâncias específicas, reunidas no presente caso. Liberdade [...].

Especificamente no caso da maconha, o Ministro Luís Barroso, defende que não havendo lesão a bem jurídico alheio, a criminalização do consumo de maconha não se afigura legítima. É o que aponta em seu voto:

> Recurso Extraordinário 635.659. O denominado princípio da lesividade exige que a conduta tipificada como crime constitua ofensa a bem jurídico alheio. De modo que se a conduta em questão não extrapola o âmbito individual, o Estado não pode atuar pela criminalização. O principal bem jurídico lesado pelo consumo de maconha é a própria saúde individual do usuário, e não um bem jurídico alheio. : RE 635.659: DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. VIOLAÇÃO AOS DIREITOS À INTIMIDADE, À VIDA PRIVADA E À AUTONOMIA, E AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

O que se infere de tal posicionamento que muito bem se associa ao instituto da ressocialização, é que tal conduta embora tipificada como crime, não pode ser fator que dificulte e impossibilite a ressocialização do indivíduo, sendo este o objetivo maior do Estado em relação ao apenado, por esta razão utilizar uma conduta despenalizada, pela corte maior, a fim de apenar o indivíduo, retirando deste o benefício do trabalho externo, e que embora o deslize de sua conduta, empenha-se por trilhar o caminho da recuperação, é privilegiar o abismo que há entre a medida aplicada e sua eficácia, no que tange a reintegração social do indivíduo, quando os

tribunais no máximo apontam apenas o caminho da advertência, ou prestação de serviços sociais a comunidade. É o que se pode desprender do posicionamento do Supremo Tribunal Federal do RE 430105/QO/RJ, de que foi relator o Min. Sepúlveda Pertence:

> A Turma, resolvendo questão de ordem no sentido de que o artigo 28 da Lei 11.343/2006 (Nova Lei de Tóxicos) não implicou *abolitio criminis* do delito de posse de drogas para consumo pessoal, então previsto no artigo 16 da Lei 6.368/76, julgou prejudicado recurso extraordinário em que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro alegava a incompetência dos juizados especiais para processar e julgar conduta capitulada no artigo 16 da Lei 6.368/76. Considerou-se que *a conduta antes descrita neste artigo continua sendo crime sob a égide da lei nova*, tendo *ocorrido, isto sim, uma despenalização*, cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 430.105-9 – RIO DE JANEIRO. RELATOR MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE.

A harmonização pretendida com a proporcionalidade e a razoabilidade ao constatar o uso de entorpecentes pelo individuo no gozo do trabalho externo, permite considerar outras medidas tais como advertências, somada ao tratamento obrigatório para recuperação do individuo, mas nunca uma pena desproporcional a conduta praticada, neste sentido ressaltamos o voto do Ministro Barroso, a respeito da descriminalização da maconha e o princípio da proporcionalidade.

> Recurso Extraordinário 635.659.Mas é sobretudo no terceiro subprincípio – o da proporcionalidade em sentido estrito –, quando se vai aferir o custo benefício da criminalização que a desproporcionalidade se evidencia de maneira mais contundente. O custo tem sido imenso – em recursos drenados para a repressão, para o sistema penitenciário, nas vidas de jovens que são destruídas no cárcere, no poder do tráfico sobre as comunidades carentes – e os resultados têm sido pífios: aumento constante do consumo.
> Em suma: por ausência de lesividade a bem jurídico alheio, por inadequação, discutível necessidade e, sobretudo, pelo custo imenso em troca de benefícios irrelevantes, a criminalização não é a forma mais razoável e proporcional de se lidar com o problema.

> Pelos mesmos fundamentos, declaro a inconstitucionalidade, por arrastamento, do § 1º do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, o qual prevê que se submete às mesmas penas do caput, "quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica". Aqui, à falta de um critério específico para delimitar o que seja pequena quantidade para consumo pessoal, utilizo o parâmetro adotado no Uruguai, que é de 6 (seis) plantas fêmeas. RE 635.659: DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. VIOLAÇÃO AOS DIREITOS À INTIMIDADE, À VIDA PRIVADA E À AUTONOMIA, E AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

A indagação que se faz é a seguinte: será que utilizar o meio mais gravoso, numa conduta desprovida de pena, robustece a finalidade que é a ressocialização do indivíduo, que minimamente demonstra tais condições? A doutrina se manifesta em sentido contrário a esse meio mais gravoso como forma de punição ao usuário pelo consumo de entorpecente, enfatizando a necessidade dentro da estrutura típica da proporcionalidade com o fim de adotar o meio menos gravoso para atingir o fim da execução penal.

Com o intuito de invocar essa harmonização entre a proporcionalidade, e a adequação ao caso concreto, com o finco de privilegiar, o indivíduo cuja conduta não constitui ofensa à coisa alheia, citamos o seguinte acordão onde o relator entende não haver configuração de falta grave no artigo 28 da lei nº 11.343/2006, e assim expressa:

> Registra-se que a Lei de Execução Penal tem como objetivo proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado, de modo que se torna plausível abrandar o rigorismo quando da imposição de sanções em virtude do cometimento de determinadas condutas que, apesar de reprováveis, como no caso em tela, não constituem falta grave hábil a ensejar a regressão de regime. AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL Nº 1.0525.11.000404-7/001 - COMARCA DE POUSO ALEGRE - AGRAVANTE (S): ALLYSON SILVA DE SOUZA - AGRAVADO (A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cumpre observa que além da fundamentação que visa harmonizar a conduta ilícita do acusado que não ofende bem alheio de terceiro, e que se encontra embora tipificada como ilícita sem penalização por reconhecer que o consumo pessoa não é passível de pena, encontra se também a posição jurisprudencial que entende ilegal a aplicação da pena da falta grave nestes casos, como segue abaixo:

> EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - RÉU QUE SE ENCONTRA EM REGIME SEMIABERTO E RETORNA À APAC COM INDÍCIOS DE COCAÍNA NA URINA - CONDUTA NÃO TIPIFICADA NO ARTIGO 50 DA LEP - VERBO NÃO ABARCADO PELO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06 - AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL - FALTA GRAVE NÃO CONFIGURADA - NECESSIDADE DE REFORMA DA DECISÃO PRIMEVA, PARA AFASTAR A FALTA GRAVE - REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL E PERDA DOS DIAS REMIDOS - IMPOSSIBILIDADE - OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - RECURSO PROVIDO.
> O artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 não tipifica a conduta de "usar" ou "consumir" drogas, portanto, diante da vedação de interpretação extensiva e de analogia in malam partem, não há que se falar em existência de crime, muito menos em prática de crime doloso que, nos termos do artigo 52 da LEP, configuraria falta grave. - É imperioso reconhecer, ainda, que a conduta do agravado de retornar à APAC com vestígios de entorpecentes no organismo também não se encontra tipificada como falta grave no artigo 50 da LEP. Registra-se que a Lei de Execução Penal tem como objetivo proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado, de modo que se torna plausível abrandar o rigorismo quando da imposição de sanções em virtude do cometimento de determinadas condutas que, apesar de reprováveis, como no caso em tela, não constituem falta grave hábil a ensejar a regressão de regime. AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL Nº 1.0525.11.000404-7/001 - COMARCA DE POUSO ALEGRE - AGRAVANTE (S): ALLYSON SILVA DE SOUZA - AGRAVADO (A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS.

Seguindo essa mesma linha de pensamento da desclassificação da falta grave segue o acórdão da 5ª Câmara Criminal:

> EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - USO DE DROGA - CONDUTA ATÍPICA - VERBO NÃO ABARCADO PELO TIPO PENAL DESCRITO NO

> ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06 - IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE FALTA GRAVE - SAÍDA TEMPORÁRIA - NÃO RETORNO NO PRAZO ESTABELECIDO - FALTA GRAVE CONSISTENTE NA FUGA CARACTERIZADA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. DE OFÍCIO: DECOTADA A PERDA DOS DIAS REMIDOS. 1- Não estando a conduta de "usar droga" prevista no tipo penal descrito no artigo 28 da Lei 11.343/06, não há que se falar em prática de fato definido como crime doloso pelo agravado, tampouco em reconhecimento de falta grave. 2- Comprovado que o apenado foragiu, resta caracterizada a falta grave prevista no artigo 50, inciso II, da LEP. 3- A ausência de fundamentação da fração aplicada, por contrariar diretamente dispositivo constitucional (artigo 93, inciso IX, da CR/88), sendo impossível o suprimento de fundamentação nesta instância, acarreta o decote da redução dos dias remidos, já que inexiste fração mínima aplicável prevista no artigo 127 da LEP. V.V. 1- Para o reconhecimento da falta grave consistente no uso de drogas durante o cumprimento de pena, prescindível a confecção do referido laudo toxicológico, bastando a existência de elementos suficientes acerca da transgressão disciplinar. 2- Comprovado nos autos que o reeducando fez uso de substância entorpecente e de bebida alcoólica durante o período da saída temporária, imperiosa a confirmação da falta grave reconhecida, consoante disposto no artigo 52 da LEP. 3- O réu, ao praticar falta grave, pode ter reiniciada a contagem do prazo para futuros benefícios, com exceção do livramento condicional, bem como a perda dos dias remidos, no importe de 1/3 (um terço), se justificada a adoção deste quantum. 4- Sendo o recorrente pobre no sentido legal, estando, inclusive, assistido pela operosa Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, deve ser dispensado das custas processuais, ex vi do citado artigo 10, inciso II, da Lei Estadual nº 14.939/03.
> AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL Nº 1.0525.11.000365-0/001 - COMARCA DE POUSO ALEGRE - AGRAVANTE (S): ALLYSON CAMILO MONROE E SILVA - AGRAVADO (A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. A C Ó R D Ã O . Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O DES. RELATOR.

É possível desprender das jurisprudências apresentadas quanto ao uso de entorpecente constatado no exame toxicológico, que embora sendo conduta ilícita, e considerando a ausência de periculosidade do individuo, que não expõe perigo e nem causa com este comportamento dano a bem

alheio, é possível amparado pelo principio da proporcionalidade e harmonização privilegiar outro principio fundamental do Estado qual seja a ressocialização, parte da jurisprudência considera nesta circunstancia o afastamento da aplicação da falta grave. O voto acima se coaduna com o posicionamento jurisprudência do Min. Luís Barroso em seu voto que sintetiza:

> Provimento do recurso extraordinário e absolvição do recorrente, nos termos do artigo 386, III, do Código de Processo Penal. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: "É inconstitucional a tipificação das condutas previstas no artigo 28 da Lei no 11.343/2006, que criminalizam o porte de drogas para consumo pessoal. Para os fins da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário o indivíduo que estiver em posse de até 25 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas. O juiz poderá considerar, à luz do caso concreto, (I) a atipicidade de condutas que envolvam quantidades mais elevadas, pela destinação a uso próprio, e (II) a caracterização das condutas previstas no artigo 33 (tráfico) da mesma Lei mesmo na posse de quantidades menores de 25 gramas, estabelecendo-se nesta hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores. RE 635.659: DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. VIOLAÇÃO AOS DIREITOS À INTIMIDADE, À VIDA PRIVADA E À AUTONOMIA, E AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

Nota-se, portanto, o posicionamento jurisprudencial que corrobora com o pensamento de que o consumo pessoal de entorpecente, ainda que imoral socialmente, é livre de penalização, e uma vez reconhecida à dependência química o que deve se buscar são os meios de tratamento corretos para auxiliar o usuário, portanto tal conduta não pode na execução penal ser usado arbitrariamente pelos juízes em prejuízo dos indivíduos que cumprem suas penas, tais situações vai na contramão da ressocialização e dos princípios constitucionais do processo penal constitucional.

3 Princípios constitucionais fundamentais frente ao exame toxicológico na Lei de Execução Penal

Neste tópicosão colocados os valores constitucionais do processo penal a serem destacados em relação ao caso concreto, no que tange ao exame toxicológico para o preso. Além dos aspectos que destacam a proporcionalidade, a jurisprudência e a doutrina, cabe considerar aspectos que permitindo a situação fática devem ser preservados como, por exemplo, a privacidade do indivíduo.

Reconhecido que o crime praticado não constitui lesão ou ofensa a terceiro, é notável a violação da sua privacidade quando obrigado a se submeter ao exame toxicológico e sofrer desproporcionalmente os efeitos da pena, nos termos do Artigo 5º, inciso X da Constituição Federal é inviolável a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. O texto constitucional é importante, pois o cidadão preso, não perde a sua individualidade pelo fato de cumprir uma pena, salvo se a particularidade da pena assim o requerer, do contrário muito menos deverá perdê-la, diante da não gravidade da situação é neste sentido que citamos o trecho do voto do Ministro Luís Barroso:

> Recurso Extraordinário 635.659.A intimidade e a vida privada, que compõem o conteúdo do direito de privacidade, são direitos fundamentais protegidos pelo artigo 5º, X da Constituição. O direito de privacidade identifica um espaço na vida das pessoas que deve ser imune a interferências externas, seja de outros indivíduos, seja do Estado. O que uma pessoa faz na sua intimidade, da sua religião aos seus hábitos pessoais, como regra devem ficar na sua esfera de decisão e discricionariedade. Sobretudo, quando não afetar a esfera jurídica de um terceiro.
>
> O indivíduo que fuma um cigarro de maconha na sua casa ou em outro ambiente privado não viola direitos de terceiros. Tampouco fere qualquer valor social. Nem mesmo a saúde pública, salvo em um sentido muito vago e remoto. Se este fosse um fundamento para proibição, o consumo de álcool deveria ser banido. E, por boas razões, não se cogita disso. Note-se bem: o Estado tem todo o direito de combater o uso, fazer campanhas contra educar e advertir a

> população. Mas punir com o direito penal é uma forma de autoritarismo e paternalismo que impede o indivíduo de fazer suas escolhas existenciais. RE 635.659: DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. VIOLAÇÃO AOS DIREITOS À INTIMIDADE, À VIDA PRIVADA E À AUTONOMIA, E AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

Se o crime praticado não constitui lesão ou ofensa à terceiro, e ainda tem na sua natureza a despenalização, o juiz não pode apenas amparado pelo seu conceito de moralidade ou sob o argumento de castigo por se tratar de preso impor pena invadindo nessas circunstancia sua privacidade apenas para constatar que ele é um usuário de entorpecente e que, portanto merece ser punido e prejudicado na execução penal, no caminho da sua ressocialização.

A privacidade diz respeito à intimidade daquele individuo, e não cabe neste âmbito juízo de valores religioso ou morais, pois aquilo que é imoral para um pode não ser para outro, para alguns o cigarro, o adultério, a bebida, entre outras coisas pode ser imoral, mas se conformam apesar de contra por se tratar de uma situação socialmente aceita, obviamente ninguém é obrigado a ter sua privacidade violada por questões de moralidade ou religiosas, o mesmo pensamento se aplica aos usuários de entorpecentes, que na sua dependência usam para aplacar a sua abstinência ou satisfazer o vicio. Neste contexto se encontram muitos presidiários, cuja situação deveria ser tratada como uma questão de saúde publica, de tratamento de orientação e não desrespeitando a proporcionalidade para trazer sobre estes um prejuízo por conta de uma conduta associada a um vicio. Nesse sentido destaca-se a colocação de Pinho (2011, p. 133):

> O direito à privacidade, dentro da sistemática estabelecida pela Constituição, trata de uma denominação genérica, que compreende a tutela da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Em razão dos avanços tecnológicos, com a possibilidade crescente de intromissão na vida íntima das pessoas, é indispensável assegurar-se, entre os direitos individuais, o respeito à privacidade de cada ser humano.

Se o Estado no curso da execução penal, realmente se preocupa com a ressocialização do individuo, deve começar então por respeitá-lo como ser humano e conceder aqueles cuja conduta se demonstra favorável o respeito a sua privacidade e considerando sua dependência química se for o caso apontar um tratamento alternativo como instrumento de ressocialização, o que alcançaria outro princípio fundamental do respeito a dignidade da pessoa humana.

4 Considerações finais

Conforme se pode notar em relação ao consumo de entorpecentes a jurisprudência tem se inclinado no sentido de perceber esses indivíduos como usuários separando os dos verdadeiros traficantes, com esta postura embora a conduta seja ilícita, os tribunais defendem que não há penalização.

Algo semelhante ocorre com as drogas lícitas, que em determinado momento foram consideradas imorais e até mesmo ilícitas, como o álcool, o cigarro, nesses casos o Estado se posicionou no sentido de respeitar a privacidade e a individualidade de cada indivíduo, que no seu mundo particular sem ofender e nem lesar bens de terceiros realizam seu consumo pessoal.

É o que se pode dizer também das drogas, embora danosas, e destrutivas como o é também o álcool ou cigarro, o que aponta para a necessidade não de restrição da liberdade, mas de tratamento para recuperação daqueles que reconhecem o seu vicio.

A presente investigação se coaduna com o propósito prisional, qual seja ressocializar o preso, na busca de reinserção social, neste caminho, está obviamente o respeito a privacidade e a dignidade da pessoa humana, esta ultima reafirmada no valor do trabalho para ressocialização do indivíduo, retirar do preso esse direito sagrado, em detrimento de uma conduta tipicamente ínfima que no dia-a-dia, não se aplica inclusive a

prisão, é reduzir a dignidade a um valor que o Estado democrático de direito não reconhece.

Desta forma cabe ao Estado, à responsabilidade de pavimentar o caminho do preso na busca pela ressocialização, tratando o com a dignidade que a própria constituição prima, devendo, portanto sopesar sempre que a situação fática permitir e a norma assim o privilegiar os aspectos que corroboram para sua reinserção, é o caso que se apresenta onde retirar o benefício do trabalho externo importante fator de ressocialização, muito mais benéfico inclusive para o Estado, não se mostra a melhor forma de reeducar o indivíduo, neste norte se o contexto é favorável, vale a pena em nome de uma vida que se recupera, em nome de uma melhor sociedade, proteger a dignidade deste preso, que em breve poderá se tornar um novo cidadão.

5 Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a lei de execução penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 24 jul. 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 24 jul. 2018.

BRASIL.CÂMARA DOS DEPUTADOS. Recurso Digital**. Lei de execução penal nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Brasília, Coordenação de Publicações, 2008. 121 p.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Digital. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Atualizada até a EC n. 97/2017.Brasília: Secretaria de Documentação, 2017, 518 p.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ***Habeas Corpus* nº 143.798-SP**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/hc-barroso-importacao-semente-maconha1.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 430105/QO/RJ**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566> Acesso em: 13 jun. 2018.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Apelação criminal ACR 70055582654 RS**. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/188304223/apelacao-crime-acr-70064024862-rs/inteiro-teor-188304267>. Acesso em: 12 jun. 2018.

COSTA, Roberta Pereira Negrão. **Proporcionalidad**e: Uma clarificação do conceito. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/1437974>. Acesso em: 24 jul. 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PAULO, Vicente. **Direito constitucional.**14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais.**11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

16

Inquérito civil: uma análise à luz do direito fundamental ao contraditório

Francisco José Vilas Bôas Neto [1]
Júlia Alves Almeida Machado [2]

1 Introdução

Com a previsão da sua aplicação consagrada pela Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública) e posteriormente consagrado pela Constituição Republicana de 1988 (art. 129, III), o inquérito civil se presta à colheita de elementos informativos que sejam suficientemente necessários para fundamentar uma ação civil pública. Ele visa trazer condições mínimas de convicção, mas que sustentem a atuação do Ministério Público (MP) por meio da ação judicial.

A sua instauração pode ocorrer de ofício - quando o próprio Ministério Público, no uso de suas atribuições, toma conhecimento por meio de denúncias ou mesmo constatações pessoais, de atos ou fatos que impliquem ou possam implicar em violação dos direitos tutelados pela ação civil pública – ou por provocação (quando o Ministério Público acolhe representações dos interessados ou da autoridade judicial, administrativa ou legislativa). Também pode se dar por designação, quando o Procurador-

[1] Mestre em Filosofia pela FAJE/MG. Pós-graduado em Direito pela UCAM/RJ. Graduado em Direito pela PUC Minas. Coordenador da Escola Superior de Advocacia da OABMG. Professor dos cursos de pós-graduação e graduação em Direito da Fapam. Advogado criminalista.

[2] Mestranda em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna. Pós-Graduanda em Direito Processual Constitucional pela Faculdade de Pará de Minas. Graduada em Direito pela Faculdade de Pará de Minas. Advogada.

Geral de Justiça ou da República, o Conselho Superior do Ministério Público, a Câmara de Coordenação e Revisão, ou demais órgãos superiores do Ministério Público determinarem a investigação.

A par do sobredito, o procedimento em análise traz sensibilidades que devem ser pensadas. Neste sentido, a pergunta-problema do presente trabalho é a seguinte: a ausência da obrigatoriedade de oportunização ao contraditório em favor da parte investigada, durante a instauração de um inquérito civil, pode configurar uma inconstitucionalidade formal? Em outros termos: qual seria a importância do exercício do contraditório durante o inquérito civil?

Para tratar de tal melindre e, no intuito de responder a pergunta-problema, apresentar-se-á o inquérito civil como instrumento investigatório próprio do Ministério Público, trazendo sua natureza jurídica, os limites para sua instauração, o valor probante dos elementos ali colhidos e a sua relação com as ações coletivas para, por fim, ser feita a análise da obrigatoriedade da efetivação do contraditório em sede de inquérito.

O trabalho utilizará como metodologia as pesquisas bibliográficas e documentais para a descrição crítica do tema-problema proposto, considerandoos referenciais lógico-científicos para a construção das análises teóricas e interpretativas.

2 O inquérito civil

Instaurar uminquérito civil é uma das funções institucionais exclusivas do Ministério Público, trazida pelo artigo 129, inciso III da Constituição Federal.

O parágrafo primeiro do artigo 8º da Lei da Ação Civil Pública dispõe que o Ministério Público poderá, de ofício ou mediante representação, instaurar inquérito civil para apurar os atos que atentem contra quaisquer interesses difusos. Já o artigo 14 da Lei de Improbidade Administrativa prevê que qualquer pessoa terá legitimidade para representar junto à

autoridade administrativa competente, para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de ímprobo.

O procedimento investigatório mencionado nos artigos alhures é instrumentalizadopeloinquérito civil, que nada mais é do que um procedimento administrativo não obrigatório e inquisitorial, ou seja, um procedimento (em princípio) sem a presença ou com a restrição dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Destaca-se que o seu caráter não é sancionador, mas sim preparatório à ação principal, cuja finalidade é o recolhimento pelo Ministério Público, do maior número de provas e elementos possíveis para fundamentar o acionamento ao Poder Judiciário quando do ajuizamento de uma ação coletiva.

A importância do inquérito civil estaria na possibilidade dese evitar a interposição de ações com base apenas em reclamações de civis, quando não houvessequalquer amparo na realidade; durante o inquérito, o Ministério Público poderia aferir o grau de veracidade da representação realizada.

Desta forma, os dois objetivos principais do inquérito civil seriam: a) tornar possível a obtenção de dados e elementos visando instruir eventual ação civil; b) evitar o ajuizamento de demandas temerárias, sem qualquer embasamento fático e/ou jurídico. (GAJARDONI, *et al.* 2011, p.226).

A partir desta compreensão, ficaria a indagação: poderia o MP instaurar um inquérito civil sem um motivo plenamente justificável, apenas com base em reclamações?

A resposta é simples: o Ministério Público não poderá instaurar inquérito civil a qualquer tempo e sem justo motivo, uma vez que *somente uma causa jurídica legítima e justa faz nascer o dever do órgão ministerial a investigar determinado fato* (MATTOS, 2014). Mesmo em caso de instauração, se verificada a ausência de elementos suficientes de autoria e materialidade, o Ministério Público deverá arquivar o procedimento. Significa dizer que existem limitações quanto à propositura do inquérito civil. Estas limitações são necessárias para que a atuação do órgão ministerial não se torne opressora e ditatorial.

A definição de justa causa para a instauração do procedimento investigatório é trazida por Mauro Roberto Gomes de Mattos, ao ponderar que:

> A justa causa para o início da investigação por meio do inquérito civil, relativando-se o direito da intimidade, da honra e da imagem do investigado, se faz presente quando existentes indícios de que houve dano (moral ou patrimonial) ao poder público. Isso porque indícios são presunções que serão confirmadas ou não pela prova, fruto da verdade real. Havendo indício, é bem melhor que o Ministério Público ingresse com o inquérito civil em busca de elementos concretos, pois sem a prova direta seria temerário o ajuizamento da ação civil pública. Não havendo sequer o indício da prática de um ato ilícito, tem-se que fere o princípio da dignidade humana transformar o homem em objeto de investigação com o afastamento de seus direitos fundamentais, por uma mera suspeita do membro do Ministério Público, nem respaldo indiciário. Não se é contra o manejo do inquérito civil, apenas se coloca o problema do abuso do poder de investigar sem que haja um motivo jurídico justo e aparente, pois a constitucionalização do direito público trouxe o princípio da juridicidade como um de seus fundamentos de validade. Como o indício é uma suspeita, que não pode ensejar uma condenação, somente a prova a ser colhida regularmente é que revelará a materialidade da infração e o seu autor, com a verificação da culpabilidade, em tese. (MATTOS, 2014).

É preciso compreender, que estas limitações impostas ao MP estão em consonância com a *análise constitucionalizada do direito*. Esta análise constitucionalizada, em relação à atuação do Ministério Público, prevê a obrigatoriedade do órgão ministerial em respeitar os princípios constitucionais, preservando, assim, os direitos fundamentais do jurisdicionado a ser investigado. Cumpre salientar que o próprio direito administrativo repudia desvios ou excesso de poder por parte de quaisquer órgãos do Estado, cujas ações não podem ser discriminatórias, sobretudo quando se tratar de ações de caráter investigativo, como é o caso do inquérito civil.

Com isso, não será admissível a instauração de inquéritos civis genéricos, sem o mínimo de embasamento jurídico. Não é dado ao Ministério Público o direito ou a função de molestar gratuitamente e imotivadamente qualquer cidadão. Caso isso ocorra, a atuação do *parquet* carecerá de legitimidade.

Por esta razão, só é possível e legítimo o *constrangimento* quando ele é absolutamente necessário. Não é passível de aceitação que qualquer cidadão seja colocado no polo passivo de uma investigação que poderia ser evitada em razão da desnecessidade ou da temerosidade da suainstauração. São por estes fundamentos que a revisitação dos institutos (inquérito civil, justa causa, contraditório, etc.) em análise é pertinente.

2.1 Natureza Jurídica do Inquérito Civil

O inquérito civil é um instituto jurídico de natureza administrativa e de caráter pré-processual, destinado à colheita de elementos prévios, necessários e indispensáveis ao ajuizamento de uma ação civil pública responsável (TUCCI, *apud* GOMES JÚNIOR, *et al.* 2011, p.2). É um procedimento não obrigatório, mas consubstancia-se em relevante meio de levantamento de informações, as quais poderão fundamentar melhor a ação civil, evitando o ajuizamento de demandas temerárias.

É um procedimento que persevera as amarras da inquisição e por isso é chamado de inquisitorial, uma vez que, além de permitir a mitigação de formalidades, não abre espaço para a dialeticidade de todas as partes envolvidas. Em outros termos: não é o *locus* de discussão por meio do contraditório.

Em regra, a oportunização à parte investigada para que solicite diligências ou apresente elementos de informação é uma faculdade do Ministério Público, que analisará a sua pertinência.

Destaca-se que oinquérito civil possui como legitimado exclusivo para sua instauração o Ministério Público. Esta atribuição é prevista pela Constituição Federal (art. 129, inciso III), bem como pelo artigo 84, inciso II, da Lei Complementar 75/93 e pelo artigo 8º, §1º, da Lei de Ação Civil Pública. A legitimidade está atrelada ao poder investigativo do *parquet*, mas, é importante destacar que qualquer pessoa poderá provocar o MP para que ele instaure umaapuração, que será proposta desde que existam motivos reais para isso.

É um procedimento, reitere-se, não obrigatório. Essa natureza facultativa - bem como a mitigação da sua formalidade e a obrigatoriedade da sua publicidade - é consentânea do inquérito civil enquanto procedimento administrativo (GOMES JÚNIOR, *et al.* 2011, p.2). Também possui autoexecutoriedade, uma vez que o Ministério Público irá presidir o inquérito e, ao mesmo tempo, produzirá a prova.

O inquérito civil não possui natureza jurisdicional, já que será instaurado, exclusivamente, pelo Ministério Público, sem qualquer atuação do Poder Judiciário ou envolvimento de litigantes. Trata-se de um instrumento que possibilitará que o órgão legitimado busque elementos de convicção para si, na finalidade de identificar condições probatórias reais e suficientemente satisfatórias para ensejar o ajuizamento da ação civil pública de forma prudente. De acordo com Luiz Manoel Gomes Júnior, *et al.* (2011, p.3), *é um procedimento administrativo não punitivo e admite todos os meios investigatórios cabíveis*.

É por esta questão não punitiva, que existe a mitigação do princípio da ampla defesa. Teoricamente, não há acusação durante o inquérito civil; e, pela lógica, se nenhuma pessoa é acusada, nenhuma pessoa precisaria se defender.

2.2 Limites do Inquérito Civil

Visando evitar a interposição de demandas temerárias, fundadas exclusivamente em suposições, a Constituição trouxe o inquérito civil como ferramenta para levantamento de informações que sustentem ou justifiquem a propositura de uma ação civil pública.

Destarte, a lei impôs os limites que são verdadeiros requisitos para que se inicie uma apuração. Não pode o MP constranger qualquer cidadão por meio de um procedimento investigativo sem que haja qualquer critério. O inquérito não poderá ser instaurado, também, sem que sejam observadas as suas finalidades primordiais, consistindo em tornar possível a colheita de dados que possam vir a instruir uma eventual ação civil pública.

A investigação deve decorrer de circunstâncias que, de fato, tornem pertinente a propositura de uma ação judicial e deve ser um instrumento que carregue utilidade, não devendo ser uma mera análise de especulações. Tanto é, que apesar de ser um procedimento administrativo facultativo, caso instaurado, se durante as investigações não forem observados elementos suficientes de convicção, deverá o MP providenciar o seu arquivamento, que dependerá da devida homologação pelo Conselho Superior do Ministério Público, conforme determina o artigo 9º, §1º, da Lei de Ação Civil Pública.

Portanto, as condutas a serem adotadas pelo presidente da apuração, ao receber quaisquer representações, são (cumulativamente ou alternativamente e a depender do caso concreto) as seguintes:

> a) se a representação ou a notícia de dano a um dos interesses zelados pelo MP forem evidentemente desprovidas de fundamento, pode ele promover de plano o arquivamento das peças de informação, independentemente de instauração de inquérito civil, pois nesse caso, há como que ausência de justa causa para a instauração formal de um inquérito civil; b) se a representação ou a notícia tiverem viabilidade em tese, mas estiverem desprovidas de melhores elementos para aferir de sua viabilidade em concreto, pode ser necessária uma verificação prévia para, a seguir, instaurar-se ou não, de maneira formal, um inquérito civil (hipótese análoga à do § 3.º do art. 5.º do CPP (LGL\1941\8)); c) se a representação ou a notícia contiverem elementos suficientes, por si sós, para justificar-se de plano uma investigação formal, deve ser instaurado o inquérito civil; d) se a representação ou a notícia contiverem todos os elementos necessários para, desde logo, ser proposta a ação civil pública, o inquérito civil por exceção pode ser dispensado, porque desnecessário. (MAZZILLI, 1992, p.2).

Os exames prévios da viabilidade da instauração do inquérito civil consubstanciam-se em requisição de informações, perícias ou documentos, cópias, certidões de processos, dentre outras provas em direito admitidas, que vão justamente corroborar ou não o constrangimento do civil à investigação.

Todavia, essa requisição de informações e documentos, permitida ao Ministério Público pela Constituição Federal, sofre limitações

constitucionais e legais existentes no sistema, como é o caso, por exemplo, do sigilo bancário que, consoante numerosas decisões de nossos tribunais, não pode ser quebrado por ato isolado do órgão ministerial, mas somente por mandado judicial. (NERY JÚNIOR, 2014, p. 6.).

Da imposição de limites a requisições de documentos e informações (inclusive busca e apreensão, inspeção judicial, dentre outros), se percebe a regra geral, que deslegitima uma inspeção com escopo puramente exploratório, tendo em vista, ainda, a consistência e delicadeza das notícias reservadas e que não podem ser divulgadas sem que haja alguma utilidade para o processo. (NERY JÚNIOR, 2014, p. 6.)

Esse rol de condutas a serem adotadas pelo presidente do inquérito soa como verdadeiras limitações, desde a propositura até o seu arquivamento.

2.3 Valor Probante dos Elementos de Informação

A instrução do inquérito será realizada pelo Ministério Público que terá poderes de promover, pessoalmente, a coleta de todos os elementos de informação que sejam lícitos e que visem a apuração efetiva dos fatos descritos na portaria de instauração dainvestigação.

Em razão do seu caráter inquisitório, a eficácia probante dos elementos produzidos em sede de inquérito civil é um assunto ainda muito discutido pela doutrina e pela jurisprudência, principalmente porque há entendimentos que sustentam a necessidade da repetição em juízo, dos elementos coletados, não servindo, portanto, como meio absoluto de prova para o processo. Por outro lado, há aqueles outros que entendem como válidos e eficazes os elementos apurados em sede de inquérito.

Sendo atrelada à própria finalidade do inquérito civil, os elementos de convicção visam apurar se algum(s) dos direitos tutelados por meio da ação civil pública, fora(m) realmente afrontado(s), ou seja, buscaaveriguar a ocorrência de eventuais danos, ou perigo de danos, a interesses ou direitos coletivos em sentido amplo. (QUEIROZ, 2007, p.2.).

O inquérito civil não é um fim em si, mas sim, um instrumento de atuação e coleta de elementos pelo Ministério Público. Destarte, conforme mencionado alhures, a doutrina faz ressalvas acerca da natureza jurídica dos elementos de convicção colhidos no inquérito civil, bem como acerca do valor probante de tais elementos.

Parte minoritária da doutrina entende ter eficácia probatória absoluta, os elementos produzidos em sede de inquérito civil, sob o fundamento de que tais elementos foram produzidos por uma investigação pública e de caráter oficial, sendo, com isso, um instrumento dotado de oficialidade (QUEIROZ, 2007, p.5.).

Entretanto, conforme o julgamento do acórdão do REsp 476.660-MG, utilizado como precedente quando o assunto se trata da força probante do inquérito civil, ficou assentado que as provas colhidas no inquérito possuem valor probatório relativo, uma vez que produzidas longe do crivo do contraditório; todavia, elas só poderiam ser afastadas por contraprova de hierarquia superior, ou seja, produzidas sob a observância do contraditório (QUEIROZ, 2007, p.1.).

Dito de outra forma: o valor probante daquilo que foi produzido em sede de inquérito seria relativo, mas, a referida prova (pré-processual) só seria descartada caso fosse contraposta por outra prova produzida em contraditório judicial.

Este julgamento reforçou o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que entendeu que todos os elementos de convicção produzidos em sede de inquérito civil, longe do contraditório, devem ser repetidos em juízo, sendo imprestáveis como meio absoluto de prova.

Reitere-se que o inquérito civil não é um procedimento obrigatório, podendo ser dispensado caso o titular da ação civil pública já tenha em mãos elementos suficientes para fundamentar sua atuação, não sendo este procedimento uma condição *sine qua non* para a propositura da ação principal.

É preciso relembrar que o inquérito civil é procedimento inquisitorial (que dispensaria o contraditório), porque ele se presta a formar o

convencimento do Ministério Público para manejar (ou não) a ação civil pública. Quanto ao convencimento do juiz, há que ser ressaltado que os elementos e informações colhidos nainvestigação possuem validade relativa, considerando que não são produzidos sob o crivo do contraditório.

Portanto, o entendimento atualmente adotado é de que os elementos de informação produzidos exclusivamente na fase inquisitorial possuem valor probatório relativo. De toda forma, caberá ao *parquet*, durante a instrução processual (na fase judicial) confirmar os elementos produzidos durante o inquérito, bem como demonstrar de forma robusta e incontestável, por provas claras, produzidas em contraditório, a autoria dos atos imputados ao investigado, não podendo buscar a sua condenação com base em elementos de informação colhidos apenas durante a fase inquisitorial, que não tenham sido confirmadas em juízo[3].

Os indícios probatórios não podem concorrer com as provas coligidas sob as garantias do contraditório, porque eles são de natureza inquisitorial; lado outro, os tribunais estão entendendo que tais provas inquisitoriais só podem ser afastadas com contraprovas, as quais, caso produzidas sob o crivo do contraditório, ocuparão posição hierarquicamente superior. (QUEIROZ, 2007, p. 7.).

Cumpre reforçar, que os elementos que possuem valor relativo não serão desprezados ou descartados quando comparados com as provas produzidas judicialmente. É claro que o julgador deverá analisar todos os elementos e provas levados ao processo para formar seu convencimento. Ademais, a apreciação pelo magistrado de todos os elementos postos nos autos, coaduna com o próprio sistema de avaliação de provas adotado no Brasil, que preconiza que o juiz decidirá de acordo com o contexto probatório, de forma conjunta e não em provas isoladas.

Há de ser dito, que os elementos de informação incontroversos ou que não tenham sido impugnados no momento processual, ganham valor

[3]Em mera comparação, é possível citar o art. 155 do CPP que prevê que o juiz formará a sua convicção pela livre apreciação das provas produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar uma condenação com base exclusivamente nos elementos colhidos durante a fase inquisitorial pré-processual.

probatório quando da sua apreciação judicial. Caso algum elemento colhido exclusivamente em sede de inquérito civil não tenha sido impugnado ou afastado durante a instauração do contraditório, segundo os tribunais, ele tornar-se-á incontroverso, ou seja, poderá ser considerado como prova plena quando da apreciação no momento da decisão final.

2.4 O Inquérito Civil à Luz do Microssistema das Ações Coletivas

O inquérito civil, conforme demonstrado, presta-se à colheita de elementos de convicção que vão fundamentar a propositura das ações civis públicas e das ações de improbidade.

Tanto a ação civil pública quanto à ação de improbidade administrativa integram o microssistema das ações coletivas, que visam à proteção de interesses difusos em juízo, e que utilizam o inquérito civil como principal instrumento na coleta de elementos de informação.

Deve-se ter o cuidado, entretanto, para que os instrumentos de proteção do interesse coletivo (previstos para os microssistemas das ações coletivas), não ofendam, automaticamente alguma garantia individual, como pode parecer no caso da postergação ou supressão do contraditório em face da pessoa investigada. Em outras palavras: no exemplo do deferimento de uma medida cautelar de indisponibilidade de bens, em sede de uma investigação para uma ação de improbidade, estar-se-ia, em tese, protegendo o interesse coletivo (resguardando a efetividade de uma possível execução), mas ao mesmo tempo, estar-se-ia também, ferindo uma garantia individual do investigado/acusado, uma vez que a análise da medida cautelar seria feita antes de se instaurar o contraditório, ou seja, antes mesmo da cientificação do demandado. E ainda, a análise desta medida cautelar, na maioria de suas vezes, é realizada com base exclusivamente nos elementos de informação do inquérito civil, realizado antes da propositura da ação de improbidade e sem a participação do investigado.

Há ainda um problema maior: presume-se uma aparente imparcialidade[4] do Ministério Público quando da colheita de elementos em sede de inquérito civil. Isto é um equívoco, pois no momento da valoração destes elementos, não raro é dada validade integral a eles, sendo comum a sentença de procedência das ações de improbidade, ser uma mera reprodução da versão apresentada pelo MP. (GAJARDONI, et al. 2011, p. 233).

Tanto no caso das ações civis públicas quanto no caso das ações de improbidade, o Ministério Público é o presidente do inquérito e o legitimado ativo destas ações. Diferentemente, por exemplo, do que ocorre no processo penal, quando a autoridade policial preside o inquérito policial, para depois o Ministério Público atuar como titular da ação penal.

Verifica-se, com isso, a necessidade da ratificação (ou retificação) judicial dos elementos de informação; se o próprio presidente do inquérito é o autor da ação, os elementos de informação precisarão de ratificação por meio do contraditório, uma vez que, por serem unilaterais, não podem ser comparados àquelas provas apresentadas por um autor em uma ação comum. Em outras palavras: como o elemento de informação é (via de regra) produzido unilateralmente pelo MP, ele não pode simplesmente ser convalidado judicialmente sem que seja posto ao crivo do contraditório. A simples falta de impugnação de tais elementos de informação não poderia, jamais, torná-los válidos.

De acordo com GAJARDONI, *et al* (2011, p. 233)

> As provas obtidas no inquérito civil só poderiam sustentar, ainda que desacompanhada de ratificação judicial plena, o acolhimento de uma ação de improbidade, se eventualmente o representante do Ministério Público, no âmbito do inquérito civil, houvesse permitido a ampla participação dos investigados na sua colheita. Quanto mais amplo e efetivo o contraditório no âmbito dos procedimentos, maior a legitimidade, a validade e a eficácia das provas colhidas.

[4] O célebre advogado italiano Francesco Carnelutti, em seu livro *Le miserie del processo penale* publicado pela primeira vez em 1957, fez severas críticas à visão imparcial do Ministério Público. Segundo ele (pag.34) Ministério Público é parte sim no processo judicial e, sendo parte, não pode ser *im*parcial.

Assim, por meio da observação acima, é preciso entender que a regra geral é aquela que determina que a prova colhida em sede de inquérito civil, não tendo sido repetida judicialmente, se tornará imprestável para fins de condenação. Uma decisão fundamentada exclusivamente nos elementos investigativos(salvo se o Ministério Público, durante o inquérito civil, franquear aos interessados a plena participação neste procedimento), padecerá por falta de legitimidade, pois não poderá ser aceita em um Estado Democrático de Direito.

É preciso salientar que a expressão *Estado Democrático de Direito* traz consigo a concepção de escolha pela democracia e, que esta democracia estaria sustentada no ordenamento jurídico. Não obstante, a expressão traz também, a concepção de que o direito se apresente de forma democrática, ou seja, com a oportunidade de participação daquele à quem é destinado, traduzindo-se em verdadeiro *direito democrático*(que se dará a partir do contraditório).

3 Da (des)necessidade do contraditório para o inquérito civil

O sistema procedimental que rege a ação civil pública é tido pela doutrina como "misto", por, precipuamente, contar com duas fases: a) na primeira, chamada de fase de investigação, predominará a inquisitoriedade; b) na segunda, chamada fase processual, se evidenciará o contraditório.

Uma das principais características do inquérito civil é justamente a sua inquisitividade. Isso quer dizer que a ele não se aplicariam (em tese) os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Conforme assevera grande parte da doutrina, o afastamento da aplicação de tais princípios (contraditório e ampla defesa) em sede de inquérito civil, não configuraria afronta a determinação constitucional, apesar da previsão de que *aos litigantes em processos, sejam eles judiciais ou administrativos, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa*.

Com relação ao princípio da ampla defesa é preciso lembrar, conforme dito anteriormente, que para alguém se defender é necessário que seja acusado. Já que durante o inquérito civil não se poderia falar formalmente em acusação, também não se poderia falar em obrigatoriedade da ampla defesa.

Por sua vez, decorre da abrangência do conceito do contraditório, que ele é configurado como a cooperação dialética entre os sujeitos processuais. Nestes termos, contraditório não seria apenas a possibilidade de dar ciência bilateral dos atos e termos do processo às partes litigantes ou a simples oportunidade do combate (reação) de ideias. Contraditório seria o exercício dialético consistente na construção participada das decisões. Neste ponto, o entendimento carneluttiano[5] do contraditório como duelo de teses entre as partes, foi superado pela compreensão do contraditório como a possibilidade de cooperação para o provimento jurisdicional. Assim, pela ideia posta, a antítese (defesa) não seria uma contradição à tese (acusação), mas juntas (tese-antítese), possibilitariam a construção da síntese (decisão). A síntese não seria a reprodução da tese ou da antítese, mas, antes de tudo, o critério de harmonização entre elas.

Sobre o alcance do contraditório em sede do inquérito civil, a doutrina majoritária entende pela sua inaplicabilidade, ante a ausência da hipótese de incidência, uma vez que ele é vocacionado para a proteção daqueles que litigam em processo judicial ou administrativo ou para aqueles que estão sendo acusados de algo; no caso do inquérito civil, não há sequer litigantes e não se trata de um procedimento com cunho punitivo. Por isso, afirma-se que o inquérito não é abrangido pela aplicabilidade do princípio do contraditório.

De acordo com Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, o inquérito civil é:

[5] Francesco Carnelutti afirma expressamente (pag. 42) que o exercício do contraditório é um duelo de razões entre a defesa e a acusação. Como posto acima, este conceito deve ser superado e o contraditório processual não pode mais ser entendido a partir do *verbo contradizer* e sim, a partir do *verbo construir*.

> Procedimento administrativo no qual não incide o contraditório, por não veicular qualquer tipo de acusação nem buscar a composição de conflitos de interesses. [...] Ressalte-se que a não-incidência do contraditório no momento pré-processual não significa que a investigação levada a cabo pelo Parquet esteja dissociada dos parâmetros de legalidade estatuídos pelo sistema jurídico(GARCIA e ALVES, 2008, p. 525).

Em consonância com o posicionamento acima, o princípio do contraditório teria incidência apenas no plano jurisdicional, no plano administrativo e no plano das acusações em geral, em que a garantia abrangeria, de forma explícita, as pessoas sujeitasaalguma acusação. No inquérito civil, como não há partes litigantes e nem acusados, não seria possível a extensãoda abrangência do princípio do contraditório, até mesmo porque o inquérito não seria o*locus* extintivo, modificativo ou criador de direitos. (QUEIROZ, 2007, p.3-4.).

Ademais, o inquérito civil não visariaa aplicação de alguma sanção; não há durante sua tramitação, nenhuma pretensão de direito material. Frisa-se que a sua finalidade precípua seria a colheita de elementos de convicção que embasariam a atuação do órgão ministerial.

Dito de forma mais simples: a finalidade do inquérito civil não seria a convicção do magistrado, mas sim, do MP, para que este, enquanto parte, proponha ou não a ação civil pública ou a ação de improbidade.

> Aliás, admitindo-se a premissa de que no inquérito civil, instrumento que serve apenas para coligir elementos de convicção para viabilizar uma possível ação judicial, fosse obrigatória a adoção do princípio do contraditório, a mesma premissa deveria ser adotada, por indução lógica, para todas as pessoas – públicas ou privadas – que colhem elementos para embasar uma ação judicial. (QUEIROZ, 2007, p. 5).

De acordo com GAJARDONI, *et al.*(2011, p. 231),

> Por se tratar de um procedimento inquisitorial, não há obrigatoriedade de ser garantido contraditório pleno aos investigados. É o representante do Ministério Público que, no caso concreto, definirá, à luz do art. 6.º, §5.º, da Resolução CNMP 23/2009 (que garante a qualquer pessoa o direito de apresentar

> documentos e informações para melhor elucidação dos fatos), se permite ou não a intervenção dos interessados, especialmente do investigado, e de seus advogados a bem da prestação de algum esclarecimento que se fizer necessário, colhendo suas declarações, definindo a juntada de resposta escrita e documentos, e autorizando a produção de provas sugeridas pelo investigado.

A fase investigatória é, portanto, inquisitiva, uma vez que não obrigaria ao investigado que participasse da colheita das provas ou que as contestasse.

Por outro lado, existem entendimentos que demonstram a pertinência da instauração do contraditório durante o inquérito civil: o deferimento do contraditório no curso do inquérito garantiria uma exploração mais completa deste instrumento jurídico pelo Ministério Público, possibilitando que o alcance da solução das controvérsias; possibilitaria, também, via compromissos, o ajustamento de condutas (FIORI, 2003, p. 5). Assim, o investigado poderia se convencer de que o ato praticado de fato lesou a coletividade e, teria a oportunidade de reparar o dano, por meio do TAC[6], antes mesmo de responder ao processo judicial.

Frisa-se, que a oportunização do contraditório durante o inquérito civil possibilitaria uma melhor preparação da ação que, conforme o resultado obtido pela investigação, seria (ou não) manejada.

Outras saídas que poderiam ser cogitadas, em substituição ao inquérito civil, seriam as medidas cautelares de produção antecipada de provas, pelas quais todas as provas produzidas submeter-se-iam ao crivo do contraditório, sem qualquer necessidade da repetição na fase judicial, o que, inclusive, tornaria o procedimento mais célere.

Em que pese alguns tribunais entenderem pela falta de interesse processual do Ministério Público para manejar uma medida cautelar de produção antecipada de provas (já que o MP dispõe do inquérito civil para isso), tal entendimento não mereceria prosperar, uma vez que existem provas que são impossíveis de serem repetidas em juízo. Por tal razão, a

[6] Termo de Ajustamento de Conduta.

medida cautelar resguardaria a produção dessa prova sob o crivo do contraditório (GOMES JÚNIOR, et al. 2011, p.4).

Apesar do sobredito (quanto à falta de interesse processual do Ministério Público em manejar a cautelar de produção antecipada de provas) prevalece o entendimento de que o inquérito civil é o instrumento que deve ser utilizado.

Ante o exposto, é preciso compreender que a utilização do contraditório durante a investigação ministerial não é obrigatória. Esta desobrigação decorre do inquérito civil servir para a formação do Ministério Público enquanto parte para a propositura da ação civil pública ou da ação de improbidade. O inquérito não seria um procedimento para a formação da convicção do juiz, mas tão somente, um procedimento de natureza administrativa pré-processual elaborado para levantar indícios de autoria e de materialidade delitiva para eventual ação judicial. O destinatário do inquérito civil não é o juiz, mas o próprio promotor que, a partir dele, irá propor a ação civil pública ou a ação por improbidade administrativa.

Por outro lado, a oportunização do contraditório durante a fase de investigação legitimaria ainda mais a atuação do Ministério Público e em decorrência da participação ativa do investigado, o MP teria, de fato, elementos para a propositura de eventuais ações.

4 Conclusão

No decorrer do trabalho foram descritos os aspectos definidores do inquérito civil, suas peculiaridades, as sensibilidades que carrega e a sua extrema utilidade ao efetivo cumprimento e ajuizamento de uma ação civil pública responsável; ação esta, que visa de forma efetiva, proteger e solucionar os danos causados aos direitos da coletividade.

Como visto, não poderia o Ministério Públicoinvestigar ou denunciar algum cidadão, sem qualquer embasamento fático e jurídico; é por isso que o inquérito civil deve proporcionar mecanismos que evitem a temerosidade da demanda judicial.

É claro que o titular e responsável pelo inquérito civil precisará seguir alguns critérios, que são verdadeiras limitações em relação à instauração de um inquérito civil; mas é notório que se trata de um instrumento de extrema importância, já que auxilia e fundamenta a atuação do órgão ministerial.

Quanto à desnecessidade de se preservar as garantias do contraditório e da ampla defesa em todos os procedimentos, haverá situações que se tornará pertinente a oportunização da participação do investigado na fase pré-processual, com intuito, inclusive, de se evitar o ajuizamento da ação civil pública, por exemplo, quando houver a possibilidade de firmar um Termo de Ajustamento de Conduta. Neste caso, além da solução de um futuro e possível litígio ocorrer de forma mais célere, evitar-se-ia a judicialização da demanda, o que tornaria o procedimento mais eficiente, uma vez que o réu da futura ação teria a oportunidade de reparar seu erro sem a necessidade do enfrentamento judicial.

Ficou claro que o instituto do inquérito civil precisa ser aprimorado e pensado sob a perspectiva democrática. Franquear a participação de todos os interessados, oportunizando sua colaboração por meio do contraditório, não traria malefício nenhum ao procedimento; pelo contrário, permitiria que tal procedimento alcançasse sua finalidade, que é a colheita de elementos de informação da forma mais legítima possível. Seria desnecessário ratificar tais elementos em juízo, pois com a oportunização do contraditório, eles ganhariam o status de prova, o que tornaria a ação civil ou de improbidade mais pertinente, democrática, processualmente econômica e célere.

É por estas razões, simples e obviamente constitucionalizadas, que a oportunidade do contraditório, mesmo quando não obrigatória, possibilitaria o alcance de um resultado mais aproximado ao ideal democrático.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 10 mar. 2018.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985: Lei de Ação Civil Pública. Diário Oficial da União, Brasília, 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em 10 mar. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992: Lei de Improbidade Administrativa. Diário Oficial da União, Brasília, 02 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em 10 mar. 2018.

CARNELUTTI, Francesco. As misérias do processo penal. 2ª edição, Campinas-SP. Editora Bookseller, 2002.

FIORE, Edgard. O contraditório no inquérito civil. In: Revista dos Tribunais, vol. 811/2003, p. 35-42, 2003.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca, et al. Comentários à lei de improbidade administrativa: Lei 8.429, de 02 de junho de 1992. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel, *et al.* Anotações sobre o inquérito civil e o projeto da nova lei da ação civil pública (PL 5.139/2009). In: Revista dos Tribunais, vol. 199/2011, p. 257-273, 2011.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Inquérito civil Público e Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa: Limites de Instauração. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5870-1/>. Acesso em 20 mar. 2018.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O inquérito civil e o enriquecimento ilícito de administradores públicos. In: Revista dos Tribunais, vol. 676/1992, p.60-62, 1992.

NERY JÚNIOR, Nelson. Limites ao inquérito civil – segredo do negócio e livre-iniciativa. In: Revista dos Tribunais, vol. 2/2014, p. 315-329, 2014.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. A eficácia probatória do inquérito civil no processo judicial: uma análise crítica da jurisprudência do STJ. In: Revista dos Tribunais, vol. 146/2007, p. 189-204, 2007.

17

A apreciação da tutela de urgência nos processos suspensos em face do microssistema de resolução de casos repetitivos e a responsabilidade por prejuízo causado a parte adversa

Kênia Priscila de Carvalho [1]

1. Introdução

O CPC de 2015, para atender à litigiosidade repetitiva de massa ou serial, aprimorou as técnicas existentes e criou o microssistema de resolução de demandas repetitivas, formado pelo incidente de resolução de demandas repetitivas - IRDR (art. 976 a 987) e pelos Recursos Especial e Extraordinário repetitivos (art. 1036 a 1.041)

Conforme enunciado 345 do FPPC, "O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microssistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente. (Grupo: Precedentes; redação revista no V FPPC-Vitória)

Sobre o tema, consoante as lições Rodrigo da Cunha Lima Freire e Maurício Ferreira Cunha, **Código de Processo Civil para concursos**, pag. 1.383, *apud* Leonardo Carneiro da Cunha e Fredie Didier Jr**, Comentários ao Novo Código de Processo Civil**, pag. 1.366, "existe um microssistema

[1] Graduada em Direito pela Faculdade de Pará de Minas – Fapam, Funcionária pública municipal da Prefeitura Municipal de Pará de Minas. Email:kenia_priscila_carvalho@hotmail.com

de formação concentrada de precedentes obrigatórios, formado pelo incidente de assunção de competência e pelo julgamento de casos repetitivos. Suas respectivas normas intercomunicam-se e formam um microssistema, garantindo unidade e coerência."

Dadas as considerações iniciais passaremos à análise dos dois institutos que compõem esse micrissistema inserido no CPC de 2015, quais sejam o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o Recurso Especial e o Recurso extraordinário Repetitivos.

2. Do instituto dos recursos repetitivos

2.1 Histórico, finalidade, previsão legal

Quanto ao surgimento do instituto,não há uniformidade pacífica no direito conforme Itamar de Souza Rodrigues traz em seu artigo "**Dojulgamento dos recursos Extraordinário e Especial repetitivos (Artigos 1.036 a 1041)**", vejamos:

> "O surgimento do mecanismo do recurso repetitivo não encontra uniformidade pacífica no nosso direito. Para alguns, o problema está no processo brasileiro que possui a tradição de ser voltado para a resolução de conflitos individuais, sendo que essa ideia não tem conseguido solucionar o fenômeno atual dos **conflitos em massa**.
> Os conflitos de massa são caracterizados pela produção em grande escala, do consumo generalizado e das situações jurídicas homogêneas.
> O direito difuso e coletivo vem buscado solucionar esse problema, mas não tem conseguido evitar as demandas individuais repetitivas que vem atrapalhando o bom funcionamento dos Tribunais Superiores.
> Para outros, o problema está na **estrutura do sistema processual** baseado no **liberalismo** que não responde mais as expectativas da garantia da dignidade humana e do processo justo.
> Com isso, o legislativo busca mecanismos baseados nos precedentes do sistema do *common law*, cujas respostas as demandas repetitivas são muito mais eficientes do que a estrutura do direito civil romano positivista.(Itamar de Souza Rodrigues, **Dojulgamento dos recursos Extraordinário e Especial repetitivos (Artigos 1.036 a 1041), disponível em**

> **https://itamarsr.jusbrasil.com.br/artigos/373425056/recursoextraordinario-e-especial-repetitivo, acesso em 15/05/2018)**

Dessa forma, percebe-se que a aplicação desse mecanismo evita que os tribunais superiores fiquem ameaçados pela super lotação de demandas repetitivas ferindo a celeridade do processo.

A finalidade do instituto, é evidente, atende aos reclamos de economia processual. Busca-se através do instituto evitar o inconveniente da enorme sucessão de decisões de questões iguais, em processos distintos, com grande perda de energia e gastos, em tribunais notoriamente assoberbados por uma crescente pletora de recursos.

Quanto à evolução do instituto no tempo, que nesse ano de 2018 completa 10 (dez) anos de existência, foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro, ainda sob a vigência do CPC/1973, em 2008 pela Lei n.º 11.672/2008, que acrescentou o art. 543-Cem seu texto legal, como intuito resolver o problema da sobrecarga de Recursos Especiais repetitivos, que assim dispunha:

> **Art. 543**-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).
>
> **§ 1º** Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).
> **(...)**

Assim, em agosto de 2008, o Superior Tribunal de Justiça editou a Resolução n. 8 de 07/08/08, regulamentando o procedimento do processamento e julgamento de Recursos Especiais.

Por sua vez, o CPC/2015 (Lei n.º 13.105/2015) regulou o Recurso Repetitivo tanto no âmbito do STF como no STJ, estendendo o mecanismo também aos recursos extraordinários, criando o Recurso Extraordinário e

Especial Repetitivo, como se observa na própria rubrica da subseção II, nos termos dos arts. 1.036 ao art. 1.041.

A Lei nº 13.256/2016 que alterou alguns dispositivos do CPC de 2015, também trouxe alterações em alguns dispositivos desse mecanismo, buscando corrigir eventuais distorções do texto original em favor da efetividade e celeridade processual.

Dispõe o artigo 1.036, do Código de Processo Civil, que sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento, vejamos:

> **Art. 1036**. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

CÁSSIO ESCAPINELA BUENO, Manual de Processo Civil, pág. 233, ensina que:

> "Assim, havendo a referida multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito – a mesma tese de direito constitucional ou de direito legal federal a incidir sobre casos concretos iguais na essência –, é cabível que alguns recursos sejam selecionados e decididos pelo STF ou pelo STJ, com o sobrestamento de todos os demais, na expectativa de que a solução dada nos casos julgados por aqueles Tribunais seja aplicada e observada por todos os demais órgãos jurisdicionais. É esse, em suma, o objetivo da disciplina que ocupa, com detalhes, os arts. 1.036 a 1.041, que, nessa perspectiva, quer concretizar a diretriz do inciso III, do art. 927".

Quanto aos requisitos de aplicabilidade dos Recursos Repetitivos, destaca-se o entendimento de Rodrigo da Cunha Lima Freire e Maurício Ferreira Cunha, **Código de Processo Civil para concursos**, pag. 1.384:

> "O requisito fundamental para que se aplique o regime dos recursos repetitivos é a multiplicidade de recursos especiais ou extraordinários (não há um

> número mínimo de recursos, mas naturalmente pressupõe-se a existência de um grande número de recursos) com fundamento em idêntica questão de direito ou processual.
> "Se existirem recursos especiais ou extraordinários com a mesma matéria de direito o Relator do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo tribunal Federal selecionará (pinçará) dois ou mais recursos representativos da controvérsia, pilotos ou paradigma (dentre os admissíveis que contenha abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decida) para fins de afetação".

Assim, o Recurso Repetitivo pode ser definido de forma sumária como o mecanismo jurídico processual que visa conter e diminuir o fluxo dos recursos de natureza extraordinária em sentido amplo, a saber, os recursos extraordinários e especiais, junto aos tribunais superiores (STF e STJ), com o objetivo de se obter decisão de eficácia vinculativa e repercussão geral no direito brasileiro.

2.2 Do julgamento dos recursos extraordinários e especial repetitivo (art.1036 a 1041, do CPC)

Dispõe o § 1º do art. 1036, do CPC que caberá ao Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal de origem (estadual ou federal) detectar a presença de recursos especiais e extraordinários seriados. Diante da constatação positiva da ocorrência, deverá aquela autoridade selecionar dois ou mais recursos que serão encaminhados, dentro do procedimento normal, ao Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal, para fins de "afetação". Essa afetação nada mais é do que a escolha de recursos paradigmas, cuja solução vinculará todos os demais atinentes à mesma questão. A remessa é promovida sem juízo de admissibilidade dos recursos selecionados, na origem (art. 1.030, parágrafo único).

A escolha feita pelos Presidentes dos Tribunais de Justiça ou dos Tribunais Regionais Federais, não vincula o relator do STF ou do STJ, que poderão escolher outros, desde que também sejam representativos da controvérsia (art. 1.036,§ 4º). Tanto assim que também cabe aos Ministros do

STF e do STJ, com fundamento no § 5º do art. 1.036, tomarem a iniciativa de selecionar dois ou mais recursos representativos da controvérsia para submissão de seu julgamento à disciplina dos repetitivos.

O § 6º do art. 1.036 esclarece o que deve ser compreendido como "recurso representativo da controvérsia". Trata-se de recurso que, versando sobre a idêntica questão jurídica que se repete, "contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida".

Segundo Cássio Ecarpinella Bueno, 2016, pag.653:

> "essa exigência é fundamental para a boa aplicação da disciplina dos representativos, porque é a partir da diversidade e profundidade da sustentação da questão jurídica e, correlatamente, das teses jurídicas por ela representadas, a favor e contra, que os julgamentos do STF e do STJ assumirão verdadeiro padrão paradigmático. Só assim é que eles terão aptidão de produzir o que, para o CPC de 2015, pode ser chamado de "precedente".

Todos os demais processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, que se fundamentem na mesma questão de direito, ficarão retidos e suspensos no tribunal *a quo*, para aguardar o pronunciamento definitivo do STJ ou do STF sobre a tese comum a todos eles (art. 1.036, § 1º, in fine).

Essa suspensão pressupõe que todos os recursos especiais ou extraordinários retidos sejam realmente veiculadores apenas de uma única e mesma questão de direito. Se no recurso superveniente à questão, embora nascida da aplicação da mesma norma, envolva suporte fático diverso ou esteja em correlacionamento sistemático com outros preceitos legais que possam alterar lhe a interpretação no caso dos autos, o recurso especial não poderá ser paralisado em sua marcha apenas porque um dos seus diversos fundamentos coincida com o de outro recurso da espécie.

A aplicação dos arts. 1.036 a 1.041 pressupõem identidade total de fundamento de direito entre todos os recursos, para que possam ser classificados como seriados ou repetitivos, e assim, serem suspensos os não escolhidos como paradigma.

Em relação à determinação de suspensão importante se faz destacar os Enunciados 23 da ENFAM, 348 e 480 do FPPC:

> ENUNCIADO 23 da ENFAM: "É obrigatória a determinação de suspensão dos processos pendentes, individuais e coletivos, em trâmite nos Estados ou regiões, nos termos do § 1º do art. 1.036 do CPC/2015, bem como nos termos do art. 1.037 do mesmo código."
> ENUNCIADO 348 FPPC: "Os interessados serão intimados da suspensão de seus processos individuais, podendo requerer o prosseguimento ao juiz ou tribunal onde tramitarem, demonstrando a distinção entre a questão a ser decidida e aquela a ser julgada no incidente de resolução de demandas repetitivas, ou nos recursos repetitivos. (Grupo: Precedentes)
> ENUNCIADO 480 FPPC: "Aplica-se no âmbito dos juizados especiais a suspensão dos processos em trâmite no território nacional, que versem sobre a questão submetida ao regime de julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos, determinada com base no art. 1.037, II. (Grupo: Precedentes, IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência)"

Selecionados os recursos que serão concretamente julgados, o relator proferirá o que o art. 1.037 chama de "decisão de afetação", na qual: (i) identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento (art. 1.037, I), sendo vedado o julgamento fora desses limites (art. 1.037, § 2º), possibilitando, contudo, a identificação de outras questões para julgamentos futuros a partir dos processos enviados aos Tribunais Superiores (art. 1.037, § 7º); (ii) determinará a suspensão dos processos pendentes, individuais e coletivos, que versem sobre aquela mesma questão em todo o território nacional (art. 1.037, II); e, por fim, (iii) *poderá* requisitar aos Presidentes ou aos Vice-Presidentes dos TJs ou TRFs a remessa de um recurso representativo da controvérsia (art. 1.037, III).

Segundo o Enunciado 364 do FPPC, "O sobrestamento da causa em primeira instância não ocorrerá caso se mostre necessária a produção de provas para efeito de distinção de precedentes."

Caso não haja afetação, com base no § 1º do art. 1.037, o relator do recurso repetitivo no âmbito do STF ou do STJ comunicará o fato aos

Presidentes ou aos Vice-Presidentes dos Tribunais de segunda instância para revogação da decisão de suspensão prevista no § 1º do art. 1.036.

Se houver mais de uma afetação, isto é, mais de uma decisão proferida para os fins do art. 1.037, estará prevento o relator que, em primeiro lugar, proferiu a decisão respectiva (art. 1.037, § 3º).

Uma vez afetado, o recurso deverá ser julgado no prazo de um ano, consoante estabelece o § 4º do art. 1.037, excepcionados os *habeas corpus* e casos em que há réu preso, rol ao qual insisto no acréscimo do mandado de segurança, individual ou coletivo, pela sua magnitude constitucional.

Após o prazo de um ano, contado da publicação de afetação, cessa o sobrestamento dos processos (art. 1.037, § 5º), sem prejuízo de outro relator do mesmo Tribunal Superior afetar dois ou mais novos recursos representativos da controvérsia (art. 1.037, § 6º).

Dispõe o § 8.º do art. 1.037 do Novo CPC, que as partes deverão ser intimadas da decisão de suspensão de seu processo, a ser proferida pelo respectivo juiz ou relator, quando informado da decisão proferida pelo relator dos recursos representativos da controvérsia.

Conforme Daniel de Amorim Assumpção Neves, 2016, pag. 1418: "*a suspensão não depende da vontade das partes, sendo-lhes impositiva, mas é possível a qualquer delas requerer o prosseguimento do processo desde que demonstre distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado (art. 1.037, § 9.º, do Novo CPC).*"

O requerimento a que se refere § 9, nos termos do § 10 do art. 1.037, do Novo CPC, deve ser dirigido ao juiz, se o processo sobrestado estiver em primeiro grau (I); ao relator, se o processo sobrestado estiver no tribunal de origem (II); ao relator do acórdão recorrido, se for sobrestado, recurso especial ou recurso extraordinário, no tribunal de origem (III); e ao relator, no tribunal superior, do recurso especial ou extraordinário cujo processamento houver sido sobrestado (IV).

Sendo feito o requerimento de prosseguimento do processo com fundamento na distinção de questões, a outra parte será intimada para se

manifestar no prazo de cinco dias, em respeito ao princípio do contraditório (§ 11 do art. 1.037 do Novo CPC). Sendo indeferida a postulação, o processo continuará suspenso, e sendo reconhecida a distinção e acolhido o requerimento, o juiz ou relator dará prosseguimento ao feito (art. 1.037, § 12, I, do Novo CPC).

Consoante Daniel de Amorim Assumpção Neves, 2016, pag. 1418: "*No caso de recurso sobrestado, o órgão jurisdicional comunicará a decisão ao presidente ou ao vice-presidente que houver determinado o sobrestamento, para que o recurso especial ou o recurso extraordinário sejam encaminhados ao respectivo tribunal superior*. Nos termos do § 13 do art. 1.037, do Novo CPC, da decisão que resolver o requerimento (positiva ou negativamente) caberá agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro grau (I), ou agravo interno, se a decisão for de relator (II).

No entanto, prevê o art. 1.040, III, que sendo suspenso o processo em primeiro grau e sobrevindo durante o prazo de suspensão a decisão do tribunal superior sobre os recursos representativos da controvérsia, o juiz proferirá sentença e aplicará a tese firmada, dando claramente a entender que a eficácia do julgamento é vinculante, estando o juiz de primeiro grau obrigado a aplicar a tese firmada pelo tribunal superior em sua sentença.

Ressalta Daniel de Amorim Assumpção Neves, 2016, pag. 1422:

> *"Importante lembrar que se o julgamento repetitivo não for observado pelo juízo inferior no momento de julgamento do processo ou recurso de apelação, será cabível contra tal decisão reclamação constitucional, nos termos do art. 988, IV, do Novo CPC. Mesmo que o juízo fundamente sua decisão na distinção do caso julgado com o julgamento repetitivo, única hipótese legal de afastamento de sua eficácia vinculante, a parte sucumbente poderá impugnar a decisão por reclamação constitucional, quando poderá discutir o acerto da distinção."*

Conforme o Regimento Interno do STJ (artigo 121-A) e novo Código de Processo Civil (artigo 927), a definição da tese pela 1ª Seção vai servir de orientação às instâncias ordinárias da Justiça, inclusive aos juizados especiais, para a solução de casos fundados na mesma controvérsia.

> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
> [...]
> III - **os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos**;
> [...]
>
> Art. 121-A. Os acórdãos proferidos em julgamento de incidente de assunção de competência e de **recursos especiais repetitivos** bem como os enunciados de súmulas do Superior Tribunal de Justiça constituem segundo o art. 927 do Código de Processo Civil, precedentes qualificados de estrita observância pelos Juízes e Tribunais.

Consoante Rodrigo da Cunha Lima Freire e Maurício Ferreira Cunha, Código de Processo Civil para concursos, pag. 1.199, *apud* Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafaela Alexandria de Oliveira, Curso de Direito Processual Civil, v.2, p.441, "*Em sentido Lato, o precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos*"

Assim, se houver multiplicidade recursos sobre idêntica questão de direito ou processual, haverá o sobrestamento dos recursos, até o julgamento da questão, ficando suspensos os demais recursos que versarem sobre a mesma controvérsia, devendo a decisão objeto do recurso, chamada de "precedente", servir de orientação às instâncias ordinárias da Justiça, inclusive aos juizados especiais, para a solução de casos fundados na mesma controvérsia.

3. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)

3.1 Matrizes normativas estrangeira, natureza jurídica, hipóteses de cabimento, legitimados e julgamento.

Para entendermos um pouco sobre o instituto do Incidente de Resolução de demandas repetitivas (IRDR), necessário se faz conhecer um

pouco sobre a sua matriz normativa estrangeira que inspirou o instituto no CPC de 2015.

Nas palavras de Dierle Nunes e Rafael Dilly Patrus, 2013, pag.475, "a principal referência estrangeira na qual se baseia o IRDR é o procedimento-modelo (*Musterverfahren)* alemão. Assim, revisitar o instituto daquele país nos permite contribuir na compreensão de nosso novo instituto".

Segundo os autores[2] a lei que introduziu o procedimento-modelo no sistema processual alemão (*Kapitalanleger-Musterverfahrengesetz – KapMuG*) foi editada em 2005. Foi concebida, de início, como um instrumento restrito aos litígios no campo do mercado de capitais, sendo proposta como lei experimental, destinada a perder sua eficácia com o exaurimento do prazo de cinco anos (em novembro de 2010, portanto). Antes disso, porém, a técnica foi incorporada ao ZPO (*Zivilprozessordnung*). Técnica similar foi ampliada em 2008 na Alemanha quando da ocorrência de mais de 20 casos idênticos envolvendo a assistência e previdência social (*Sozialgerichtsgesetz*).

A origem da *KapMuG* diz respeito ao caso *Deutsche Telekom (DT)*, empresa com mais de três milhões de acionistas na Alemanha. Em função de suposta veiculação de informações equivocadas a respeito da extensão do patrimônio da sociedade em duas circulares de ofertas de ações (em 1999 e 2000), milhares de investidores ditos lesados (aproximadamente 15 mil), representados por mais de setecentos e cinquenta advogados diferentes, propuseram demandas contra a *DT* perante a corte distrital de Frankfurt, foro da sede da bolsa de valores em que os prospectos circularam. O conjunto das ações representava valor superior a cento e cinquenta milhões de euros.

Depois de quase três anos sem que uma única audiência fosse designada, parte dos demandantes apresentou queixas constitucionais

[2]*NUNES, Dierle; PATRUS, Rafael Dilly. Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de P.A.dronização decisória, JusPodium,2013, pag. 475.*

(*Verfassungsbeschwerde*) perante o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), sob a alegação de negativa de acesso à justiça.

O Tribunal rejeitou as queixas, mas reconheceu a necessidade de a corte distrital agilizar a tramitação dos procedimentos instaurados.

Nesse contexto, o *legislador reagiu* com a edição da lei de procedimento-modelo para o mercado de capitais (*KapMuG)*, objetivando facilitar o tratamento das causas propostas no caso *Deustche Telekom*. Perceba-se que os números que induziram a reação legislativa alemã são ínfimos comparados aos números das litigiosidades brasileiras.

A ideia da lei alemã era simples, mas também ousada: introduzir no bojo do processo judicial um expediente incidental com a pretensão de estabelecer, a partir do julgamento de uma causa-modelo, um padrão decisório, de acordo com o qual todos os demais casos repetitivos seriam posteriormente examinados e julgados. Era, como se pensou, a solução mais adequada, dentro dos parâmetros da ordem processual alemã, vinculada ao *civil law*.

O procedimento-modelo constitui incidente interlocutório, não configurando uma ação autônoma e **exatamente nestes termos** foi estruturado o IRDR brasileiro, que nos moldes do art. 977 será dirigido Presidente do TJ ou TRF "com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente". Em face da adoção do *formalismo democrático e primazia do mérito* no CPC/2015 a inadmissão do IRDR "por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez presente o pressuposto antes considerado inexistente, seja o incidente novamente suscitado" (art. 976, 3º) e "a desistência ou o abandono da causa não impede o exame do mérito do incidente".

É importante ressaltar, de início, que o procedimento-modelo alemão só pode ser instaurado mediante requerimento de um ou mais demandantes nas causas repetitivas. Não é possível, por conseguinte, que a corte distrital o inicie de ofício.

Inserido nos artigos 976 a 987 do CPC de 2015, Lei 13.105 de 16/03/2015, no livro que trata dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais, o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) é um mecanismo assemelhado e aprimorado do Recurso Repetitivo.

Quanto à natureza jurídica, como seu próprio nome indica, o IRDR é um incidente, de competência originária dos Tribunais. Não é meio de Impugnação de decisão judicial. Trata-se de um incidente instaurado em processo de competência originária ou em curso (inclusive na remessa necessária).

Consoante as lições de Fredie Didier Júnior, 2016, pag. 625, "*Há, no IRDR, a transferência de competência a outro órgão do tribunal para fixar a tese a ser aplicada a diversos processos e, ao mesmo tempo, a transferência do julgamento de pelos menos dois casos: esse órgão do tribunal, que passa a ter competência para fixar o entendimento aplicável a diversos casos, passa a ter competência para julgar os casos que lhe deram origem (art. 978, parágrafo único CPC)*".

Sendo o IRDR um incidente, é preciso que haja um caso tramitando no tribunal.O incidente há de ser instaurado no caso que esteja em curso no tribunal[3].

Se não houver caso em trâmite no tribunal, não se terá um incidente, masum processo originário. E não é possível ao legislador ordinário criar competênciasoriginárias para os tribunais. As competências do STF e do STJ estão previstas, respectivamente,no art. 102 e no art. 105 da Constituição Federal, as dos tribunaisregionais federais estão estabelecidas no art. 108 da Constituição Federal, cabendoàs Constituições Estaduais fixar as competências dos tribunais de justiça (art. 125,§ 10, CF). O legislador ordinário pode - e foi isso que fez o CPC - criar incidentesprocessuais para causas originárias e recursais que tramitem nos tribunais, mas nãolhe cabe criar competências originárias para os tribunais. É também por isso

[3]Nesse sentido, o enunciado 344 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "A instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal."

quenão se permite a instauração do IRDR sem que haja causa tramitando no tribunal.[4]

O IRDR será cabível quando houver simultaneamente efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa a isonomia e a segurança jurídica (art. 976).

Ensinam Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, 2016, pag. 626 "*Tais requisitos de admissibilidade denotam: (a) o caráter não preventivo do IRDR, (b) a restrição do seu objeto à questão unicamente de direito, não sendo cabível para questões de fato e (c) a necessidade de pendência de julgamento de causa repetitiva no tribunal competente. É preciso que haja efetiva repetição de processos. "Não é necessária a existência de uma grande quantidade de processos; basta que haja uma repetição efetiva". Os processos com efetiva repetição não devem necessariamente versar sobre um direito individual homogêneo. Ainda que os casos sejam heterogêneos, é possível haver um IRDR para definir questão jurídica que seja comum a diversos processos, sejam eles individuais, sejam eles coletivos, como já examinado*".

A respeito do artigo 976 CPC, o FPPC elaborou e editou os seguintes enunciados:[5]

> FPPC 87: "A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica".
>
> FPPC 88: "Não existe limitação de matérias de direito passíveis de gerar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas e, por isso, não é admissível qualquer interpretação que, por tal fundamento, restrinja seu cabimento".

[4]DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro. Curso de direito Processual Civil. Salvador: JusPodium, 2016. Pag.625.

[5]FREIRE,Rodrigo da Cunha Lima e CUNHA, Maurício Ferreira. **Código de Processo Civil para concursos**. Salvador: JusPodium, 2018. Pag.1269 e1270.

> FPPC 89: "Havendo apresentação de mais de um pedido de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas perante o mesmo tribunal todos deverão ser apensados e processados conjuntamente; os que forem oferecidos posteriormente à decisão de admissão serão apensados e sobrestados, cabendo ao órgão julgador considerar as razões neles apresentadas".

> FPPC 90: "É admissível a instauração de mais de um incidente de resolução de demandas repetitivas versando sobre a mesma questão de direito perante tribunais de 2º grau diferentes".

Quanto aos legitimados para requerer a instauração do IRDR, dispõe o art. 977 "o pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de Tribunal por oficio pelo juiz ou relator, por petição pelas partes e também por meio de petição pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública. O ofício e a petição serão instruídos com os documentos necessários à demonstração dos pressupostos para instauração do incidente".

O julgamento do incidente caberá ao órgão designado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou processo de competência originário em que se iniciou o incidente. (art.978)

Nos termos do art. 979, a instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade por meio de registros eletrônicos no Conselho Nacional de Justiça. Dessa forma os Tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questão de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro.

Sobre o tema Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, 2016, pag. 626:

> A ampla divulgação tanto da instauração como do julgamento dos incidentes de resolução de demandas repetitivas tem várias funções.

> Como o incidente, desde que admitido, tem como efeito a suspensão dos processos submetidos à competência do tribunal que versem sobre a mesma matéria jurídica, a manutenção do cadastro se prestará a auxiliar as partes e o juízo na identificação dos processos a serem suspensos. Para tanto, é preciso ter acesso não só à informação de existência do incidente, mas também ao seu conteúdo.

Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterá, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

Após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade, considerando a presença dos pressupostos do art. 976.[6]

O requerimento de instauração do incidente será endereçado ao presidente do tribunal, que ordenará a distribuição ao órgão colegiado competente (dentre aqueles previstos no regimento interno para uniformização de jurisprudência). De início, o órgão colegiado competente para o julgamento do incidente, fará um juízo de admissibilidade, verificando os seus pressupostos de admissibilidade, como, por exemplo, os requisitos elencados no art. 976, do CPC, bem como a legitimidade prevista no art. 977 do CPC.[7]

Conforme enunciado 91 do FPPC, "Cabe ao órgão colegiado realizar o juízo de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas, sendo vedada a decisão monocrática".

Conforme art. 982, do CPC, admitido o incidente o relator: a) suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso; b) poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de (quinze) dias; c) intimará o

[6]Art. 981.Após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade, considerando a presença dos pressupostos do art. 976.

[7]FREIRE,Rodrigo da Cunha Lima e CUNHA, Maurício Ferreira. **Código de Processo Civil para concursos**. Salvador: JusPodium, 2018. Pag.1273.

Ministério público para querendo, manifestar-se no prazo de 15 quinze dias. A suspensão será comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes (art. 982, §1º). Durante a suspensão o pedido de tutela de urgência deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso (§2º, art. 982).

Qualquer legitimado, mencionado no art. 977, incisos II e III, visando à garantia da segurança jurídica, poderá requerer, ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado.[8]

Também é legitimado para requerer a suspensão dos processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre questões do incidente já instaurado, independentemente dos limites da competência territorial, a parte no processo em curso no qual se discuta a mesma questão objeto do incidente.[9]

No entanto, se não for interposto o recurso especial ou extraordinário contra a decisão proferida no incidente, cessa a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região. (art. 982, §5º)

Dispõe o art. 983, que o relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas

[8] Art. 982 [...]

§3º Visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 977, incisos II e III, poderá requerer, ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado.

[9]Art. 982

[...] § 4º Independentemente dos limites da competência territorial, a parte no processo em curso no qual se discuta a mesma questão objeto do incidente é legitimada para requerer a providência prevista no § 3o deste artigo.

com experiência e conhecimento na matéria. Concluídas as diligências, o relator solicitará dia para o julgamento do incidente.

Como já dito anteriormente, o IRDR, integra o microssistema de tutela de causas repetitivas e o microssistema de aplicação e formação de precedentes. Por essa razão, no IRDR o contraditório é ampliado, permitindo-se a participação do *Amicus Curiae*e a realização de audiências públicas[10].

Nesse sentido foi editado o Enunciado 460 do FPPC, vejamos:

> 460."O microssistema de aplicação e formação dos precedentes deverá respeitar as técnicas de ampliação do contraditório para amadurecimento da tese, como a realização de audiências públicas prévias e participação de amicus curiae".

A sessão de julgamento do IRDR é disciplinada no art. 984, do CPC que assim dispõe:

> Art. 984. No julgamento do incidente, observar-se-á a seguinte ordem:
> I - o relator fará a exposição do objeto do incidente;
> II - poderão sustentar suas razões, sucessivamente:
> a) o autor e o réu do processo originário e o Ministério Público, pelo prazo de 30 (trinta) minutos;
> b) os demais interessados, no prazo de 30 (trinta) minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com 2 (dois) dias de antecedência.
> § 1º Considerando o número de inscritos, o prazo poderá ser ampliado.
> § 2º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários.

De acordo com o art. 984, *caput*, o julgamento do incidente começará pela exposição do respectivo objeto, feita pelo relator (incisoI). Em seguida, proceder-se-á à sustentação oral pelos advogados do autor e do réu do processo originário e pelo Ministério Público,durante trinta minutos, ou seja, dez minutos para cada um (inciso II, *a*). Poderão também sustentar

[10]FREIRE,Rodrigo da Cunha Lima e CUNHA, Maurício Ferreira. **Código de Processo Civil para concursos**. Salvador: JusPodium, 2018. Pag.1275

oralmente os demais interessados,que dividirão entre si o prazo comum de trinta minutos. Mas somente terão permissão para tal sustentação os que se inscreverem com dois dias de antecedência (inciso II, *b*).Regra especial reclama particular atenção para a redação do julgado do incidente: o acórdão deverá abranger a análise de "todosos fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida" sejam eles favoráveis ou desfavoráveis ao entendimento adotado pelotribunal (art. 984, § 2º). O acórdão, portanto, deverá expor, explicitamente, os fundamentos adotados, bem como mencionar, um a um,aqueles que foram rejeitados, analisando, de forma expressa, uns e outros[11].

Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região e aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

Não ficam, porém, vinculados os órgãos da administração pública, pois tal vinculação dependeria de uma emenda constitucional. De qualquer forma, o resultado do julgamento do IRDR deva ser comunicado ao órgão, ao ente ou a Agência Reguladora quando o incidente tiver por objeto questão relativa à prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado[12], conforme dispõe o art. 985, §2º:

> "Se o incidente tiver por objeto questão relativa à prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada".

[11] TEODORO, Humberto Júnior. Código de Processo Civil Anotado. Rio de Janeiro: Gen. 20º Ed., 2016. Pag. 1490

[12]FREIRE,Rodrigo da Cunha Lima e CUNHA, Maurício Ferreira. **Código de Processo Civil para concursos**. Salvador: JusPodium, 2018. Pag.1277

A não observância pelo Juiz ou pelo Tribunal de precedente firmado no IRDR enseja a interposição de reclamação Constitucional, conforme prevê o art. 485, §1º, e IV do art. 988, do CPC.

A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III, quais sejam: juiz, relator, partes, Ministério Público ou Defensoria Pública.

Ao comentar o art. 986, Humberto Theodoro Júnior, 2016, pag. 1941, o faz da seguinte forma:

> "A tese de direito definida pelo incidente de resolução de demandas repetitivas torna-se obrigatória para os processos atuais efuturos. Não é, porém, eterna e intocável.
>
> Sua revisão é possível, e, segundo o art. 986, poderá ser feita pelo próprio tribunal que a assentou. A iniciativa poderá partir dotribunal mesmo, ou de provação de algum dos legitimados para requerer a instauração do incidente (juiz, relator, partes, MinistérioPúblico ou Defensoria Pública) (arts. 986 c/c 977, III).
>
> Partes que se legitimam a pleitear a revisão – é bom notar – não são aquelas do processo do qual se originou o incidente. São aspartes do novo processo ainda não julgado e que verse sobre a mesma questão de direito sobre a qual se estabeleceu o anteriorjulgamento vinculante.
>
> Acolhida a revisão, a tese poderá ser revogada, por total incompatibilidade com a evolução do direito positivo, ou poderá serparcialmente modificada. A modificação de entendimento atentará para a necessidade de respeitar as garantias de segurança jurídica econfiança legítima dos jurisdicionados.
>
> Poder-se-á, para tanto, modelar os efeitos temporais da inovação, preservando-se a situação dasrelações jurídicas estabelecidas à base da tese vinculante, no todo ou em parte, conforme os ditames da boa-fé e do respeito às justasexpectativas."

E por fim, dispõe o art. 987, do CPC que do julgamento do mérito do incidente, caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso. O

recurso tem efeito suspensivo presumindo-se a repercussão geral de questão eventualmente discutida. Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais e coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.

SegundoRodrigo da Cunha Lima Freire e Maurício Ferreira da Cunha, Código de Processo Civil para Concursos, 2018, Pag.1279, a decisão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas pode desafiar Embargos de Declaração (embora o art. 987 não diga expressamente), Recurso Especial e Recurso Extraordinário.

Esse cabimento *recursal, ainda que de duvidosa constitucionalidade,* é plenamente justificável, já quesem a possibilidade de julgamento do IRDR pelos tribunais superiores a eficácia vinculante do precedente nelefirmado ficaria limitada a somente o Estado (Justiça Estadual) ou Região (Justiça Federal), o poderia levar a umamultiplicidade de incidentes com eficácia territorial reduzida e eventual desarmonia dos julgados[13]

4. Das tutelas provisórias

A tutela provisória é uma tutela jurisdicional sumária e não definitiva. É sumária porque fundada em cognição sumária, ou seja, no exame menos aprofundado da causa. Na tutela provisória exige-se apenas um *juízo de probabilidade* e não um juízo de certeza. Não é definitiva porque pode ser revogada ou modificada em qualquer tempo. A tutela provisória normalmente não dura para sempre e pode ser substituída por outra tutela.[14]

Nas lições de Humberto Theodoro Júnior, a tutela provisória é uma *"técnica de sumarização, para que o custo da duração do processo seja melhor distribuído, e não mais continue a recair sobre quem aparenta, no*

[13]NEVES, Daniel de Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Salvador: JusPodium, 2016, pag. 1224

[14]ORTEGA, Flávia Teixeira. Entenda a Tutela Provisória no Novo CPC. Disponível em: https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/artigos/327400887/entenda-a-tutela-provisoria-no-novo-cpc

momento, ser o merecedor da tutela" (*"Curso de Direito Processual Civil - Volume I". 57ª ed. Rio de Janeiro: GEN | Editora Forense, 2016. P.*).

Ensina Daniel de Amorim Assumpção Neves "*a tutela provisória é proferida mediante cognição sumária, ou seja, o juiz, ao concedê-la, ainda não tem acesso a todos os elementos de convicção a respeito da controvérsia jurídica. Excepcionalmente, entretanto, essa espécie de tutela poderá ser concedida mediante cognição exauriente, quando o juiz a concede em sentença. A concessão da tutela provisória é fundada em juízo de probabilidade, ou seja, não há certeza da existência do direito da parte, mas uma aparência de que esse direito exista. É consequência natural da cognição sumária realizada pelo juiz na concessão dessa espécie de tutela. Se ainda não teve acesso a todos os elementos de convicção, sua decisão não será fundada na certeza, mas na mera aparência – ou probabilidade – de o direito existir" (*Manual de Direito Processual Civil. 8ª Ed., Salvador/BA: Ed. Jus Podium, 2016, pag. 402).

Quanto ao fato de ser provisória ensina o Doutrinador acima citado, que ser provisória significa que a tutela de urgência tem um tempo de duração predeterminado não sendo projetada para durar para sempre, vejamos:

> "Ser provisória significa que a tutela provisória de urgência tem um tempo de duração predeterminado, não sendo projetada para durar para sempre. A duração da tutela de urgência depende da demora para a obtenção da tutela definitiva, porque, uma vez concedida ou denegada, a tutela de urgência deixará de existir. Registre-se que, apesar de serem provisórias, nenhuma das tutelas de urgência é temporária. Temporário também tem um tempo de duração predeterminado, não durando eternamente, mas, ao contrário da tutela provisória, não é substituída pela tutela definitiva; simplesmente deixa de existir, nada vindo tomar seu lugar".

Assim, podemos concluir que a tutela Provisória nada mais é do que um instituto do direito brasileiro que busca antecipar um provimento jurisdicional ou assegurar o direito de uma parte.

4.1 Das tutelas de urgência

A tutela provisória de urgência antecipada nada mais é do que a antecipação do provimento jurisdicional fim, ou seja, decisão do juízo acerca do caso posto em discussão.

A tutela provisória de urgência antecipada deve ser encarada como se o magistrado tivesse o encargo, diante dos elementos contidos no art. 300 do Novo CP (probabilidade de êxito do direito da parte postulante e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo) de julgar o processo naquele estado liminar em que se encontra. Outro ponto a destacar é que pode ser concedido tanto liminarmente, quanto incidentalmente, ficando a critério cognitivo do magistrado aplicar no momento em que restar preenchidos os requisitos autorizadores.[15]

Daniel Amorim de Assumpção Neves, apud Dinamarco (Fundamentos, pag. 623):

> "Em feliz expressão doutrinária, a tutela antecipada é a generalização das liminares. Pretendendo a parte obter uma tutela provisória de urgência satisfativa e havendo uma expressa previsão de liminar no procedimento adotado, o correto é requerer a concessão dessa liminar, inclusive demonstrando os requisitos específicos para a sua concessão; não havendo tal previsão, a parte valer-se-á da tutela antecipada, que em razão de sua generalidade e amplitude não fica condicionada a determinados procedimentos. Em resumo: caberá tutela antecipada quando não houver previsão de liminar."

Valendo-se da origem no latim (*liminaris*, de *limen*), o termo "liminar" pode ser utilizado para designar algo que se faça inicialmente, logo no início. O termo liminar, nesse sentido, significa limiar, soleira, entrada, sendo aplicado a atos praticados *inaudita altera parte*, ou seja, antes da citação do demandado. Aplicado às espécies de tutelas provisórias, a liminar, nesse sentido, significa a concessão de uma tutela antecipada, cautelar ou da evidência antes da citação do demandado. A liminar assumiria,

[15]IMNHOF, Cristiano. Novo CPC- Conhecendo tutela Provisória de Urgência disponível em: https://sajadv.jusbrasil.com.br/artigos/334744273/novo-cpc-concedendo-tutela-provisoria-de-urgencia

portanto, uma característica meramente topológica, levando-se em conta somente o momento de prolação da tutela provisória, e não o seu conteúdo, função ou natureza. [16]

Segundo Doutrina de Cássio Escarpinella Bueno[17] "a concessão da "tutela de *urgência*" pressupõe: (a) probabilidade do direito; e (b) perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300, *caput*). São expressões redacionais do que é amplamente consagrado nas expressões latinas *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, respectivamente. A despeito da conservação da distinção entre "tutela antecipada" e "tutela cautelar" no CPC de 2015, com importantes reflexos *procedimentais*, é correto entender, na perspectiva do dispositivo aqui examinado, que os requisitos de sua concessão foram igualados. Não há, portanto, mais espaço para discutir, como ocorria no CPC de 1973, que os requisitos para a concessão da tutela antecipada ("prova inequívoca da verossimilhança da alegação") seriam, do ponto de vista da cognição jurisdicional, mais profundos que os da tutela cautelar, perspectiva que sempre me pareceu enormemente *artificial*. Nesse sentido, a concessão de ambas as tutelas de urgência reclama, é isto que importa destacar, a *mesma* probabilidade do direito além do *mesmo* perigo de dano ou risco ao resultado útil ao processo. Sequer sobrevive, para o CPC de 2015, a diferença (artificial) entre o perigo de dano e o risco ao resultado útil do processo sugerida por alguns para distinguir, respectivamente, a tutela antecipada (vocacionada a tutelar o próprio direito material) e a tutela cautelar (vocacionada a tutelar o processo) no contexto do CPC de 1973. Aqueles dois referenciais – denotativos da *necessidade urgente* da intervenção jurisdicional – são empregados *indistintamente* para aquelas duas espécies.

Desse modo, tenha natureza cautelar ou antecipada, a tutela provisória de urgência somente será concedida, segundo expressamente preconizado no art. 300 do CPC, "quando houver elementos que

[16]Daniel Amorim de Assumpção Neves, apud Furtado Fabrício, *Ensaios*, p. 195-196; Calmon de Passos, *Comentários*, 9. ed., n. 6.13, p. 73; Theodoro Jr., *Tutela*, p. 5-6. Pág. 403

[17]BUENO, Cássio Escarpinella. Manual de Processo Civil. Vol. Único. São Paulo: Saraiva 2015, pág. 233

evidenciem a probabilidade do direito', além é claro do 'perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo'.

4.2 Responsabilidade objetiva por dano que a efetivação da tutela de urgência causar a parte adversa

Adotando a teoria do risco – proveito, o art. 302 do CPC de 2015 dispõe que o beneficiado pela efetivação de uma tutela de urgência (cautelar ou antecipada) será responsabilizado objetivamente (independente de culpa) pelos danos causados à parte contrária caso ocorra uma das hipóteses previstas pelo dispositivo legal (se a sentença processual ou de mérito, lhe for desfavorável – ou ainda se a tutela for cassada no curso do processo, se obtida a tutela cautelar antecedente, não fornecer o autor os meios necessários para a citação do requerido, no prazo de 5 (cinco) dias por desídia da parte; se ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer das hipóteses do art. 309, do CPC; ou se o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição – art. 310 do CPC).[18]

Dispõe o art. 302:

> **Art. 302.** Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:
> **I** - a sentença lhe for desfavorável;
> **II** - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;
> **III** - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;
> **IV** - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.
> **Parágrafo único**. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

[18]FREIRE,Rodrigo da Cunha Lima e CUNHA, Maurício Ferreira. **Código de Processo Civil para concursos**. Salvador: JusPodium, 2018. Pag.495

De acordo com o art. 302 do Novo CPC, o beneficiado pela concessão e efetivação da tutela de urgência –cautelar e antecipada – poderá ser responsabilizado pelos danos suportados pela parte adversa caso se verifique nocaso concreto uma das hipóteses previstas pelo dispositivo legal. Trata-se de aplicação da teoria do risco-proveito,considerando-se que, se de um lado a obtenção e a efetivação de uma tutela cautelar são altamente proveitosaspara a parte, por outro lado, os riscos pela concessão dessa tutela provisória concedida mediante cognição sumáriasão exclusivamente daquele que dela se aproveitou[19].

Entendimento pacífico na doutrina aponta para a natureza objetiva dessa responsabilidade, de forma que oelemento culpa é totalmente estranho e irrelevante para a sua configuração[20]. Para que se considere o beneficiadopela concessão e efetivação da tutela cautelar responsável basta que a situação concreta seja tipificada numa dashipóteses do art. 302 do Novo CPC e que a parte contrária tenha efetivamente suportado um dano em razão dessaefetivação.

Nos termos do dispositivo legal ora analisado, a responsabilidade pelos prejuízos causados à parte adversa emrazão da concessão e efetivação de tutela de urgência ao final revogada não exclui a eventual reparação por danoprocessual.

Para Humberto Theodoro Júnior, 2016, pag. 542 "A tutela de urgência é deferida por conta e risco do requerente. Se sucumbe no processo principal, terá de responder pelos danosque a providência preventiva acarretou ao requerido. O prejudicado pela tutela de urgência infundada ou frustrada não precisa propor ação de indenização contra o requerente para obtero reconhecimento de seu direito e a condenação do responsável. Nos termos do art. 302, parágrafo único, a indenização será liquidadanos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível. A fonte da obrigação, na espécie, é a própria lei, que a fazassentar sobre dados

[19]NEVES, Daniel Amorim de Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: JusPodium, 2016, pag.419

[20]NEVES, Daniel Amorim de Assumpção, apud Baptista da Silva, *Do processo*, p. 217; Theodoro Jr., *Processo*, n. 137, p. 175-176; Nery -Nery , *Código*, p. 1.130. Manual de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: JusPodium, 2016, pag.419

objetivos, que prescindem de acertamento em ação condenatória apartada.A obrigação, todavia, depende, para tornar-se exequível, de dois requisitos:(a) a ocorrência de prejuízo efetivo causado pela execução da tutela de urgência; e(b) a determinação do *quantum* líquido desse prejuízo, nos moldes dos arts. 509 a 512 do NCPC.

Assim, aquele que por sua conta e risco pleiteia concessão de tutela de urgência, responde de forma objetiva pelos danos que providência preventiva causar a parte adversa, sendo a indenização, sempre que possível liquidada nos próprios autos, uma vez comprovado a ocorrência de dano efetivo e a determinação do quantum líquido desse prejuízo, nos termos dos arts. 509 a 512 o CPC/15.

5. Considerações finais

Em da celeridade processual e da efetivação do princípio da eficiência, insculpido no art. 37, caput da Constituição Federal de 1988, e até mesmo em busca da entrega de uma prestação jurisdicional mais rápida aos litigantes, foi inserido e aprimorado no Código de Processo Civil de 2015 o Microssitema de Resolução de Demandas Repetitivas.

O legislador de 2015 aprimorou a previsão que já havia no CPC de 1972 em relação aos Recursos Repetitivos (Recurso Especial e Extraordinário Repetitivos) e com base no procedimento modelo Alemão criou o Instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas- IRDR.

Ambos os institutos, visam atender a litigiosidade em massa ou serial e uniformizar a jurisprudência a fim de evitar que idênticas questões de direito ou processual tenham decisões conflitantes.

Como forma de garantir a isonomia de julgamentos dos casos repetitivos determinam os arts. 982, II e art. 1037, II, do CPC/15, a suspensão dos processos que versarem sobre a mesma questão fática ou processual até julgamento do Incidente ou do Recurso paradigma no caso dos Recursos Repetitivos.

Embora os processos estejam suspensos, pode o Juiz conceder Tutelas Provisórias de Urgência, com base em cognição sumária condenando a parte adversa.

Lado outro, dispõe o art. 302, do CPC/15, que independente da reparação do dano processual, a parte responde pelo prejuízo quer a efetivação da tutela de urg1ência causar a parte adversa nas seguintes hipóteses: a sentença lhe for desfavorável; obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias; ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal; o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

O entendimento majoritário é que a responsabilidade é objetiva, dessa forma independe de culpa.Para que se considere o beneficiadopela concessão e efetivação da tutela cautelar responsável basta que a situação concreta seja tipificada numa dashipóteses do art. 302 do Novo CPC e que a parte contrária tenha efetivamente suportado um dano em razão dessaefetivação.

Assim, concluí-se que, no caso de tutela proferida em processo suspenso por julgamento de Repetitivos (IRDR ou Recursos Repetitivos) que venha a causar dano a parte contrária, e, após o julgamento se verifique que houve dano causado a parte adversa, fica o beneficiário da tutela obrigado a reparar o dano, pois, independente se a suspensão ocorreu sem sua culpa, dispõe o art. 302, que a responsabilidade é objetiva.

Referências:

BRASIL. *Código de Processo Civil*.Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

BUENO, Cássio Escarpinella (Manual de Processo Civil. Vol. Único. São Paulo: Saraiva, 2015, pág. 233)

DANTAS, Bruno, In: Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas, *Bre-ves comentários ao novo Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

JUNIOR, Humberto Theodoro.*"Curso de Direito Processual Civil - Volume I". 57ª ed. Rio de Janeiro: GEN | Editora Forense, 2016*.

NEVES, Daniel de Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 8ª Ed., Salvador/BA: Ed. Jus Podium, 2016, pag. 402).

NUNES, Dirley, PATRUS, Rafael Dilly. O Procedimento Modelo Alemão e sobre as tendências Brasileiras de Padronização Decisória: Um Contributo para o Estudo do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, in: Novas tendências do Processo Civil Salvador/BA: Ed. Jus Podium, 2013, pag. 469.

18

Dignidade, cidadania e democracia: Ponderações a cerca dos direitos fundamentais das mulheres submetidas à prisão cautelar no Sistema Penitenciário Nacional

Laís de Araújo Moreira [1]
Fabrício Veiga Costa [2]

1. Introdução

Este artigo tem o objetivo geral de demonstrar como é a situação das mulheres presas no Brasil e quais são os seus direitos, dando ênfase à gestação e à maternidade na prisão.

Os objetivos específicos são: analisar a legislação constitucional e infraconstitucional sobre o assunto; analisar os dados levantados sobre as condições das penitenciárias no Brasil e; averiguar se há o cumprimento dos direitos e garantias constitucionais e infraconstitucionais das mulheres presas.

Justifica-se a escolha deste tema diante da sua gravidade, embora não haja uma preocupação social e até mesmo estatal acentuada sobre o assunto. Além do mais, o tema trata dos direitos e garantias fundamentais das mulheres privadas de liberdade, que acaba por esbarrar,

[1] Graduada em Direito pela FAPAM – Faculdade de Pará de Minas. E-mail: laismoreira9@hotmail.com.

[2] Pós-Doutor em Educação pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutor em Direito Processual pela PUC - MG. Mestre em Direito Processual pela PUC-MG.Especialista em Direito Processual pela PUC-MG.Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Professor Orientador.

inevitavelmente, nos direitos e garantias dos infantes em tenra idade, que acompanham suas mães nas penitenciárias.

É cediço que aConstituição Federal de 1988 prevê no art.5º diversos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos brasileiros, entretanto, é importante ressaltar, que mesmo o indivíduo infrator da lei e sentenciado continua sendo destinatário destes direitos e garantias, embora alguns deles fiquem suspensos em decorrência do próprio cumprimento da pena.

Neste sentindo, a mulher presa deve receber um tratamento digno e específico do Estado, devendo ser preservada, igualmente, de qualquer violência física ou moral.

Ademais, a própria Constituição Federal de 1988 prevê às mulheres o direito de cumprir a pena em estabelecimento distinto daquele destinado aos homens, entretanto, conforme será analisado neste trabalho, estes direitos constitucionais ficam apenas na teoria.

Na maior parte das penitenciárias brasileiras não se leva em consideração as particularidades do corpo feminino, prejudicando extremamente a higiene e a saúde das mulheres.

Desta forma, por meio desta pesquisa descritiva e quantitativa, propõe-se a mostrar a precariedade do tratamento das mulheres presas no Brasil, através da análise de jurisprudências, doutrina e artigos.

Busca-se apontar a importância de se garantir um tratamento digno às mulheres presas, especialmente quando envolve gestantes e lactantes e o direito de crianças, que possuem proteção especial pela Lei.

2. Os direitos fundamentais e o sistema prisional feminino

Em uma análise inicial, observa-se que a Constituição Federal de 1988 é um marco ímpar a para a história dos Direitos fundamentais no Brasil, apresentando um transconstitucionalismo relacionando os direitos individuais e sociais ao Direito Internacional para melhor tutela dos direitos fundamentais inerentes a condição humana.Dedicou parte

considerável a definir diversos direitos e garantias fundamentais aos brasileiros e estrangeiros que ingressem no território nacional.

De fato, o texto constitucional resultou em uma verdadeira mudança de paradigma do Direito brasileiro, um símbolo jurídico único de afirmação dos Direitos Humanos, uma vez que originou da articulação de vários seguimentos organizados da sociedade civil que lutavam pela defesa dos Diretos Humanos e de cidadania, inclusive os das mulheres.

Logo no início do Título II, do Capítulo I, a Constituição assim estabelece:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (BRASIL, 1988).

Entretanto, mesmo que a Constituição Federal de 1988 tenha garantido que homens e mulheres sejam iguais em direitos e obrigações, há muitas incongruências no Brasil que fazem com que não se respeite à dignidade da mulher, principalmente diante das especificidades e necessidades das mulheres presas.

No âmbito dos direitos fundamentais, pode-se afirmar que o norte axiológico de todo o ordenamento jurídico, e especialmente em relação às pessoas presas, é o direito à dignidade da pessoa humana, que tem valor de princípio.

Dias (2015, p.44) assim expressa:

> É o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal. A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional. Sua essência é difícil de ser capturada em palavras, mas incide sobre uma infinidade de situações que dificilmente se consegue elencar de antemão. Talvez possa ser identificado como sendo o princípio de manifestação

> primeira dos valores constitucionais, carregado de sentimentos e emoções. É impossível uma compreensão totalmente intelectual e, em face dos outros princípios, também é sentido e experimentado no plano dos afetos.

Nesta linha de raciocínio, a aludida autora ensina ainda que "o princípio da dignidade humana é o mais universal de todos os princípios. É um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos" (DIAS, 2015, p.44-45).

Pode-se afirmar, portanto, que o respeito à dignidade da pessoa humana é o melhor legado da Constituição Federal de 1988, e em razão da sua ampla aplicação, deve ser observado em todas as situações, representando o epicentro axiológico do ordenamento jurídico, orientando os atos estatais e das relações privas (DIAS, 2015).

No que pese às mulheres presas, se o direito à dignidade da pessoa humana fosse deveras observado, certamente diversos outros direitos seriam garantidos, consequentemente, o que promoveria as garantias fundamentais, as ideias democráticas bem como o ideário de cidadania.

Neste diapasão, é relevante frisar que a Constituição Federal de 1988 apresenta outros direitos e garantias das pessoas presas:

> Art. 5º [...]
> XLVI - **a lei regulará a individualização da pena** e adotará, entre outras, as seguintes:
> a) privação ou restrição da liberdade;
> b) perda de bens;
> c) multa;
> d) prestação social alternativa;
> e) suspensão ou interdição de direitos;
> XLVII - não haverá penas:
> a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
> b) de caráter perpétuo;
> c) de trabalhos forçados;
> d) de banimento;
> e) cruéis;

> XLVIII - **a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;**
> XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;
> L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação; (BRASIL, 1988, grifo nosso)

Conforme se infere, a própria Carta Magna determina que deverá haver a individualização da pena, sendo que seu cumprimento deverá ocorrer em estabelecimentos distintos, ou seja, apropriados de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

Diante deste plano de fundo, é imprescindível compreender que o tratamento igual entre homens e mulheres somente ocorre, efetivamente, quando se consideram as diferenças físicas entre os mesmos. O corpo feminino possui necessidades distintas do masculino, assim, para manter a dignidade de ambos, é necessário que o encarceramento feminino considere respectivas necessidades das mulheres.

Tendo em vista que um Estado democrático deve buscar o fortalecimento de suas instituições e o incremento da proteção jurídica e social dos cidadãos e cidadãs, deve-se, no entanto, ter critérios no tratamento que é destinado ao encarceramento feminino. Frequentemente, a não observação das garantias constitucionais das apenadas, como o oferecimento de locais para cumprimento da pena apropriados para as mulheres, impossibilitam a materialização de direitos fundamentais destas, sendo que o encarceramento e a privação de liberdade coadunam por ferir a dignidade da pessoa condenada.

É necessário enfatizar, todavia, que a presidiária, mesmo tendo reprovação social e jurídica de sua conduta delitiva, continua sendo uma pessoa detentora de dignidade e prerrogativas constitucionais, as quaisdevem ser invioláveis.

Lado outro, a maior parte das penitenciárias brasileiras não estão habilitadas para receber as mulheres, considerando, neste sentido, a falta de estrutura física para atender grávidas, parturientes e lactantes, e neste contexto, os recém-nascidos e as crianças terminam por serem os maiores

prejudicados, iniciando a vida e a educação dentro de um ambiente hostil da prisão, quando na verdade, deveriam ser inseridos com suas mães em creches e berçários específicos(BRASIL, 2014).

Conforme o levantamento realizado pelo Ministério da Justiça em 2012, apontou queexistiam 53 penitenciárias, 4 colônias agrícolas, 7 casas de albergados, 9 cadeiaspúblicas e 5 hospitais de custódia para presas com problemas mentais no país (CASTRO E SILVA, 2014).

Pode-se dizer, desta forma, que em grande parte dos casos, as mulheres não têm acesso a itens básicos de higiene feminina, quiçá de estrutura adequada para acolhê-las em hipóteses de condição de gestante, parturiente e lactante (BRASIL, 2014).

3. A criminalidade feminina e o perfil das presidiárias no Brasil

Segundo o IPEA (BRASIL, 2015) o perfil das presidiárias no Brasil constitui basicamente de mulheres jovens negras, de baixa renda, em geral mães, presas provisoriamente, normalmente por suspeita de crime contra o patrimônio ou com relação ao tráfico de drogas. Dentro deste perfil, há várias grávidas ou que deram a luz a menos de seis meses nas prisões.

De acordo com levantamento realizado pelo Ministério da Justiça em 2012 (CASTRO E SILVA, 2014), havia 31.552mulheres presas no país. Destas, 3.733 tinham Ensino Médio incompleto, 13.584 nãohaviam completado o Ensino Fundamental, 2.486 tinham sido apenas alfabetizadas e1.382 eram analfabetas. Só 272 haviam concluído o Ensino Superior. Observa-se, portanto, o perfil da mulher presa atualmente inclui a baixa escolaridade e, comoconsequência, proveniência de classes mais pobres.

Embora a criminalidade feminina seja inferior em comparação com a criminalidade masculina, o IPEA (BRASIL, 2015) aponta que há um crescimento no encarceramento feminino muito relevante.

Considerando este aumento, deve haver uma preocupação maior do Estado e sociedade no que pese os encarcerados sob a perspectiva de gênero, visando assegurar os direitos fundamentais das mulheres presas.

Para compreender a relevância da temática, tem-se que dentro do lapso temporal de 2000 a 2014, houve um aumento de 567% da população carcerária feminina no Brasil. A título de exemplo das condições do sistema penitenciário feminino, fora divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2014 dados sobre as instalações do Presídio Feminino José Abranches Gonçalves – PRADL, localizado em Ribeirão das Neves – MG (BRASIL, 2014).

Neste período, havia 28 presas condenadas (12 em regime fechado e 16 em regime semiaberto) e 114 presas provisórias (o que condiz com o perfil inicialmente narrado sobre a população carcerária feminina no Brasil pelo IPEA) (BRASIL, 2014). O presídio não havia vagas apropriadas para gestantes, havia apenas 10 celas coletivas com capacidade para 126 presas, comportando, na ocasião, um total de 142 presas. Também não havia no presídio local para visitação íntima, local para atendimento com advogado e tampouco unidade materno-infantil, não sendo observadas quaisquer das necessidades e distinções quanto ao sexo feminino (BRASIL, 2014).

Ademais, fora apurado em 2014 que, não havendo vagas para gestantes, estas aguardavam até o 7º mês da gestação no presídio de Ribeirão das Neves – MG e depois seguiam para a Comarca de Vespasiano – Centro de Gestantes, não havendo, tampouco, local para as mulheres puérperas (BRASIL, 2014).

Verificou-se ainda, que várias das apenadas poderiam ser contempladas pela progressão da pena e concessão de benefícios, contudo, devido à demora dos andamentos processuais e remessa de documentos das comarcas de origem, muitas terminavam por aguardar longo prazo para serem beneficiadas pelas garantias processuais (BRASIL, 2014).

Outrossim, notou-se a deficiência da assessoria jurídica gratuita ofertada pela Defensoria Pública, que comparecia no presídio somente de 6 em 6 meses para vistoria, não havendo atendimento individual frequente das apenadas carentes (quando o recomendado seria o atendimento quinzenal) (BRASIL, 2014).

Logo, é possível compreender desta pequena amostra da população carcerária feminina de Ribeirão das Neves - MG, a situação das mulheres nas penitenciárias brasileiras (BRASIL, 2014).

É notório o transtorno enfrentado pelas mulheres presas grávidas que, além de não terem ambiente apropriado para alojá-las dentro da penitenciária, ainda tinham que ser transferidas a partir do 7º mês de gestação, cujo fato certamente causa transtornos psicológicos para a presa, que terá que se adaptar ao novo presídio, além de que pode causar, até mesmo, transtornos em relação à execução da pena e recebimento de benefícios legais, em função da mudança.

Ressalte-se, por outro lado, que não há dados oficiais mais recentes divulgados pelos órgãos do Governo Federal, entretanto estima-se que a situação tenha tomado proporções estrondosas, principalmente diante da grave crise econômica que o Brasil enfrentou nos últimos anos e da estimativa do aumento da população carcerária.

Em 2014 fora apurado pelo Ministério da Justiça que os presídios femininos brasileiros também estavam superlotados, mas em situação bem amena em comparação com a dos presídios masculinos (apenas 14% dos presídios femininos possuem lotação entre 2 a 4 pessoas por vaga) (BRASIL, 2014).

Analisou-se ainda, que a maior parte das penitenciárias femininas não possui estrutura especial para atendimento de gestantes, lactantes e crianças recém-nascidas, sendo a situação mais penosa quando se tratava de presídios mistos(BRASIL, 2014).

4. Os direitos humanos e a maternidade na prisão: posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da prisão cautelar

Por ausência de estratégia, planejamento e estudo social, considerando-se ainda a má administração do Estado e dos recursos públicos, salvo algumas poucas exceções, as penitenciárias brasileiras foram projetadas para atender apenas aos homens (SILVA, LOPES, 2015).

Diante deste panorama, o Brasil foi reprovado pela Revisão Periódica Universal do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas em 2012, pelo fato de desrespeitar os direitos humanos no Sistema Penitenciário, especialmente no que diz aos direitos das mulheres e das crianças, quando acompanhadas por estas (SILVA, LOPES, 2015).

Evidencia-se que a proteção internacional atribuída aos direitos humanos tem o intuito de garantir condições de vida minimamente dignas aos indivíduos, além de limitar e controlar a atividade do Estado, evitando-se tratamentos arbitrários e cruéis contrários aos explanados pela ótica democrática cidadã.

Desta forma, através do movimento de internacionalização dos direitos humanos e da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, formou-se o ideal de uma ética universal, associada ao valor de igualdade, que estabelece diversos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, que são indivisíveis (AHLERT, 2007).

Assim, conforme disposições do Direito Internacional, os direitos humanos são os direitos mínimos que qualquer pessoa deve ter, ou seja, são os direitos considerados mais básicos, inerentes à condição de pessoa humana, que devem ser respeitados independentemente de qualquer questão pessoal, como nacionalidade, sexo, cor, etc. (AHLERT, 2007).

Pode-se dizer, desta forma, que os direitos humanos são universalidades necessárias e acabam por devolver a ética para uma interpretação crítica dos direitos do homem, transcendendo os direitos humanos no âmbito dos direitos econômicos, sociais e culturais (AHLERT, 2007).

Lado outro, em que pese o fato de as mulheres encarceradas serem infratoras da lei, reitera-se que esta situação não lhes retira o direito de serem destinatárias dos direitos humanos, assim como dos direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Política, tampouco tem o condão de reduz a condição de cidadãs inseridas na ordem democrática.

Mesmo sendo condenadas ou suspeitas, elas continuam detentoras do direito à dignidade, ainda que a cultura no Brasil seja de total abandono das pessoas encarceradas, havendo, inclusive, um velado apoio à exposição

destas pessoas à ambientes degradantes e cruéis.Ressalta-se, na oportunidade, quenão obstante exista o direito de proteção da sociedade contra aqueles que cometeram crimes, que é plausível e necessário, tal direito não pode ferir as garantias mínimas dos apenados.

A exposição dos presos e das presas a situações degradantes certamente não resultará na recuperação social do apenado ao final da pena, além de caracterizará em vingança, desviando das finalidades da pena estabelecidas no Direito Penal(SILVA, LOPES, 2015). A propósito, se o próprio ordenamento jurídico constitucionalproíbe expressamente a imposição de penas cruéis (5º, inciso XLVII, alínea "e" da Constituição Federal de 1988), as penitenciárias que não possuem/preservam a saúde dos apenadostermina por transformar a restrição de liberdade em uma pena cruel (SILVA, LOPES, 2015).

Nesta perspectiva, o Sistema Penitenciário brasileiro, por falta de planos governamentais, estratégias políticas e políticas públicas universalizadas e focalizadas, terminou padronizando as penitenciárias, sem diferenciar o tipo de pessoa que iria recolher, resultando na falta de garantias mínimas, como o direito à maternidade, à sexualidade, à saúde de qualidade, à higiene e até mesmo à assistência jurídica de um advogado, ficando difícil apontar qual situação é mais grave (SILVA, LOPES, 2015).

O cárcere brasileiro é um local de exclusão social. Conforme verifica-se de uma pequena amostra das prisões femininas, há muitas violações do exercício de direitos, principalmente dos direitos sexuais, reprodutivos ede saúde especializada (BRASIL, 2015). Não há condições mínimas de habitação oferecidas às presas, mesmo em relação aos cuidados mais básicos, sobrevivendo em situação subumana.(BRASIL, 2015)

Todavia, não há dúvidas de que o maior problema que a prisão de mulheres ocasionam é a respeito da situação de crianças que acompanham as mães encarceradas.

As políticas públicas omitiram-se das especificidades do corpo feminino, deixaram de considerar que as mulheres engravidam e requerem diversos cuidados, tanto no pré-natal como no pós-natal.

Destarte, como os referenciados dados do Ministério da Justiça apontam, o que se vê no Brasil são mulheres dando à luz nas prisões e convivendo com seus filhos dentro das próprias celas, em colchões no chão, muitas vezes em meio ao mofo, à sujeira e ao frio, sem condições mínimas de higiene (BRASIL, 2014).

Infere-se assim, uma omissão na aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais, dando-se a impressão de que para o Estado os filhos das presas não precisam ser tratados com dignidade, e não consideram que o regular contato com a mãe é essencial para o desenvolvimento da criança, que tem proteção especial constitucional. Ainda que dentro da prisão, a convivência com a genitora é importantíssimo para o infante.

Ocorre que, há um tratamento discriminatório ainda que silencioso, tanto pelo Estado quanto pela sociedade, em relação aos filhos de mães presas.

Dentro deste contexto precário e das situações deploráveis das penitenciárias femininas, ganhou destaque o recente julgado do Habeas Corpus n.º143.641, com origem em São Paulo, decidido pela 2ª turma do Supremo Tribunal Federal em fevereiro de 2018, impetrado pelo Coletivo de Advogados de Direitos Humanos (Cadhu) e pela Defensoria Pública da União, bem como pelo defensor público-geral federal, tendo como *amici curiae* o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, a Pastoral Carcerária e o Instituto Terra Trabalho e Cidadania (ITTC), além dos defensores públicos-gerais de todos os estados brasileiros:

> Ementa: HABEAS CORPUS COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. [...]. MÃES E GESTANTES PRESAS. [...] GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. [...] INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS ENCARCERADAS. [...] ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO.
> [...]

VII – **Comprovação nos autos de existência de situação estrutural em que mulheres grávidas e mães de crianças (entendido o vocábulo aqui em seu sentido legal, como a pessoa de até doze anos de idade incompletos, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) estão, de fato, cumprindo prisão preventiva em situação degradante, privadas de cuidados médicos pré-natais e pós-parto, inexistindo, outrossim berçários e creches para seus filhos.**

VIII – **"Cultura do encarceramento" que se evidencia pela exagerada e irrazoável imposição de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal, bem assim da processual penal, mesmo diante da existência de outras soluções, de caráter humanitário, abrigadas no ordenamento jurídico vigente.**

IX – Quadro fático especialmente inquietante que se revela pela **incapacidade de o Estado brasileiro garantir cuidados mínimos relativos à maternidade**, até mesmo às mulheres que não estão em situação prisional, como comprova o "caso Alyne Pimentel", julgado pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas.

X – Tanto o Objetivo de Desenvolvimento do Milênio nº 5 (melhorar a saúde materna) quanto o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 5 (alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas), ambos da Organização das Nações Unidades, ao tutelarem a saúde reprodutiva das pessoas do gênero feminino, corroboram o pleito formulado na impetração.

X – Incidência de amplo regramento internacional relativo a Direitos Humanos, em especial das Regras de Bangkok, segundo as quais deve ser priorizada solução judicial que facilite a utilização de alternativas penais ao encarceramento, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado.

XI – **Cuidados com a mulher presa que se direcionam não só a ela, mas igualmente aos seus filhos, os quais sofrem injustamente as consequências da prisão, em flagrante contrariedade ao art. 227 da Constituição, cujo teor determina que se dê prioridade absoluta à concretização dos direitos destes.**

XII – Quadro descrito nos autos que exige o estrito cumprimento do Estatuto da Primeira Infância, em especial da nova redação por ele conferida ao art. 318, IV e V, do Código de Processo Penal.

XIII – Acolhimento do writ que se impõe de modo a superar tanto a arbitrariedade judicial quanto a sistemática exclusão de direitos de grupos hipossuficientes, típica de sistemas jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais.

> **XIV – Ordem concedida para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas**
> **neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes.**
> **XV – Extensão da ordem de ofício a todas as demais mulheres**
> **presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições acima.**
> (HC 143641/SP; Relator(a): MIN. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 20/02/2018)

O aludido julgado refere-se a um Habeas Corpus Coletivo impetrado com pedido liminar, em favor de todas as mulheres presas preventivamente que tenham a condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade de até 12 anos, assim como em nome das próprias crianças, aplicando às hipóteses de prisão provisória, prisão cautelar, ou seja ainda não se está a falar de pena propriamente dita, fazendo concretizar as disposições da Lei Federal 13.257, de 8 de março de 2016, chamada de "marco regulatório da infância".

Nesta ceara, o intuito da impetração do Habeas Corpus Coletivo seria, exatamente, retirar as mulheres grávidas, puérperas e crianças das condições precárias dos presídios, que ferem flagrantemente os direitos e garantias constitucionais das apenadas, especialmente sua dignidade, constituindo tratamento desumano, cruel e degradante.

> Com efeito, além de não haver óbices legais ao seu manejo por via coletiva, o mandamus naquele caso tinha por pano de fundo a escandalosa e deplorável situação vivenciada de forma generalizada pelas mães e gestantes brasileiras encarceradas nas instalações prisionais de todo o país. Ademais, considerei que o habeas corpus impetrado em sua vertente coletiva, afora ser capaz de receber maior visibilidade por propiciar atuação mais objetiva do STF, seria

> apto a economizar tempo e energia do tribunal, cujo acervo processual se mostra tão sobrecarregado (MENDES, 2018, p.03).

A histórica decisão do Supremo Tribunal Federal, que deferiu às presas em prisão cautelar ou provisória a conversão para prisão domiciliar, passa-se pela revalorização de um princípio essencial ao Direito Penal, qual seja, o princípio da pessoalidade, da intranscendência ou intransmissibilidade da pena, segundo o qual a sanção decorrente de prática de delito só pode atingir a pessoa de seu autor e ninguém mais (AMARAL, 2018).

> Releva notar que, em muitos casos, findo o devido processo legal, as processadas são apenadas com sanções restritivas de direitos, quer por razões de ordem objetiva (natureza da infração, baixa potencialidade lesiva, ínfimo resultado ofensivo), quer por razões de ordem subjetiva (primariedade da acusada, ausência de antecedentes criminais, existência de ocupação lícita, laborativa ou não, anteriormente à prática do ato infracional). Mais injustificadamente ainda, nessas hipóteses, está a ocorrer flagrante e desarrazoada ofensa à saúde do nascituro (AMARAL, 2018, p.04).

Nas razões do recurso fora enfatizado que a política criminal responsável pelo encarceramento feminino no Brasil é discriminatória e seletiva, o que impacta de modo desproporcional as mulheres pobres e suas famílias.

> Também merecem destaque as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras, conhecidas por Regras de Bangkok. Adotadas pelos Estados-Membros da ONU, essas normas visam a dar atenção às especificidades de gênero no encarceramento feminino. Veja-se, a título de exemplo nesse sentido, a Regra 42, cuja previsão é no sentido de que "O regime prisional deverá ser flexível o suficiente para atender às necessidades de mulheres gestantes, lactantes e mulheres com filhos/as". Com isso, perceptível é o cuidado da comunidade internacional em tutelar, de forma especial e específica, os direitos dos nascituros/filhos das gestantes/mães encarceradas, para que esses não sofram injustamente as consequências das mazelas do sistema prisional brasileiro (MENDES, 2018, p.03).

Além disso, fora ressaltado que a Lei n.º13.257/2016, que alterou o Código de Processo Penal passou a possibilitar a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para gestantes e mães de crianças, além de que a maioria dos presídios que recebem mulheres não possuem um mínimo de estrutura para tratar das necessidades básicas das mulheres e suas crianças.

> Com efeito, a própria justificação do projeto de lei afirmava expressamente o objetivo de, em primeiro lugar, "estabelecer maior sintonia entre a legislação e o significado do período da existência humana que vai do início da gestação até o sexto ano de vida". Nesse quadro, o que buscavam os legisladores era, precipuamente, responder "à relevância dos primeiros anos na formação humana, na constituição do sujeito e na construção das estruturas afetivas, sociais e cognitivas que dão sustentação a toda a vida posterior da pessoa e fazem uma infância mais saudável e feliz". Partindo-se dessa análise, é evidente que o que se quis tutelar foi, essencialmente, a vida dos nascituros e das crianças já concebidas. Privar o convívio desses indivíduos com as respectivas mães nessa importante fase de crescimento, ou, ainda, introduzi-los junto às genitoras no precário sistema carcerário brasileiro, pode ser muito prejudicial à sua formação(MENDES, 2018, p. 04).

Diante de todo o exposto que fora levantado, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o direito de punir não pode ser maior que o direto à vida, à integridade, à saúde e à dignidade, diante da deficiência de caráter estrutural no sistema prisional, que sujeitam às mulheres e seus filhos a situações degradantes.

Ademais, todo cuidado com a saúde maternal e com a saúde do recém-nascido é primordial para a promoção dos direitos humanos e para a concretização dos direitos e garantias fundamentais das pessoas. Por todas essas razões, a decisão emanada do Supremo Tribunal Federal reafirmou, em seus próprios fundamentos, o pleno respeito à Constituição Federal de 1988, especificamente em seu artigo 5º, incisos XLV e XLVI.

5. Conclusão

Após a análise deste trabalho, pode-se constatar que as condições em que vivem as mulheres presas no Brasil são desumanas: não há condições mínimas de habitação oferecidas às presas, mesmo em relação aos cuidados mais básicos, como higiene e saúde, sobrevivendo em situação subumana.

É certo que a aplicação de uma pena àquele ou àquela que cometeram um fato reprovável socialmente e tipificado como crime em lei possui várias funções.

A restrição de direitos e da liberdade possui a finalidade de, além de retribuição, de prevenir a reincidência e da própria prática do delito por qualquer pessoa.

Entretanto, quando o preso passa a ser submetido a condições degradantes, cruéis e até mesmo humilhantes, a pena desvia-se de sua finalidade.

No Direito Penal e na Execução Penal brasileiros, embora estejam previstos inúmeros direitos e garantias ao apenados, o que se vê é a total ineficácia destes direitos, que não passam de "meras folhas de papel".

Se um direito ou garantia é previsto, seja constitucionalmente ou infraconstitucionalmente, o mesmo somente passa a "existir" quando é devidamente reconhecido e aplicado no plano real.

Entretanto, verificou-se que no Brasil o sistema penitenciário feminino encontra-se falido, haja vista que não assegura à presa o cumprimento de sua pena com dignidade.

Sem oferecer condições mínimas, há poucas chances da presa ou do preso se ressocializarem. No caso das mulheres, a situação é ainda pior, diante das necessidades do corpo feminino.

Tratando de mulheres gestantes ou acompanhadas de filhos menores nas prisões, é hediondo o tratamento oferecido pelo Estado, qual seja, de total descaso e abandono.

Desta forma, pode-se reconhecer como plausível a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus n.º143.641/SP, haja vista que, não há medida melhor a se aplicar no momento, do que a substituição da prisão provisória pela domiciliar, haja vista que não se pode expor às crianças a essas condições subumanas, além de que é imprescindível garantir a saúde da presa, em respeito à sua dignidade.

6. Referências

AHLERT, Alvori. *Ética e direitos humanos*: princípios educacionais para uma sociedade democrática. 2010. Disponível em: <https://pendientedemigracion.ucm.es/info/nomadas/16/alvoriahlert.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2018.

AMARAL, Beatriz Helena Ramos. Alternativas ao cárcere: alguns aspectos, in MPD DIALÓGICO, Revista do Ministério Público Democrático, Maio/Junho 2005, Ano II, N.05, São Paulo.

_____*A dignidade da mulher, o HC 143.641 e a aplicação da Lei 13.257/2016*. Revista Consultor Jurídico, 2018. Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-mar-19/mp-debate-dignidade-mulher-hc-143641-aplicacao-lei-132572016. Acessado em 07 jun. 2018.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 2ª. ed.,2015, Saraiva, São Paulo.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Bangkok*: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Mandela*: Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, Conselho Nacional de Justiça. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: *Portal Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 07 mar. 2018.

_____. Decreto n.º 2.848 de 7 de dezembro de 1940**.** In: *Portal Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 07 mar. 2018.

_____. Diagnóstico das pessoas presas. 2014. In: *Portal CNJ*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2018.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de informações penitenciárias Infopen mulheres*. Jun./2014. Disponível em: < https://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em07 mar. 2018.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. *Dar à luz na sombra*: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015.

CASTRO E SILVA, Esther. *Mulheres no Cárcere*. Revista Jus-Fadiva, 2014. Disponível em https://www.fadiva.edu.br/documentos/jusfadiva/2014/2014.html. Acessado em 07 jul. 2018.

MENDES, Gilmar. *Maternidade livre, direitos efetivados* — O Habeas Corpus coletivo 143.641. Revista Consultor Jurídico, 2018. Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-abr-07/observatorio-constitucional-maternidade-livre-direitos-efetivados-hc-coletivo-143641. Acessado em 07 jun. 2018.

SILVA, Marcela Guedes Carsten da; LOPES, Valéria Kotacho. *Por que elas reincidem*? Uma análise sobre a situação da criminalidade feminina brasileira, as políticas públicas e o mito sobre a APAC como o método milagroso. Dossiê: as mulheres e o sistema penal. Organizado por Priscilla Placha Sá. Curitiba: OABPR, 2015.

19

Garantias fundamentais das partes nos negócios jurídicos processuais

Shirley Mendes Maciel Ferreira [1]
Clenderson Rodrigues da Cruz [2]
Magno Federici Gomes [3]

1. Introdução

Nos últimos anos, tornou-se perceptível e indiscutível a tentativa do Poder Judiciário em buscar e proporcionar tutela a coletividade, quanto ao crescimento exponencial das demandas. Diante dessa realidade com tantos litígios, tornou-se necessária quanto a reestruturação do atual sistema processual. Quanto a isso, surge, então no novo Código de Processo Civil, um instrumento inovador, vez que estabelece uma cláusula geral de

[1]Pós-graduanda em Direito Processual Constitucional (FAPAM – MG), Graduada em Direito – (FAPAM – MG). Email: shirleymendes1988@gmail.com

[2]Doutorando em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2015). Especialista em Direito Processual pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2012). Graduado em Direito pela Fundação Universidade de Itaúna (2007). Associado da ABDPRO - Associação Brasileira de Direito Processual. Membro da ACADEPRO - Academia de Direito Processual.

[3] Estágio Pós-doutoral em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal (Bolsa CAPES/BEX 3642/07-0). Estágios Pós-doutorais em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha (Bolsa da Cátedra UNESCO e do Gobierno Vasco-Espanha). Mestre em Educação pela PUC Minas. Professor do Doutorado e Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor Titular licenciado da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen. Advogado Sócio do Escritório Moraes & Federici Advocacia Associada. Líder do Grupo de Pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA)/CNPQ-BRA e integrante dos grupos: Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS)/FCT-PT, Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESP)/CNPQ-BRA e Metamorfose Jurídica/CNPQ-BRA. ORCID: http://orcid.org/0000-0002-4711-5310. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/1638327245727283. E-mail: magnofederici@gmail.com

acordo de procedimento, concedendo poder de autorregramento às partes na gestão de seu processo.

A cláusula geral de convencionalização processual representa uma alternativa ao modelo procedimental rígido previsto em lei, facultando a flexibilização e a consequente do sistema. Para além de sua utilidade particular aos litigantes, propiciará a implantação de uma nova cultura processual, pautada na busca pela celeridade processual e no abandono à antiga prática jurisdicional de eterna protelação indefinida.

Surge então um tema inovador, o negócio processual como instrumento que racionaliza a atividade jurisdicional. Com efeito, o instituto vem consolidar e a afirmar princípios constitucionais, fundados na teoria dos direitos fundamentais, a exemplo do princípio da razoável duração do processo, da economia processual e, em especial, da efetividade da tutela jurisdicional, razões pelas quais se demonstra a importância e a relevância do tema.

A atual pesquisa contribui ao discutir a natureza jurídica do instituto, bem como ao debater os limites impostos à atividade criativa das partes quando da convenção processual.

O diploma processual trouxe toda a lógica procedimental, vindo a presente pesquisa a representar uma leitura autêntica sobre instituto um potencial de emprego e transformação da realidade judiciária.

De forma geral, intenciona-se verificar quais seriam os limites oponíveis ao negócio processual, tendo o presente momento da produção jurídica brasileira enquanto recorte temporal e espacial.

O estudo analisa o autorregramento da vontade, enquanto suporte fático da prática negocial. Ato contínuo busca-se definir a natureza jurídica do negócio processual e examinar o regime jurídico a discipliná-lo.

2. Negócio Processual

A priori negócio jurídico processual é a possibilidade que as partes têm de convencionarem entre si os atos processuais quando se tratar de ato jurídico disponível. O art. 190, do Código de Processo Civil admite que

as partes, plenamente capazes e de comum acordo, em causas que admitam autocomposição, estipulem mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da demanda e/ou convencionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante do processo.

Conforme o autor Cabral (2016, p.48 e 49)

> Negócio jurídico processual é o ato que produz ou pode produzir efeitos no processo escolhidos em função da vontade do sujeito que o pratica. São, em geral, declarações de vontade unilaterais ou plurilaterais admitidas pelo ordenamento jurídico como capazes de constituir, modificar e extinguir situações processuais ou alterar o procedimento.

A negociação entre as partes segue duas regras, as de caráter procedimental como, por exemplo, a fixação de um prazo sendo possível também que as partes convencionem sobre ônus, faculdades, poderes e deveres processuais. Segundo Cadiet (2012 *apud* PONTE, 2015), processualista francês, nas convenções processuais as partes podem deliberar, previamente ou não, sobre o método e o procedimento a ser utilizado na resolução judicial do conflito. Instaurada a demanda, o negócio jurídico processual se torna uma ferramenta de gestão do processo. Dentro dessa senda, já é possível perceber que a celebração de um acordo processual é bem mais praticável antes da eclosão do conflito, porquanto este, muitas vezes, elimina a possibilidade de as partes dialogarem.

Segundo pensamento de Wambier e Talamini (2016, p. 514 *apud* BASTOS, 2017, p. 23 e 24) tal concepção já foi superada e atualmente aceita-se a existência dos negócios jurídicos processuais referindo que são:

> Manifestações de vontade que têm por escopo a produção de específicos efeitos processuais, delineados por tais manifestações. O negócio jurídico, em si, pode ser feito dentro ou fora do processo. Importa é que ele produza efeitos processuais. Ele é fruto da vontade dos sujeitos que o celebram, e é por tal vontade modulado, quanto a conteúdo e efeitos.

Entende-se então que o negócio processual são atos que podem ocorrer dentro e fora do processo. Ele só será aplicado quando houver a deliberação das partes em uma demanda.

Conforme conceitua Pedro Henrique Nogueira, quando falamos em Negócio Jurídico Processual temos que nos ater em alguns pontos importantes como: a) manifestação de vontade, os sujeitos devem manifestar suas vontades, b) autorregramento de vontade, ou seja, ainda que as partes tenham a possibilidade de deliberarem entre si essas mesmas partes esbarram em algumas regras que devem ser seguidas e por fim, c) a referibilidade a um procedimento, os sujeitos envolvidos no litígio devem estar pautados nos procedimentos determinados.

3. As partes no negócio processual

Segundo o artigo 471 do Código de Processo Civil as partes em comum acordo podem escolher o perito, sendo elas plenamente capazes e desde que a causa possa ser resolvida por autocomposição, podem ainda, em acordo com o juiz fixar o calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso

Consoante ao pensamento de Alvim *et al.* (2016, p. 569)

> Como se verifica, o Novo Código deu uma guinada ao privatismo. A par do acordo procedimental (arts. 190 e 191) e do estímulo à solução consensual dos conflitos (arts. 165 e 694), apresentou interessante inovação no que tange à produção da prova pericial. Poderão as partes desde que plenamente capazes e a causa possa ser resolvida por autocomposição, acordar a escolha do perito. Para tanto, deverão apresentar requerimento ao juiz, indicando não só o especialista, mas também os eventuais assistentes. Além disso, deverão indicar a data o local para a realização da prova. (...)

Portanto, sendo as partes plenamente capazes, poderão escolher o perito devendo apresentar um requerimento ao juiz indicando também os auxiliares do perito, assim sendo, o juiz determinará local e data para

realização da prova pericial. Além da escolha do perito as partes em comum acordo podem fixar o calendário dos atos processuais:

Para Alvim *et al.* (2016, p. 274)

> O art. 191 do Código Processual Civil é uma decorrência lógica do seu antecessor, o art. 190. O Novo Código, desde os primeiros artigos, demonstra uma preocupação com a gestão eficiente do processo. Esmerou-se por isso, nos seus 12 (doze) primeiros artigos, exprimir normas fundamentais cuja aplicabilidade no processo civil redundará no esperado processo civil de resultado. São exemplos desse objetivo os arts. 4º, 8º e 12º. Bem por isso o art. 191 concede aos sujeitos da relação jurídica processual – juiz e as partes – autonomia para deliberarem sobre o calendário processual. É uma inovação que merece ser acolhida, pois evitará desperdício de tempo na medida em que, uma vez ajustados, não será mais necessário intimar as partes para a prática dos atos processuais agendados previamente (art. 191, § 1º, CPC). De acordo com o dispositivo em comento, será viável pactuar data para a prolação da sentença.

Em conformidade com Alvim *et al.* (2016, p. 526)

> Segundo pensamento de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (2015, p. 702) a respeito do calendário processual previsto no art. 191 do CPC/2015, afirmam que "o calendário específico, criado pelas partes, e o acordo de procedimento devem valer apenas para determinada demanda, mesmo que haja outros feitos envolvendo as mesmas partes – a menos que o acordo indique expressamente que o calendário valerá para mais de um feito entres essas mesmas partes. De forma a evitar colusão entre as partes, o juiz também deverá participar do acordo. (...)

Isto posto, entende-se que o Código de Processo Civil trouxe uma nova ótica quanto a negociação dos sujeitos envolvidos no processo no que diz respeito, a deliberação do calendário processual. Tal procedimento pode trazer aos sujeitos a eficiência na resolução da demanda e uma celeridade processual.

4. Princípios norteadores; do negócio processual

4.1 Princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal está previsto no artigo 5º inciso LVI da Constituição Federal e diz que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Através desse princípio, devido processo legal, dá-se origem aos demais princípios como: motivações das decisões, contraditório, ampla defesa, isonomia, publicidade e a razoável duração do processo, garantindo a todos um processo justo e efetivo onde o juiz vai proferir uma decisão devidamente fundamentada externando a solução constitucionalmente adequada para o caso discutido.

Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco (2015, p. 107):

> Compreende–se modernamente na cláusula de devido processo legal o direito de procedimento adequado; não só deve o procedimento ser conduzido sob o pálio do contraditório (*infra, nn.* 184-186), como também há de ser aderente à realidade social e consentâneo com a relação de direito material controvertida.

Fredie Didier (2015, p. 63) enfatiza que:

> (...) Nenhuma norma jurídica pode ser produzida sem a observância do devido processo legal. Pode-se, então, falar em devido processo legal legislativo, devido processo legal administrativo e devido processo legal jurisdicional. O devido processo legal é uma garantia contra o exercício abusivo do poder, qualquer poder.

Ainda segundo Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 113) quando falamos do princípio do devido processo legal entende-se que:

> (...) "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", consagração atual do princípio ora analisado. È pacífico o entendimento de que o devido processo legal funciona como um supraprincípio, um princípio-base, norteador de todos os demais que devem ser

> observados no processo. Além do aspecto processual, também se aplica atualmente o devido processo legal como fator limitador do poder de legislar da Administração Pública, bem como para garantir o respeito aos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas.

Desse modo o princípio do devido processo legal decorre do princípio da legalidade instituída através da função legislativa, ou seja, deve está pautado nas normas da lei seguindo uma forma e ainda deve ser substancial (material), o juiz deverá adotar medidas justa e adequada garantindo a efetividade às partes envolvidas no processo.

4.2 Princípio da instrumentalidade das formas

O princípio fundamental que rege o negócio processual utilizado no NCPC é o princípio da instrumentalidade das formas, sendo, portanto aplicado no processo para que seja atingido sua finalidade.

Conforme Ernane Fidélis dos Santos (2017, p. 353)

> A jurisdição tem por escopo fazer justiça e a faz através do processo. Em consequência, mister se faz que os autos processuais sejam praticados com a máxima garantia, o que leva a lei, às vezes, a atribuir-lhes formas determinadas, mais ou menos rígidas, mas no processo não é o fim sem si mesmo e, em razão disto vigora o princípio da *instrumentalidade das formas*.

Ainda segundo o autor Ernane Fidélis dos Santos "a forma, como regra é livre. A forma determinada só se adota quando a lei expressamente, a exigir, e ainda se reputam válidos os atos que, realizados de outro modo, atinjam sua finalidade". (2016, p. 353).

Por fim, mesmo que não seja realizado de acordo com os preceitos determinados em lei, mas se alcançado o objetivo inicialmente desejado, através da aplicação do princípio da instrumentalidade das formas será, portanto, o ato válido.

4.3 Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo

Ao ser aplicado no âmbito processual, o princípio da liberdade dá a oportunidade ao princípio do respeito ao autorregramento com relação à vontade das partes no processo, isto é, o direito que as partes possuem de autorregular-se, no âmbito processual, sem restrições que sejam injustificadas ou não razoáveis.

Esse princípio segundo o autor Didier Júnior é um princípio implícito denominado autorregramento de vontade no processo. Ele decorre da livre vontade das partes estimulando, portanto a autocomposição entre elas. Contudo as partes não podem ignorar os poderes dos órgãos jurisdicional esclarecendo que o autorregramento das partes não são ilimitados.

Segundo pensamento de Didier Júnior (2015, p. 22 *apud* BASTOS) "o processo cooperativo nem é processo que ignora a vontade das partes, nem é processo em que o juiz é um mero espectador de pedra". A mediação legislativa é indispensável para limitar a extensão da vontade. Refere o referido doutrinador Didier Júnior (2015, p. 133), que as limitações ao exercício do poder de autorregramento no processo serão estudadas à medida que os temas a ela relacionados apareçam.

Esse princípio, contudo propicia um ambiente processual que permita o direito fundamental de autorregulação sem impor regras injustificadas impostas pela cultura até então dominante.

Apesar do princípio ainda prevalece o conjunto de subprincípios que servem como parâmetros e limitações. Para melhor entender o tema segue alguns exemplos: 1.estímulo a autocomposição:

> a) mediação e conciliação nos Arts. 165 a 175; na conciliação o conciliador tenta fazer com as partes solucionem o conflito, sendo considerado pelas partes, aquilo que foi dito por ele, para a resolução final do conflito. Já na mediação sempre será voluntária. O mediador será escolhido pelas partes, e será um terceiro imparcial, auxiliando somente, as partes na solução do conflito.
> b) possibilidade de acordo antes mesmo da defesa do réu (Arts. 334 e 695); de acordo com o RO 00020015320125010302 RJ "consiste na possibilidade da conciliação das partes, antes de formada a relação processual, há que se

> extinguir o processo sem resolução do mérito, por falta de interesse processual (art. 267, VI do CPC)".
> c) homologação judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza (Art. 515, III; Art. 725, III); segundo acórdão TJ-PR:9297187 PR 929718-7 do Tribunal de Justiça do Paraná "o acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado no juízo competente, independente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial".
> d) inclusão de matéria estranha ao objeto litigioso do processo em acordo judicial (Art. 515, §2º); Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido." (REsp nº 627.008/RS, Relator Ministro Felix Fischer, in DJ 2/8/2004 - nossos os grifos). Veja-se, ainda, por todos, o seguinte precedente da 3ª Seção: "embargos de divergência. incidência do reajuste de 28,86% sobre a retribuição adicional variável - rav. ausência de identidade de objeto entre os acórdãos em cotejo. não conhecimento.
> e) acordos processuais (sobre o processo, não sobre o objeto do litígio) atípicos. O artigo 190 do Código de Processo Civil, se o processo versar sobre direitos que admitam autocomposição, as partes podem, desde que capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da demanda, isto é, àquilo que de especial e, portanto, merecedor de destaque, exista na questão de direito material a ser veiculada no processo. No novo da norma, as partes podem convencionar, dentre outros temas, a respeito de ônus da prova, inversão cronológica de atos processuais, poderes, faculdades e deveres.

2. vontade da parte que delimita objeto litigioso do processo (Arts. 141 e 490) e do recurso (Arts. 1002 e 1013); dessa forma preceitua Neves (2016, p. 328 e 329):

> As limitações, entretanto, são ainda mais amplas, sendo atualmente a grande questão a ser respondida pela doutrina e jurisprudência. Não há dúvida de que a liberdade das foi significativamente aumentada, o que deve ser saudado, até porque permite um processo mais democrático, no qual a vontade das partes deva ser considerada para a fixação do procedimento e observância das posições processuais. Mas é natural que existam limites.

3. previsão de vasta quantidade de negócios processuais típicos, a exemplo: negócio tácito de que a causa tramita em juízo relativamente incompetente (Art. 65); calendário processual (Art. 191); renúncia ao prazo

(Art. 225); acordo para a suspensão do processo (Art. 313, II); saneamento consensual (Arts. 357, §2º); convenção sobre o ônus da prova (Art. 373, §§3º ;

4. desistência da execução ou de medida executiva (Art. 775); renúncia ao recurso (Art. 999), etc. Nesse sentido é o entendimento de Araken de Assis (2002, p. 136), explicitando que, em regra, "o exequente tem a livre disponibilidade da execução, podendo desistir a qualquer momento, em relação a um, a alguns ou a todos os executados, mesmo porque a execução existe em proveito do credor, para a satisfação do seu crédito"

5. cláusula geral de negociação processual, que permite a celebração de negócios jurídicos atípicos (Art. 190). Assim aduz Neves (2016, p. 319)

> Diferente do diploma legal revogado, o Novo Código de Processo Civil passou a prever forma expressa uma verdadeira cláusula geral de negócio jurídico processual, de forma a permitir, além das hipóteses específicas e negócio processual típico, que continuam entre nós, a celebração de acordo entre as partes de forma geral, envolvendo tanto o procedimento como as suas situações processuais.

Por fim as partes têm a possibilidade de disciplinar no processo suas condutas adotas, mesmo quando solitários, ou em comum acordo com a outra parte ou mesmo quando com a presença do órgão jurisdicionado, conforme expresso no art. 3º do NCPC, § 2º e 3º.

5. Formalismo democrático

Com a vigência do Novo Código de Processo Civil o operador do direito deparou com a nova ótica de compreensão quando falamos em atos processuais e quando do procedimento a ser adotado no sistema processual, sendo que, essa nova fórmula democrática traz consigo a participação efetiva das partes quando da realização do processo para uma resolução dos conflitos existentes.

O código de 1973, já possibilitava tal procedimento, como a majoração de prazos processuais pelo magistrado (art. 182), essa técnica ganha

novos contornos através da Negociação Processual, mesmo não estando previsto em lei como, por exemplo, os chamados Negócios Processuais Atípicos.

Vale salientar que embora a lei tenha ganhado outros contornos com relação à possibilidade de flexibilização procedimental encontra, portanto limites determinados pela Constituição e na própria lei infraconstitucional, o CPC, de maneira que o exercício de autonomia privada das pastes em si tratando de matéria processual poderá ou não ser possível. Lembrando que no campo da autonomia privada existem limites, não sendo diferente na esfera pública.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2016) citado por Cláudia de Oliveira Leivas Bastos 2017, p. 18) ressalta ser o formalismo, ao contrário do que geralmente se pensa, o elemento fundador tanto da efetividade quanto da segurança do processo. A efetividade decorre, nesse contexto, do seu poder organizador e ordenador (a desordem, o caos, a confusão, decididamente não colaboram para um processo ágil e eficaz) e a segurança decorre do seu poder disciplinador.

Oliveira, (2006, p. 13) diz que:

> a efetividade e a segurança apresentam-se como valores essenciais para a conformação do processo em tal ou qual direção, com vistas a satisfazer determinadas finalidades, servindo também para orientar o juiz na aplicação das regras e princípios. Interessante é que ambos se encontram em permanente conflito, numa relação proporcional, pois quanto maior a efetividade menor a segurança e vice-versa

Assim a flexibilização procedimental, tem a capacidade de igualar às partes, de forma a tornar o procedimento moldado às particularidades de um determinado caso concreto, tornando a decisão do juiz mais justa e democrática, de acordo com o que prevê a Constituição. Acordado entre as partes e fiscalizada pelo juiz, levará em consideração as diferenças materiais existentes entre os sujeitos processuais. A aplicabilidade ao caso concreto surge como exigência fundamental nos dias atuais, visando melhor consecução dos fins do processo.

6. Direitos e Garantias fundamentais

Os direitos fundamentais são direitos humanos consolidado em um determinado ordenamento jurídico. Por sua vez, o conteúdo é filosófico, sendo conceituados antes mesmo da subsistência do direito. Esses direitos são reconhecidos ao ser humano, como importantes para sua existência, exemplos: direito à vida, direito à integridade física, direito à dignidade.

Esses direitos se constroem ao longo da história. Sua característica é a fundada através da história, pois são direitos vão sendo reconhecidos e inseridos no ordenamento jurídico conforme o evoluir do tempo.

Já na Revolução Francesa, podemos perceber esses direitos fundamentais, composta dos direitos de liberdade, impondo ao Estado abstenções, como meio de preservação da liberdade individual em face ao arbítrio do Estado. As liberdades individuais alcançam definição precisa referida Declaração e dois foram seus pilares: garantia da propriedade privada e legalidade estrita quanto aos tributos.

Pedro Lenza conceitua (2012, p. 958):

> Os direitos humanos da 1ª dimensão marcam a passagem de um Estado autoritário par um Estado de Direito e, nesse contexto, o respeito às liberdades individuais, em uma verdadeira perspectiva de absenteísmo estatal. O seu reconhecimento surge com maior evidência nas primeiras constituições escritas, e podem ser caracterizadas como frutos do pensamento liberal- burguês do século XVIII.

No contexto de liberdade individual, as classes mais pobres foram levadas a pobreza a níveis extremos. Surgindo então o capitalismo como modo de produção, a busca do lucro e a desvalorização do ser humano, reduzido a mera força de trabalho, criaram circunstâncias a exigirem o reconhecimento da necessidade de intervenção estatal na sociedade até então liberal.

Neste contexto histórico-social – de surgimento de teorias como o socialismo, o comunismo, anarquismo em que os direitos de liberdade,

eclosão da 1ª Guerra Mundial e assunção do socialismo na Rússia – iniciou-se a positivação dos direitos fundamentais de segunda geração, com a sua inserção em cartas constitucionais.

Ainda segundo Pedro Lenza (2012, p. 959):

> No momento histórico que os inspira e nos impulsiona os direitos humanos de 2ª dimensão é a Revolução Industrial europeia, a partir do século XIX. Nesse sentido, em decorrência das péssimas condições de trabalho, eclodem movimentos como o cartista – Inglaterra e a Comuna de Paris (1848), na busca de reivindicações trabalhistas e normas de assistência social. O início do século XX é marcado pela Primeira Grande Guerra e pela fixação de direitos sociais. Essa perspectiva de evidenciação dos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como dos direitos de igualdade (substancial, real e material e não meramente formal) mostra-se marcante em alguns documentos.

Os direitos de segunda geração são direitos que marcam a intervenção do Estado na esfera dos indivíduos para o mínimo existencial e a proteção contra a exploração pelo capital. Aquela liberdade absoluta já não é mais tão absoluta, quando o Estado passa a gerir e determinar regras, tornando assim essa liberdade não mais tão absoluta mais liberdade relativa. São os direitos sociais, econômicos e culturais, chamados genericamente de direitos sociais (por exemplo, os direitos trabalhistas, previdenciários).

Conforme preceitua Pedro Lenza (2012, p. 959) "os direitos de 3ª dimensão são direitos transindividuais que transcendem os interesses do indivíduo e passam a preocupar com a proteção do gênero humano, com altíssimo teor de humanismo e universalidade". São, por exemplo, os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e de comunicação. Representam direitos de solidariedade, relativos ao indivíduo inserido em uma coletividade.

Desse modo surgem também os direitos de quarta dimensão sob a influência do mestre italiano Norberto Bobbio assim aduz Pedro Lenza (2012, p. 960) "já se apresentam novas exigências que só poderiam se

chamar de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticas da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo".

Contudo no âmbito jurídico podemos perceber que surgia então a "globalização política", ou seja, nessa esfera destacavam-se os direitos da democracia, informação e o pluralismo.

Para o autor Uadi Lammêgo Bulos as garantias fundamentais na Constituição Federal estão divididas em Garantias Gerais: (2014, p. 532)

> Garantias fundamentais gerais – proíbem abusos de pode de todas as formas de violação aos direitos que asseguram. Exemplos: legalidade (art. 5º, II); liberdade (art. 5º, IV, e VI, IX, XIII, XIV, XV, XVI, XVII etc,); inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV); juiz e promotor natural (art. 5º, XXXVII e LIII); devido processo legal (art. 5º, LIV); contraditório (art. 5º, LV); publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX, e 93, IX) etc

E ainda a classificação dasGarantias fundamentais específicas: (2014, p. 532);

> Garantias fundamentais específicas – *instrumentalizam* os direitos fundamentais e fazem prevalecer as próprias *garantias fundamentais gerais*. Por meio delas, os titulares dos direitos encontram a forma, o procedimento, a técnica, o meio de exigir a proteção de suas prerrogativas. Exemplos: *habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, *habeas data*, ação popular, ação civil pública. Todos esses institutos de tutela constitucional, postos ao dispor dos indivíduos e coletividades, encarregam-se de garantir os direitos fundamentais.

"Ainda segundo o autor a abrangência dos direitos e garantias fundamentais que estão descritas também na Constituição de 1988 abrangem alguns direitos, sendo eles: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direito a nacionalidade, direitos políticos e os direitos dos partidos políticos".

As características dos direitos e garantias fundamentais de acordo com o autor Bulos previstos na Carta Magna de 1988 são: as características históricos pois, advém de um longa evolução exemplo disso é o direito de

propriedade e estão descritos no art. 5º, XXII, as universais ou seja, quando ultrapassam os limites territoriais, os cumuláveis (ou concorrentes) exemplo: princípio da isonomia art. 5º, IV e XXXIII, as irrenunciáveis podem ou não ser exercidos mas nunca poderá ser tirado da Constituição, art.5º, LXIX, as inalienáveis, são direitos indisponíveis e não podem ser renunciado mesmo com autorização da própria pessoa art. 5º, XXIII, as imprescritíveis, não prescrevem art. 5º, *caput e* porfim *as* relativas ou limitadas mesmo sendo uma garantia fundamental podem ser exercidos de modo absoluto, são em algumas exceções.

6.1 Diferença entre direitos e garantias fundamentais

O art. 5° da Constituição Federal versa sobre os direitos e deveres individuais e coletivos. Contudo apesar de mencionar apenas os direitos e deveres, dispôs também acerca das garantias fundamentais.

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2010, p. 72) citado por Ribeiro e Miranda analisa referida diferença em sua obra, deixando claro que:

> [...] enquanto os direitos fundamentais são os direitos humanos expressamente enumerados e declarados no ordenamento jurídico-constitucional, as garantias constitucionais, por isto, garantias fundamentais, diversamente, compreendem as garantias processuais estabelecidas na própria Constituição (devido processo constitucional ou modelo constitucional do processo) e formadoras de um essencial sistema de proteção aos direitos fundamentais, tecnicamente apto a lhes assegurar plena efetividade.

Para Gilmar Mendes (2002, p.03) citado por Camilla Mattos Paolinelli:

> "Os Direitos Fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que na asseguram, primariamente, um direito

> subjetivo, quanto aqueloutros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito Democrático."

O autor Pedro Lenza retrata de forma simples e clara qual a diferença existente entre os direitos e as garantias fundamentais. (2012, p. 961):

> Um dos primeiros estudiosos a enfrentar esse tormentoso tema foi o sempre lembrado Rui Babosa, que, analisando a Constituição de 1891, distinguiu "as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos, estas as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito.

Desse modo o autor Pedro Lenza (2012, p. 961) menciona da seguinte maneira "os direitos são bens e vantagens prescritos na norma Constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violado".

Ademais para Lenza (2016, p. 961) diferenciar as garantias fundamentais dos remédios constitucionais. Esses últimos são espécie do gênero garantia. Isso porque, uma vez consagrado o direito, a sua garantia nem sempre estará nas regras definidas constitucionalmente como remédios constitucionais.

7. Procedimento nos negócios jurídicos processuais.

Procedimento de acordo com o dicionário jurídico vem descrito da seguinte forma: É a sucessão de atos interligados de maneira lógica e sequencial visando a obtenção de um objetivo final. É a exteriorização do Processo, aspecto visível, seu aspecto formal.

Segundo o autor Daniel Amorim (2016, p. 246)

> O procedimento é entendido como uma sucessão de atos interligados de maneira lógica e consequencial visando a obtenção de um objetivo final. Costuma

> -se dizer que o procedimento é a exteriorização do processo, seu aspecto visível, considerando-se que a noção de processo é teleológica, voltada para a finalidade de exercício da função jurisdicional no caso concreto, enquanto a noção de procedimento é formal, significando essa sucessão de atos com um objetivo final.

No art. 125, do CPC/73, o procedimento é comandado diretamente pelo magistrado, que o conduz e o impulsiona, o juiz tem o papel principal de determinar o processo. O Novo Código de Processo Civil dentro do modelo atual nessa nova ótica, objetiva conferir às partes uma parte desse poder que antes era conferida somente ao juiz. A complexidade dos atos sociais dentro da dinâmica da pós-modernidade dá ensejo a conflitos cada vez mais específicos e incomuns, dessa forma sabemos que esses conflitos irão se tornar inúmeros processos que vão desembocar no Poder Judiciário.

Para Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p. 66) o procedimento com o passar dos anos tem sofrido algumas mudanças no critério teológico

> Não obstante, essa postura não supera o quadro do século passado, pois continua operando dentro dele, embora nele já se note a integração de vários conceitos renovados, que fazem pensar em um passo ensaiado para um novo itinerário, que ainda não se completou. Mesmo trazendo latentes as inovações da construção jurídica que se reelaboraram nas últimas décadas, essa linha doutrinária trata o processo com apelo a uma categoria conceitual do século passado, a da relação jurídica, que já passou por graves críticas na teoria do Direito e que é absolutamente imprópria para explicar as posições que assumem os sujeitos envolvidos no processo.

Ainda, segundo Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p. 68) o procedimento, visto sob uma perspectiva lógica

> Pelo critério lógico, as características do procedimento e do processo não devem ser investigadas em razão de elementos finalísticos, mas devem ser buscadas dentro do próprio sistema jurídico que os disciplina (...). A diferença específica entre o procedimento em geral, que pode ou não se desenvolver como processo, e o procedimento que é processo, é a presença neste do elemento que o específica: O contraditório. O processo é um procedimento, mas

> não qualquer procedimento; é o procedimento de que participam aqueles que estão interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos.

O problema, segundo Müller (2013, p. 153), citado por Marcelo Dias Pontes (2015) é a existência de um natural descompasso entre as necessidades das diversas situações de direito material e da vida e a previsão, na legislação, de enunciado normativo contendo a totalidade das técnicas e meios processuais capazes de conferir ao procedimento potencialidade plena para uma prestação jurisdicional efetiva, adequada, justa e tempestiva. O autor conclui: "para uma decisão final ser acertada, efetiva e adequada há situações que exigem uma correspondente adequação do procedimento às necessidades do conflito".

O ideal é colocar a técnica processual a serviço do direito material e dos fins últimos do processo, limitando-se o mínimo possível o desempenho dos sujeitos processuais, de modo que a regulação contenha apenas o indispensável para uma condução bem organizada e proporcionada do feito. Além disso, a par da maior eficiência do aparelho estatal, mostra- se desejável hoje o desiderato de obter-se índice sempre mais intenso de democratização do processo, incrementando-se, assim, a efetiva acessibilidade das partes e dos demais participantes do serviço judiciário, facilitando-se-lhes ao mesmo tempo o uso do aparelho estatal. (OLIVEIRA, 2009, p. 173) citado por Marcelo Dias Pontes (2015).

8. Da disposição das partes quanto as garantias fundamentais no negócio processual

Os direitos fundamentais e as garantias fundamentais do nosso ordenamento jurídico são conhecidos pela doutrina e pela jurisprudência, sendo, indisponíveis em qualquer situação.

Contudo o autor Alexandre Freitas Câmera aduz da seguinte forma (2017, p. 126), "o CPC traz em seu art. 190, uma cláusula geral de negócios

processuais. Trata-se da genérica afirmação de que as partes, dentro de certos limites estabelecidos dentro da própria lei, celebrem negócios através dos quais dispõe de suas posições processuais".

O autor ainda dispõe assim (2017, p. 126)

> Estabelece o artigo 190 que nas causas que versam sobre "direitos que admitam autocomposição" as partes capazes podem "estipular mudanças no procedimento para ajusta-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes e durante o processo".

Conforme disposição de Enunciados do Fórum Permanentes Civis percebemos quanto a posição adotada:

> 6. (arts. 5º, 6º e 190) O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC-Rio)
> 135. (art. 190) A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual. (Grupo: Negócios Processuais)
> 252. (art. 190) O descumprimento de uma convenção processual válida é matéria cujo conhecimento depende de requerimento. (Grupo: Negócios Processuais) 253. (art. 190; Resolução n. 118/CNMP) O Ministério Público pode celebrar negócio processual quando atua como parte. (Grupo: Negócios Processuais)
> 254. (art. 190) É inválida a convenção para excluir a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica. (Grupo: Negócios Processuais)
> 257. (art. 190) O art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convencionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. (Grupo: Negócios Processuais)
> 258. (art. 190) As partes podem convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ainda que essa convenção não importe ajustes às especificidades da causa. (Grupo: Negócios Processuais)
> 259. (arts. 190 e 10). A decisão referida no parágrafo único do art. 190 depende de contraditório prévio. (Grupo: Negócios Processuais)
> 260. (arts. 190 e 200) A homologação, pelo juiz, da convenção processual, quando prevista em lei, corresponde a uma condição de eficácia do negócio. (Grupo: Negócios Processuais)

> 261. (arts. 190 e 200) O art. 200 aplica-se tanto aos negócios unilaterais quanto aos bilaterais, incluindo as convenções processuais do art. 190. (Grupo: Negócios Processuais).

Leonardo Greco (2017, *apud* Buchmann) define a limitação entre os poderes do juiz e a autonomia das partes como estando diretamente vinculadas a três fatores: a) à disponibilidade do próprio direito material posto em juízo; b) ao respeito ao equilíbrio entre as partes e à paridade de armas, para que uma delas, em razão de atos de disposição seus ou de seu adversário, não se beneficie de sua particular posição de vantagem em relação à outra quanto ao direito de acesso aos meios de ação e defesa; e c) à preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito.

Segundo Letícia de Campos Velho Martel (2017,*apud* Buchmann) nesse vértice, impera distinguir conceitos como o de disposição, violação e restrição de direitos fundamentais. Acerca da disponibilidade de direitos dessa natureza, Letícia de Campos Velho Martel entende que:

> (...) dispor de um direito fundamental é enfraquecer, por força do consentimento do titular, uma ou mais posições jurídicas subjetivas de direito fundamental perante terceiros, quer seja o Estado, quer sejam particulares, permitindo-lhes agir de forma que não deveriam, tudo o mais sendo igual, se não houvesse o consentimento.

Grande parte dos doutrinadores ainda divergem quanto da irrenunciabilidade dos direitos fundamentais e a ela faz críticas. Robson Renault Godinho, acerca da temática, pondera que (2017, apud Buchmann):

> Renuncia-se cotidianamente a direitos fundamentais por questões religiosas, culturais, médicas, trabalhistas, contratuais, de lazer, de prazer e de foro íntimo e invariavelmente essas limitações afetam direitos comumente apontados como indisponíveis, logo, irrenunciáveis. Entretanto, admitem-se limitações se não forem permanentes, gerais, observarem graus de intensidade e de finalidade do direito. Mesmo se realizar a distinção entre renúncia ao direito e renúncia ao exercício de direito – o que não é feito pelo artigo 11 do Código Civil, por exemplo, mas está, por exemplo no artigo 1707, que, a

> rigor, estabelece que o não exercício não implica renúncia –, persistiremos em um terreno artificial, em que conceitos são manipulados para justificar a quebra de uma estrutura que se deseja inquebrantável.

Ao mencionarmos quanto à existência das garantias fundamentais se justifica na busca em assegurar e tutelar os bens e os direitos dos indivíduos em si tratando de negócio jurídico processual, se não efetivamente, ao menos em parte da demanda. Isto é, deve manter os instrumentos que, reunidos e bem administrados, sejam eficazes para atingir um processo jurisdicional dotado das qualidades consideradas essenciais para a proteção do indivíduo e da coletividade.

Quando tratamos dos direitos fundamentais processuais, isto é, as chamadas garantias processuais do modelo constitucional de processo, é importante destacar que todas elas possuem acepção objetiva, de modo a existir interesse público constante na sua preservação.

Conclusões

A presente pesquisa analisou quanto à disposição das partes quando se tratando das garantias fundamentais no negócio jurídico processual, disposto no artigo 190 do Novo Código de Processo Civil de 2015.

O Código de Processo Civil trouxe algumas discussões ao tema proposto, e uma dessas mudanças foi com relação ao negócio jurídico processual, uma vez que tutela a autonomia quanto à realização do negócio processual.

Vimos quanto à negociação entre as partes e quanto as regras que as partes convencionem entre si a exemplo são sobre ônus, faculdades, poderes e deveres processuais.

Diante do abordado analisamos os princípios indispensáveis, o princípio da instrumentalidade das formas, princípio do devido processo legal e também o princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo.

Analisamos quanto às diferenças existentes entre os direitos e garantias fundamentais, trazendo o conceito e qual a finalidade de cada um.

Por fim, destacamos quanto à disposição das partes quando tratamos das garantias fundamentais no negócio jurídico processual, um tema novo e com muitas peculiaridades e serem desenvolvidas, embora alguns autores defendam que não existem a possibilidade da disposição ainda é possível desbravarmos outras possibilidades quanto ao tema proposto.

Referências

ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. 8. ed. São Paulo: Editora Revistados Tribunais, 2002.

ALVIM, Angélica. Arruda. et al. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 8. Ed. Saraiva, 2016.

BASTOS, Cláudia de Oliveira Leivas Negócio Jurídico Processual Atípico no Novo Código de Processo Civil e Controle Jurisdicional. Florianópolis – 2017. Disponível em:<https://riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/3010/monografia_claudia%20leiva%20bastos.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 10março. 2018.

BUCHMANN, Adriana. *Limites objetivos ao negócio processual atípico*. Florianópolis – 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/176772/346337.pdf?sequence=1>Acesso em: 10 março. 2018.

BULLOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional.* 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas.*O novo Processo Civil Brasileiro***.** 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

CARVALHO, Thiago Mendes de. *Os negócios jurídicos processuais no novo código de processo civil (Lei 13.105/15)*. Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <https://dspaceprodo2.grude.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/RDUFMG/1511/THIAGO%20MENDES%20DE%20CARVALHO.pdf?sequence=1>Acesso em: 21 julho 2018.

DOS SANTOS, Ernane Fidélis. *Manual de Direito Processual Civil*. 16. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

ENUNCIADOS do fórum permanente de processualistas civis São Paulo, 18, 19 e 20 de março de 2016. Disponível em: <http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf> Acesso em: 10 março.2018.

GONÇALVES, Analu Colonnozi. *Negócios jurídicos processuais: uma análise dos limites do poder negocial das partes à luz do CPC de 2015*. Salvador, 2016. Disponível em: <http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Analu%20Colonnezi%20Gon%C3%A7alves.pdf> Acesso em: 21 julho 2018.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Aide, 1992.

JOSÉ, Osmir Fiorelli. et al. *Mediação e Solução de Conflitos: teoria e prática*. 1. dd. São Paulo: Editora Atlas, 2008. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5870-1/>. Acesso em: 21 julho 2018.

JUNIOR, Fredie Didier. *Parte Geral: Coleção Novo CPC doutrina selecionada*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

MORAES, Alexandre de Moraes. *Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo. Editora Atlas, 2011.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manuel de Direito Processual Civil*. Volume Único. 8. ed. Salvador. Editora Jus Podivm, 2016.

OLIVEIRA, C. A. A. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PAOLINELLI, Mattos Camila. *O que é processo constitucional*. Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro – n. 13 – Jan./Julho 2016 – ISSN 2176-977X.Disponível em:<https://pt.scribd.com/document/346434441/12043-46279-1-PB>. Acesso em: 21 julho 2018.

PONTES, Marcelo Dias . negócio jurídico processual e flexibilização do procedimento: as influências da autonomia privada no paradigma publicista do direito processual

civilRevista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume 16. Julho a dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/19968/14311> . Acesso em: 10 março. 2018.

SILVA, Michael César. *Estado democrático de Direito e Solução de conflitos: diálogos e repercussões na sociedade contemporânea.* Volume 1. Belo horizonte*:* Editora Newton Paiva, 2018. <https://books.google.com.br/books?id=5O5jDwAAQBAJ&pg=PA161&lpg=PA161&dq=Formalismo+democr%C3%A1tico+clenderson+da+cruz&source=bl&ots=MnI8w3WqjG&sig=bAw2nQxb9NVrg453tRbg6KQE5rQ&hl=pt-BR&sa=X#v=onepage&q=Formalismo%20democr%C3%A1tico%20clenderson%20da%20cruz&f=false> . Acesso em 21 julho 2018.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de ProcessoCivil: um problema nacional.Teoria Geral do Processo*. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

20

A fundamentação das decisões como exercício efetivo do contraditório

Francisco José Vilas Bôas Neto [1]
Tomiko Yoshimura Carvalho Maia [2]
Sérgio Henriques Zandona Freitas [3]

Introdução

O que legitima uma decisão?

Em tempos remotos, a legitimidade da decisão estaria na força (bruta e violenta) advinda da autoridade daquele que a proferiria (monarca, rei, papa ou imperador). Todavia, em uma democracia contemporânea, a força não pode ser o critério da legitimação de uma decisão. Isto porque, a própria ideia de legitimidade evoluiu no desenvolvimento e na construção da sociedade democrática.

A legitimidade que outrora era descrita como a capacidade do monarca em impor a sua vontade, passou a ser entendida a partir da

[1] Mestre em Filosofia pela FAJE/MG; pós-graduado em Direito pela UCAM/RJ; graduado em Direito pela PUC Minas; coordenador da Escola Superior de Advocacia da OABMG; professor dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Fapam; advogado criminalista.

[2] Pós-graduanda em Direito Processual Constitucional pela Fapam; graduada em Direito pela Fapam; professora de Filosofia da Rede Estadual de Ensino.

[3] Pós-Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (São Leopoldo/RS). Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS). Professor da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde (FCH) da Universidade FUMEC, aonde é docente permanente da Graduação, Especialização e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD), desde 2009. Magistério na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como Professor convidado desde 2005. Fundador e Coordenador Geral do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP).

concepção da cooperação e da concepção da construção participada do processo legiferante.

A famosa frase *O Estado sou eu*, atribuída ao rei francês Luiz XIV perdeu vitalidade com a democracia, uma vez que a antiga soberania, entendida como a capacidade do imperador de fazer valer a sua vontade nacional e internacionalmente, começou a dar lugar à percepção da soberania popular, que trouxe a visão de que o destinatário de uma lei deve ao mesmo tempo participar do seu processo de criação. Em outras palavras, o que diferencia uma democracia (soberania do povo) de uma autocracia (soberania do imperador) seria o fato de que no Estado Democrático o povo deverá respeito somente à lei que ele mesmo criou.

Há uma transferência de poder do rei para o povo, que passou então, a dizer quais seriam as regras do jogo democrático.

Neste contexto, é necessário reformular a pergunta inicialmente feita: o que legitima uma decisão judicial?

A pergunta acima é precedida e paradoxalmente sucedida por outra: por que uma decisão judicial precisa de legitimidade?

A resposta é simples e óbvia. A decisão judicial precisa de legitimidade para se evitar arbitrariedades e abusos pelo magistrado no exercício da sua jurisdição.

Como legitimar uma decisão judicial?

Será demonstrado que para a decisão ser legítima, dever-se-á observar os princípios e garantias trazidos pela Constituição da República de 1988. Um destes princípios, conforme previsão expressa do art. 93, IX, consiste na fundamentação obrigatória das decisões. É pela fundamentação que o magistrado mostra às partes e à sociedade quais foram os motivos que justificaram o seu ato.

Ao fundamentar seu ato, o magistrado apresenta as razões de fato e de direito pelas quais ele tomou aquela decisão, destacando assim, o exercício efetivo do direito ao contraditório.

Em linhas gerais, uma decisão judicial que carece de fundamentação apresentar-se-ia como autoritária e antidemocrática. Esta decisão

autocrática seria apenas a demonstração da vontade-poder unilateral do magistrado, padecendo de qualquer legitimidade racional.

Por outro lado, uma decisão fundamentada a partir do princípio constitucional do contraditório, teria a sua legitimidade materializada na participação concreta dos demais sujeitos processuais.

1. A constitucionalização do processo e dos princípios constitucionais

A Constituição Republicana, tendo por preceito básico a democracia, trouxe diversas garantias direcionadas à proteção da liberdade e dos direitos fundamentais. A força imperativa da Constituição, em razão da sua natureza, *contaminou* todo o ordenamento jurídico, dando vitalidade constitucional para todo o conjunto normativo.

Este *efeito de irradiação* constitucional possibilitou a afirmação de que toda a legislação válida e toda a discussão afeta ao direito, deverá ser permeada pelas premissas constitucionais.

Assim, é preciso dizer que não existe mais um direito puramente processual. Não se pode falar mais em Direito Processual, mas, em Direito Processual Constitucional. Houve, concretamente, a constitucionalização do ordenamento jurídico.

Esta constitucionalização do direito solidificou a percepção de que o processo não pode mais ser entendimento apenas como o instrumento ou caminho da formalização da decisão judicial. Antes de tudo, o processo deve ser entendido como a garantia fundamental que o indivíduo possui frente ao Estado.

A partir da Constituição houve uma virada conceitual na ideia de processo, contraditório, ampla defesa, dentre muitos outros princípios afetos ao provimento jurisdicional.

Essa virada conceitual em face dos princípios é demonstrada da seguinte forma:

a) Princípio do Devido Processo Legal

O art. 5º, LIV, da CR/88, traz que "*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*". Este princípio funciona como norte de todos os demais princípios que devem ser observados no processo.

> (...) É pacífico o entendimento de que o devido processo legal funciona como um supra-princípio, um princípio-base, norteador de todos os demais que devem ser observados no processo. Além do aspecto processual, também se aplica atualmente o devido processo legal como fator limitador do poder de legislar da Administração Pública, bem como para garantir o respeito aos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, (NEVES, 2016, p. 113).

O *due processo of law* é a garantia constitucional ao processo regular equilibrado, assegurado a todos os cidadãos. Basicamente, indica as condições mínimas pelas quais um processo deve ser desenvolvido. É o critério a ser observado pelo juiz e pelos demais sujeitos na dinâmica processual.

Se o *acesso à justiça* constitui-se materialmente na visão de que o judiciário está "aberto" ao cidadão em situações de ameaça ou lesão ao direito, o devido processo legal, essencialmente, indica as regras mínimas para o desenvolvimento da persecução coordenada de atos. Nas palavras de Scarpinella (p.49), *o devido processo legal seria o método de atuação do Estado-juiz para lidar com a afirmação de uma situação de ameaça ou lesão a direito*.

Afirma ainda:

> Trata-se de conformar o método de manifestação de atuação do Estado-juiz a um padrão de adequação aos valores que a própria CF impõe à atuação do Estado e em conformidade com aquilo que, dadas as características do Estado brasileiro, esperam aqueles que se dirigem ao Poder Judiciário obter dele como resposta, É um princípio, destarte, de conformação da atuação do Estado a um especial (e percebido) modelo de agir. (SCARPINELLA, 2017, P.49).

É preciso entender que o devido processo legal simboliza a obediência às normas processuais, garantindo às partes um julgamento equilibrado e igualitário, com motivação de todos os atos e decisões, possibilitando um amplo controle dos atos do magistrado.

O devido processo legal, contaminado pela força normativa da Constituição, deixou de ser visto apenas como o conjunto ordenado e coordenado de atos que possibilitaria a formalização do provimento jurisdicional. O devido processo legal, que por essência, agora deve ser entendido como devido processo constitucional, passou a exigir que este conjunto de atos esteja submetido aos princípios constitucionais, principalmente, ao princípio do contraditório.

De forma simples, o conjunto ordenado e coordenado de atos que possibilitaria a formalização do provimento jurisdicional é apenas o procedimento. Por sua vez, processo é o procedimento submetido ao contraditório.

b) Princípio da Isonomia

O artigo 7º do CPC disciplina o Princípio da Isonomia como sendo um dever do órgão jurisdicional[4].

A isonomia processual reflete a percepção da paridade de armas. A lei deve tratar a todos de forma igualitária no processo, devendo o juiz demonstrar um certo distanciamento, deixando transparecer que não haverá favorecimento a nenhuma das partes envolvidas no processo.

> A regra de que a lei deve tratar a todos de forma igual (art. 5º, caput e inciso I da Constituição Federal) aplica-se também ao processo, devendo tanto a legislação como o juiz, garantir às partes uma paridade material (art. 139, I, do NCPC), como forma de manter equilibrada a situação judicial entre elas.
> A isonomia no tratamento processual das partes é a forma, inclusive, do juiz demonstrar a sua *imparcialidade*. Um exemplo claro desta isonomia ou

[44] NCPC. Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

> paridade de armas consiste na previsão dos prazos recursais. O prazo para as contrarrazões será sempre igual ao prazo do recurso (NEVES, 2016, p. 133).

Caso na relação processual não exista a isonomia entre as partes, o que haverá será a imposição da vontade de uma sobre a outra, negando-se assim, o próprio conteúdo democrático do processo constitucional.

É preciso destacar, em respeito à Constituição, que o discurso da isonomia não deve ser apenas no plano formal. A isonomia processual deve ser materialmente garantida, para que concretamente, as partes tenham a capacidade do debate igualitário.

A isonomia formal é apenas o direito ao direito de igualdade processual. A isonomia material (constitucionalmente exigida), por sua vez, garante não apenas o direito ao direito, mas sim, a igualdade processual de fato.

c) Princípio da Imparcialidade do Juiz

A imparcialidade judicial deve ser descrita como o afastamento desinteressado, pelo juiz, dos demais sujeitos processuais. Ou seja: o juiz não poderá escolher por um dos lados do processo. O seu interesse deverá ser apenas pela solução dos questionamentos suscitados. O tratamento dado às partes deve ser isonômico, devendo ser garantido o contraditório e a ampla defesa em situação de paridade. Além de imparcial, o juiz tem de ser, também, *impartial.*

Como preleciona Marinoni, *o pressuposto essencial da imparcialidade é a independência. A independência é um "statut" que torna possível a "vertu" imparcialidade*. Pela visão constitucional, o problema da *independência judicial* está ligado ao da *imparcialidade.* (MARIONI, 2016, p. 185)

O distanciamento do juiz, consistente na sua imparcialidade ou no seu desinteresse, é consequência e ao mesmo tempo condição para o princípio da isonomia. A imparcialidade processual permitirá ao magistrado analisar as teses e antíteses processuais sem uma preferência por esta ou

aquela parte. Não haveria um *pre*conceito por uma ou outra parte e o seu conceito seria firmado por aquilo que foi construído durante o debate processual.

d) Princípio da Publicidade dos Atos Processuais

A publicidade dos atos processuais possibilita a fiscalização sobre as atividades praticadas pelos juízes, permitindo um maior alcance de confiança pela sociedade. Está prevista no art. 5º, LX, que prevê que *a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem*, e também no art. 93, IX, ao descrever que *todos os julgamentos dos órgãos do poder judiciário serão públicos*.

> O princípio da publicidade permite que os atos processuais sejam suscetíveis de conhecimento pelos interessados e envolvidos no processo, como também por qualquer pessoa, podendo manusear os autos, assistir as audiências e julgamentos, quer em primeiros, como em segundo grau de jurisdição, (JORGE, p. 7).

O princípio da publicidade dos atos processuais tem a função de dar conhecimento dos atos processuais aos litigantes e também de dar conhecimento à sociedade sobre a atuação do judiciário, assegurando aos interessados, caso queiram, manifestarem no processo.

A publicidade é uma garantia de respeito aos direitos fundamentais, pois limita, sobremaneira, as arbitrariedades e violências que na *surdina* poderiam ser cometidas.

A publicidade permite a visibilidade. Por sua vez, a visibilidade limita o abuso.

e) Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa

A ampla defesa é o direito de se defender mediante todos os meios e recursos a ela inerentes. Seu fundamento está na disposição de alegar os

fatos relevantes juridicamente com todas as possibilidades de comprová-los por todos os meios em direito admitidos. É um direito constitucional subjetivo, assegurado ao acusado como parte figurada do polo passivo.

Comumente, a ampla defesa é descrita pela autodefesa, consistente na defesa pessoal daquele que é acusado (por meio do interrogatório) e na defesa técnica, promovida por aquele que tem habilitação jurídica (advogado, procurador, defensor público, etc).

Por sua vez, o contraditório é descrito pela expressão *audiatur et altera pars* (ouça-se a parte contrária) e tem uma função voltada ao esclarecimento do litígio. Não é posto apenas às partes, mas também ao próprio juiz.

O contraditório permite ao juiz ajustar a sua decisão, com a maior proximidade possível, àquilo que seria razoável.

Segundo o artigo 5º, LV, da CR/88, *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios de recurso a ela inerentes*.

> Tradicionalmente, considera-se que o princípio do contraditório é formado por dois elementos: a informação e a possibilidade de reação. Sua importância é tamanha que a doutrina moderna entende tratar-se de elemento componente do próprio conceito de processo. (...) Nessa perspectiva, as partes devem ser devidamente comunicadas de todos os atos processuais, abrindo-se a elas a possibilidade de reação como forma de garantir a sua participação na defesa de seus interesses em juízo. Sendo o contraditório aplicável a ambas as partes, costuma-se empregar a expressão "bilateralidade da audiência", representativa da paridade de armas entre as partes que se contrapõem em juízo, (NEVES, 2016, P. 115).

Ensina Barroso, que a ampla defesa é analisada como garantia do indivíduo (acusado), enquanto que o contraditório seria uma garantia do próprio processo.

> A atividade processual desenvolvida pelas partes, com a apresentação de argumentos, com requerimentos de provas, construindo teses, consubstancia

> autêntica contribuição para a formação do convencimento do juiz, também beneficiado com a exploração contraditória, (BARROSO, 2010, P. 6).

Sem prejuízo de entender o contraditório como garantia assegurada à parte de ter conhecimento de todos os atos que se realizam no processo, para, a partir dessa ciência, produzir reação, é preciso compreender que é indissociável do seu conceito, a coparticipação dos sujeitos processuais.

Em outras palavras: o contraditório é o exercício dialético desenvolvido pelos sujeitos processuais, consistente na construção participada das decisões.

É preciso entender, conforme mencionado acima, que o contraditório não pertence apenas às partes (autor – acusado), mas também ao juiz.

O Princípio do Contraditório deve ser compreendido como a garantia assegurada às partes no processo de influenciar a decisão do magistrado, assegurando o diálogo e evitando uma atuação autoritária do órgão judicial.

> O CPC/2015 andou bem ao privilegiar não apenas o aspecto formal deste princípio (bilateralidade de audiência), mas também a sua aplicação como direito de influência, de modo que esta interpretação mais ampla é perfeitamente compatível com o direito brasileiro, (MOREIRA, 2016).

No âmbito processual do Estado Democrático, o contraditório requer uma participação mais ampla das partes, objetivando a contribuição por elementos concretos de cooperação. A participação ativa dos sujeitos processuais permite a influência - inclusive - nas questões decididas de ofício, certificando, assim a garantia da não surpresa das decisões[5].

Para o processo democrático, o contraditório que interessa não deriva do *verbo contradizer* e sim do *verbo construir*. Afirmar que o processo é o procedimento submetido ao contraditório, não é o mesmo que dizer que o processo é o procedimento submetido à sua contradição.

---

[5] NCPC. Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidades de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

O processo submetido à contradição é o processo submetido à sua negação. A negação do processo, por sua vez, é a negação da própria democracia.

Processo só é processo se submetido ao contraditório. Processo só é processo se submetido à cooperação das partes no exercício dialético consistente na construção participada das decisões.

O contraditório não pode ser entendido como a competição entre a tese e a antítese. A tese é a completada pela antítese e esta é o pressuposto da tese. É desta forma que o magistrado chega à síntese (sentença).

f) Princípio da Boa-Fé e Lealdade processual

Muitas vezes o processo judicial é visto e compreendido como um concurso de ideias ou como uma competição de teses, na expectativa de que vença o melhor argumento.

Todavia, apesar desta perspectiva competitiva, o processo é em verdade o exercício da mútua cooperação entre os sujeitos que ali demandam. Esta mútua cooperação é decorrente da própria concepção anterior na qual foi descrita o conceito de contraditório.

Entendendo o contraditório como sendo a construção participada das decisões, ainda que as teses dos sujeitos processuais sejam divergentes, elas não serão competitivas e sim, cooperativas. Será do exercício dialético entre tese-antítese que surgirá a síntese (decisão).

Oposição de ideias não é o sinônimo de competição de ideias. É a oposição a uma ideia que possibilitará reforçá-la ou rechaçá-la. É este o papel do contraditório. Papel de cooperação e não de competição. A antítese é pressuposto da tese e não a sua negação. A síntese, por sua vez, seria a harmonização entre a tese e a antítese.

Para que isto seja possível, a lealdade (verdade) processual é fundamental. Um sujeito processual necessita confiar no outro, ainda que as suas teses sejam diferentes. A confiança está em saber que o outro também respeitará as regras do jogo e que as provas, contraprovas e as antíteses serão produzidas de boa-fé.

g) Princípio da Fundamentação das Decisões

O princípio da Fundamentação das decisões está previsto no artigo 93, IX da Constituição da República[6]. Segundo ele, todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas de forma explícita, possibilitando à parte saber qual foi o motivo que ensejou o convencimento do juiz.

> Assim percebe-se que a motivação dos atos jurisdicionais exigida pela Constituição acarreta na limitação dos poderes exercidos pelo magistrado, exigindo-se adequada aplicação do princípio da legalidade, demonstrando-se não ter aquele descumprido os direitos fundamentais ou decidido contra a lei ou ter extrapolado a garantia de conhecer as razões que convenceram o juiz a julgar, cuja decisão, se correta, será aplicada em virtude da aplicação dos efeitos do princípio da coisa julgada. (JORGE, p. 6).

A fundamentação das decisões judiciais é uma exigência constitucional, tratando-se de uma observação ao princípio do devido processo legal, sendo um dever do juiz, um direito das partes e uma garantia do poder público. A sua não observância acarreta em nulidade da decisão:

> Quanto a exigência de fundamentação das decisões judiciais, trata-se a um só tempo de princípio processual, dever do juiz, direito individual da parte e garantia da Administração Pública. É um princípio constitucional porque a Constituição a prevê como um padrão imposto aos órgãos jurisdicionais, em caráter geral, cuja inobservância acarreta a nulidade do ato decisório (CF, art. 93, IX). É um dever do julgador, porque deriva do devido processo legal, também assegurado constitucionalmente (CF, art., 5º, LIV), e faz parte essencial da resposta formal que o juiz não pode deixar de dar à parte, segundo a estruturação legal da sentença e das decisões em geral (NCPC, art. 489, II).

Continua:

---

[6] CR/88. Art. 93. (...) IX - todos os julgamentos dos órgãos do poder judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em caso nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

> É um direito da parte, porque, no processo democrático, o litigante tem o direito subjetivo de participar da formação do provimento judicial e de exigir que sua participação seja levada em conta no ato de composição do litígio (NCPC, arts. 6º, 9º, 10 e 11), além de constituir expediente necessário ao controle da regularidade e legitimidade do exercício dos deveres do juiz natural, coibindo abusos e ilegalidades. Como garantia para a Administração Pública, a exigência de motivação vai além da garantia endoprocessual, em benefício das partes, funcionando como uma garantia política de existência e manutenção da própria jurisdição, no que diz respeito ao controle do seu exercício, (SCARPINELLA, 2017, p. 56).

Com o novo Código de Processo Civil, deve-se entender que o juiz não poderá deixar de analisar ponto a ponto o que lhe for apresentado.

A fundamentação da decisão deve possibilitar, também, que o jurisdicionado possa entender o seu raciocínio e quais foram os motivos relevantes que levaram o juiz a decidir daquela forma.

> O que vale destacar é que os juízes, como agentes públicos, devem ter em mente que são passíveis de erros e que a sua função deve ser controlada pela sociedade. Os membros do poder judiciário devem justificar as suas decisões, devem expor claramente como e porque decidem de determinada forma. A decisão não se justifica por si só. (...) O juiz não pode ao decidir, partir do pressuposto de que todos têm a obrigação de adivinhar o seu raciocínio, de entender as razões pelas quais conclui pela procedência ou improcedência de um pedido. Muitas vezes - várias involuntariamente - os juízes imaginam ter sido suficientemente claros ao decidirem uma causa ou um incidente no processo. (BARROSO, 2010, p. 8).

O princípio da fundamentação da decisão está explícito na percepção de que a decisão não se justifica por ela mesma. A premissa de que "é assim por que é" não vale para as decisões judiciais. O "não sei, só sei que foi assim" não pode servir para o jurisdicionado.

É direito do jurisdicionado saber a essência da decisão judicial, não sendo suficiente conhecer apenas a sua substância.

Conhecer a essência de uma decisão judicial é conhecer as razões pelas quais a decisão foi tomada. Para que isto seja possível, é imprescindível, sobretudo, que a decisão seja fundamentada com fincas no contraditório.

Como dito anteriormente, o contraditório não pertence apenas às partes (autor-réu). O contraditório pertence aos sujeitos processuais, dentre eles o juiz.

Em razão do princípio da imparcialidade e também da inércia jurisdicional, a fundamentação das decisões deverá ser construída a partir daquilo que foi posto e contraposto pelas partes durante a instrução processual.

Que a decisão judicial deve ser fundamentada ficou claro. As perguntas a serem formuladas agora são outras:

Qual a fundamentação interessa?

Como se dará a fundamentação?

Esta é a perspectiva deste trabalho.

2. A fundamentação das decisões enquanto materialização do princípio do contraditório.

O princípio do contraditório já foi descrito anteriormente neste trabalho como sendo o exercício dialético dos sujeitos processuais, consistente na construção participada das decisões.

A elaboração deste conceito é trazida em diversos manuais, artigos e trabalhos acadêmicos. O problema é que este conceito, metafisicamente trazido, não é suficiente para um Estado que se pretenda verdadeiramente democrático.

Dizer o que é o contraditório e que ele é um direito fundamental na relação processual é importante, mas não é suficiente.

Admitir que as partes examinem as provas apresentadas e produzam as suas próprias provas e contraprovas é necessário, mas ainda assim, o contraditório é apresentado apenas formalmente.

Para que o Devido Processo Constitucional exista de fato, é necessária a materialização do contraditório.

E como se dá a materialização do contraditório?

É importante deixar claro que a decisão judicial que enxerga apenas um lado da história não é democrática. Não sendo democrática, não há o que se falar em materialização do contraditório.

Imaginar que a parte exerceu o contraditório simplesmente porque teve a oportunidade de manifestar-se sobre a prova contrária, ou simplesmente porque teve a disposição de produzir a própria prova é, no mínimo, inocência. Esta situação reflete nada mais do que a apresentação formal ou metafísica do princípio do contraditório. É o direito a ter o direito, mas não é o direito a ter de fato o contraditório.

Do que adianta a parte produzir a sua prova se ela sequer é apreciada pelo juiz?

Do que adianta apresentar a antítese, se o fundamento da decisão judicial nada mais é do que a transcrição da tese?

Para que o contraditório exista de fato (e não apenas no mundo das ideias), é preciso que a decisão judicial seja nele fundamentada. A materialização do contraditório é a sua demonstração concreta na decisão judicial.

Então, como isso será possível?

2.1. A observância dos princípios constitucionais para a legitimação das decisões judiciais

A decisão é legítima quando atende a todos os requisitos necessários para a sua concretude. É ímpar que o juiz ao decidir, esteja atento aos princípios constitucionais, até para que a decisão não seja eivada de vícios.

> (...) porém ainda que respeitado tais princípios, não teria sentido ser proferida uma decisão judicial sem que o magistrado tivesse explicado, demonstrado como atingiu a conclusão necessária para apontar e determinar o direito correto ao caso concreto, ou seja , sem que tivesse fundamentado, motivado a decisão, pois sem o respeito ao princípio da fundamentação das decisões judiciais, corre-se o risco do arbítrio, do subjetivismo do juiz, o que não se pode permitir. (JORGE, P. 2 e 3).

A decisão para que seja legítima deve ser fundamentada. O juiz deve demonstrar quais foram as razões que o convenceram àquela decisão.

É preciso compreender que o respeito aos princípios constitucionais não é uma faculdade do magistrado, mas sim, um dever. Um dever não apenas deôntico no sentido de *dever ser*, mas um dever ôntico, um dever material. É o dever de respeito aos princípios constitucionais-processuais que transformam o processo na garantia do cidadão em face do eventual abuso pelo Estado.

O primeiro passo para que a decisão judicial consista na materialização do princípio do contraditório é enxergar que cabe ao magistrado respeitar os princípios e normas descritos pela Constituição.

A observância dos princípios constitucionais é pressuposto para uma decisão judicial que pretenda ser, no mínimo, democrática.

2.2. Do necessário enfrentamento de todas as teses apresentadas

É necessário que o magistrado, na fundamentação, demonstre que houve o enfrentamento de todas as questões suscitadas.

> A legitimidade da decisão jurisdicional depende não apenas de estar o juiz convencido, mas também de o juiz justificar a racionalidade de sua decisão com base no concreto, nas provas produzidas e na convicção que formou sobre as situações de fato e de direito. Ou seja, não basta o juiz estar convencido - deve ele demonstrar *as razões de seu convencimento a partir do diálogo entretido com as partes* ao longo do processo, como aliás, frisa no novo Código de processo Civil e, seus artigos 7º, 9º, 10 e 489, § 1º. Isso permite o controle da atividade do juiz pelas partes ou por qualquer cidadão, já que a sentença deve ser de um raciocínio lógico-argumentativo capaz de ser demonstrada mediante a relação entre o relatório, a fundamentação, a parte dispositiva, as alegações formuladas e as provas produzidas pelas partes no processo, (MARIONI, 2016, p.115,116).

Continua:

> A motivação da decisão no Estado Constitucional, para que seja considerada completa e constitucionalmente adequada, requer uma articulação mínima, em síntese: (i) a enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão judicial para, (i.i) individualização das normas aplicáveis; (i.ii) acertamento das alegações de fato; (i.iii) qualificação jurídico do suporte fático; (i.iv) consequências jurídicas decorrentes da qualificação jurídica do fato; (ii) o contexto dos nexos de implicação e coerência entre tais enunciados; e (iii) a justificação dos enunciados com base em critérios que evideciam ter a escolha do juiz ter sido racionalmente correta. Em "i" devem constar, necessariamente, os fundamentos arguidos pelas partes, de modo que se possa aferir a consideração séria do órgão jurisdicional a respeito das razões levantadas pelas partes em suas manifestações processuais, (MARIONI, 2016, p. 514)

A necessidade da completa motivação decorre do direito ao contraditório dos sujeitos processuais, entendido como sendo um direito dado às partes para influenciar ao juiz, colocando-o como dos sujeitos do contraditório. A fundamentação deve, assim, estar devidamente estampada na decisão.

> (...) acerca da motivação das decisões judiciais, conclui-se que para se ter uma decisão justa, o juiz deve respeitar as garantias constitucionais elencadas na Constituição Federal, por respeito ao contraditório, visto que a parte vencida deverá recorrer, o juiz deve mencionar os motivos que levaram ao seu convencimento, além de facilitar o julgamento na instância superior e dar ao público em geral entender as causas da decisão, (KRIEGER, 2012).

Humberto Theodoro Junior, acerca da participação das partes na decisão judicial, ensina que a democracia e o contraditório estão ligados intimamente. Para ele, no campo da jurisdição e do processo, exige-se uma nova fase metodológica, voltada para o modelo do *contraditório democrático*, fortalecendo o papel das partes e do juiz, no domínio dos fatos e na valoração jurídica do direito. Aduz o autor, que a lógica dedutiva é substituída pela lógica argumentativa e o contraditório é o espaço para se exercer um direito de influenciar o magistrado na sua decisão:

> "(...) a lógica dedutiva de resolução de conflitos é substituída pela lógica argumentativa, fazendo que o contraditório, como direito de informação/reação,

> ceda espaço a um direito de influência. Nele a ideia de democracia representativa é complementada pela de democracia deliberativa no campo do processo, reforçando assim, "o papel das partes na formação da decisão judicial", (THEODORO JUNIOR, 2016, p.108").

É por meio da fundamentação das decisões que poder-se-á verificar a observância dos princípios constitucionais aplicados, demonstrando que foi efetivado o direito ao contraditório.

> É importante ter sempre presente que o contraditório assegurado pela Constituição compreende a possibilidade de influência de todos os sujeitos do processo (inclusive as partes) na formação do provimento pacificador do litígio. Sem a motivação adequada, não se poderá aferir se a sentença apreciou, realmente, as razões e defesas produzidas pelas partes, nem se permitirá o necessário controle do comportamento do julgador pelos interessados mediante mecanismos do duplo grau de jurisdição, (THEODORO JUNIOR, 2016, p. 117)

Com dito anteriormente, ao optar por uma tese, sem considerar a antítese, o magistrado estará ferindo a concretude material do contraditório.

O não enfrentamento de todas as teses enfrentadas, condiciona o contraditório apenas à sua concepção metafísica. Entretanto, para um Estado Democrático de Direito, o que se espera é uma aplicação contra-metafísica do contraditório.

Dizer que em determinada relação processual houve a aplicação do contraditório simplesmente porque uma parte pôde apresentar as suas provas e analisar as provas contrárias, é reduzir o princípio constitucional à uma concepção meramente formal.

Repete-se: seria ter o direito a ter o direito, mas não seria o direito de fato.

A concepção formal do contraditório é importante, para que assim seja possível saber o que é e como funciona. Todavia, esta concepção ideativa não é suficiente.

Para que de fato e materialmente se possa falar em contraditório, é necessário que o juiz, ao decidir, enfrente todas as questões que lhe são

postas. É preciso destacar, que este enfrentamento não pode ser meramente descritivo, pois isto também não seria o contraditório. O enfrentamento tem que ser analítico, devendo o magistrado dizer as razões e os fundamentos que justifiquem a rejeição de uma tese em prol de outra.

A lógica é muito simples: o não enfrentamento analítico de todas as teses implicará em desrespeito material ao princípio do contraditório; o desrespeito ao contraditório viola o devido processo legal; a decisão que viola o devido processo legal é inconstitucional e, por sua vez, é passível de nulidade.

Como dito na introdução, a legitimidade está na possibilidade daquele que é destinatário da lei, ser ao mesmo tempo, o seu criador. Assim, a legitimidade de uma decisão judicial está na possibilidade do seu destinatário ter participado do seu processo de construção a partir do contraditório.

A decisão que viola o princípio material do contraditório não será democrática. Ela será autocrática, abusiva e arbitrária.

2.3. Da nulidade da decisão por falta de fundamentação

A fundamentação da decisão é um ato essencial e sua ausência é um vício grave, de forma que a sentença não fundamentada é absolutamente nula. Neste sentido, pode-se dizer que a completa fundamentação não pode ser dispensada, pois é por ela que o juiz enfrentará todas as questões relevantes de fato e de direito.

Reforçando a previsão Constitucional, o NCPC também consagra a importância da fundamentação das decisões. O artigo décimo primeiro do Código de Processo Civil traz que *todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário, serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.*

Ressalta-se que a fundamentação é indispensável para a fiscalização das atividades judiciárias. Gonçalves (pag. 84) ensina que *sem a*

fundamentação, as partes, os órgãos superiores e a sociedade não conheceriam o porquê de o juiz ter tomado aquela decisão.

Destaca-se que o legislador passou a exigir que da fundamentação, fosse possível extrair que todas as questões foram enfrentadas.

> A fundamentação da sentença, diante da sua essencialidade, foi tornada obrigatória pela Constituição (arts. 93, IX, da CF, e 11 do CPC). Isso evidencia uma absoluta diferença entre a norma criada pela legislador e a sentença. A norma geral não é justificada. A chamada "exposição de motivos" que por vezes a acompanha não integra a lei, (MARIONI, 2016, p. 116).

O artigo 489 do CPC enumera quais são os elementos essenciais da sentença[7]. A não observação destes elementos acarretará na nulidade da decisão.

Nota-se que os requisitos essenciais da sentença dizem respeito a sua estrutura; é um resumo de tudo o que se passou no transcurso do processo, devendo conter a exposição dos fatos e das razões suscitadas pelas partes e, também, as ocorrências relevantes surgidas durante a sucessão de atos, de modo que qualquer pessoa possa compreender como a decisão foi proferida.

Elementos essenciais são obrigatórios e, portanto, a falta de qualquer um deles ocasionará na nulidade do decidido.

O que dizem os Tribunais a respeito?

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL. ACÓRDÃO OMISSO. SENTENÇA ANULADA POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO MANIFESTAÇÃO ACERCA DA MANUTENÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. (TJ-GO - APL: 634048120168090052, Relator: DR(A). SIVAL GUERRA PIRES, Data de Julgamento: 07/11/2017, 2A CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: DJ 2430 de 19/01/2018)

---

[7] Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo em que o juiz analisará as questões principais que as partes lhe submeterem.

> RESCISÃO CONTRATUAL E REINTEGRAÇÃO DE POSSE. EXPLORAÇÃO DE QUIOSQUE NA ORLA MARÍTIMA. SENTENÇA ANULADA POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. (TJ-RJ - APL: 00272342420118190209 RIO DE JANEIRO BARRA DA TIJUCA REGIONAL 4 VARA CIVEL, Relator: RICARDO RODRIGUES CARDOZO, Data de Julgamento: 26/07/2016, DÉCIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 28/07/2016)

> PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ OU AUXÍLIO-DOENÇA. SENTENÇA ANULADA POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO (ART. 489, § 1º, IV, DO CPC). APLICAÇÃO DO ART. 1.013, § 3º, IV. INCAPACIDADE TOTAL E TEMPORÁRIA. BENEFÍCIO DEVIDO. PARCIAL PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. (TRF-3 - AC: 00134818820174039999 SP, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS, Data de Julgamento: 26/06/2017, OITAVA TURMA, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/07/2017)

Observe-se que em todos os casos, a carência da fundamentação acarretou em nulidade do julgado.

Pelas jurisprudências apresentadas, é possível perceber que há uma busca pela concretização do processo democrático.

O "decidir por decidir" não é mais suficiente. É necessária a busca incessante pela democratização do processo judicial e isto só será possível quando efetivamente o contraditório for observado como elemento essencial da decisão judicial.

É preciso ressaltar que a redação do art. 489 do CPC não retirou do juiz a característica da pessoalidade da sua decisão. Ao enfrentar o processo, após analisar o conjunto probatório, ele proferirá pessoalmente a decisão.

> Quero com isso dizer que, diferente do que entende parcela da doutrina, o art. 489 do CPC não retira da decisão judicial sua característica de ato de criação solitário pelo magistrado. O juiz pode até estar mais controlado e sua atuação mais supervisionada pela lei mas no final do dia é sempre o juiz, no isolamento de seu gabinete ou casa, quem profere a decisão. E é ali que ele faz interpretações a respeito do Direito que obviamente são influenciadas pela suas opiniões pessoais. Afinal, adotar um dentre vários entendimentos doutrinários

> plausíveis não é ato humano que expressa opinião pessoal? Uma opinião fundada em argumentos sólidos, mas ainda assim, uma opinião pessoal, (NEVES, 2016, p. 124).

Por outro lado, o juiz passou a ser sujeito do processo (e não o seu dono), atuando em igualdade com as partes na construção de um provimento jurisdicional.

A materialização do contraditório no momento da decisão condicionará o magistrado a julgar com base no debate isonômico ocorrido durante a instrução processual. Não poderá o magistrado, conforme ensinado por Lenio Streck, ter o descuido de julgar apenas com base na sua consciência, ou seja, de julgar com base numa ideia da responsabilidade subjetiva.

Em entrevista a Revista Consultor Jurídico em 15 de maio de 2014, 8hoo, disse Streck:

> O perigo de tal afirmação — a de que o juiz decide conforme a sua consciência (ou segundo uma instância de *fundamentum inconcussum* como o *ens creatum)* — reside na possibilidade de o juiz valer-se, por exemplo, de argumentos metajurídicos criados *ad hoc* para legitimar sua decisão, que segundo "sua consciência" deveria apontar em certa direção (e que talvez pudesse ser diferente dependendo do juiz ou do humor do mesmo juiz naquele dia) para mitigar as consequências indesejáveis de sua decisão. Ou o juiz valer do conhecimento empírico "da realidade ao seu redor"

Com isto, fica evidentemente claro que não caberá ao magistrado, isoladamente, encontrar o caminho para o provimento jurisdicional. O julgamento de Salomão (heterônomo e puramente impositivo) não interessa para a democracia. O processo democrático exige a autonomia. Exige a construção participada das decisões.

Conclusão

É preciso compreender que nem toda a vitória é honrosa e nem todo sucesso é decente.

Ainda que o processo seja compreendido como competição de teses ou como a vitória do melhor argumento, será preciso respeitar a concretude do princípio do contraditório. Mesmo na competição, os competidores deverão estar posicionados em uma situação de paridade. Caso contrário não será competição. Será demonstração de força.

Não há mérito quando se vence àquele que não tinha condições de vencer.

Esta também é a lógica processual. Se às partes não são garantidas as situações de paridade e isonomia e, se no momento de julgar, não são enfrentadas todas as teses, não há o que se falar em contraditório. O processo seria apenas o instrumento formal de imposição de uma vontade sobre a outra. O processo nada mais seria do que um instrumento de poder.

Quando uma das partes nunca teve a possibilidade de *vencer* o processo, também não haverá vitória do ganhador. Haverá apenas o arbítrio ou a submissão de uma vontade à outra.

Existe contraditório neste tipo de processo?

Se existir, ele será de fachada. Será um conceito fingido e hipócrita.

Felizmente o processo está sendo encarado, ainda que timidamente, como cooperação e não como competição.

Este processo judicial cooperativo pressupõe o contraditório no seu aspecto material e, como descrito durante o texto, esta cooperação não inibe a oposição de teses ou ideias.

A antítese não seria a negação da tese, mas um pressuposto dela. Juntas (tese-antítese) possibilitarão a síntese (decisão judicial).

É máxima de cuidar para que o Estado (juiz) cuide. É descentralizar o poder que outrora estava concentrado nas mãos do julgador e compartilhá-lo com todos os sujeitos processuais.

O que fica claro, na perspectiva apresentada, é que a previsão abstrata da norma não garante o direito ao contraditório. A previsão abstrata nada mais é do que uma meta, um caminho. Ficar na abstração, é legitimar um direito vazio.

O princípio do contraditório deve ser levado à prática a partir de um conhecimento crítico que seja inserido no contexto social. Dito em outros termos: o contraditório deve sair do mundo platônico das ideias e ser posto no mundo concreto e real do processo judicial.

Ao sair do círculo vicioso do formalismo e ao dar aplicação concreta ao contraditório, o sujeito estará autorizado a falar em devido processo constitucional.

A compreensão formal do contraditório é de extrema importância e relevância. É importante para definir o seu conceito e o seu âmbito de aplicação. Mas permanecer no formalismo é negar a própria existência do instituto idealizado.

É por isso que a fundamentação das decisões com base no contraditório, quebra as grades do formalismo e dá coerência prática à este princípio tão basilar para a democracia.

Ao enfrentar todas as teses, provas, contraprovas e antíteses e, ao respeitar todos os princípios constitucionais, o juiz estará dando praticidade ao contraditório. Estará transformando o abstrato em concreto e assim, estará promovendo o devido processo legal e constitucional.

A materialização do contraditório não está na simples oposição de ideias.

O contraditório existirá, de fato, apenas quando a decisão for constitucionalmente fundamentada.

Referências

ANGHER, Anne Joyce (Org.). Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel . 24. ed.São Paulo: Rideel, 2017. 2390 p.

BARROSO, M.L.Contraditório e motivação das decisões judiciais. Disponível em <http://tmp.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/edf_2010/artigos/MarceloLopesBarroso.pdf> Acesso em: 09 de março de 2018 às 22:00

BRANDÃO, Claudio Bezerra. Direitos humanos e fundamentais em perspectiva. Editora Atlas, São Paulo, 2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *STJ - Súmula 123*. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 16 ago. 2007. Disponivel em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=237.2499&se0=1>. Acesso em: 05 mar. 2018.

BUENO, Cássio Scapinella, Manual de Direito processual Civil, 3ª ed.- São Paulo: Saraiva, 2017.

CARNELUTTI, Francesco. As misérias do processo penal. 2ª edição, Campinas-SP. Editora Bookseller, 2002.

COLEN, Guilherme Coelho; GONÇALVES, Antonio Fabricio de Matos; OLIVEIRA,Allan Helber de (Org.). *Direito processual atual*: a produção cientifica da puc minas betim.Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. 240 p.

CRUZ, Clenderson. A Ampla Defesa na Processualidade Demorática. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016.

FIORATTO, Débora Carvalho; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho . A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. 5, p. 8, jan. 2010. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-v/a-conexao-entre-os-principios-do-contraditorio-e-da-fundamentacao-das-decisoes-na-construcao-do-estado-democratico-de-direito#topo>. Acesso em: 01 abr. 2018.

FRANÇA, Mauricio Gomes Pereira. *A natureza juridica da legitimação para agir nas ações coletivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. 200 p.

FRANKENBERG, Günter. MOREIRA, Luiz (organizadores). Direito e Democracia. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Direito Processual Civil esquematizado / Marcus Vinícius Rios Gonçalves; Coordenador pedro lenza.- 6º ed. - São Paulo: Saraiva, 2016 - (coleção esquematizada).

HEGEL. G. W. F. Princípios da filosofia do direito. Editora Martins Fontes, São Paulo, 2003.

JORGE, Nelson Junior. O princípio da motivação das decisões judiciais. Revista eletrônica da faculdade de direito da PUC-SP. São Paulo. Disponivel em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/viewFile/735/518 > Acesso em: 06 fev. 2018.

KRIEGER, Mauricio Antonacci. Das Garantias Constitucionais: Motivação das Decisões. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 17 abr. 2012. Disponivel em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.36495&seo=1>. Acesso em: 05 fev. 2018.

MALTA, Sonia Cristina Fagundes Malta. A phrónesis aristotélica e a jurisdição no Estado Democrático de Direito.

MARINONE, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil, volume 1:Teoria do Processo Civil. 2ª. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MOREIRA, Vitoria. *O princípio do contraditório como garantia de influência e não surpresa*. Disponível em:http:///processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/382826918/o-principio-do- contraditorio-como-garantia-de-influencia-e-nao-surpresa>. Acesso em: 02 abr. 2018.

NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. Pressupostos processuais penais. Editora Mandamentos. Belo Horizonte, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. Manual de Direito Processual Civil, Volume Único. 8ª. ed. - Salvador: Juspodivm, 2016.

PEREIRA, Rodolfo Viana. Hermenêutica filosófica e constitucional. 2ª edição. Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2007.

STRECK, Lenio. O decido conforme a minha consciência dá segurança à quem?. Site consultor jurídico, disponível em https://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-alguem. Acesso em 18 de abril de 2018.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I / Humberto Theodoro Júnior. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VEIGA, Fabrício. A finalidade das provas no processo civil democrático. (pág. 123). Temas relevantes do ensino jurídico (organizador Leonardo Tibo B. Lima). Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2014.

VILAS BÔAS, Francisco José. Dignidade humana e justiça social. Editora Perse, Belo Horizonte, 2013.

_____, O que é dignidade humana? (pág. 61). Temas relevantes do ensino jurídico (organizador Leonardo Tibo B. Lima). Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2014.

21

Condenações pedagógicas nas ações civis públicas na justiça do trabalho: em busca da efetividade dos direitos difusos no Direito do Trabalho

Graciane Rafisa Saliba [1]

1 Considerações iniciais

A dignidade do trabalhador, mediante atendimento das condições de labor e atendimento das normas trabalhistas constitui o cerne para a construção de um sistema produtivo equilibrado no Estado Democrático de Direito. O cumprimento das normas trabalhistas, desde remuneração, jornada, repousos, contratos e férias, até as normas que coíbem a discriminação e trazem o reconhecimento das especificidades das mulheres, bem como as normas de saúde, segurança e higiene possibilitam o alcance de um meio ambiente do trabalho equilibrado e digno.

Ao serem elencados como direitos fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os direitos trabalhistas, a saúde, a segurança no meio ambiente do trabalho e a expressa vedação da discriminação demandam a inserção e programação de políticas públicas, sociais e econômicas que favoreçam a eliminação ou, ao menos, a redução

[1] Doutora em Direito Privado e Mestre em Direito Público pela PUC/Minas. MBA em Direito do Trabalho pela FGV, com extensão pela *Ohio University*, Estados Unidos, e em *Derecho del Trabajo y Crisis Economica* pela *Universidad Castilla la Mancha*, Espanha. Graduada em Direito pela UFMG. Professora do curso de Direito da Universidade de Itaúna e Faculdade de Pará de Minas. Professora de cursos de pós-graduação. Advogada. Bolsista na Academia de Direito Internacional de Haia, Holanda. Membro da ILA – *International Law Association*.

dos riscos no próprio ambiente de trabalho. Além dessas medidas, outras de caráter pedagógico se destacam, implementadas pelo Judiciário, com o propósito de demonstrar aos empregadores que as medidas de precaução, redução ou eliminação dos riscos ambientais devem ser implementadas, haja vista que os valores de condenação são elevados, e um projeto de redução seria mais vantajoso e viável.

Nesse sentido vislumbra-se a implementação de um padrão de cunho também prevencionista, já que a possibilidade de condenações com valores condizentes com um caráter pedagógico visam ao desincentivo de medidas que violem ou dificultem a efetividade do direito do trabalho. A atuação do Poder Judiciário se faz essencial para que, assim, a dignidade humana seja alcançada, com condições laborais que propiciem um bem-estar e qualidade de vida.

Assim, analisar-se-á o direito humano e fundamental ao meio ambiente do trabalho equilibrado, bem como sua inserção como direito difuso e a busca de sua implementação por meio das ações civis públicas. Em seguida, passar-se-á a superação das condenações com efeito meramente ressarcitório, e buscando, nas condenações com o caráter pedagógico a efetividade dos direitos fundamentais.

2 Direito fundamental ao trabalho digno

A promoção do direito fundamental e universal ao trabalho digno constitui-se como uma das finalidades do Estado Democrático de Direito, por possibilitar o alcance da dignidade humana. O cumprimento das normas trabalhistas de proteção à saúde, à segurança e à não discriminação revelam o caráter enaltecedor para a inserção dos direitos trabalhistas como direitos fundamentais expressos inclusive na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Há uma simbiose, ou seja, uma reciprocidade entre os direitos humanos, já que não é possível o exercício da vida digna sem que as condições sejam propícias. Gabriela Delgado explicita:

> No âmbito da vida real o trabalho deve revelar o homem em sua dimensão maior de ser humano. Por isso o eixo teórico da obra, ora formulada, parte do pressuposto de que o trabalho, enquanto direito universal fundamental, deve fundamentar-se no referencial axiológico da dignidade da pessoa humana. (DELGADO, 2006, p. 203)

O respeito e o cumprimento às normas trabalhistas revela a adequação do meio ambiente do trabalho, envolvendo, além das normas de contrato, remuneração, férias, alcança especialmente as normas de saúde, segurança e não discriminação.

Tema tratado na Organização das Nações Unidas (ONU), que inclusive promoveu a Conferência de Estocolmo, em 1972, cujo tema central foi o meio ambiente humano, foi amplamente difundido a partir daí, culminando na inclusão nos instrumentos nacionais, como ocorreu na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, que expressamente, no art. 225, ressaltou que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações" (BRASIL, 1988).

O atendimento dos preceitos ambientais expressa uma preocupação não meramente financeira, para manutenção das atividades industriais, mas vai muito além, atingindo o direito à vida, à saúde e as condições dignas de trabalho. Além disso, ultrapassa o direito individual e permeia a seara indivisível e ampla do direito difuso, já que seu dano não pode ser individualizado e restrito apenas àquele que teve o seu direito ao meio ambiente lesado, mas resplandece e pode atingir toda a sociedade ou grupos, sem que possam, muitas vezes, serem identificados.

Há, pois, que se ressaltar, que o meio ambiente do trabalho se encontra inserido no meio ambiente em sentido amplo, que abrange os mais diversos momentos e setores, como ressalta Sebastião Geraldo de Oliveira:

> O meio ambiente do trabalho está inserido no meio ambiente em geral (art. 200, VIII, da Constituição da República), de modo que é impossível alcançar qualidade de vida sem ter qualidade de trabalho, nem se pode atingir meio ambiente equilibrado e sustentável, ignorando o meio ambiente do trabalho. Nessa perspectiva, a Constituição de 1988 estabeleceu expressamente que a ordem econômica deve observar o princípio da defesa do meio ambiente (Art. 170, VI). (OLIVEIRA, 2010, p. 142)

Ressalta-se a essencial concomitância na aplicação dos direitos fundamentais, haja vista que um reflete diretamente no outro.

O arcabouço jurídico que trata do meio ambiente se prolonga, além da Constituição Brasileira de 1988, em leis, dentre elas a Consolidação das Leis do Trabalho, nos artigos 154 a 201, que impõem regras para os locais de trabalho, com observância das normas de saúde e segurança do trabalhador.

Assim, denota-se que o ordenamento se propõe a uma proteção do indivíduo com o propósito de alcance da própria dignidade humana.

3 Danos ao meio ambiente do trabalho: direito difuso e impossibilidade de individualização

Os danos ao meio ambiente do trabalho ultrapassam a esfera individual, já que, além do prejuízo ao próprio trabalhador, adentra na seara do direito difuso. Isso ocorre no momento em que, afora o mencionado trabalhador, o prejuízo à saúde de um único indivíduo pode levá-lo à tratamento por toda a vida, seja por acidente de trabalho ou tratamento discriminatório com efeitos psicológicos, utilizando o Sistema Único de Saúde (SUS), e sendo necessário acompanhamento médico a este trabalhador, em decorrência de condições inadequadas de trabalho, o que pode retirar a vaga de um outro cidadão que também pode precisar desses serviços, e não ser atendido por excesso de demanda, bem como pode levar a conflitos domiciliares, acarretando prejuízos aos filhos, que da mesma forma repassam isso no convívio com outras crianças em colégios, e também pode pairar sobre a vizinhança. Além de tudo isso, os danos

decorrentes de poluentes também podem ser vislumbrados como difusos, haja vista que, além de tornar o ambiente laboral impróprio, pode atingir diversas pessoas, sem que seja possível individualizá-lo.

Os direitos difusos são aqueles de natureza indivisível, diante dos quais não é possível identificar exatamente quem são os titulares, pois são transindividuais e afetam pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. A definição, apesar da menção no art. 129 da Constituição Brasileira de 1988, foi trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, lei 8.078/90, que expressamente diferenciou:

> Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
> Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
> I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
> II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
> III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. (BRASIL, 1990)

Denota-se uma abordagem marcante do Código de Defesa do Consumidor no tocante à proteção coletiva, o que se alastra pelas outras áreas, não ficando restrita à consumerista, haja vista a aplicação subsidiária inclusive na seara laboral. Embora a proteção individual não tenha sido excluída, a preocupação com a coletividade foi trazida de maneira inovadora, tendo sido a lei 8.078/90 a responsável pela fixação dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Para tanto, com a indivisibilidade dos direitos difusos, o meio de implementação e execução judiciária desses direitos é através de ações coletivas e ações civis públicas, ajuizadas pela Ministério Público do Trabalho e também sendo legitimados para propositura os sindicatos.

Ressalta-se que a mencionada indivisibilidade não impede que alguma pessoa individualmente não esteja sofrendo uma ameaça ou dano, possibilitando o ajuizamento de uma ação individual para indenização por danos materiais e morais, mas, além dessa, há a possibilidade da ação civil pública, pois a própria natureza do direito atinge outras pessoas, como ocorre, portanto, em caso de dano ao direito ambiental.

A indeterminabilidade do direito difuso possibilita que não se exija a concretude do dano a uma determinada pessoa, mas a mera probabilidade de que alguém pode ser atingido.

Diferem dos direitos difusos os direitos coletivos e os direitos individuais homogêneos, ambos expressamente trazidos pelo art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, supramencionado. Simplificadamente, nos direitos coletivos vislumbra-se, a princípio a indeterminabilidade dos titulares o direito, mas são determináveis. Ou seja, para a existência desse direito não há necessidade de se apontar diretamente o titular específico, mas trata-se de um grupo determinável, para o qual o objeto ou o bem jurídico protegido é indivisível, pertence a todos em conjunto e simultaneamente. Da mesma forma dos direitos difusos, os direitos coletivos podem geram também um direito individual ou até um direitos individuais homogêneos, os quais, inclusive, se caracterizam pela existência de mais de um sujeito detentor do direito, determinado, apesar de homogêneo, sendo o nexo entre os sujeitos ativos e os responsáveis pelos danos, uma situação jurídica, seja um fato, ato ou contrato, por exemplo, que tenha origem comum para todos os titulares do direito violado. Nesse caso, pode ser ajuizada uma ação coletiva para a defesa desses direitos, sendo um dos legitimados os previstos no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:
> I - o Ministério Público,
> II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;
> III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

> IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.
> § 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. (BRASIL, 1990)

Salienta-se que na ocorrência de direitos individuais homogêneos não estão proibidas as ações individuais ou ações propostas com litisconsórcio facultativo, ainda que no curso de uma ação coletiva que porventura tenha sido ajuizada pelos legitimados no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor. Vislumbra-se, assim, um objeto divisível, com origem comum, ou seja, o dano ou resultado de um mesmo ato, fato ou contrato atinge a todos os titulares determinados dos direitos individuais homogêneos, podendo o efeito ser diverso para cada um, o que o torna, então divisível.

Enfim, diante das modalidades trazidas expressamente pelo Código de Defesa do Consumidor, a lei 8.078/90, pode ser destacada a violação ao direito fundamental do meio ambiente do trabalho como um direito difuso, haja vista que não somente os trabalhadores daquele local seriam prejudicados, mas uma coletividade indivisível, envolvendo familiares, outros que, como já dito, fiquem à espera de vagas por terem sido ocupadas por aqueles que sofreram danos em acidente de trabalho ou até danos psicológicos por tratamento inadequado no ambiente laboral, bem como podem sofrer danos diversos setores que não seria possível determinar especificadamente. E, para tanto, possibilita-se o ajuizamento de uma ação civil pública na própria Justiça do Trabalho.

4 Condenações de caráter pedagógico: pela efetividade do direito fundamental ao trabalho

Instrumentos jurídicos destinados à defesa dos direitos ou interesses metaindividuais, as ações civis públicas propiciam um repreensão ou

impedimento a danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, histórico, turístico, entre outros que sejam de interesse público, caracterizando-se inclusive como difuso.

> De acordo com a redação original da LACP[2], o objeto desta ação especial residia apenas na reparação de danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.
> Com a promulgação da Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988, a ação civil pública foi guindada à categoria de garantia fundamental, ampliando-se consideravelmente o seu objeto não apenas para a reparação de danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e aos bens referidos no parágrafo anterior, mas também para a "proteção do patrimônio público e social" e "de outros interesses difusos e coletivos"(CF, art. 129, III). (LEITE, 2017, p. 1760)

Após a edição da Constituição Brasileira de 1988, adveio o Código de Defesa do Consumidor, lei n. 8.078/90, que, diante do seu art. 110 acrescentou o inc. IV do art. 1º da lei n. 7.347/85 ressaltando a possibilidade de proteção dos interesses difusos e coletivos. Corroborando o sistema protetivo, a lei complementar n. 75, conhecida como Lei Orgânica do Ministério Público da União, em 1993, fortaleceu o esclarecimento no que tange à utilização da ação civil pública trabalhista.

O art. 83, inc. III da Lei complementar n. 75[3], de 20 de maio de 1993, trouxe a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar ação civil pública "para a defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos", e fez então exsurgir a dúvida para o cabimento das ações que tenham como objeto o direito difuso. Entretanto, o art. 83, III da Lei complementar n. 75 deve ser interpretado conjugado com o art. 129, III[4] da Constituição Brasileira de

---

[2] LACP refere-se a Lei da Ação Civil Pública, lei n. 7.347, editada em 24 de julho de 1985.

[3] Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho:

(...)

III - promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos; (...)

[4] Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

1988, que prevê a utilização da ação civil pública para a defesa do patrimônio público e social e do meio ambiente, além da proteção de outros interesses difusos e coletivos.

A utilização desse meio processual viabiliza a efetividade do direito do trabalho, especialmente aqueles de cunho metaindividual, nos quais não é possível a identificação direta dos destinatários que tiveram seus direitos lesados, pois todos podem ser afetados. A viabilidade do ajuizamento para direitos difusos resplandece como instrumento pertinente ao Estado Democrático do Direito para alcance da dignidade humana.

E, para tanto, dada a importância do direito lesado, e a necessidade de reprimir e reduzir a ocorrência de danos desse tipo, as ações ajuizadas e julgadas procedentes devem ter cunho não meramente ressarcitório, para retornar ao *status quo* anterior ao dano, mas cunho pedagógico e prevencionista. Implica em condenações que tenham um valor elevado, que têm o condão de fazer o empregador repensar o ato antes de fazer uma outra violação, como uma maneira de desestimular a conduta.

Os tribunais pátrios iniciaram, ainda que timidamente, uma linha nesse sentido, mas ainda com indenizações muito aquém do que realmente representaria um desestímulo:

> Em relação ao *quantum* indenizatório, diante da ausência de critérios objetivos na ordem jurídica para o arbitramento da indenização por danos morais, o montante há de ser fixado de modo equitativo, ponderando-se a gravidade da ilicitude e dos efeitos do dano, observados o caráter compensatório, pedagógico e preventivo da medida, a condição social da vítima e a capacidade financeira do ofensor, de modo que a indenização não seja tão elevada a ponto de se tornar fonte de enriquecimento sem causa para a vítima, nem irrisória a ponto de estimular o culpado a repetir o ato ilícito. (Proc. n. 0000476-66.2015.5.03.0143 RO. 4ª turma. TRT 3ª região. Relator Paulo Chaves Correa Filho. Publicado no DEJT 12/12/2017.)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (...)

Da mesma forma, em outras ações de cunho individual, tem se decidido em prol do caráter pedagógico e inibitório de repetição de conduta, ainda que com valores que não representem diretamente essa possibilidade:

> Leva-se em conta, ainda, a capacidade econômica e a culpa do ofensor, a extensão do dano sofrido, a necessidade de punir a conduta faltosa e o caráter pedagógico da reparação (Teoria do Desestímulo), não se olvidando do preceito doutrinário de que a reparação não pode ser fonte de enriquecimento e sim de abrandamento da dor sofrida.
> No caso, a 1ª reclamada teve elevado grau de culpa na situação apurada, visto que deixou de pagar parte relevante da contraprestação do contrato de trabalho. O dano é evidente e gravíssimo.
> Sopesados estes critérios, e tendo em vista o capital social da 1ª ré no valor de um milhão de reais (ID a25c038) e que a resilição contratual se operou em 15/12/2015, conforme foi reconhecido em sentença e não impugnado pelos recursos ordinários interpostos, não sendo quitadas as verbas rescisórias até então, ou seja, passados quase 2 anos de atraso, dou parcial provimento ao apelo obreiro para condená-la ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$ 10.000,00, com juros e correção na forma da Súmula 439 do TST. (Proc. n. 0010219-42.2016.5.03.0054 (RO). 11ª turma. TRT 3ª região. Relatora Desembargadora Adriana Goulart de Sena Orsini. Publicado em 30 nov. 2017).

Ações coletivas e ações civis públicas ainda representam pequena parcela do montante dos tribunais trabalhistas, mas ante a sua importância e celeridade que pode proporcionar tendo em vista o número de litigantes que podem ser atingidos, vem sendo difundidas. As condenações em ações dessa modalidade têm sido maiores, levando a efeito o caráter pedagógico pretendido, e servindo de desestímulo a repetições de condutas, como pode ser verificado no caso abaixo:

> A indenização pelo dano moral objetiva não somente sua reparação, mas também representa desestímulo a recorrências das infrações cometidas. Assim, deve-se levar em conta o caráter preventivo, pedagógico e punitivo em relação ao empregador e compensatório em relação à coletividade lesada pela conduta ilegal da reclamada.

> Por essa razão, o valor fixado a título de indenização por dano moral coletivo deve ser arbitrado em montante razoável para representar uma punição ao ofensor, apresentando também escopo pedagógico no sentido de desestimular a conduta ilícita, devendo ainda proporcionar uma compensação à coletividade pelo dano que lhe foi imposto, respeitados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.
>
> Na hipótese dos autos, observando-se os parâmetros acima traçados, bem como o porte econômico da demandada (com capital social de R$3.000.000,00, fl. 295 e tendo em vista o invocado documento de fl. 423, que noticia lucro no período de março/2014 a fevereiro/2015, de quase seis milhões de reais), considero razoável o valor arbitrado à indenização por danos morais coletivos no importe de R$1.200.000,00.
>
> Mantenho, ainda, os valores fixados para as multas em virtude do descumprimento das obrigações descritas na sentença (fls. 560v/561), cujo objetivo é a efetividade da prestação jurisdicional, sendo que o que se pretende, aqui, é incitar a reclamada ao cumprimento das obrigações. (Proc. n. 0000191-34.2015.5.03.0059 RO. 1ª turma. TRT 3ª região. Relator Desembargador José Eduardo Resende Chaves Jr. Publicado em 01 dez. 2017)

Nota-se, assim, que o valor das indenizações tem o cunho de impingir o caráter prevencionista e pedagógico, e, além de buscar a compensação da lesão à comunidade, tenta também estancar o sentimento de impunidade em face dos ilícitos trabalhistas que ocasionam graves danos sociais.

5 Considerações finais

A efetividade do direito fundamental ao trabalho carece do atendimento do meio ambiente do trabalho equilibrado, atendendo às normas de saúde, segurança e não discriminação, e para tanto, o alcance do direito fundamental ao meio ambiente busca na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 o seu embasamento legal. O cumprimento das normas trabalhistas possibilita a própria qualidade de vida e valorização do trabalhador.

Os danos decorrentes da violação aos direitos trabalhistas de saúde, segurança e não discriminação são de extrema gravidade, não sendo possível determinar exatamente os indivíduos e nem mesmo o grupo atingido,

pois causa efeitos em toda a sociedade, o que torna esse direito difuso, conforme previsão do Código de Defesa do Consumidor. E, para tanto, a legitimidade para propositura de ações, além das individuais, mas as coletivas e ações civis públicas, é capitaneada, dentre outros, pelo Ministério Público, no caso do Trabalho e também associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos, nas quais podem ser vislumbrados os sindicatos.

Nessas ações, dada a dimensão que os danos podem alcançar, e o tipo de direito que se coloca em xeque, as condenações, mais do que nas ações individuais, devem ter caráter pedagógico. Isto é, além da finalidade ressarcitória, deve também servirem de desestímulo a novas condutas violadoras, ou seja a recorrências das infrações cometidas. E, para isso, os valores fixados a título de indenização por dano moral coletivo deve ser arbitrado em montante condizente com o necessário para representar uma punição ao ofensor e com o sentido de desestimular a conduta ilícita, proporcionando, ainda, à coletividade, uma compensação pelo dano que lhe foi imposto, respeitados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Pretende-se, assim, a partir da atuação do Poder judiciário, que sejam adotadas medidas nas empresas voltadas à redução ou eliminação dos riscos ambientais. As ações coletivas e as ações civis públicas têm um papel extremamente relevante nessa vertente, já que as demandas individuais decorrentes das lesões trabalhistas, apesar de possíveis nesses casos, têm um efeito pedagógico muito menor, além de acarretarem elevação desnecessária dos sistema processual trabalhistas, pois poderiam ser utilizadas tutelas metaindividuais ou coletivas, que podem ser até mesmo mais eficientes e eficazes, já que não seria um embate direto entre trabalhador e empregador, e poderiam provocar a inibição da "síndrome do descumprimento das obrigações", com, além do estabelecimento de indenizações, reparatórias, multas coercitivas que tenham caráter pedagógico.

O intuito dessa utilização é, portanto, sobrelevar a dignidade humana, com condições propícias ao desenvolvimento e qualidade de vida para todos os cidadãos, em todos os meio ambientes, sendo necessárias medidas como essas de caráter pedagógico para a efetivação do direito desse direito, cerne do Estado Democrático de Direito.

Referências

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Princípios fundamentais de direito ambiental do trabalho. In:EÇA, Vitor Salino de Moura (Org.). **Trabalho & Saúde.** Belo Horizonte: RTM, 2015. p. 267-291.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 7 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: LumenJ Juris, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 mar 2020.

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 08 mar. 2020.

BRASIL. Lei complementar n. 75, de 20 de maio de 1993. **Lei Orgânica do Ministério Público da União** (LOMPU). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em 06 mar. 2020.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional.** 17. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno.** São Paulo: LTr, 2006.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho.** 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional** – tomo I. 2 ed. Mandamentos: Belo Horizonte, 2002.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Direito Social, direito do trabalho e direitos humanos. *In* SILVA, Alexandre da; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FELIPPE, Kenarik Boujikian; SEMER, Marcelo. **Direitos humanos:** essência do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2007. p.17-37.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** 8 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Indenização por acidente de trabalho ou doença ocupacional.** 8. ed. São Paulo: LTr, 2014.

_____, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador.** 5. ed. (rev., atual. e ampl.). São Paulo: LTr, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 16. ed. rev. e atual. nos termos da reforma cons São Paulo: Malheiros, 1999.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente:** emergência, obrigações e responsabilidade. São Paulo: Atlas, 2001.

22

A redução da tributação sobre cigarros como possível forma de combater o contrabando: uma análise à luz da função extrafiscal do IPI

Jucélia Ana de Fátima Marques [1]
Rayssa Rodrigues Meneghetti [2]

1. Introdução

O presente artigo tem por finalidade analisar se a redução do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)é ou não capaz de combater o mercado ilegal e, por conseguinte, melhorar a saúde da população ao deixar de consumir produtos de baixa qualidade advindos do contrabando ilegal. O Imposto sobre Produtos Industrializados exerce sobre o tabaco uma função extrafiscal proibitiva, razão pela qual, atualmente, como uma maneira de diminuir o consumo do produto pela população, o Estado institui sobre o cigarro uma tributação elevada, objetivando evitar o consumo e com isso proteger a saúde de todos.

A saúde é um direito fundamental e está amparada pela Constituição, em seu artigo 196, e por esta razão deve ser objeto de cuidado pelo Estado, pois a ele cabe o papel de assegurar tal preceito fundamental.Nesse contexto, tendo em vista a importância que a saúde tem para os seres humanos e o dever do Estado de garanti-la, o que se pretende com este

[1] Graduada em Direito pela Faculdade de Minas – FAMINAS-BH. E-mail: jumarques2008@hotmail.com

[2]Doutoranda e Mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna – UIT. Especialista em Direito Processual e Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Professora da Faculdade de Minas – FAMINAS-BH. E-mail: rayssa-rm@hotmail.com

trabalho é analisar se a redução da tributação incidente sobre o tabaco como forma de combater o contrabando e diminuir o risco à saúde pelo consumo de produtos ilegais é uma medida eficaz ou não.

A importância do investimento no estudo deste tema é a necessidade de verificar se a recente polêmica trazida pelo Ministério da Justiça e Segurança sobre a redução do IPI sobre os cigarros é ou não uma alternativa para acabar com o mercado ilegal e melhorar a saúde de todos, uma vez que o consumo do produto afeta não só os fumantes, mas a fumaça extraída do cigarro prejudica a coletividade.

Assim, buscar-se-á apontar os aspectos gerais do IPI e os princípios que permeiam o Código Tributário Nacional, bem como indicar a função que a tributação exerce na sociedade.

Pretende-se, ainda, apontar o atual posicionamento de autores de diversas áreas acerca da redução do imposto, e da Jurisprudência, diante da função proibitiva do tributo e apresentar ao final, uma possível solução para a polêmica posta em análise.

O presente trabalho adotou o método hipotético dedutivo pelo o qual é plausível, através de profunda análise de diversas hipóteses, amoldar-se uma solução para determinada problemática.O método será utilizado e desenvolvido a partir da análise da doutrina, jurisprudência e legislação vigente. A técnica de pesquisa utilizada para elaboração do presente artigo foi a bibliográfica, utilizando como base livros, artigos, legislações e entre outras obras.

2. Aspectos gerais acerca do imposto sobre produtos industrializados

O Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) trata-se de um imposto federal, no qual somente a União possui competência para legislar acerca desse tributo, conforme disposto no artigo 153, inciso IV, da Constituição Federal:

> **Art. 153.** Compete à União instituir impostos sobre:
> I - importação de produtos estrangeiros;

> II - exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;
> III - renda e proventos de qualquer natureza;
> IV - produtos industrializados. (BRASIL,1988)

Dito isso, entende-se por industrializado aquele produto que passou por um procedimento no qual a sua natureza ou finalidade foi transformada, neste sentido corrobora o Código Tributário Nacional, em seu artigo. 46, § único:

> Art. 46. O imposto, de competência da União, sobre produtos industrializados tem como fato gerador:
> (...)
> Parágrafo único. Para os efeitos deste imposto, considera-se industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo. (BRASIL, 1966)

Utilizando-se das palavras do professor Eduardo Sabbag, tem-se o seguinte conceito sobre produto industrializado:

> Considera-se industrializado para fins de incidência de IPI, o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para consumo, tais como a transformação, o beneficiamento, a montagem etc.(SABBAG, 2017, p. 1657.)

Como visto, para ser considerado industrializado e, por conseguinte, ter a incidência do imposto é necessário que o produto tenha sofrido um processo de alteração.

Ainda, para que seja possível a cobrança do IPI, é necessário a concretização do fato gerador, que no caso ocorrerá nas hipóteses previstas no Decreto nº 7.212/2010 que regulamenta o IPI. Veja-se:

> Art. 35. Fato gerador do imposto é (Lei nº 4.502, de 1964, art. 2º):
> I - o desembaraço aduaneiro de produto de procedência estrangeira; ou
> II - a saída de produto do estabelecimento industrial, ou equiparado a industrial. (BRASIL, 2010)

E ainda conforme art. 46, do CTN:

> Art. 46. O imposto, de competência da União, sobre produtos industrializados tem como fato gerador:
> I - o seu desembaraço aduaneiro, quando de procedência estrangeira;
> II - a sua saída dos estabelecimentos a que se refere o parágrafo único do artigo 51;
> III - a sua arrematação, quando apreendido ou abandonado e levado a leilão. (BRASIL, 1966)

Na existência do fato gerador, a obrigação tributária recairá sobre os sujeitos, considerados contribuintes especificados no próprio Código Tributário Nacional:

> Art. 51. Contribuinte do imposto é:
> I – o importador ou quem a lei a ele equiparar;
> II – o industrial ou quem a lei a ele equiparar;
> III – o comerciante de produtos sujeitos ao imposto, que os forneça aos contribuintes definidos no inciso anterior;
> IV – o arrematante de produtos apreendidos ou abandonados, levados a leilão. (BRASIL, 1966)

É importante ressaltar que o IPI é um imposto não vinculado, ou seja, sua cobrança não está vinculada a nenhuma contra prestação estatal específica, e sim a uma característica do contribuinte (as pessoas que manifestam riquezas ficam obrigadas a contribuir). E o Estado possui liberdade para aplicar o dinheiro advindo da cobrança desse tributo para o custeio de qualquer despesa pública, haja vista que a sua arrecadação também não possui uma destinação específica.

Por fim, é fundamental tratarmos acerca dos princípios que permeiam esse tributo, conforme dispõe o artigo 153, § 3º, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil, o IPI é um imposto seletivo, no qual se deve observar a sua essencialidade para a aplicação da alíquota.

Dito isso passamos a analisar um dos princípios basilares do IPI, o princípio da seletividade. O professor Eduardo Sabbag,dispõe que este princípio é uma técnica utilizada para a incidência de alíquotas “A

seletividade é uma técnica de incidência de alíquotas, cuja variação dar-se-á em função da indispensabilidade do produto. Os produtos de primeira necessidade devem ter baixa tributação, e os produtos supérfluos devem receber tributação mais elevada."(2017, p. 1652)

Ainda sobre esse princípio temos o entendimento do Supremo Tribunal Federal, nas palavras do ministro Joaquim Barbosa, em seu voto no Recurso Extraordinário nº 429.306-PR: "O princípio da seletividade impõe que o poder público gradue a carga tributária conforme a essencialidade da operação ou do produto". (STF, 2011)

Conforme definições trazidas, o princípio da seletividade deve ser de observância obrigatória pelo legislador ao tributar determinado produto.Quanto mais necessários e indispensáveis para o consumo, menor deverá ser a alíquota, já nos produtos dispensáveis deve incidir uma alíquota maior.

Outro princípio que merece ser tratado é o princípio da não cumulatividade, que limita a incidência tributária permitindo que só seja tributado o valor agregado em cada operação de circulação, ou seja, tal princípio evita que ocorra o chamado "efeito cascata" (cobrança de imposto sobre imposto). Conforme aduz Leandro Paulsen: "A não cumulatividade constitui uma técnica de tributação que visa a impedir que as incidências sucessivas nas diversas operações da cadeia econômica de um produto" (2012, p. 169).

Ainda nas palavras do professor Leandro Paulsen:

> A não cumulatividade é mecanismo que evita a tributação em cascata, ou seja, impede que a tributação de operações sucessivas, com a incidência repetida do mesmo tributo, acabe por gravar diversas vezes a mesma riqueza. Para evitar, isso, a Constituição optou pela não cumulatividade baseada num sistema de creditamentos. Quando um contribuinte adquire mercadorias para revenda, credita-se do ICMS que onerou a compra, sendo que poderá deduzir tais valores do ICMS que terá de pagar nas operações posteriores em que ele próprio promover a venda de mercadorias. O art. 155, § 2º, inciso I, é inequívoco ao especificar que o ICMS será não cumulativo "compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de

> serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal". (PAULSEN, 2012, p. 184).

Sobre o princípio da não cumulatividade, o professor Paulo de Barros Carvalho diz o seguinte:

> O princípio da não cumulatividade é do tipo limite objetivo: impõe técnica segundo a qual o valor de tributo devido em cada operação será compensado com a quantia incidente sobre as anteriores, mas preordena-se à concretização de valores como o da justiça da tributação, respeito à capacidade contributiva e uniformidade na distribuição da carga tributária sobre as etapas de circulação e de industrialização de produtos (CARVALHO, 2016, p. 182).

Como visto, o princípio da não cumulatividade é um meio utilizado para evitar a cobrança sucessiva do imposto na mesma cadeia produtiva.

Ademais cumpre dizer que o IPI não está sujeito ao princípio da anterioridade anual, o qual proíbe a cobrança de tributo sobre o mesmo fato gerador no mesmo exercício financeiro, por ser este um importante instrumento utilizado como meio de intervenção do Estado na economia e na sociedade.

Por fim, é fundamental destacar que o Imposto sobre Produtos Industrializados é considerado uma das maiores fontes de arrecadação do governo, e por isso sua arrecadação é de suma importância.

2.1 Função Fiscal e Função Extrafiscal do IPI

Dentre as funções que os tributos exercem, destaca-se a função fiscal e extrafiscal. Quando o imposto visa somente a arrecadação de dinheiro para os cofres públicos, podemos dizer que se trata de um tributo fiscal.

Nas palavras do professor, Hugo BritoMachado: “Tributo com função fiscalé aquele cuja finalidade principal é a de obter recursos para o orçamento da entidade estatal correspondente” (2018, p. 64.).

No mesmo sentido temos o entendimento de EduardoSabbag: “Os impostos fiscais são aqueles que, possuindo intuito estritamente arrecadatório, devem prover de recursos o Estado” (2017, p. 560).

Em algumas situações, o Estado utiliza determinado tributo para interferir na economia, por meio de políticas públicas visando fomentar o desenvolvimento local, sendo assim, o tributo passa a ter uma finalidade bem maior do que a simples arrecadação. A estes tipos de tributos é atribuída uma função extrafiscal.

Sobre os tributos que exercem uma função extrafiscal,Hugo Brito Machado diz que: "fala-se de função extrafiscal quando o tributo é utilizado para um fim, ou um propósito, diferente da obtenção de receitas" (2018, p. 67).

O Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) não possui fins meramente de arrecadação de recursos para custear os gastos do Estado, sua principal função é regulamentar o mercado, por meio da intervenção do Poder Público na sociedade objetivando diminuir as desigualdades sociais, estimular ou desestimular certas condutas, por meio da redução de alíquotas ou majoração, concessão de isenções, etc., sendo, portanto um tributo predominantemente extrafiscal.

Nas palavras de Eduardo Sabbag "os impostos extrafiscaissão aqueles com finalidade reguladora (ou regulatória) de mercado ou da economia de um país" (2017, p. 560).

No mesmo sentido temos o entendimento do professor Ricardo Alexandre acerca da finalidade extrafiscal do IPI:

> O tributo possui finalidade extrafiscal quando objetiva fundamentalmente intervir numa situação social ou econômica. São os casos, entre outros, dos impostos de importação e exportação, que, antes de arrecadar, objetivam o controle do comércio internacional brasileiro, podendo, às vezes, servir de barreira protetiva da economia nacional e outras de estímulo à importação ou exportação de determinada espécie de bem. (ALEXANDRE, 2013, p. 70.)

Deste modo, pode-se falar que o IPI exerce uma função diversa dos demais tributos, tendo em vista que a sua incidência apresenta determinada finalidade, seja para diminuir a pobreza, ou até mesmo induzir ou proibir certa atividade. Nas palavras de José Eduardo Tellini Toledo:

> Diferentemente da finalidade da maioria dos tributos, que são utilizados como instrumentos de arrecadação fiscal, o IPI, face ao disposto no artigo 153, § 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, que determina que esse imposto será seletivo em função da essencialidade do produto. Apresenta-se como instrumento de extrafiscalidade. Este nas palavras de ROQUE ANTONIO CARRAZA se caracteriza pelo emprego dos meios tributários para fins não fiscais, mas ordinários, ou seja, para disciplinar comportamento de contribuintes, induzindo-os a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, em face do disposto no artigo 153, § 3º, inciso I, da Constituição Federal, que determina que esse produto será seletivo, em função da essencialidade do produto.(TOLEDO, 2006, p. 138-139)

Com relação as elucidações trazidas pelos autores, verifica-se que o governo atribui ao IPI uma função adversa daquela geralmente utilizada nos demais impostos, a cobrança do tributo vai muito além do interesse pecuniário, visa equilibrar as desigualdades sociais existentes nas diferentes regiões do país, regulamentar o mercado, induzir ou proibir certos comportamentos.

2.1.1. Função Extrafiscal Proibitiva

O IPI tem uma função reguladora, sendo aplicado principalmente naqueles produtos nocivos à saúde em que o Poder Público pretende desestimular o consumo, exercendo, portanto, uma função proibitiva, com a majoração de alíquotas com o objetivo de tornar o produto muito oneroso para a sociedade.

Em conformidade ao explanado, afirmam os autores Thais Maganhini e Márcio Landim:

> A extrafiscalidade é utilizada com finalidade adicional, que é a de incentivar ou desestimular determinadas atividades, onerando ou desonerando a importação de determinados bens, por exemplo; ou tributando de forma mais gravosa produtos nocivos à saúde, como os cigarros, isto é, quando os objetivos são alheios aos meramente arrecadatórios, ou seja, quando se pretende prestigiar situações sociais, política e economicamente valiosas. O direito tributário pode e deve, através da extrafiscalidade, influir no comportamento dos entes

> econômicos de sorte a incentivar iniciativas positivas, e desestimular as nocivas ao bem comum. (MAGANHINI e LANDIM, 2018, p. 250.)

De acordo com as palavras trazidas pelos professores, nota-se que o Estado pode se valer do tributo para atingir diferentes objetivos, como por exemplo, desestimular o consumo de certos bens, interferindo nas relações sociais e na economia privada, exercendo uma função extrafiscal proibitiva.

3. A incidência de ipi sobre os cigarros no brasil e a justificativa para a utilização de altas alíquotas

Conforme explicado anteriormente, o IPI é um imposto predominantemente extrafiscal, utilizado pelo Estado para interferir no domínio econômico, sendo assim este imposto pode apresentar diversos objetivos, seja o de incentivar determinado setor, estimular pequenas empresas, ou até mesmo desestimular certa conduta ou atividade, através da sua função extrafiscal proibitiva. Dito isso, é imperioso tratarmos acerca da função extrafiscal que o IPI exerce sobre alguns produtos no Brasil, mais precisamente sobre o tabaco.

No Brasil, a tributação sobre os cigarros possui um caráter extrafiscal proibitivo, haja vista que o legislador estabelece que para a incidência do IPI seja obrigatório a observância do princípio da seletividade, que conforme já estudado, dispõe que os produtos essenciais para o consumo devem ter uma carga tributária menor, conforme artigo 153, § 3º, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil. Veja-se:

> Art. 153. (...):
> (...)
> IV - produtos industrializados;
> (...)
> § 3º O imposto previsto no inciso IV:
> I - será seletivo, em função da essencialidade do produto; (BRASIL, 1988)

Assim, o cigarro por ser considerado um produto nocivo à saúde, e desta maneira, um produto não essencial, o legislador atribui a ele uma carga tributária bastante elevada para tentar inibir o consumo pela população.

O principal objetivo é desestimular o consumo do tabaco, atribuindo alíquotas majoradas, a fim de torná-lo tão oneroso que as pessoas não queiram mais consumi-lo, pelo fato do produto ser extremamente prejudicial para a saúde tanto para aqueles que fazem uso, quanto para aquelas pessoas que ficam expostas a fumaça do cigarro.

Ajurisprudência também entende que as alíquotas sobre os cigarros devem ser elevadas para desestimular o consumo, conforme decisão do Excelentíssimo Ministro Herman Benjamin, em julgamento de Embargos de Declaração, nº 1.083.030, no Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMOAGRAVO REGIMENTAL. FUNGIBILIDADE. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA"PARA FRENTE". CIGARROS E CIGARRILHAS. IPI. ÔNUS REPASSADO AOCONSUMIDOR FINAL. COMPOSIÇÃO DO CUSTO DO BEM VENDIDO. BASE DECÁLCULO DO TRIBUTO ESTADUAL.(...)7. Por sua natureza jurídica e econômica, o ônus financeiro do IPI érepassado ao longo da cadeia comercial e será suportado, invariavelmente, pelo consumidor final. Aliás, é esta a funçãoextrafiscal da altíssima alíquota incidente sobre cigarros ecigarrilhas: onerar pesadamente o consumo de modo a desestimuláloou, ao menos, suprir o Estado com recursos financeiros para mitigaras elevadas despesas médico-hospitalares decorrentes, sem prejuízode medidas ressarcitórias de caráter não-tributário. (...) (STJ, 2009)

Dessa forma, conforme a palavra do Excelentíssimo Ministro, constitui como objetivo da função extrafiscal proibitiva do Imposto sobre Produtos Industrializados sobre os cigarros desestimular o consumo, através da imposição de alíquotas elevadas para atingir a finalidade principal que é evitar o uso desse produto pela população.

3.1 Consequências do alto consumo de cigarros no Brasil

O uso do cigarro pode resultar em diversos problemas de saúde, dentre os mais comuns, podemos citar: o câncer de pulmão, câncer do colo do útero, câncer nos rins, câncer de estomago, tuberculose, infarto, impotência sexual e outros.

Segundo dados do Instituto Nacional de Câncer (INCA, 2018), no Brasil morrem cerca de 428 pessoas por dia por causa do consumo do produto, alcançando 156.216 mortes por ano, sendo que 34.999 é em razão de doenças cardíacas, e cerca de 26.651 das mortes correspondem a doenças derivadas dos diferentes tipos de cânceres que o uso do tabaco pode gerar.

O número de mortes provocadas pelo consumo desse produto é assustador, e gera um custo altíssimo para os governos com medicamentos, despesas hospitalares, tratamentos, etc.

O Estado, como forma de inibir o consumo, vem implantando ao longo dos anos várias medidas a fim de combater o uso do produto, como a obrigação dos fabricantes do produto colocar em suas embalagens mensagens de publicidade informando aos consumidores os riscos que o usodo produto pode gerar, proibição ao fumantes de fumar em locais públicos, bem como tratamentos para quem deseja parar de fumar, cobrança elevada de imposto, e outras medidas.

3.2 A tributação elevada do cigarro como forma de desestimular a prática do tabagismo

A saúde é um direito fundamental previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 196, Caput que diz:

> Art. 196A 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. (Brasil, 1988)

Conforme estabelece a Carta Magna brasileira, a saúde é um direito de todos, sendo dever do Estado adotar medidas para reduzir os riscos de doenças, assim, como uma maneira de evitar o uso do tabaco pela população, o governo atribui ao produto uma carga tributária alta, visando desestimular o seu consumo.

O cigarro é um dos principais causadores de doenças, o produto é capaz de prejudicar até mesmo aquelas pessoas que não fumam, mas por estarem expostas a fumaça, acabam sendo prejudicadas, acarretando o aumento dos problemas de saúde e dispêndios de recursos dos entes federados para a prestação de assistência à saúde.

Em razão dos inúmeros transtornos para a saúde, causados pelo consumo de cigarros, o governo busca desestimular o uso de tal produto, aumentando o preço por meio da tributação. O objetivo é tornar o produto inacessível economicamente para o consumidor.

Assim, acredita-se que os altos preços dos cigarros é uma medida crucial para fazer com que os fumantes desistam de consumi-lo.

Segundo Nelson Leitão Paes, a tributação do produto é uma maneira muito eficaz para evitar que o produto seja utilizado:

> O aumento dos preços dos cigarros pela via tributária tem importantes efeitos sobre a demanda. Ela induz os fumantes a deixar o vício, previne que antigos fumantes voltem a fumar, evita a entrada de novos fumantes, especialmente os mais jovens que são mais sensíveis à variação de preços, e reduz o consumo daqueles que continuam fumando. (PAES, 2014, p. 178)

Pelo exposto, é possível compreender que a alta tributação sobre o produto exerce um papel de extrema relevância, haja vista que os preços elevados são capazes de desencorajar a compra pelos usuários, além de evitar que o quadro de fumantes aumente.

Ainda, acerca da tributação sobre os cigarros e os preços altos, os autores Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho e Marcos Aurélio Pereira Valadão dizem que:

> Significa a seletividade do IPI que a legislação tributária deve dar tratamento fiscal discriminatório entre os produtos industrializados, levando, obrigatoriamente, em consideração a maior ou menor essencialidade desses produtos, de modo que mais essenciais devem merecer um tratamento fiscal mais benéfico ou menos oneroso, ao passo que os produtos supérfluos, ou os desaconselhados para o consumo devem sofrer a incidência, gradativamente mais gravosa ou mais pesada do imposto, por meio de incidência de alíquota mais elevada. Aliás, impende enfatizar que, pelos malefícios que causa, nenhum outro produto é tão tributado como o cigarro. Estima-se que a carga tributária sobre o consumo de tal produto, em relação aos tributos indiretos, onde se incluem o PII, o ICMS e as contribuições PIS/COFINS, seja de ordem de 75%. Esta elevada tributação é plenamente justificada pela teoria econômica, em virtude dos danos à saúde provocados pelo consumo do cigarro, além da perda da produtividade do usuário e de sua própria vida, e do incremento dos gastos de saúde pública e das despesas previdenciárias. (SARAIVA FILHO E VALADÃO, 2009, p. 29)

Deste modo, de acordo com os entendimentos citados, uma vez que os cigarros são produtos extremamente prejudiciais para a saúde de todos, buscar meios que dificultem o consumo pelos fumantes é essencial, e como percebe-se a tributação tem sido um forte aliado do governo para desestimular o uso.

4. A redução da tributação sobre a produção de cigarros como forma de combater o contrabando

No atual cenário tributário brasileiro, a carga tributária que incide sobre o tabaco é elevada como uma tentativa de desestimular o consumo, porém em razão dos preços altos, diversas pessoas adquirem produtos ilícitos por apresentarem preços inferiores aos preços fabricados no país.

No início do ano, o Ministério da Justiça e Segurança, criou um grupo de estudos para debater acerca da possibilidade de reduzir o imposto (IPI), como uma forma de combater o contrabando ilegal e consequentemente, reduzir os problemas de saúde advindos do consumo de produtos sem a devida fiscalização da vigilância sanitária brasileira.

Assim, investiga-se se a redução da tributação sobre cigarros é uma medida capaz de combater o contrabando ilegal desses produtos e os riscos à saúde decorrentes da utilização de cigarros estrangeiros de baixa qualidade.

Segundo a opinião de André CesarMedici: "Reduzir impostos não necessariamente reduz o contrabando" (2019, p. 03).

De acordo com as palavras trazidas pelo autor podemos verificar que a redução do imposto não seria capaz de diminuir o índice de contrabando no país. O autor entende que a redução do imposto além de não ser suficiente para evitar o contrabando, ainda pode gerar o aumento do consumo: "Reduzir impostos ao tabaco pode trazer grandes riscos como aumentar o consumo de cigarros, especialmente entre os jovens." (MEDICI, 2019, p. 03).

Ainda sobre a redução do imposto, temos o entendimento do pneumologista Dr. Alexandre Milagres, em entrevista concedida ao site Sputnik Brasil. Veja-se:

> Nós teríamos cigarros contrabandeados mais baratos e os cigarros de marca produzidos no Brasil mais barato também. Certamente isso seria um tiro no pé nos termos da saúde pública, em termos dos prejuízos ambientais que o tabagismo provoca, em termos das questões sociais. (SPUTNIK, 2019, p. 01)

Nota-se que para os autores, a diminuição do imposto não seria uma medida eficaz no combate ao contrabando ilegal e ainda, que tal redução, prejudicaria a função extrafiscal proibitiva do IPI, qual seja a de intervir nas relações sociais, neste caso, desestimulando o consumo do produto e evitando que problemas de saúde sejam criados decorrentes do uso do tabaco.

Assim, verifica-se que com a diminuição dos preços os fumantes passariam a consumir ainda mais, tendo em vista que com os preços baixos, o produto ficaria mais acessível à população.

Diferentemente dos autores supramencionados, o especialista em direito tributário Everardo Maciel, entende que a cobrança elevada não é

capaz de diminuir o consumo do produto e dá espaço para o mercado de contrabando.Nas palavras de Maciel: “A tributação severa quer deter o consumo, mas em lugar de atingir esse objetivo, abre espaço para o contrabando entrar” (2018, p. 02).

No mesmo sentido afirmaNelson LeitãoPaes: “Apenas aumentar alíquotas sem aprimorar a repressão ao mercado ilegal enfraquece o uso da tributação como instrumento de combate ao fumo” (2017, p.29).

Para o autor, elevar a carga tributária como forma de reduzir o consumo não produz efeitos, tendo em vista o baixo custo e a facilidade de entrada do produto ilegal nas fronteiras do Brasil:

> A falta de estrutura nas fronteiras, a vigilância precária nas estradas, a ausência de punições mais severas e os enormes ganhos proporcionados pelo contrabando permanecem e fragilizam os esforços empreendidos para diminuição deste mercado. (PAES, 2017, p.27).

Conforme as elucidações trazidas, a mera elevação do tributo não é capaz de inibir o seu consumo pela população, visto que o preço alto beneficia o mercado ilegal do produto, pois os fumantes compram produtos ilícitos que vêm do estrangeiro com preços bem inferiores aos praticados no país.

Neste diapasão, percebe-se que existe uma divergência de opiniões entre especialistas do direito brasileiro e especialistas da área da saúde, para alguns autores a tributação elevada colabora para a entrada de produtos ilegais no país, tendo em vista que os produtos contrabandeados são comercializados no mercado brasileiro com preços inferiores. Outros autores suscitam que aumentar os preços dos cigarros é de suma importância para desestimular o seu uso, e que reduzir o IPI não é medida eficaz no combate ao contrabando.

A necessidade de criar medidas para combater a entrada dessas mercadorias no país é primordial, contudo, é importante analisar se somente a redução do IPI é suficiente para acabar com as práticas de venda ilícita, haja vista que o Brasil tem como principal vizinho de fronteira o Paraguai.

Para entrar e sair do Paraguai não é preciso nem ter um passaporte, a fiscalização nas fronteiras é precária, o que colabora consideravelmente para a entrada desses produtos no país.

A função proibitiva que o IPI exerce sobre o tabaco é a principal forma de inibir o consumo do produto, a sua redução pode elevar a utilização pelas pessoas de baixa renda, principalmente entre crianças e jovens, aumentando ainda mais os problemas de saúde já existentes.

5. A problemática da redução do IPI sobre cigarros para a saúde e a qualidade de vida dos brasileiros fumantes

Segundo especialistas da área da saúde, a tributação majorada sobre os cigarros tem sido uma medida eficaz para diminuir o consumo, principalmente entre jovens. O custo alto dificulta que jovens entre 16 e 18 anos experimentem pela primeira vez o fumo, visto que nessa faixa etária a maioria dos adolescentes ainda moram com seus pais e dependem deles economicamente.

Na opinião desses especialistas, diminuir o imposto sobre o tabaco não irá reduzir os problemas de saúde pelo simples fato de os fumantes deixarem de consumir produtos advindos do exterior, pois eles continuarão consumindo produtos legais por estarem com baixo preço, mas que é tão prejudicial como qualquer outro.

Nas palavras da pesquisadora Valeska Figueiredo, do Centro de Estudos sobre Tabaco e Saúde da Fiocruz: "Isso em nada ajuda na saúde, porque eles fazem mal da mesma forma" (INGIZZA, 2019, p. 01).

Ainda sobre a possibilidade de redução do IPI, temos as palavras do ex-ministro da saúde José Serra, que acredita que a redução vai aumentar índice de mortalidade: *"Vai elevar o consumo de tabaco no Brasil, aumentando o número de mortes relacionadas com o cigarro"* (INGIZZA, 2019, p. 01).

Como visto, de acordo com os entendimentos, verifica-se que a redução do imposto como uma tentativa de combater o contrabando ilegal é

capaz de desencadear uma série de problemas para a saúde pública, seria como "achar" uma solução para o contrabando, mas em consequência criar outro ainda mais preocupante: a degradação da saúde e qualidade de vida dos brasileiros.

Os problemas que o consumo do cigarro podem criar vão muito além de prejudicar aqueles que fumam. O tabaco traz malefícios também para aquelas pessoas que estão expostas a fumaça, afeta o meio ambiente, com a contaminação do ar, da água e do solo, aumenta os desmatamentos e, além disso, os resíduos de cigarros jogados nas ruas, jardins, rios, etc., demoram em torno de 5 anos para sua decomposição, ou seja, a comercialização, bem como o consumo desse produto, seja ele legal ou não, prejudica toda a sociedade e o planeta.

Desta forma, considerando que o objetivo central da elevada carga tributária sobre o tabaco é uma tentativa de fazer com que os fumantes deixem de utilizá-lo e, aqueles que não fumam, não queiram experimentar, retirar uma medida, considerada pelos especialistas positiva e eficiente, não é uma das melhores soluções para combater o contrabando ilegal e melhorar a saúde dos brasileiros.

5.1 Dados das instituições de saúde sobre a redução do consumo com base na tributação

Segundo pesquisa publicada em maio de 2019, pelo Sistema de Vigilância de Fatores de Risco e Proteção para Doenças Crônicas por Inquérito Telefônico (VIGITEL), os dados revelam uma diminuição do consumo de tabaco pela população, motivada principalmente pela política de preços altos.

O estudo mostra que nos últimos 12 meses, teve uma redução de 40% do consumo de cigarros pela população. A pesquisa foi comparada com os dados mostrados na primeira pesquisa realizada, no ano de 2006, e mostrou que houve também uma queda do consumo entres pessoas com faixa etária de 18 a 24 anos, caiu de 12% para 6,7%.

Conforme os dados apresentados, é possível perceber que a forte tributação sobre os cigarros é capaz de alcançar o seu objetivo primordial, ou seja, diminuir o consumo do produto através da aplicação da função extrafiscal proibitiva do IPI.

6. Contrabando x saúde: como solucionar um problema sem aumentar outro?

Conforme vimos ao longo do estudo, a tributação sobre os cigarros exerce um papel de suma importância no combate ao consumo do produto, contudo verifica-se quea implantação de preços altos estimula a prática de comercialização de produtos ilegais.

O Paraguai é um dos principais exportadores de tabaco ilegal para o Brasil.A produção desses cigarros é de baixa qualidade e muitas vezes é possível encontrar corpo estranho no material, como insetos. Sendo assim, estes produtos podem desencadear sérios problemas de saúde na população brasileira, porém, é imperioso salientar que, todos os cigarros são prejudiciais para a saúde, até mesmo aqueles que são produzidos no Brasil e estão sujeitos à fiscalização pela Anvisa.

Dito isso, como podemos solucionar a problemática do contrabando ilegal sem aumentar os riscos para a saúde advindos do consumo do cigarro? Conforme dados apresentados, é evidente que os preços elevados conseguem desestimular o consumo, mas aumenta a busca por produtos ilícitos. Para o economista Roberto Iglesias, em entrevista dada ao Blog da Cidadania, uma solução para combater o mercado ilegal seria buscar uma parceria com o Paraguai, tendo em vista que o país tem uma tributação bem mais baixa que o Brasil. Eleafirma que “o problema é eliminar o comércio ilícito. E, para isso, a melhor maneira é uma negociação com o Paraguai." (GUIMARÃES, 2019, p. 01).

Segundo Nelson Leitão Paes, uma forma de combater o contrabando sem aumentar o consumo pela população, seria o trabalho em conjunto dos entes governamentais na aplicação do imposto.Nas palavras do autor:

"A busca pela harmonização tributária entre países e estados vizinhos e a coordenação no aumento de alíquotas podem colaborar substancialmente na redução do contrabando" (2014, p. 183).

Portanto, podemos concluir, seguindo o raciocínio do autor, que seria possível, através do tributo, alcançar os dois objetivos: diminuir o contrabando por meio de parcerias dos entes governamentais para estipular alíquotas, assim cada país não atribuirá uma carga tributária muito diferente daquela aplicada no outro país, reduzindo assim o contrabando, tendo em vista que os preços serão altos entre os países. E, também, com a manutenção dos preços altos, será possível manter o principal objetivo que é desestimular o consumo do produto, e por conseguinte, melhorar a qualidade de vida da sociedade.

Outrossim, verifica-se de acordo com o entendimento elucidado pelo pneumologista Dr. Ciro Kirchenchtejn, em artigo publicado pelo G1, uma forma de combater o contrabando e o consumo dos cigarros contrabandeados seria através da educação e efetiva punição daquelas pessoas que comercializam tal produto. Conforme o autor: "Tem de educar a população, promover medidas de prevenção ao crime, combater e prender essas pessoas." (DOMINGUES; OLIVEIRA; TENENTE, 2019, p. 01).

Desta forma,de acordo com os entendimentos explanados, é possível combater o contrabando ilegal, sem aumentar os riscos para a saúde da população exposta ao consumo do tabaco, seja por meio de fiscalização mais efetiva ou por trabalho em conjunto dos Estados interessados em ampliar suas políticas públicas em defesa da saúde.

7. Conclusão

Ante a presente discussão percebe-se que a elevada carga tributária que incide sobre os cigarros, apesar de pretender desestimular seu consumo e assim promover melhor qualidade de vida à população, ainda não é medida eficaz para promover a redução do contrabando destes produtos no país, podendo até mesmo, conforme apresentado, causar o efeito contrário e estimular o consumo de cigarros oriundos do contrabando.

Já a diminuição do IPI que incide sobre os cigarros poderá causar maior estímulo ao consumo tanto de produtos nacionais como de produtos contrabandeados, não sendo essa uma maneira efetiva de combater o ilícito.

Uma possível solução para a problemática seria manter a carga tributária elevada do IPI que incide sobre os cigarros em seu caráter extrafiscal, pretendendo assim continuar a desestimular seu consumo, e como medida para inibir o contrabando e a entrada de produtos ilegais no país, se faz necessária uma efetiva fiscalização dos órgãos responsáveis, principalmente nas fronteiras com países vizinhos.

Para a promoção de uma fiscalização contundente é necessário maior comprometimento e investimentos por parte do poder público no combate ao contrabando. Apesar do Imposto sobre Produtos Industrializados que incide sobre os cigarros não ser um tributo de caráter vinculado, ou seja, sua arrecadação não apresentar destinação específica, propõem-se a criação de medida legal efetiva para que se destine parte de sua arrecadação à promoção da fiscalização e ao combate à entrada de cigarros contrabandeados no Brasil, bem como a criação de políticas públicas conjuntas entre os Estados.

Referências

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado.** 7ª ed. São Paulo: Método, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 45. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

BRASIL, R. F. D. Lei nº 5.142, de 25 de outubro de 1966.**Código Tributário Nacional**, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm Acesso em 01 de Nov. de 2019.

BRASIL, R. F. D. Decreto nº 7.212, de 15 de junho de 2010. **Regulamento do IPI**, 2010. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7212.htm. Acesso em 01 de Nov. de 2019.

CAMPO, Cristina Paiva Serafim Gadelha, OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros e PEREIRA Maria Marconiete Fernandes. **Revista de Direito Tributário**: Brasília, 11 de Jul de 2018. Disponível em: https://bdtd.ucb.br/index.php/RDIET/article/viewFile/9697/6094. Acesso em 02 de Jun. de 2019.

CANCIAN, Natália. **Moro cria grupo para discutir redução de impostos sobre cigarro, e entidades reagem.** Folha de São Paulo: São Paulo, 26 de março de 2019. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2019/03/moro-cria-grupo-para-discutir-reducao-de-impostos-sobre-cigarros-e-entidades-reagem.shtml. Acesso em 14 de Abr. de 2019.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário.**27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro e TEIXEIRA, Ana Paula Leal. **Política pública de controle do tabaco no Brasil e Portugal: impostos e acessibilidade ao produto.** Disponível em:http://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/view/1271. Acesso em 14 Abr. de 2019.

CREPALDI, Silvio Aparecido; CREPALDI, Guilherme Simões. **Direito Tributário. Teoria e Prática.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DOMINGUES, Filipe; OLIVEIRA, Elida; TENENTE, Luiza. **Ministério da Justiça estuda reduzir imposto do cigarro para conter o contrabando; comunidade médica critica.** G1, 13 de maio de 2019. Disponível em: https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2019/05/13/ministerio-da-justica-estuda-reduzir-o-imposto-do-cigarro-para-conter-o-contrabando-comunidade-medica-critica.ghtml. Acesso em 28 de Nov. de 2019.

GUIMARÃES, Eduardo.**Proposta de Moro para combater contrabando de cigarros é vista com ressalvas.**Blog da Cidadania, 05 de maio de 2019. Disponível em: https://blogdacidadania.com.br/2019/05/proposta-de-moro-para-combater-contrabando-de-cigarros-e-vista-com-ressalvas/. Acesso em 28 de Nov. de 2019.

INSTITUTO NACIONAL DO CÂNCER. **Tabagismo.** Inca, 24 de out. de 2018. Disponível em: https://www.inca.gov. Acesso em 15 de Nov. de 2019.

INGIZZA, Carolina.Diminuir o imposto do cigarro, como quer Moro, afetará saúde pública. Exame, 01 de abril de 2019. Disponível em https://exame.abril.com.br/brasil/diminuir-o-imposto-do-cigarro-como-quer-moro-afetara-saude-publica/. Acesso em 15 de Nov. de 2019.

MACHADO, Hugo Brito. **Manual de Direito Tributário.**10ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MEDICI, André Cesar. **Vale a Pena Reduzir o Imposto sobre o Tabaco no Brasil?** Disponível em: http://observatoriodeoncologia.com.br/outros_estudos/cigarros.pdf. Acesso em 02 de Jun. de 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Brasil reduz o hábito de fumar em 40% e mantém tendência de queda.** Portal do governo brasileiro, 31 de maio de 2019. Disponível em:http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/45488-apenas-9-3-dos-brasileiros-ainda-tem-o-habito-de-fumar>. Acesso em 01 de Nov. de 2019.

PAES, Nelson Leitão. **Uma análise ampla da Tributação de Cigarro no Brasil.**Disponível em: http://www.en.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/566/426. Acesso em 02 de Jun. 2019.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário:** completo. 6ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

Projeto de Moro de reduzir imposto do cigarro é tiro no pé, diz médico. Brasil 247, digital, 01 de Jun.de 2019. Disponível em: http://www.brasil247.com/pt/247/brasil/395276/Projeto-de-Moro-de-reduzir-imposto-de-cigarro-é-tiro-no-pé-diz-médico.htm Acesso em 02 de Jun. de 2019.

RODRIGUES, Azelma. Correio debate: **Evento discute a carga Tributária Brasileira.** Correio Braziliense e Economia, 20 de fev. de 2018. Disponível em: http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2018/02/20/internas_economia,661082/correio-debate-evento-discute-a-carga-tributaria-brasileira.shtmlen. Acesso em 02 de Jun. de 2019.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes, VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. **IPI temas constitucionais polêmicos.**1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SENADO FEDERAL. **Senadores criticam criação de grupo de trabalho para reduzir tributos de cigarros.** Senado notícias, 26 de abril de 2019. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/03/26/senadores-criticam-criacao-de-grupo-de-trabalho-para-reduzir-tributos-de-cigarros. Acesso em 10 de jun. de 2019.

SPUTNIK. **A Organização Mundial de Saúde (OMS) celebra dia 31 de maio o Dia Mundial sem Tabaco**. A iniciativa, criada em 1987, busca alertar sobre as doenças e mortes evitáveis relacionadas ao tabagismo. Sputnik Brasil, 31 de Maio de 2019. Disponível em: https://br.sputniknews.com/brasil/201905311398926 9-dia-mundial-sem-tabaco-projeto-de-moro-de-reduzir-imposto-de-cigarro-e-tiro-no-pe-diz-medico/. Acesso em 02 de Jun. de 2019.

STF, Portal STF. **Embargos de Declaraçãp 1.083.030**, 2009. Disponivel em:http://https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%28%22HERMAN+BENJAMIN%22%29.MIN.%29+E+%28%22SEGUNDA+TURMA%22%29.ORG.&data=%40DTDE+%3E%3D+20090414+E+%40DTDE+%3C%3D+20090414&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em 16 de Nov. 2019.

TOLEDO, José Eduardo Tellini. **O Imposto sobre Produtos Industrializados**: Incidência Tributária e Princípios Constitucionais. São Paulo: QuartierLatin, 2006.

23

Um estudo comparado entre a legislação brasileira e a legislação Argentina: a violência doméstica em destaque

Ana Luiza Mendes Viana [1]
Cristian Kiefer da Silva [2]

1 Introdução

Desde os lapsos temporais mais remotos as relações sociais são pautadas na disparidade entre homens e mulheres. Dentro deste contexto, a figura feminina foi inserida de forma a preservar o patamar inferior, sob o preceito da submissão. Quanto ao homem, sempre lhe fora dada uma posição social de autoridade absoluta, ocasionando assim uma cultura machista latente, capaz de justificar as piores barbáries sociológicas, entre os sexos.

---

[1] Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Aprovada no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil. Pesquisadora em Direito.

[2] Pós-Doutor em Direito pela PUC Minas. Doutor em Direito pela PUC Minas. Mestre em Direito pela PUC Minas. Especialização em Direito Processual Civil Aplicado pelo CEAJUFE. Especialização em Direito Público Aplicado pelo EBRADI. Graduação em Direito pela Universidade José do Rosário Vellano. Graduação em Administração pela PUC Minas. Visiting Scholar na Northeastern State University-EUA, na University of Tulsa-EUA e na Oklahoma State University-EUA. Professor Adjunto da Escola de Direito do Centro Universitário UNA. Professor da Graduação e da Pós-graduação em Direito da SKEMA Business School. Professor Titular da Escola de Direito da Faculdade de Minas (Faminas-BH). Professor da Pós-Graduação em Direito do Instituto Universitário Brasileiro (IUNIB). Pesquisador voluntário no INSEPE (Instituto de Ensino, Pesquisa e Extensão). Membro associado e avaliador do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Membro associado da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC). Participa com frequência de fóruns jurídicos, projetos e atividades acadêmicas relacionadas à organização de seminários, congressos, minicursos, grupos de estudo e pesquisa. Tem atuação na área de Direito, com ênfase em Direito Público, Direito Processual e Teoria do Direito. Mediador e Conciliador Judicial cadastrado no CNJ. Membro do corpo de avaliadores do MEC no BASIS/INEP.

Consolidada a histórica dominação masculina sobre as mulheres, as consequências não demoraram a aparecer no decorrer dos séculos. Pesquisas diversas ao redor de todo o mundo demonstram que os índices de violência contra as mulheres são acentuados, principalmente no que concerne ao âmbito familiar. Não obstante, os holerites concernentes ao exercício laboral no mercado de trabalho, refletem outros níveis de desigualdade.

Com isso, foram se aperfeiçoando as relações de caráter machista dentro dos lares, bem como das sociedades. A presença da figura masculina que diminui, reprime e segrega a imagem feminina, tornou-se a patente das relações conjugais. Seja pela ação, seja pela omissão, o lastro do pátrio poder parece não ter sido ceifado das fontes normativas. Ao revés, em análise macroscópica é possível perceber as sequelas da violência subjetiva.

Certamente, que a incongruência cultural não se atém ao Brasil, estendendo-se ao longo dos países que compõe todo o mundo, ressalvadas as peculiaridades de cada um. Conforme preceitua o doutrinador Damásio de Jesus "violência contra as mulheres é um dos fenômenos sociais mais denunciados e que mais ganharam visibilidade nas últimas décadas em todo o mundo" (JESUS, 2015, p. 8).

Delimitando esta análise aos países que integram a América Latina, cumpre salientar que esta ocupa os primeiros lugares do ranking no tocante ao número de assassinatos contra as mulheres (WAISELFISZ, 2015. p. 28). Estreitando ainda mais os contornos da pesquisa, Brasil e Argentina, países circunvizinhos com economias potenciais e culturas completamente distintas serão estudados na busca de uma análise crítica de ambos os direitos comparados.

Portanto, ainda que as culturas desses países latino-americanos se encaminhem em vertentes distintas, o traço do machismo patriarcal no seio dos lares e famílias se consagrou. Sendo assim, resta evidenciada a irregularidade social, ocasionada por uma propagação subjetiva da hierarquia no tocante as relações conjugais. Para tanto, analisar-se-á ao longo

deste trabalho as leis de ambos os países no intento de avaliar seus índices de violência.

2 Violência de gênero

Em primazia do tema, melhor caminho para a compreensão do infortúnio, cerne deste trabalho, é a conceituação do termo gênero. Para tanto, válida a utilização da definição dada pela autora Joan Scott. Esta última entende a terminologia em comento como uma novidade inserida pelo movimento feminista, com o escopo precípuo de se referir à organização social correlata aos sexos. Com o decorrer histórico, a palavra gênero[3] adquiriu status e amplitude.

> *In its simplest recent usage, "gender" is a synonym for "women." Any number of books and articles whose subject is women's history have, in the past few years, substituted "gender" for "women" in their titles.* (SCOTT, 1998, p. 1055).

No tocante a afirmação acima, o conceito de gênero se tornou a extensão da palavra mulher, dificultando assim o entendimento quanto a diferença existente entre as vertentes sociológicas e biológicas do termo. Nesta vertente, Beauvoir faz a seguinte afirmação: "Todo ser humano do sexo feminino não é, portanto, necessariamente mulher; cumpre-lhe participar dessa realidade misteriosa e ameaçada que é a feminilidade" (BEAUVOIR, 1970, p. 9).

Tamanha a coerção social imposta as mulheres quando de suas criações, que estas não são definidas por sua formação conceptiva, senão pela ideologia que lhes é imposta ao longo de seus desenvolvimentos etários. É dizer que a mulher de padrões e estereótipos criteriosos e severamente constituídos no imaginário social só existe pela perpetuação de conceitos subjetivos aplicados à sua formação social e não à sua condição biológica.

---

[3] Tradução: No seu uso recente mais simples, "gênero" é sinônimo de "mulheres". Livros e artigos de todo o tipo, que tinham como tema a história das mulheres, substituíram durante os últimos anos nos seus títulos o termo de "mulheres" pelo termo de "gênero". (SCOTT, 1998, p. 1055).

> Ninguém nasce mulher: torna-se mulher. Nenhum destino biológico, psíquico, econômico define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que elabora esse produto intermediário entre o macho e o castrado que qualificam de feminino". (BEAUVOIR, 1970, p.9)

Aprofundando nesta linha de raciocínio, há de se ressaltar a inversão trazida pela caraterística sociológica, bem presente, nas formações de homens e mulheres, de modo a ocasionar uma linha tênue entre a origem da identidade feminina tal como entabulada nos desejos mais tradicionais. Parte da doutrina estudiosa do tema, justifica a criação dos gêneros, como consequência lógico-sequencial preponderante da "biologização do social":

> As aparências biológicas e os efeitos, bem reais, que um longo trabalho coletivo de socialização do biológico e de biologização do social produziu nos corpos e nas mentes conjugam-se para inverter a relação entre as causas e os efeitos e fazer ver uma construção social naturalizada (os "gêneros" como *habitus* sexuados), como o fundamento in natura da arbitrária divisão que está no princípio não só da realidade como também da representação da realidade e que se impõe por vezes à própria pesquisa. (BOURDIEU, 1989, p. 12):

Com a ruptura da atuação social de um indivíduo estereotipado pelo sexo de sua consagração biológica é possível que seja determinado o gênero. No entanto, a validação quanto a escolha psíquica que constitui o homem e a mulher devem ser analisados no ato de auto reconhecimento. Cumpre dizer que, via de regra, pessoas podem transitar nos conceitos fluidos que não determinam o ser, mas sim valoram o estar.

Existem grupos de pessoas que se identificam nos papeis sociais correlatos aos gêneros masculino e feminino. Não obstante a seus próprios reconhecimentos, caracterizar-se-ão nos parâmetros de suas conceituações. Desta forma, infere-se que a invenção social quanto as posições humanas fragmentadas em uma bifurcação coercitiva que desagua em macho e fêmea, bem como regulamenta seu comportamento em sociedade é a simbologia de gênero.

> A diferença biológica entre os sexos, isto é, entre o corpo masculino e o corpo feminino, e, especificamente, a diferença anatômica entre os órgãos sexuais, pode assim ser vista como justificativa natural da diferença socialmente construída entre os gêneros e, principalmente, da divisão social do trabalho. (O corpo e seus movimentos, matrizes de universais que estão submetidos a um trabalho de construção social, não são nem completamente determinados em sua significação, sobretudo sexual, nem totalmente indeterminados, de modo que o simbolismo que lhes é atribuído é, ao mesmo tempo, convencional e "motivado", e assim percebido como quase natural.) Dado o fato de que é o princípio de visão social que constrói a diferença anatômica e que é esta diferença socialmente construída que se torna o fundamento e a caução aparentemente natural da visão social que a alicerça, caímos em uma relação circular que encerra o pensamento na evidência de relações de dominação inscritas ao mesmo tempo na objetividade, sob forma de divisões objetivas, e na subjetividade, sob forma de esquemas cognitivos que, organizados segundo essas divisões, organizam a percepção das divisões objetivas. (BOURDIEU,1989, p.18 a 20)

No decorrer da evolução cultural humana adquiriu força a ideia de uma conceituação de gênero voltada ao âmbito social. Mais que isso, é possível se dizer que a distinção entre indivíduos do sexo masculino e do sexo feminino se tornou uma conveniência socialmente imposta a segregação da coletividade. Não obstante, a distinção entre ambos os sexos justifica sobremodo a desigualdade que impera ao longo do mundo civilizado[4]:

> *In addition, gender is also used to designate social relations between the sexes. Its use explicitly rejects biological explanations, such as those that find a common denominator for diverse forms of female subordination in the facts that women have the capacity to give birth and men have greater muscular strength. Instead, gender becomes a way of denoting "cultural constructions"- the entirely social creation of ideas about appropriate roles for women and*

[4] Tradução: Ademais, o gênero é igualmente utilizado para designar as relações sociais entre os sexos. O seu uso rejeita explicitamente as justificativas biológicas, como aquelas que encontram um denominador comum para várias formas de subordinação no fato de que as mulheres têm filhos e que os homens têm uma força muscular superior. O gênero se torna, aliás, uma maneira de indicar as "construções sociais" - a criação inteiramente social das ideias sobre os papéis próprios aos homens e às mulheres. É uma maneira de se referir às origens exclusivamente sociais das identidades subjetivas dos homens e das mulheres. O gênero é, segundo essa definição, uma categoria social imposta sobre um corpo sexuado. Com a proliferação dos estudos do sexo e da sexualidade, o gênero se tornou uma palavra particularmente útil, porque ele oferece um meio de distinguir a prática sexual dos papéis atribuídos às mulheres e aos homens. (SCOTT, 1998, p. 1056).

> *men. It is a way of referring to the exclusively social origins of the subjective identities of men and women. Gender is, in this definition, a social category imposed on a sexed body.8 Gender seems to have become a particularly useful word as studies of sex and sexuality have proliferated, for it offers a way of differentiating sexual practice from the social roles assigned to women and men.* (SCOTT, 1998, p. 1056).

Com isso, notório que as evoluções nas relações humanas estão sendo sentidas pela população moderna. O enquadramento rígido de concepções entendidas como congruentes às atitudes sócias comportam flexibilização. Entretanto, quando se trata de ambientes com baixo índice de valorização das bases escolares fundamentais, o avanço sociológico não ostenta destaque, sendo muitas vezes desconhecido, ocasionando uma aversão comportamental.

> Apesar das atuais mudanças no que diz respeito ao gênero, com as tarefas e as relações nos âmbitos doméstico, profissional e político sendo muitas vezes mais equilibradas, questões associadas aos papéis de gênero e às funções atribuídas a homens e mulheres ainda estão bastante presentes no modo de pensar e sentir de ambos os sexos, e, vale a pena repetir, especialmente em grupos sociais com menor escolaridade. (MUSZKAT, 2016, p. 75-76).

Dentro das relações de gênero existe uma disputa que comporta o poderio humano no tocante a dominação social. A prevalência de um indivíduo sobre outro ao longo dos relacionamentos se estende, inclusive, aos vínculos conjugais. O cenário familiar que deveria comportar traços de igualdade, cumplicidade e apoio mútuo, tornou-se o cerne da intolerância e das disputas entre as partes envolvidas no relacionamento, dando azo a guerra dos sexos.

> No nível das relações interpessoais, e das relações de gênero em particular, o desafio constante é manter os poderes que definem as posições e as práticas de cada um. É no âmbito familiar que as disputas de gênero se tornam mais acirradas, exigindo das partes capacidade de tolerância, o que nem sempre existe. (MUSZKAT, 2016, p. 78).

Os papeis sociais se encontram bem definidos na convenção moral da civilização. Enquanto o homem agrega posição valorativa de autoridade no tocante as relações humanas, as mulheres sofrem a coação exarada por seus próprios maridos. Com isso, resta estabelecida à figura masculina a posição de provedor, de arrimo da casa, verdadeiro sustentáculo patriarcal familiar. Lado outro, às mulheres estão associadas a maternidade e a organização do lar, que deve ser por elas administrado.

> Nas sociedades onde a definição do gênero feminino tradicionalmente é referida à esfera familiar e à maternidade, a referência fundamental da construção social do gênero masculino é sua atividade na esfera pública, concentrador dos valores materiais, o que faz dele o provedor e protetor da família. Enquanto atualmente, nessas mesmas sociedades, as mulheres estão maciçamente presentes na força de trabalho e no mundo público, a distribuição social da violência reflete a tradicional divisão dos espaços: o homem é vítima da violência na esfera pública, e a violência contra a mulher é perpetuada no âmbito doméstico, onde o agressor é, mais frequentemente, o próprio parceiro. (JESUS, 2015, p. 7-8).

Conforme consolidado acima, a aplicação do gênero, nas relações que envolvam violência doméstica e familiar contra as mulheres, é recorrente para justificar as desigualdades entre os sexos. É dizer que a o sofrimento feminino não se inicia na sua concepção biológica, senão na formação de uma corrente de pensamentos éticos e morais que valoram sobremodo a superioridade do gênero masculino em detrimento do gênero feminino.

3 Legislações que regulamentam os direitos das mulheres no mundo

Após a segunda Guerra Mundial (1939-1945), diversos países do mundo se uniram com o intento de alcançar a cooperação internacional, dado o desrespeito abrupto aos direitos inerentes a dignidade da pessoa humana, que foram severamente afetados quando do interim da guerra. Uma vez constituída a Carta das Nações Unidas, foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU) no ano de 1945, assegurando assim a proteção absoluta aos direitos humanos.

Passados três anos, foi elaborada a Declaração dos Direitos Humanos em 1948, garantindo a proteção aos direitos básicos do homem, no seu artigo 1º, "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos". No mesmo ano, ocorreu a Convenção Interamericana Sobre a Concessão dos Direitos Civis à Mulher, responsável por conferir às mulheres direitos civis semelhantes àqueles que somente contemplavam os homens.

Tamanha a importância da Declaração dos Direitos Humanos, esta foi responsável por impulsionar o movimento que hoje é conhecido como feminismo. Dentro deste movimento, pode-se destacar a Conferência Mundial da Mulher, ocorrida no México no ano de 1975, como símbolo do feminismo. Afinal, foi neste ano que a Assembleia Geral da ONU declarou o Ano o Internacional das Mulheres.

Cabe afirmar a positiva repercussão que gerou a conferência no âmbito internacional, tornando-se um pilar dos avanços e do empoderamento das mulheres dos mais variados países ao redor do mundo. Ademais, conferiu visibilidade aos infortúnios e necessidades femininas que até então não encontravam azo na famigerada sociedade patriarcal. Com base nos anos de 1976 a 1985 característicos dos acontecimentos em comento, formou-se a Década da Mulher.

Em decorrência da citada conferência a Assembleia Geral da ONU aprovou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, 1979). Detentora de 30 artigos, esta determina e define formas de promover a igualdade formal e material entre os gêneros. A convenção foi pioneira na legislação internacional voltada exclusivamente aos direitos das mulheres.

> Art. 1º- Para os fins da presente Convenção, a expressão "discriminação contra a mulher" significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. (CEDAW, 1979).

A aderência a Convenção foi bastante surpreendente e contou com a adesão de 188 países no ano de 1979. Não obstante, obriga todos os Estados signatários a modificarem e enrijecerem a proteção das mulheres, em todos os âmbitos, com o objetivo principal de combater a discriminação. Na América Latina, após a convenção, 17 dos 20 Estados criaram legislações específicas de proteção à mulher. No Brasil esta foi promulgada pelo Decreto n. 4377/2002.

Posteriormente a CEDAW, seguiu um vertiginoso crescimento, realizando reuniões em Copenhague no ano de 1980 e Nairóbi em 1985, incrementando sempre maiores proteções as necessidades da Mulheres. Quanto a II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena), ocorrida em 1993, esta ocasionou o surgimento da Declaração de Viena, com o objetivo de redefinir a forma de como é vista a violência contra a mulher.

> Art. 18. Os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais. A plena participação das mulheres, em condições de igualdade, na vida política, civil, econômica, social e cultural nos níveis nacional, regional e internacional e a erradicação de todas as formas de discriminação, com base no sexo, são objetivos prioritários da comunidade internacional. (DECLARAÇÃO DE VIENA, 1993).

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) se deu no ano de 1994 e declarou que todos os tipos de violência contra as Mulheres são na verdade, um atentado aos direitos humanos, o que convalidou a proteção dos direitos das Mulheres. Não obstante, a própria convenção em seu artigo 2º esboça a definição de violência contra mulher:

> Entende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica.
> a) ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua

> residência, incluindo-se, entre outras turmas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual;
> b) ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, sequestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local; e
> c) perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra. (CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ, 1994).

Algumas décadas depois foi criada a ONU Mulheres no ano de 2010, com o intento de proporcionar a todas as mulheres e meninas do mundo uma vida digna, livre de violência, discriminação e pobreza. Com isso, espera-se alcançar a igualdade de gênero no mundo como premissa básica do desenvolvimento social, somente assim, surgirá a possibilidade de humanização das relações interpessoais voltadas aos homens e mulheres.

4 Violência doméstica contra a mulher no Brasil

Adentrando o contexto da história brasileira, pode-se dizer que as mulheres nunca foram tratadas com o respeito que lhes era inerente. Seja na vertente dos direitos seja na posição social, o gênero feminino sempre foi alvo de fortes ataques por parte dos homens detentores do poderio social. No período Colonial, a mulher foi inserida na sociedade como legitima cuidadora do lar, responsável por administrar os lares no cerne da relação conjugal.

A sociedade demasiadamente machista impôs a figura feminina obrigações a serem cumpridas ao longo do matrimônio, quais sejam elas: reprodução e assistência doméstica aos filhos e ao marido. Não obstante, a mulher adquiriu status semelhante à de mero objeto, incluindo a ideia de propriedade que cerceava sua característica persona. Com isso, nada mais eram que as sombras de seus maridos, levando uma vida amplamente apática e submissa.

Não obstante, as relações abusivas que continham violência sexual dentro do vínculo conjugal, não eram reconhecidas como criminosas,

sendo completamente execrado o entendimento de os maridos praticavam atos violentos com suas próprias esposas. Ademais, era perfeitamente aceitável que o homem disciplinasse sua mulher para que esta viesse a obedecer a suas ordens e anseios, tornando-se assim, a exemplificação da mulher perfeita.

Até mesmo na esfera educacional ocorreu a segregação entre ambos os sexos tratados neste trabalho. Aproximadamente na década de 30, meninos e meninas eram separados pelo critério sexual, nas escolas. Desta feita as meninas eram contempladas com estudos diferenciados que incluíam o aperfeiçoamento de técnicas voltadas para o cuidado do lar, como as habilidades domésticas e manuais.

Soma-se a isso, a convenção social instaurada para cercear os pensamentos intelectuais das mulheres, sob o pretexto de ensinamentos religiosos que dispunham da importância de serem submissas e discretas quanto a seus maridos. A consequência foi um ambiente propício a preponderância de um sobre o outro, uma vez que no interior das relações matrimoniais, sempre que ocorriam agressões, as esposas deveriam se manter silenciosas.

Neste momento, angariou espaço no cenário social o movimento feminista conservador, que contou com mulheres lutando pela representação no âmbito doméstico. A Constituição de 1934, implementou condições e direitos que primavam pela liberdade feminina na sociedade. Entretanto, o ano de 1964, foi marcado pelo golpe militar no território brasileiro, o que gerou excessivo retrocesso aos direitos outrora incorporados as mulheres.

Entre as décadas de 70 a 90 cresceu vertiginosamente o número de mulheres conscientizadas quanto a importância de lutar por seus direitos. Ainda, foram desenvolvidos e assinados diversos tratados internacionais que versavam sobre a proteção à dignidade feminina. Ademais, no ano de 1986, por iniciativa do Estado, foi criada a Casa Abrigo, instituto destinado à proteção da mulher vítima de violência doméstica e familiar.

Perpetuando o legado pátrio quanto a visibilidade de movimentos sociais femininos, Belém do Pará, sediou a Convenção Interamericana, estruturada e organizada para punir e erradicar a violência contra a mulher. Mais tarde, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os direitos atinentes aos homens, também foram incorporados às mulheres, primando assim a Lei Maior pela autonomia e isonomia dos indivíduos sem distinção sexual.

> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988).

Restou assim, ampliado os direitos e garantias femininas na sociedade brasileira, conferindo às mulheres o reconhecimento de benefícios trabalhistas como a licença maternidade, além de direitos eleitorais e sociais como o voto e a nacionalidade. Ademais, acresçam-se todos os tratados internacionais dos quais o Brasil foi signatário, auferindo, por fim, a conquista social contrária a violência doméstica inserida pela Lei Maria da Penha.

4.1 Lei Maria da Penha

Maria da Penha Maia Fernandes era farmacêutica bioquímica e sofreu demasiadamente nas mãos de seu ex-marido Marco Antônio Heredia Viveros. Na data de 29 de maio de 1993, foi vítima de violência doméstica, oportunidade em que foi atingida por um projétil de arma de fogo. As consequências foram severas e definitivas, deixando-a assim paraplégica. Após quatro meses hospitalizada regressou a sua casa e sofreu novas agressões.

Não obstante, seu cônjuge, responsável por lhe disparar, manteve-a em cárcere privado e tentou eletrocutá-la durante seu banho. Finalmente

a Secretaria de Segurança, reconheceu Marco Antônio como o autor da dupla tentativa de assassinato, o que não foi suficiente para que nesse momento fosse punido por seus atos. Transcorrido o lapso temporal de 19 anos e seis meses da agressão o ex-marido foi preso pelos crimes cometidos.

Contudo, cumpre salientar que a prisão somente se deu por uma denúncia realizada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, auxílio buscado pela vítima através de muito esforço e desgaste. Isso porque as disposições normativas de âmbito penal e processual penal não contemplavam o ocorrido com o devido cuidado, o que facilitava sobremodo a impunidade em situações como a vivenciada por Maria da Penha.

Para tanto, no dia 20 e agosto de 1998, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu uma denúncia realizada pelo Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL) juntamente com o Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), em desfavor do Brasil. Nela, Maria da Penha, declarou o desrespeito do judiciário brasileiro pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

> No relatório final a CIDH da OEA afirmou que: "a violação sofrida se constituiu uma tolerância de todo o sistema que não faz senão perpetuar as raízes e fatores psicológicos, sociais e históricos que mantêm e alimentam a violência contra a mulher. (...) não havendo evidência socialmente percebida da vontade e efetividade do Estado, como representante da sociedade, para punir esses atos". Mencionou o compromisso assumido por nosso país através da ratificação dos Tratados Internacionais assinados em 1984 e em 1994 (Convenção Cedaw e Convenção de Belém de Pará, respectivamente****). Lembrou ser dever do Estado "tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher". Recomendou várias ações com a finalidade de proteger os direitos humanos das mulheres com fins específicos de prevenir, punir e erradicar a discriminação e a violência contra a mulheres. (SEIXA, 2013, p. 4).

Ademais, o respeito devido ao cerne basilar das constituições familiares é implementado pela própria Lei Maior que preceitua acerca da proteção estatal destinada ao cuidado e a preservação dos núcleos conjugais. Deste modo, não obstante a omissão da justiça brasileira, restou lesado o princípio da segurança jurídica e da proteção familiar no caso estarrecedor vivenciado pela vítima Maria da Penha.

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (BRASIL, 1998).

A repercussão internacional quanto ao fato de não terem sido aplicadas as punições plausíveis a Marco Antônio por toda a violência empregada contra sua mulher, foi consideravelmente negativa, o que resultou na responsabilização do Brasil pela completa omissão no caso de Maria da Penha. Angariou para si a justiça brasileira a reputação de ineficaz e inadequada quanto a aplicação das normas e preceitos internacionais.

> Diante da displicência brasileira perante a morosidade procedimental com relação aos crimes de violência doméstica contra a mulher, a Comissão da OEA publicou o relatório de número 54 em 2001, concluindo que o Estado brasileiro é responsável pela sua omissão no trato da violência doméstica e familiar praticado contra a mulher e é permitido adotar ações do combate a essa forma de ofensa a dignidade humana. (OLIVEIRA, 2012).

Tido como marco pátrio, o caso da Maria da Penha levou o Presidente da República a promulgar no dia 22 de setembro de 2006 a Lei nº 11.340, que devido o contexto de sua criação, foi denominada com o prenome e patronímico da vítima. Desta forma, restou consolidada a proteção dos Direitos das Mulheres e a Luta contra a Violência Doméstica e Familiar. O escopo da referida lei consiste na regulamentação da proteção das mulheres dentro dos seus lares.

A legislação buscou abranger as amplas possibilidades que poderiam comportar os casos concretos. Isso porque, em que pese a monstruosidade

vivenciada por Maria da Penha, esta não era única a ser submetida a violentas agressões no interior de seu núcleo familiar. Seu caso, foi apenas o estopim necessário para as mulheres que até então não se manifestavam fossem prontamente ouvidas quanto a violência doméstica, entendida esta última como:

> Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:
> I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
> II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;
> III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.
> Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (BRASIL, 2006).

Não basta simplesmente conceituar a violência doméstica é preciso determinar cada uma de suas vertentes para que possa haver a coibição dos atos que a fazem perpetuar. É dizer que a agressão não de detém ao campo da violência física, mas perpassa também pelas esferas psíquicas, morais patrimoniais e sexuais da vítima. No intento de explicitar ao máximo seu campo de incidência, a Lei nº 11.340/2006, traz em seu artigo 7º as formas de violência:

> Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:
> I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;
> II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento,

> humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;
> III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;
> IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;
> V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. (BRASIL, 2006).

Um grande reforço na legislação penal complementar correlata aos direitos e garantias das mulheres foi a Lei n. 13.104/2015 responsável por introduzir no código Penal Brasileiro o Feminicídio, que é utilizado como qualificadora do crime tipificado no artigo 121, VI, § 2º do mesmo dispositivo legal. Tal artigo faz menção ao crime de homicídio cometido em face de mulheres, por razões ligadas às condições do sexo feminino.

5 Violência doméstica contra a mulher na argentina

A Argentina possui vasta participação como signatária das mais variadas convenções e tratados referentes à proteção da Mulher, tendo assim a obrigação de criar legislações nacionais quanto ao tema. A primeira lei Argentina referente a temática da violência doméstica foi instituída em 1994, trata-se da Lei nº 24.417 - *Ley De Protección Contra La Violencia Familiar*, elaborada com o objetivo de proteger o núcleo familiar:

> *ARTICULO 1º. Toda persona que sufriese lesiones o maltrato físico o psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar podrá denunciar estos*

> *hechos en forma verbal o escrita ante el juez con competencia en asuntos de familia y solicitar medidas cautelares conexas. A los efectos de esta ley se entiende por grupo familiar el originado en el matrimonio o en las uniones de hecho*[5]. (ARGENTINA, 1994).

Justamente pelo incremento desta lei a Argentina se tornou o segundo país integrante do MERCOSUL a possuir normas jurídicas voltadas aos direitos e proteções das Mulheres, no âmbito familiar. Sob a influência da Lei Maria da Penha, no ano de 2009 a Argentina criou a *Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar, y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales*.

Também compreendida como LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LAS MUJERES, este dispositivo se diferencia da Lei nº 24.417/94, pois esta última se limitava a tratar a violência no âmbito doméstico, abrangendo assim a totalidade de membros integrantes do núcleo familiar. Lado outro a nova legislação já no início de sua confecção buscou tratar exclusivamente da violência contra as mulheres, evidenciando assim a projeção de isonomia.

> *ARTICULO 2º. Objeto. La presente ley tiene por objeto promover y garantizar:*
> *a) La eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida;*
> *b) El derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia;*
> *c) Las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos;*
> *d) El desarrollo de políticas públicas de carácter interinstitucional sobre violencia contra las mujeres; 1947)*
> *e) La remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres;*
> *f) El acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencia;*

[5] Tradução: ARTIGO 1: Qualquer pessoa que sofra lesões ou abuso físico ou psicológico por um dos membros do grupo familiar pode relatar esses fatos verbalmente ou redigido perante o juiz competente em matéria de família e solicitar medidas cautelares conectado. Para os fins desta lei, o grupo familiar é entendido como a origem do casamento ou uniões de Direito (ARGENTINA, 1994).

> *g) La asistencia integral a las mujeres que padecen violencia en las áreas estatales y privadas que realicen actividades programáticas destinadas a las mujeres y/o en los servicios especializados de violencia*[6]. (ARGENTINA, 1994).

O Código Penal Argentino sofreu uma modificação no ano de 2012, por meio da Lei nº 26.791, que em seu artigo 80, incluiu a possibilidade de prisão perpétua para crimes que envolvam o assassinato de mulheres por motivo ligado a seu gênero. Para tanto, restam duas exigências, quais sejam elas: que o crime seja praticado em desfavor das mulheres pela sua condição feminina e que o executor esteja na condição de cônjuge, ascendente ou descendente:

> ARTÍCULO 80. Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:
> 1°. A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia.
> 4°. Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión[7]. (ARGENTINA, 2012).

Notório que no texto legal não há margem para a incidência do termo feminicídio. Entretanto, pode-se empregar analogia quanto ao artigo

---

[6] Tradução: ARTIGO 2: Objeto. O objetivo desta lei é promover e garantir:

a) A eliminação da discriminação entre homens e mulheres em todas as ordens de vida;

b) O direito das mulheres de viver uma vida sem violência;

c) Condições adequadas para conscientizar e prevenir, punir e erradicar a discriminação e a violência contra a mulher em qualquer uma de suas manifestações e áreas;

d) O desenvolvimento de políticas públicas interinstitucionais sobre violência contra a mulher; 1947)

e) A remoção de padrões socioculturais que promovam e sustentem a desigualdade de gênero e as relações de poder sobre as mulheres;

f) Acesso à justiça para mulheres que sofrem violência;

g) Assistência abrangente às mulheres que sofrem violência em áreas estaduais e privadas que realizam atividades do programa para mulheres e / ou serviços especializados de violência (ARGENTINA, 1994).

[7] Tradução: ARTIGO 80: A prisão perpétua ou prisão perpétua serão impostas, podendo aplicar-se o disposto no artigo 52, ao qual eu matarei:

1 °. Ao ascendente, descendente, cônjuge, ex-cônjuge ou à pessoa com quem ele mantém ou manteve um relacionamento, mediando ou não morando juntos.

4th. Por prazer, ganância, raça, religião, orientação sexual ou sexual, identidade de gênero ou sua expressão. (ARGENTINA, 2012).

acima exposto e a qualificadora implementada pela Lei brasileira 13.104/2015. Afinal, em ambos os casos o crime de homicídio é praticado contra mulheres, e tem como autores da barbárie, homens que compõe o núcleo familiar, motivados Pela mera liberalidade de suas parceiras pertencerem ao gênero feminino.

6 Análise comparativa: legislação brasileira x legislação argentina

Com base no tema proposto, cabível a implementação de estudos jurisprudenciais de ambos os países como forma de demonstrar a disparidade no que tange a aplicação das disposições normativas, quando o assunto é a violência domiciliar. Notório que a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina e o Supremo Tribunal Federal no Brasil, entendem a aplicação da lei de modos distintos, caracterizados pela cultura de cada país.

Enquanto um adota parecer meramente positivista, a outra permite a flexibilização das fontes que compõe a decisão. Este último caso é figurado pelos ministros argentinos que compreendem a possibilidade de utilização de costumes, leis, jurisprudências e tratados internacionais quando do posicionamento que devem adotar nos casos concretos que tratam as agressões desferidas pelos maridos a suas esposas em ambiente conjugal.

> *R, C. E. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa nº 63.006 del Tribunal de Casación Penal, Sala IV (Rechazo de recursos por parte del superior tribunal provincial - Convalidación arbitraria de la inadmisibilidad del recurso de casación local - Contexto de violencia contra la mujer - Necesidad de incluir la perspectiva de género en la investigación penal de acuerdo a lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos - Defensa que plantea los graves defectos de fundamentación que exhibía la condena - Sentencia que omite dichos argumentos con invocacion de límites formales establecidos en el código procesal local - Precedentes "Strada" (Fallos:308:490) y "Di Mascio" (Fallos:311:2478) - Las limitaciones de orden local no pueden ser invocadas por los máximos tribunales provinciales para rehusar el abordaje de las cuestiones federales - Se deja sin efecto la sentencia apelada). (CSJ 733/2*

> *18/CS1 E. — s/ recurso extraordinario de inapl cabilidad de ley en causa n° 63.006 del Tribuna de Casación Penal, Sala IV. 29/10/2019)*[8].

No caso acima, julgado pela Corte argentina, sucedeu uma briga de casal em ambiente familiar. Elevados pelo ímpeto da discussão, ambos começaram a se agredir partindo para as vias de fato, oportunidade em que a mulher desferiu uma facada no abdômen do marido. Perquirido o processo penal e apurados os fatos aprouve a Corte o julgamento da demanda, entendo pela oitiva da única testemunha ocular do fato, qual seja a filha do casal.

Ocorre, que ouvido o depoimento da filha de como havia se iniciado o embate entre os cônjuges, que resultou na lesão corporal do varão, esta afirmou que a genitora sofria constantemente com os ataques físicos e psíquicos do patriarca, o que a levou a optar por decisão tão abrupta como forma de exercer a legítima defesa. Perpassadas as primeiras instâncias não entenderam os magistrados pelo uso moderado da força e cercearam sua defesa.

Todavia, em sede de recurso, a Recorrente, foi contemplada com o entendimento que legitimava sua ação tendo em vista a displicência estatal quanto a seu dever de proteção integral dos direitos e garantias das mulheres. O que se auferiu ao final, é que ambos deveriam ser punidos pelos seus devidos crimes, tendo em vista a ação praticada. Entretanto, não restou penalidade imputada a esposa tendo em vista o reconhecimento de legítima defesa.

Quanto ao cônjuge varão, em que pese a facada que lhe fora desferida, este foi submetido a penalidades rigorosas tendo em vista que praticava o crime de lesão corporal em sua esposa reiteradamente. Ademais, ao longo

[8] Tradução: R, CE s / recurso extraordinário de inaplicabilidade da lei no caso n ° 63.006 do Tribunal de Cassação Penal, Sala IV (Rejeição de recursos pelo tribunal provincial superior - Validação arbitrária da inadmissibilidade do recurso de recurso local - Contexto da violência contra mulheres - A necessidade de incluir a perspectiva de gênero na investigação criminal, de acordo com as disposições da Corte Interamericana de Direitos Humanos - Defesa que levanta as graves falhas que a condenação exibiu - Sentença que omite esses argumentos com a invocação de limites formais estabelecido no código processual local - precedentes "Strada" (sentenças: 308: 490) e "Di Mascio" (sentenças: 311: 2478) - As limitações da ordem local não podem ser invocadas pelos tribunais provinciais máximos para recusar o embarque de Questões federais - a decisão recorrida é anulada) (CSJ 733/2 18 / CS1 E. - s / recurso extraordinário de inaplicabilidade da lei no caso n ° 63.006 do Tribunal de Cassação Criminal, sala IV, 29/10/2019).

da investigação restou comprovado que a motivação para as agressões se dava mediante questões interligadas ao gênero, o que por si comporta a aplicação da Lei 24.417/94, responsável por coibir a violência doméstica.

Por outro ângulo cumpre analisar as decisões trazidas pela jurisprudência brasileira quanto aos imbróglios de violência doméstica. Em que pese o Brasil ter sido pioneiro na confecção legislativa específica dos direitos das mulheres, na América Latina, aparentemente o judiciário brasileiro é bastante conservador quando da aplicação da lei. Não há valoração de outras fontes do direito no ato de compreensão do caso concreto, imperando a lei seca:

> PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. VIAS DE FATO. AMEAÇA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. AUTORIA E MATERIALIDADE. PALAVRA DA VÍTIMA. ESPECIAL RELEVO. ABSOLVIÇÃO. FALTA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. VIAS DE FATO. AGRAVANTE DO ART. 61, II, "f", DO CP. INCIDÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Mostra-se suficiente o acervo probatório formado pelos depoimentos harmônicos e coesos da **vítima para comprovar a prática d**a contravenção penal de vias de fato e do delito de ameaça praticados no contexto da violência doméstica e familiar, pois tais condutas, via de regra, são cometidas longe de testemunhas. 2. A contravenção penal de vias de fato não pode ser comprovada por meio de laudo pericial, porquanto é conduta que não deixa vestígios, caso em que restaria configurado o crime de lesão corporal. 3. Incide, na espécie, **a agravante do art.61, II, f, do Código Penal,** pois se trata de infrações penais cometidas no âmbito da **violência doméstica e familiar contra a mulher**. 4. Recurso conhecido e desprovido. (eDOC 1, p. 159).STF. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ARE 1221293 AgR.ARE 1221293 AgR.Relator MIN.Gilmar Mendes. 25/10/2019).

No caso acima exposto, discute-se em sede recursal a ausência de materialidade e autoria, o que inviabiliza a comprovação do crime. Ocorre, que réu insiste em pedir o indeferimento de agravante presente no artigo 61, inciso II, alínea “f” do Código Penal, sob o argumento de que não há provas de que praticava atos de violência em face de sua mulher.

Entretanto, aprouve ao Egrégio Tribunal indeferir o pedido, observada a palavra da vítima.

Esse acórdão demonstra claramente o entendimento de boa parte dos operadores do direito quando o caso remete a violência doméstica. Isso porque, a vítima do crime em comento, o sofre no interior de seu lar, na vigência da união conjugal. Via de regra, atos de agressão domiciliar, motivados pela imposição dos gêneros não ocorrem em lugares públicos, o que impossibilita outros meios de prova, como a oitiva de testemunhas.

Diante ambas as decisões, restou aclarada a linha de pensamento que permeia o sistema jurisdicional penal do Brasil e da Argentina. Em que pese a diferença entre as escolhas das fontes do direito a serem analisadas para a prolação das decisões judiciais, observa-se que a palavra da vítima, bem como sua condição física e psicológica quando afetadas, ressoam como único requisito necessário para a consequente punição do crime.

A valorização da palavra da vítima, tornando-a absoluta na vigência de processos cujo cerne remeta a crimes de violência doméstica é um avanço normativo considerável. Afinal, as agressões motivadas por questões de gênero, fomentam justamente o desrespeito as condições da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, nada mais límpido que o empoderamento das mulheres que por vezes se mantem silentes pelo temor de sofrerem severas consequências.

6.2 Violência doméstica

O Supremo Tribunal de Justiça da Nação Argentina, no ano de 2016, criou a *La Oficina de Violência Doméstica* (OVD), com o objetivo de desburocratizar o acesso das vítimas de violência familiar ao poder judiciário. A procura pela instituição ocorre espontaneamente pelas vítimas, que buscam aconselhamentos voltados as questões de abuso ou mesmo de violações de seus direitos.

Existe também a possibilidade de as vítimas serem encaminhadas por delegacias, hospitais, ONG´s e órgãos do sistema judiciário. A projeção é

que a *La Oficina de Violência Doméstica* (OVD) diminua significativamente os números que compõe os gráficos de violência contra mulheres. Para tanto, utilizou de uma técnica expositiva, através da divulgação de dados que refletiam os índices de agressões sofridas pelas mulheres disponibilizando-os para toda a nação.

A partir dessa visualização, o intento era provocar órgãos competentes, retirando-os da inércia, para que eles viessem a apresentar ideias de políticas públicas voltadas a diminuição dos índices de violência doméstica. Com isso, apesar de todo o esforço empenhado, no ano de 2018 a *La Oficina de Violência Doméstica* (OVD), registrou cerca de 11.623 casos de agressões, o que equivale ao maior número de casos atendidos nos últimos cinco anos.

Não obstante, em observância às avaliações feitas pelas mulheres que procuraram a *La Oficina de Violência Doméstica* (OVD) no ano de 2018, foi possível perceber a fragmentação das espécies de violência que integram o rol taxativo das disposições legais, aplicadas em casos concretos. Quanto aos números auferidos, cumpre dizer que sua distribuição se deu da seguinte maneira: agressões psicológicas alcançaram 96%; físicas cerca de 57%; e as sexuais registraram 10%. No tocante ao Brasil, o encargo de contabilizar e controlar os números que envolvam as assombrosas agressões familiares fica por conta do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Este último é o órgão responsável por realizar todas as estatísticas correlatas ao poder judiciário brasileiro. Ademais, providencia o monitoramento de políticas nacionais voltadas ao fortalecimento dos direitos das mulheres e enfrentamento da violência doméstica.

Com o objetivo de auferir a quantidade de ocorrências que envolviam agressões dentro do território pátrio, o CNJ registrou casos de Violência Doméstica, ao longo de três anos, contabilizando um resultado nefasto que registrou um crescimento vertiginoso de novos crimes. A título de comparação, em 2016 foram 402.006 novos casos, já em 2017 o número subiu para 455.800, e por fim, em 2018 o número de casos foi de 507.984.

Dessa forma, não há como ignorar índices tão alarmantes que só fazem crescer a cada ano. Como consequência, no ano de 2018 foram realizados aproximadamente 367.166 inquéritos policiais voltados a temas que de alguma forma envolviam a prática de violência doméstica. De forma proporcional, também foi registrada a morosidade judiciária no Brasil que alcançou, neste mesmo ano, mais de 01 (hum) milhão de casos pendentes de andamento.

A conjunção entre Brasil e Argentina no combate a violência familiar rendeu frutos, sendo estes refletidos no ano de 2005, através da criação da Central de Atendimento à Mulher em Situação de Violência. A Central apresenta fácil acesso e está à disposição de mulheres sejam elas brasileiras, argentinas ou mesmo de outros 16 países que aderiram ao projeto, sendo que elas devem denunciar o crime através de números telefônicos disponibilizados.

Ainda, a Central oferece às vítimas a possibilidade de pedirem proteção especial, ou mesmo orientações quanto a seus direitos e garantias. Certamente que o recurso não foi suficiente para suprir todas as necessidades das mulheres agredidas, mas se mostra um excelente instrumento no tocante ao auxílio das vítimas. Na Argentina o número disponibilizado é o 0800 9995-500, já no Brasil a ligação é destinada ao número 180.

No território brasileiro, foram disponibilizados Centros Especializados de Atendimento à Mulher, destinados justamente às vítimas de violência doméstica, que necessitam acolhimento após o trauma a que são submetidas. Como complemento do tratamento é ofertada a possibilidade de encaminhamento para atendimento jurídico e psicológico, além de apresentar todas as informações necessárias à garantia de seus direitos.

Ademais, poderá a vítima da violência doméstica contar com o apoio de outros órgãos do governo, destinados a auxiliá-las na busca pela conservação de seus direitos. Dentre estes órgãos estão as Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAMs), bem como os Juizados Especializados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e a Casa

da Mulher Brasileira, localizada nas promotorias específicas coligadas as casas-abrigo.

No mesmo sentido cuidou a Argentina de providenciar para as vítimas de violência doméstica, ambientes de acolhimento e tratamento dos traumas físicos e psicológicos causados as mulheres que compõe a triste estatística das agressões dentro de seus próprios lares. Para tanto, oferta possibilidades como *La Oficina de Violência Doméstica* (OVD), as delegacias, os hospitais, as promotorias e por fim as ongs pertencentes ao território argentino.

6.2 Feminicídio

Como dito anteriormente, o feminicídio foi incrementado no Código Penal brasileiro e argentino com o escopo de enrijecer o tratamento destinado a homens que cometem crimes bárbaros contra mulheres, motivados unicamente pelas condições de gênero. A distinção será explicitada na maneira como cada país entende devida a punição aos agressores. Para o legislador brasileiro a pena mínima é de 12 anos e a máxima não deverá exceder os 30 anos.

Lado outro entende o legislador argentino, que casos onde restam caracterizados os elementos do artigo 80 da Lei 26.791/2012, deverá ser aplicada a prisão perpétua, sem prejuízo dos demais dispositivos legais componentes da legislação argentina. Contudo, em que pese o rigor legislativo, em ambos os países, o número de casos registrados de feminicídio é lastimável e preocupa, na medida que não apresenta sinais de diminuição.

Consequentemente, os dados do Observatório de Igualdade de Gênero da América Latina e do Caribe, apuraram através da análise de 15 países da América Latina, no ano de 2018, somando os números de casos registrados no Brasil e na Argentina cerca de 1,1 na taxa geral de feminicídios a cada 100.000 mulheres. Mais que espanto a situação demonstra a

necessidade de atitudes rápidas e drásticas com o objetivo de reduzir a violência.

O Brasil é inegavelmente um dos países com mais casos de feminicídio no mundo. Tal afirmação é possível, pois com breve análise dos dados disponibilizados pelo CNJ, no monitoramento de políticas nacionais voltadas ao combate da violência doméstica, nota-se um considerável aumento no número de casos no judiciário brasileiro. Infelizmente, a maior parte deles conta com o assassinato da vítima por seu próprio companheiro.

A título de comparação dos últimos anos, cumpre dizer que em 2016 foram conhecidos 1.291 novos casos de feminicídio, acresça-se que 3.339 casos estavam pendentes de simples análise judicial, por fim foram proferidas 504 sentenças de execução penal relativas a temas que versavam sobre o feminicídio. Conforme evidenciado, o judiciário brasileiro não comporta estrutura sistêmica que permita o processamento a tempo e modo.

Seguindo a linha cronológica, no ano de 2017 foram conhecidos 1.596 novos casos de feminicídio, além disso, 4.209 casos se encontravam pendentes de análise judicial e foram proferidas apenas 61 sentenças em âmbito de execução penal correlata a crimes de feminicídio. Notoriamente o número de casos é quase quatro vezes maior em relação ao ano anterior, enquanto o número de sentenças despencou drasticamente.

Por fim, no ano de 2018 os índices demonstraram que 1.611 casos de feminicídio foram conhecidos, enquanto 4.461 casos permaneciam pendentes de análise judicial, sendo que apenas 48 sentenças foram prolatadas em sede de execução penal relativas à presença do feminicídio. Sendo assim, resta concluir o crescimento exponencial da violência doméstica que adquiriu maior azo no Brasil, vez que a morosidade processual contribui sobremodo.

Quanto a Argentina, esta também apresenta níveis elevados de crimes com característica de feminicídio. Tanto assim, que em 10 anos, compreendidos entre o período de 2008 a 2018 ocorreram aproximadamente 2.952 casos de feminicídios envolvendo mulheres e meninas de

diversas faixas etárias. Ademais, foram contabilizados cerca de 225 assassinatos contra mulheres no ano de 2018, por motivo exclusivo de gênero.

Para maior precisão em dados institucionais, cabe dizer que a cada 32 horas, um novo caso de feminicídio insurge na Argentina, estes números são informados pela ONG, Associação Civil *La Casa del Encuentro*. No tocante as queixas de violência e infâmia no país, cumpre salientar que, apenas 16 mulheres que foram assassinadas realizaram denúncias anteriores na justiça de violência doméstica, no ano de 2018, a maioria opta por se manter silente diante as agressões.

7 Considerações finais

O presente estudo buscou comparar disposições jurídico-normativas entre a Argentina e o Brasil no que tange a coibição da violência contra as mulheres. Extraiu-se de toda a pesquisa que o movimento feminista enfrenta a barreira da agressão familiar que muitas vezes deságua no feminicídio, seja no território pátrio, seja na Argentina. Isso demonstra que os países latino americanos, ainda não aprenderam a combater a situação.

Na busca incessante por uma alternativa que fomenta a redução dos índices registrais cotidianos atinentes a violência doméstica, ambos os países esposados ao longo deste trabalho, confeccionaram e alteram suas legislações penais. Entretanto, a coibição que se almejou na teoria, nunca se materializou na vida prática, restando frustrada ao se observar a crescente, vertiginosa, dos crimes motivados pela questão de gênero.

Sequer as agravantes, atenuantes e majorantes, acrescidas a dosimetria da pena foram capazes de reduzir os números exarados pelas organizações de cada país, o que comprova, uma vez mais, a incapacidade da pena para a correção do caráter social. É dizer que a rigidez da penalidade não intimida o agressor, pois este não age por outro motivo, senão a profunda aversão social correlata as questões de gêneros tão presentes na sociedade moderna.

Sendo assim, a violência doméstica contra as mulheres não passa do reflexo social de um mundo que apesar de globalizado e moderno se manteve estagnado e retrógado para questões de paridade e isonomia. A perpetuação de atitudes e pensamentos machistas em um século que prima pela preservação das liberdades individuais é o opróbrio das relações humanas. Merecem repúdio os homens que insistem em suscitar períodos paleolíticos.

Cabe acrescer que a solução para a problemática está contida na evolução do pensamento individual, na inserção de projetos educacionais que ressaltem os direitos femininos, na igualdade salarial em meio ao mercado de trabalho, no oferecimento de serviços psicológicos que permitam a valoração e o empoderamento das mulheres enquanto detentoras de característica persona, que não comporta segregação, além de outras medidas.

Contudo, caberá ao Estado a fiscalização permanente e efetiva dos casos concretos, proporcionando a implementação de programas e projetos de segurança pública. Ademais, é importante que as agressões sejam processadas a tempo e modo pela jurisdição de ambos os países, que devem conferir agilidade ao procedimento judicial. Não é dizer que a igualdade é um ideal utópico, mas sim que sua propagação só irá ocorrer em lapso temporal longínquo.

Referências

ARGENTINA. **Constituição (1994). Constitución Nacional**. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>. Acesso em: 01 nov. 2019.

ARGENTINA. **Ley nº 24.417, de 28 de dezembro de 1994.** Ley Nacional 24.417. Protección Contra la Violencia Familiar. Disponível em: <http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_normativa/argentina_ley_no_24417_1994.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2019.

ARGENTINA. **Ley nº 26.485, de 01 de abril de 2009.** LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LAS MUJERES. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/ley_de_proteccion_integral_de_mujeres_argentina.pdf >. Acesso em: 02 nov. 2019.

ARGENTINA. **Ley nº 26.791, de 14 de novembro de 2012.** Código Penal. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/205000-209999/206018/norma.htm>. Acesso em: 02 nov. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Brasília: Senado Federal. In: Vade Mecum. 15ª edição atual. Ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro de 1940.** Brasília: Senado Federal. In: Vade Mecum. 15ª edição atual. Ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Diretrizes Nacionais Feminicídio.** Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_feminicidio.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº11.340, de 7 de agosto de 2006.** Brasília: Senado Federal. *In*: Vade Mecum. 15ª edição atual. Ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo: Fatos e Mitos.** 4ª edição. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.

BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Bourdieu, 2012.

CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em Belém do Pará.** De 09 junho 1994 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm>**.** Acesso em 01 nov. 2019.

CONVENÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER. C**onvenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**, 18 dezembro de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm>**.** Acesso em: 01 nov. 2019.

CNJ. **Dados de Violência Doméstica e Feminicídio no Brasil (2016 a 2018).** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/c7bb60579ffe93584acf30929c349c50.pdf>. Acesso em: 01 out. 2019.

CNJ. **O monitoramento de política nacional de enfrentamento a** violência doméstica. Disponível em: <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimi003&anonymous=true&sheet=shVDResumo>. Acesso em: 01 nov. 2019.

DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE AÇÃO DE VIENA**. Declaração e Programa de Ação de Viena.** Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_viena.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2019.

DUDH. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>**.** Acesso em: 01 nov. 2019.

JESUS, Damásio de. **Violência Contra a Mulher:** Aspectos Criminais da Lei nº 11.340/2006. São Paulo: Saraiva, 2015.

LA CASA DEL ENCUENTRO**. En 11 años 2.952 femicidios en la Argentina**. Disponível em: <http://www.lacasadelencuentro.org/>. Acesso em: 01 nov. 2019.

LIMA, Paulo Marco Ferreira. **Violência Contra a Mulher**: o homicídio privilegiado e a violência doméstica. São Paulo: Atlas, 2013.

MUSZKAT, Malvina. **Violência familiar**. Blucher: São Paulo, 2016.

NAÇÕES. UNIDAS. **Observatório de Igualdade de Gênero da América Latina e do Caribe.** Disponível em: <https://oig.cepal.org/pt/indicadores/feminicidio-ou-femicidio>. Acesso em: 31 nov. 2019.

NAÇÕES UNIDAS**. A ONU e As Mulheres.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/mulheres/.> Acesso em: 01 nov. 2019.

OVD. **Informe Estadístico Anual Año 2018 Marzo 2019.** Disponível em: <http://www.ovd.gov.ar/ovd/verMultimedia?data=2915>. Acesso em: 03 nov. 2019.

OLIVEIRA, Ana Carolina Campos; JÚNIOR, Fernando Gonçalves Coelho. **A Ação Penal no Crime e Lesão Corporal no Âmbito Doméstico e o Recente Entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADI 4424.** In: Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Edição 18, Belo Horizonte, set. 2012. Disponível m: <http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=628>. Acesso em: 01 de nov. 2019.

SEIXAS, Maria Rita D`Angelo, **A violência doméstica e a cultura da paz**. São Paulo: Santos, 2013.

SCOTT, Joan. ***Gender:*** *a useful category of historical analyses. Gender and the politics of history.* Columbia University Press: New York, 1989.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015: Homicídio de Mulheres no Brasil,** 2015. Disponível em: <https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2019.

24

Direito ao esquecimento no mundo virtual: notícias ofensivas à honra e à imagem das pessoas devem ser apagadas depois de algum tempo?

Antônio Lopes Araújo Neto [1]
Cristian Kiefer Silva [2]

1 Introdução

O Direito, enquanto ciência, não é uma obra pronta e acabada, ao contrário, está sujeita as adequações do tempo, se alimentando de inovações sociais e do contexto a que está relacionado. Certo de que a internet já é um mecanismo consolidado do qual não há mais dúvidas quanto a sua importância e uso constante pela população, se faz necessário o Direito, cuidar para que essa ferramenta seja usada de maneira correta de modo a não trazer prejuízos e nem macular a honra e imagem de ninguém.

[1] Graduação em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Pesquisador em Direito.

[2] Pós-Doutor em Direito pela PUC Minas. Doutor em Direito pela PUC Minas. Mestre em Direito pela PUC Minas. Especialização em Direito Processual Civil Aplicado pelo CEAJUFE. Especialização em Direito Público Aplicado pelo EBRADI. Graduação em Direito pela Universidade José do Rosário Vellano. Graduação em Administração pela PUC Minas. Visiting Scholar na Northeastern State University-EUA, na University of Tulsa-EUA e na Oklahoma State University-EUA. Professor Adjunto da Escola de Direito do Centro Universitário UNA. Professor da Graduação e da Pós-graduação em Direito da SKEMA Business School. Professor Titular da Escola de Direito da Faculdade de Minas (Faminas-BH). Professor da Pós-Graduação em Direito do Instituto Universitário Brasileiro (IUNIB). Pesquisador voluntário no INSEPE (Instituto de Ensino, Pesquisa e Extensão). Membro associado e avaliador do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Membro associado da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC). Participa com frequência de fóruns jurídicos, projetos e atividades acadêmicas relacionadas à organização de seminários, congressos, minicursos, grupos de estudo e pesquisa. Tem atuação na área de Direito, com ênfase em Direito Público, Direito Processual e Teoria do Direito. Mediador e Conciliador Judicial cadastrado no CNJ. Membro do corpo de avaliadores do MEC no BASIS/INEP.

Se a internet veio trazendo inúmeros benefícios e hoje é um importante e amplo campo de comunicação e informação, certo é também o tamanho de seu perigo, visto a capacidade de propagação das notícias e fatos nela circulados e o alcance que se tem nesse veículo de comunicação em massa.

Um grande exemplo que podemos citar sobre a capacidade e alcance da internet, é o movimento revolucionário conhecido como "Primavera Árabe", onde as informações eram disseminadas nas redes sociais e, tendo assim, um papel fundamental na consolidação do movimento (ESTADÃO, 2015).

Diante da importância dessa ferramenta, deve-se cuidar e ter uma legislação especifica para tratar do tema, delimitando sua atuação de modo a não causar constrangimentos e sofrimentos aos seus usuários ou civis como parcela de um todo.

Divulgação de imagens, notícias, boatos e até mesmo "Fake News", usados para difamar, ofender ou ainda rememorar fatos passados a fim de causar constrangimentos a pessoa de qual se refere, é uma forma de macular a honra e imagem dessa pessoa, além de ocasionar-lhe sofrimento, transtornos e reviver fatos que já não lhe cabem mais.

O Direito ao esquecimento surge a medida em que ofensas e constrangimentos são produzidos na internet com fatos pretéritos sendo trazidos ao público novamente, e assim surge também a necessidade de se legislar esses crimes, tendo em vista que visa resguardar o direito a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, visto os inúmeros transtornos que esses crimes podem ocasionar.

O direito ao esquecimento é o direito que o indivíduo tem de permitir que, um fato ou situação ocorridos em tempos dispersos de sua vida, não voltem à tona, sendo novamente expostos a uma coletividade, ocasionando-lhe sofrimento e diversos transtornos. O direito ao esquecimento já é consagrado nos Estados Unidos e é conhecido como "*the right to be let alone*", estando relacionado ao direito à privacidade "*right to privacy*". E

no Brasil, está mais ligado a esfera criminal ao tratar da reabilitação criminal.

2 Sociedade digital

É certo que atualmente, o principal meio de comunicação é a internet. É através desse meio que nos comunicamos uns com os outros, nos localizamos, nos locomovermos e ainda buscamos nos manter informados. A era da informação, nos trouxe certos confortos, que hoje tornou impensável a vida sem o acesso a esses meios. Porém, é necessário também filtrar o que consumimos na rede, já que como a produção de informações é incontrolada, não se tem uma verificação quanto a veracidade dessas notícias veiculadas.

Diante dessa nova realidade, a sociedade contemporânea é reconhecida como a sociedade digital, já que a maioria da população encontra-se inserida neste contexto. Sobre isso, Rodrigues (RODRIGUES, 2010) afirma que: "A sociedade deixou, portanto, de ser aquele conjunto físico de indivíduos no momento em que se associou a ela o termo "digital", ainda que este não seja concretamente definível no tempo nem no espaço". Assim, a sociedade se adaptou a buscar nesses mecanismos sua fonte de informação e de comunicação, seja por e-mails, aplicativos ou redes sociais, local onde a difusão de informação ocorre de maneira desenfreada e sem nenhuma forma de verificação quando a sua autenticidade.

O Direito sempre buscou regulamentar as relações sociais, de modo a trazer um convívio harmonioso entre os participes. Na sociedade digital, têm-se também essa preocupação, visto que é um espaço de coexistência e que está sujeito a infrações e má utilização por parte de algum membro. A Constituição e até mesmo outros dispositivos legais, tratam de regular essas relações e nesse prisma, o direito ao esquecimento surge como mais uma ferramenta para garantir a tutela contra violações nesse espaço.

O Direito ao esquecimento, por mais que ainda seja um tema pouco difundido em nossos dias e diante dessa realidade digital, passou a ter mais

visibilidade e uma maior preocupação em nosso ordenamento, onde inclusive já se tem alguns casos julgados sobre o assunto. Sendo inclusive, tema de um enunciado do Conselho Federal de Justiça, o qual abordaremos a posteriori. Sobre o direito ao esquecimento, Zilda Maria Consalter expressa que:

> Trate-se, sim, da conduta e da forma como serão aqueles utilizados/explorados no futuro, de modo a evitar que o seu titular tenha qualquer tipo de prejuízo, constrangimento, tristeza ou dissabores por fatos/atos perpetrados em seu passado e desde que não tenham qualquer interesse público ou se apresentem de modo desconectado ou descontextualizados. (CONSALTER, 2017, p. 182).

Esse instituto, tem sua raiz nos direitos fundamentais alancados em nossa Constituição, sobretudo a dignidade da pessoa humana, mas também decorre, seguindo um prisma amplificativo, dos direitos de personalidade expressos pelo Código Civil de 2002.

3 Direito a personalidade

A personalidade é algo inerente ao ser humano, sendo a ele intitulado capacidades naturais e jurídicas através de direitos e deveres. São atributos pessoais para a definição de alguém como pessoa. Para Mota et al. (2015) "A personalidade é algo intrínseco a qualquer pessoa, seja ela natural ou jurídica. Consiste então na possibilidade de ser um sujeito de direito, titularizando direitos e contraindo deveres na ordem jurídica".

O Código Civil de 2002, através de seu artigo 1º, trata sobre a pessoa natural, expressando "Toda pessoa é capaz de direito e deveres na ordem civil" (BRASIL, 2019). E já no artigo segundo, conceitua personalidade, definindo como "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro" (BRASIL, 2019), sendo adotada, portanto, a Teoria Natalista. Assim, entende-se que todo ser humano já adquiri ao nascer com vida personalidade jurídica e deste modo, se tornasse sujeito de direitos e deveres ante nosso

ordenamento jurídico. Importante frisar, que assim como as pessoas naturais, as pessoas jurídicas também são possuidoras de personalidade jurídica, e assim sendo, também gozam dos direitos de personalidade.

A perda desses direitos se dará somente com a morte da pessoa natural, ou no caso da pessoa jurídica com a extinção da mesma. Porém, há direitos que se mantém mesmo após esse momento, estendendo e gerando efeitos no período pós-morte da pessoa. É, por exemplo, o que acontece com a proteção de certos interesses extrapatrimoniais. Sobre isso, Pablo Estolze Gagliano e Pamplona Filho expressam: "[...] com fundamento na ideia de que é preciso proteger a dignidade do ser humano — e seus restos mortais lhe representam post mortem —, tem-se admitido a preservação, como direito da personalidade, do cadáver" (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 179-180). Ou seja, a dignidade da pessoa humana, deve ser respeitada mesmo após seu falecimento, observando e cuidando sempre para garantir que nada viole esse importante preceito constitucional.

O Código Penal, inclusive, também regula sobre a matéria, como podemos observar nos artigos 209 e 2012, onde se tem um capítulo denominado "DOS CRIMES CONTRA O RESPEITO AOS MORTOS", que visa tutelar direitos para além da vida natural. O próprio Código Civil de 2002, também cuidou de legislar quanto a esse tema, trazendo em seus artigos 12º e 20º, hipóteses de garantia e proteção da imagem e honra do de cujus, onde os herdeiros possuem legitimidade para requer essa tutela.

Os direitos a personalidade, ganharam mais destaque e passaram a ser mais discutidos com o período pós Revolução Francesa, onde se identificou uma necessidade de salvaguardar algumas garantias essenciais a todos os cidadãos, como por exemplo, os lemas da Revolução: liberdade, igualdade e fraternidade. Diante disso, vemos a concepção de dimensões desses direitos que ao longo do tempo foram se corporificando através do desenvolvimento dos direitos fundamentais.

A evolução dos direitos fundamentais, desse modo, costuma ser dividida em três gerações ou dimensões, que guardam correspondência com os referidos lemas: a primeira geração tem relação com a liberdade; a

segunda, com a igualdade, dando-se ênfase aos direitos sociais; e a terceira, com a fraternidade ou solidariedade, surgindo os direitos ligados à pacificação social (direitos do trabalhador, direitos do consumidor etc.). Cogita-se, ainda, a na doutrina a existência de uma quarta geração, que decorreria das inovações tecnológicas, relacionadas com o patrimônio genético do indivíduo, bem como de direitos de uma quinta geração, que decorreriam da realidade virtual (GONÇALVES, 2017).

Assim sendo, o Código Civil garante e disciplina a partir de seu artigo 11º, os direitos da personalidade, que todos adquirimos ao nascermos com vida, que biologicamente se constata com a respiração. Também verificamos esses privilégios na Constituição Federal, fundamentando-se no Princípio da Dignidade Humano, expresso pelo artigo 1º, inciso III. Neste sentido, aponta Martinez: "Há um reconhecimento, portanto, de que toda a interpretação do ordenamento jurídico brasileiro deve ter como ponto de partida o princípio da dignidade da pessoa humana". (MARTINEZ, 2014, p. 21).

Diante de todo o exposto, é evidente o grau de importância e o protagonismo que os direitos da personalidade assumem no cenário contemporâneo, diante de sua relevância para nosso ordenamento jurídico e por sua fundamental aplicação no campo da sociedade digital, partindo também, para alcançar outros direitos e assim sendo, ser analisado de maneira mais ampla.

4 A dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana, um dos pilares de nossa democracia e princípio constitucional, expresso no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, é um instituto norteador de vários outros dispositivos legais em nosso ordenamento jurídico e também fonte primária do Direito ao Esquecimento. Este princípio não se limita apenas a figurar entre as principais garantias constitucionais, como por vezes, é vista como a mais importante, como afirma Rizzatto Nunes:

> Existem autores que entendem que é a isonomia a principal garantia constitucional, como, efetivamente, ela é importante. Contudo, no atual Diploma Constitucional, pensamos que o principal direito fundamental constitucionalmente garantido é o da dignidade da pessoa humana. (NUNES, 2002, p. 68).

Vemos então, a dimensão que esse princípio tem no cenário pátrio e como ele é concebido nos dias atuais. Para além de apenas um dispositivo, o princípio da dignidade humana serve como ponto de partida e orientação para o interprete, é a visão primeira e norteadora do direito. Atuando também "[...]como princípio maior para a interpretação de todos os direitos e garantias conferidos às pessoas no Texto Constitucional" (NUNES, 2002, p. 68-69).

O reconhecimento da força desse princípio enquanto dispositivo normativo, se configura como um dos mais importantes pilares para todo o sistema democrático hoje entendido por nós, salvaguardando nossas liberdades individuais e o mínimo necessário para uma vida digna. Permite ainda reedificarmos semanticamente a maneira como vemos e entendemos os demais direitos fundamentais e sua aplicação, seja em nossa vida cotidiana, seja para além de nossos dias, ampliando esse prisma para todo o ordenamento jurídico nacional e até mesmo internacional.

Mas o que se entende por Dignidade da Pessoa Humana? Para sair um pouco de sua visão e aplicação e entrar na esfera etimológica desse princípio, busca-se de maneira clara e precisa sua definição. De forma sucinta e direta, Dignidade da Pessoa Humana é a garantia de respeito e tutela do Estado para com os direitos fundamentais e as necessidades intrínsecas ao indivíduo, para que se tenha o mínimo existencial, sendo um resultado de um conjunto de princípios e direitos inerentes ao ser humano.

Em síntese, podemos entender assim este princípio. Entretanto, é evidente que resumi-lo a uma simples definição é muito vago e presunçoso, e diante da abrangência desse tema e da necessidade de ser ter uma ideia mais ampla de seu conceito, buscamos analisa-lo de uma maneira geral e podemos ter uma noção já no preâmbulo de nossa Constituição,

quando ao falar sobre a instituição de um Estado Democrático de Direito, expressa:

> [...] destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...] (BRASIL, 2010).

Têm-se aí, vários elementos que em suma, compõe o que se entende como o mínimo para se ter uma vida digna. Essa assunção de valores entendidos como finalidades do Estado, correspondem ao princípio ora analisado.

Nossa Constituição, por ser extensa ao tratar de direitos fundamentais é também conhecida como Constituição Cidadã, sendo notório o grau de importância e o tratamento dado a esses preceitos, sobretudo a dignidade da pessoa humana, que hoje deixou de ser visto como apenas um princípio elencado ao demais, para assumir status de paradigma constitucional, visto que a aplicação dos demais princípios ou dispositivos legais devem observa-lo, evidenciando então o papel da dignidade da pessoa humana como um guia a aplicação dos demais princípios, como afirma Edilson Farias: "o extenso rol de direitos fundamentais e garantias fundamentais consagrados pelo título II da Constituição Federal de 1988 traduz uma especificação e densificação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana" (FARIAS, 2008, p. 63). Também vemos sua definição no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, entendendo esse princípio como:

> Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...]. Considerando que as Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e valor da pessoa humana [...] (ONU, 2019).

Vê-se assim, o cuidado ao se tratar essa matéria. Tendo previsão nos mais variados e importantes dispositivos legais no mundo como um todo. Ingo Sarlet, ao falar sobre, discorre da seguinte maneira:

> [...] por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humano [...]. (SARLET, 2011, p. 60).

Segundo Ingo Sarlet, é importante observar a garantia contra quaisquer atos degradantes ou ofensivos a pessoa como condição existencial, tendo-se inclusive uma preocupação para com a saúde dos indivíduos. A importância da garantia desse direito, além de tudo que já fora discorrido, alcança também o comportamento habitual do cidadão e sua saúde - como bem salientou Sarlet, contemplando também sua integridade moral e psíquica. Tutelando assim, o bem-estar e vida cotidiana de todos os cidadãos.

5 A liberdade de expressão e o direito à informação

Visto a definição e a importância da dignidade da pessoa humana, devemos analisar por ora, outros dois importantes institutos consagrados em nossa Constituição Federal: A liberdade de expressão e o direito à informação. O instituto da liberdade de expressão, disposto no inciso IX, artigo 5º e também no artigo 220 da Constituição, é outro preceito fundamental de nosso ordenamento jurídico e pilar essencial para a configuração do Estado Democrático de Direito, caracterizando uma condição *sine qua non* para a existência desse modelo de Estado.

Esse talvez seja um dos institutos mais em alta na atual conjuntura político-social brasileira, visto as ameaças de uma nova instauração do

famoso AI-5[3] (FOLHA, 2019), um dos principais meios para o controle do autoritarismo advindo do Golpe de 64, e inaugurou o período mais horrível da Ditadura Militar. Sem a liberdade de expressar pensamentos, opiniões ou contestações, cresce a opressão e não se tem debates e nem portas para uma outra visão, e consequentemente, têm-se a morte da alteridade, do conhecimento e da evolução. Esse importante recorte histórico traduz um pouco da importância da liberdade de expressão, onde o controle das informações pelo Estado, configura censura atacando diretamente este instituto e indiretamente a dignidade da pessoa humana. Sobre este dispositivo, Fernanda Carolina Torres, expressa que:

> Assim, na ordem jurídica contemporânea, a liberdade de expressão consiste, em sentido amplo, num conjunto de direitos relacionados às liberdades de comunicação, que compreende: a liberdade de expressão em sentido estrito (ou seja, de manifestação do pensamento ou de opinião), a liberdade de criação e de imprensa, bem como o direito de informação. (TÔRRES, 2013, p. 62).

Nossa Constituição prevê a liberdade de expressão em seu artigo 5º, inciso IV, afirmando que "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato" " (BRASIL, 2010) - já trazendo o primeiro limite à tal liberdade que é o anonimato -, e, continua, no inciso IX, que garante ser "livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença" (BRASIL, 2010) . Enquanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos, expressa em seu artigo XIX que:

> Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras. (ONU, 2019).

[3] "[...] Ato Institucional Nº5 (AI-5), foi o mais duro dos atos institucionais da ditadura militar (1964-1985) e que fez o regime recrudescer após seu decreto. Baixado em 13 de dezembro de 1968 durante o governo do general Costa e Silva, o segundo presidente da ditadura militar, o artigo vigorou até dezembro de 1978 e deu poderes de execução ao Executivo, possibilitando perseguição, prisões, tortura e morte de adversários políticos do regime". (FOLHA, 2019).

A relação entre a dignidade da pessoa humana e a liberdade de expressão é tão intrínseca que Fernanda Torres já expressa que "não há vida digna sem que o sujeito possa expressar seus desejos e convicções. Viver de acordo com certos valores e convicções significa, implícita e explicitamente, expressá-los." (TÔRRES, 2013, p. 61).

Já o direito à informação é um instituto decorrente da liberdade de expressão ao mesmo passo em que ambos os princípios se completam. A necessidade de informação é inerente ao ser humano e é assegurado através desse princípio, que compreende a o direito de informar e ser informado.

É disposto em nossa Magna Carta através do inciso XIV do artigo 5º, expressando que "é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional." (BRASIL, 2010).

Assegurar a informação é assegurar o conhecimento e prescinde da liberdade de expressão, onde um decorre e completa o outro, sendo extremamente necessários para a vida em sociedade e ambos devem ser aplicados sempre de maneira a cumprirem também, o seu papel como instrumento de uma vida digna, contemplando a dignidade da pessoa humana e nunca de forma e ferir esse princípio.

6 O possível conflito entre princípios e a técnica do sopesamento

O direito ao esquecimento, a medida em que busca garantir a pessoa o direito de não deixar que fatos passados voltem a serem noticiados de forma a não lhe causar dissabores, baseado a partir da concepção de dignidade da pessoa humana, pode gerar a impressão de fere o princípio da liberdade de expressão e direito a informação e é isso que vamos procurar analisar neste capítulo.

Essa colisão é comumente analisa pelos tribunais de nosso ordenamento nas mais diversas circunstâncias. Todavia é importante ressaltar que com as novas tecnologias e meios de comunicação esse embate ganhou

uma nova roupagem e assim um novo prisma pelo qual se deve analisa-lo, sendo certo que nesse contexto da sociedade em que inseridos, estamos sujeitos ao mais diversos modos de exposição, vivendo no que chamamos de 'modernidade liquida', onde um de seus efeitos colaterais é a supressão da divisão da esfera do que é privado, para o que é público, evidenciando assim os "riscos terminais à privacidade e à autonomia individual, emanados da ampla abertura da arena pública aos interesses privados e sua gradual mas incessante transformação numa espécie de teatro de variedades dedicado à diversão ligeira" (BAUMAN, 2013, p. 111-113).

Tem-se então o cenário onde, de um lado ficaria a liberdade de expressão e direito a informação, tutelando a divulgação e produção de informações sem quaisquer modos de censura, e no contraposto, a dignidade da pessoa humana - abarcando o direito ao esquecimento, onde visa garantir que essas notícias não voltem a ofender e macular a honras daqueles ofendidos.

Neste caso, faz-se necessário ressaltar que mesmo diante da importância desses institutos, eles não devem ser entendidos de maneira absoluta, já que haverá situações em que uma regra poderá se contrapor a outra, como é o que acontece nesta situação. Assim, deve-se buscar técnicas, a partir da análise fática da situação, para interpretar a norma e aplica-la de maneira a contento, buscando a unicidade da Constituição.

Isto posto, cabe-nos colocar a técnica da ponderação de Alexy, que versa sobre o conflito de princípios, onde o autor esclarece que "se dois princípios colidem [...], um dos princípios terá de ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção". (ALEXY, 2008, p. 93).

Assim sendo, entendemos que o princípio da dignidade humana, tendo sua disposição por vezes sendo como um norte para a aplicação das demais, sendo concebida a partir da vida digna e se pautando inclusive pela saúde mental e psíquica nesses casos de direito ao esquecimento, tutelando os indivíduos de ofensas por um passado que já não lhes cabe,

deverá prevalecer, aplicando a técnica de ponderação de Alexy, quanto os princípio da liberdade de expressão e do direito à informação. Importante destacar que não será aplicado um princípio em detrimento do outro, apenas que, na interpretação destes institutos e em sua aplicação, deverá pondera-los tendo como intuito maior o zelo pela dignidade da pessoa humana.

7 Direito ao esquecimento

O direito ao esquecimento, apesar de ser um tema pouco difundido em nosso dia a dia e por muitos ainda desconhecido, não é nenhuma novidade no âmbito jurídico, sendo já abarcado por outros países e ganhando cada vez mais espaço e discussão em nosso ordenamento.

O direito ao esquecimento, vem de encontro com a necessidade de se legislar crimes na internet, tendo em vista que visa resguardar o direito a dignidade da pessoa humana, visto os inúmeros transtornos que esses crimes podem ocasionar. O direito ao esquecimento é o direito que o indivíduo tem de permitir que, um fato ou situação ocorridos em tempos dispersos de sua vida, não voltem à tona, sendo novamente expostos a uma coletividade, ocasionando-lhe sofrimento e diversos transtornos.

Podemos entender então, que esse instituto nasce da necessidade do ser humano em buscar uma solução para tormentos e danos trazidos por fatos pretéritos de sua vida, onde além de causar os dissabores de rememorar todo o sentimento da época, ainda pode ocasionar outros prejuízos, tanto para sua vida privada como também para com a sociedade.

O direito ao esquecimento é um desdobramento do princípio da dignidade humana, ancorado no direito à personalidade. Deve ser encarado como um direito fundamental e para tanto carece de uma profunda análise e regulamentação específica, afim de delimitar a matéria e trazer segurança jurídica àqueles que forem afetados pelos dissabores de momentos transcorridos e que hoje já não lhe fazem mais jus.

7.1 Notícias ofensivas à honra e à imagem das pessoas devem ser apagadas depois de algum tempo?

Tendo em vista que o Sistema de acesso a informações via internet se apresenta de maneira difundida e ao alcance de uma parcela significativa da população e a quantidade de informações presentes neste meio, cabe a todos o cuidado para o melhor uso dessa ferramenta, de modo a não ocasionar danos a outrem, seja através de publicações, seja por notícias expostas na rede que consumimos em nosso dia-a-dia.

O direito ao esquecimento é uma importante ferramenta no sentido de garantir a todos o respeito por fatos pretéritos e a esperança de não reviver sentimentos negativos que a veiculação desses fatos traria a pessoa ofendida. Como Antônio Carlos Belchior (MEDEIROS, 2017), filósofo, músico e compositor, cuidou de retratar em uma de suas obras ao falar sobre as mudanças comportamentais do ser humano e da passagem da vida, enquanto um caminho para se aperfeiçoar com os erros de momentos passados, numa reflexão sobre amadurecimento e conhecimento interior, "[...] No presente, a mente, o corpo é diferente/E o passado é uma roupa que não nos serve mais [...]." (BELCHIOR, 2019).

É importante ressaltar que o Direito ao Esquecimento não deve ser encarado como a ideia de apagar fatos do passado de alguém e nem deve ser entendido como, mesmo porque, seria humanamente impossível. Esse instituto vem justamente para cuidar que esses fatos não sejam usados de modo inapropriado. Tendo inclusive essa preocupação de não apagar fatos e para que o instituto não seja requerido de maneira contrária ao seu intuito é que se tem a preocupação em delimitar a matéria a ser tratada.

É importante frisar que esse direito deve ser abordado apenas em fatos que as notícias ou fatos invadam a esfera privada e a vida intima do afetado, de maneira a não abrir precedentes para personalidades públicas, políticos e artistas, visto sua colocação de notório interesse social diante da posição em que ocupam. Não que estes não possam ser contemplados pelo direito ao esquecimento, mas que eles, enquanto no exercício de suas

categorias e atribuições devem compreender que a posição que ocupam, supõe um evidente interesse público, sendo muitas vezes impossível a desassociarão de suas vidas públicas para com suas vidas pessoais. Como visto anteriormente, Maria Zilda, dispõe o seguinte sobre a aplicação desse instituto:

> Trate-se, sim, da conduta e da forma como serão aqueles utilizados/explorados no futuro, de modo a evitar que o seu titular tenha qualquer tipo de prejuízo, constrangimento, tristeza ou dissabores por fatos/atos perpetrados em seu passado e desde que não tenham qualquer interesse público ou se apresentem de modo desconectado ou descontextualizados. (CONSALTER, 2017, p. 182).

O Direito ao esquecimento então, pode ser visto também como o direito à esperança, como bem explicitou o Ministro Luís Felipe Salomão no julgamento do Recursos Especial Nº 1.334.097 RJ (2012/0144910-7), e retira-la de alguém seria uma condenação muito maior do que qualquer outra, e esquecer fatos que não lhe agregam mais e só lhe trazem incômodos, deve ser visto como de extrema importância para o bem-estar da pessoa ofendida. A esperança, deve ser encarada não apenas como um sentimento natural do ser humano, mas como ao intrínseco a sua existência. Ao retirar a esperança de alguém, lhe tira também a perspectiva de uma vida melhor, atingindo o indivíduo em uma esfera até maior do que a própria condenação jurídica, onde a pena sobrepõe sua função social. Paulo Freire, expressa que:

> Sem um mínimo de esperança não podemos sequer começar o embate, mas, sem o embate, como necessidade ontológica, se desforra, se desendereça e se torna desesperança que, às vezes, se alonga em trágico desespero. Daí a precisão de uma certa educação da esperança. (FREIRE, 1992, p. 10-11).

Entender então, que há violação a dignidade da pessoa humana quando notícias/fatos pretéritos da vida de alguém, rememorando de forma negativa, e tendo a possibilidade de ser contadas de maneira a preservar a pessoa sem ter seu conteúdo comprometido, é claro e evidente,

tendo então, que se cuidar para regular esse instituto e zelar por sua aplicação. Dito isto, reconhecer o Direito ao Esquecimento em nosso ordenamento jurídico é garantir a todos uma vida digna e enxergar a importância desse instituto, aplicando assim, a força normativa da nossa Constituição, através de seu princípio da dignidade da pessoa humana.

8 Necessidade de regulamentação

8.1 Cenário atual

Cientes de que o direito ao esquecimento é um tema cada vez mais em voga no cenário jurídico atual e tendo a sociedade digital, não só ocupando um espaço que anteriormente era ocupado apenas pelas tradicionais mídias e meios de comunicação, mas também se firmando de vez através da Revolução Tecnológica, e estando produzindo cada vez mais conteúdo de maneira incontrolada e sem qualquer tipo de verificação quanto a veracidade de suas publicações, é evidente a preocupação com o tema e sua necessidade de regulamentação.

O Enunciado 351 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal juntamente com algumas disposições expressas no Marco Civil da Internet, trataram de dar o primeiro passo para que se pudesse discutir, ou pelo menos colocar em pauta esse assunto. O referido enunciado expressa que a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento, e sua justificativa corrobora com todo o pensamento levantado neste trabalho, conforme se observa:

> Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. (CJF, 2019).

Na atual conjuntura, há dois Projetos de Lei tratando sobre o tema, onde um deles inclusive, possui outros dois projetos apensados. Entretanto, nenhum deles foi aprovado até o presente momento de confecção deste artigo. O primeiro, PL nº 7.881/2014, encontra-se arquivado e foi apresentado em 06 de agosto de 2014, pelo então Deputado Federal Eduardo Cunha, do PMDB. Esse Projeto de Lei é muito vago, possuindo apenas dois artigos, sendo que o primeiro trata sobre a obrigatoriedade de remoção de links dos mecanismos de pesquisa na internet que "façam referência a dados irrelevantes ou defasados" se assim requeridos pela pessoa envolvida ou diante da iniciativa de qualquer cidadão. Já o segundo e último artigo, somente versa sobre a determinação que a lei passará a vigorar com sua publicação. Além de vago, é um Projeto de Lei extremamente preocupante, visto tratar com tão poucos critérios e especiações um tema tão complexo e que carente de maiores informações.

O segundo Projeto de Lei que se propõe a tratar sobre o assunto, o PL nº 1.676/2015, possui outros dois projetos apensados (os PLs nº 2.712/2015 e 8.443/2017), e é de autoria do Senador da Paraíba Veneziano Vital do Rêgo, e foi apresentado em 26 de maio de 2015 e atualmente encontra-se aguardando o parecer do relator na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI). Esse projeto, apesar de mais extenso, também contém várias críticas e se configura inadequado para tratar sobre o tema. Esse projeto, conforme descrito em sua ementa:

> Tipifica o ato de fotografar, filmar ou captar a voz de pessoa, sem autorização ou sem fins lícitos, prevendo qualificadoras para as diversas formas de sua divulgação e dispõe sobre a garantia de desvinculação do nome, imagem e demais aspectos da personalidade, publicados na rede mundial de computadores, internet, relativos a fatos que não possuem, ou não possuem mais, interesse público. (DIÁRIO DO NORDESTE, 2019).

Apesar de ser mais elaborado e possuir mais qualificantes para a configuração da tipicidade do ato, ainda não se presta a atender todas as necessidades que o Direito ao Esquecimento requer. Também se tem várias críticas nesse projeto pelo relevante fato e indissociável, que o seu

autor é filiado ao PMDB, o partido que foi mais atingido pelas operações da Lava Jato e que teve por diversas vezes, seus membros sendo expostos por gravações de vídeos e divulgações de imagens, registrando atos de corrupção. O projeto de discorre por XX artigos e Lemos Souza consegue resumir precisamente as críticas em torno desse projeto:

> Existem aqui dois questionamentos relevantes sobre o PL 1676/2015. O primeiro diz respeito aos critérios para o estabelecimento do direito ao esquecimento. Esse ponto fundamental para a construção do instituto parece estar no referido PL de forma tão vaga quanto no PL nº7881/2014. Adicionalmente, a obrigação de dedicar centrais telefônicas para atender a pedidos de direito ao esquecimento de forma indiscriminada parece fadada ao descumprimento em massa. (SOUZA; LEMOS, 2016, p. 131).

Então, como visto, os projetos de lei de visam tratar sobre o tema são cercados de críticas e não conseguem abarcar todas as necessidades que o assunto carece. Além de possuírem poucos critérios, são vagos e por vezes substanciais, o que dificultaria a sua configuração e aplicação.

8.2 A importância de se regular a temática

Como abordado durante todo o presente trabalho, o Direito ao Esquecimento é um importante e essencial direito ao ser humano, visto sua capacidade transformação no modo de vida daqueles que possam ser afetados. Além de um direito é uma garantia de que se tenha uma vida digna, respeitando os preceitos constitucionais de dignidade da pessoa humana. Com a configuração da sociedade digital e o acesso a novos meios de comunicação, se fez ainda mais necessário legislar e regular sobre o assunto, visto a exposição em que atualmente nos encontramos e o acervo irrestrito de informações e dados pessoais de cunho privado que hoje se tem na internet.

Ciente dessas questões que hoje se fazem pertinentes e com a eminencia de se ter cada vez mais casos chegando ao Poder Judiciário sobre esse direito, é necessário criarmos uma maneira de abordar o tema de

modo satisfatório. O primeiro passo para a criação de um Projeto de Lei sobre o tema é a delimitação da matéria e especificação daqueles de poderão entrar com requisições para a efetivação desse direito no ambiente real, ou seja, para a concretização prática desse instituto.

Outro ponto que deve ser abordado são os critérios para definir quais fatos/notícias são ofensivas e como ter esses prejuízos palpáveis como configurar os transtornos ocorridos com a rememoração de fatos pretéritos, sem do observado a significância da matéria para com a sociedade, se é possível desassociar o fato do indivíduo e se esse fato não é de notório interesse público ou relevância social.

Deve-se também cuidar de quais serão os responsáveis pela realização da reparação do dano, se será os sites que hospedam a notícia em suas ferramentas de busca, se serão os sites/usuários que publicaram, compartilharam, repostaram as notícias, ou até mesmo se serão os dois, e a maneira como deverá ser feita. Por fim, cuidar para que seja respeitado o devido processo legal e a ampla defesa, para que não ocorra nenhum abuso ou para que não seja usado de maneira leviana.

9 Considerações finais

Ao se propor a discutir uma matéria tão complexa como o direito ao esquecimento, a única certeza que se tem é que o caminho que será percorrido será cheio de curvas e reviravoltas, e quando se pensa que está prestes a concluir a caminhada, percebe que se está apenas começando. É assim que Julie Powles[4] busca definir essa busca pelo conhecimento acerca desse instituto, afirmando que "se você acha que já descobriu tudo sobre o 'direito ao esquecimento', então provavelmente você não dedicou tempo suficiente para esse assunto". As dificuldades foram várias, as dúvidas incontáveis, mas o prazer do conhecimento, esse é inexpressável.

[4] Palestra ministrada nos dias 24 e 25 de agosto de 2016, em São Paulo, sobre "Direito ao esquecimento: controvérsias técnicas e jurídicas", durante o VII Seminário de proteção à privacidade e aos dados pessoais. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=My487ritVOI>. Acesso em: 09 nov. 2019.

Logo no início já tratamos de delimitar a matéria aos crimes cometidos na internet, de modo a restringir o tema a um só campo de atuação, cuidando em responder se se "algumas notícias ofensivas à honra e à imagem devem ser apagadas depois de algum tempo, para que não perpetuem ofendendo o indivíduo?". Essa busca foi baseada no princípio da dignidade humana, consagrado em nossa Constituição Federal.

Para chegar a nossa conclusão, foi preciso fazer um longo estudo e antes de mais nada procurar contextualizar o cenário atual para que fosse possível uma análise precisa e fiel ao tema. Nesse sentido, foi possível observar o que seria a Sociedade Digital, como é caracterizada e quais os impactos que esta comunidade traz para os dias de hoje junto com as novas tecnologias e meios de comunicação instantânea e em massa, analisando também o alcance e a importância da internet nos dias atuais.

Seguindo, buscamos contextualizar os direitos a personalidade e sua relação com o princípio da dignidade humana, fazendo um paralelo entre os institutos, conceituando o direito a personalidade, suas condições e alcance de normas que visam resguardar direitos inclusive para o momento pós vida natural do indivíduo.

Após, entramos no conceito base desse trabalho, o princípio da dignidade humana. Analisamos e discorremos sobre esse instituto, sua maneira de aplicação, seu reflexo para todo o ordenamento jurídico brasileiro e a envergadura deste, enquanto preceito constitucional e 'matéria prima' para a Declaração Universal dos Direito Humanos da Organização das Nações Unidas e importante instrumento jurídico para todo o mundo.

Conceituando a dignidade da pessoa humana, temos uma luz para toda a discussão que permeia o direito ao esquecimento. É fundamento primário e maior de todo direito que visa resguardar a vida digna e a proteção de direito fundamentais do ser humano.

Seguindo, houve a minuciosa descrição de outros dois princípios constitucionais, o princípio da liberdade de expressão e o direito à informação, distinguindo-os e expondo-os de forma a complementar a ideia de acesso à informação e a liberdade para noticiar e receber essas notícias.

Assim, foi preciso que houvesse uma inclinação quanto a colisão dentre os princípios supracitados com o princípio da dignidade humana e então a técnica de ponderação como solução para esse conflito. Já findando o trabalho, mostramos o atual cenário brasileiro e como o direito ao esquecimento está sendo tratado, carecendo de uma maior atenção para o instituto e necessitando urgentemente de uma legislação, completa e bem definida para tratar o tema e suprimir essa lacuna hoje existente em nosso ordenamento jurídico, para que se possa ter uma lei que vise tutelar esse importante e cada vez mais atual direito.

Por fim, após todo este estudo e análise sobre o tema, tendo demonstrado a necessidade e importância do direito ao esquecimento, defendemos que haja uma delimitação e precisa determinação legal para a construção legislativa sobre o tema, trazendo para o mundo concreto o que hoje parece distante, mas não menos desejado, direito ao esquecimento.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Direitos humanos e não-violência.** São Paulo: Atlas, 2001.

BARROS, Gabriela da Silva Fernandes de. **Direito ao Esquecimento na Sociedade Digital.** 2017. Monografia (Bacharel em Direito). Faculdade Damas da Instrução Cristã, Recife, 2017.

BAUMAN, Zygmunt. **Danos Colaterais:** desigualdades sociais numa era global. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BELCHIOR. **Velha Roupa Colorida.** Disponível em: <https://www.letras.mus.br/belchior/44464/>. Acesso em: 09 nov. 2019.

BRASIL. **Código Civil de 2002.** Lei 10.406, de 10 de janeiro 2002. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 9 nov. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília: Senado Federal. In: Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Conselho da Justiça Federal.** VI Jornada de Direito Civil: enunciado nº 531, Brasília, 180 p. 2013. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vijornadadireitocivil2013-web.pdf/view>. Acesso em: 02 mar. 2019.

BRASIL. **Lei de Execução Penal. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Brasília, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 09 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 09 nov.2019.

BRASIL. **REsp 1.334.097/RJ, 4ª Turma, Min. Rel. Luís Felipe Salomão, j. em 28.05.2013.** Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201201449107&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 20 set. 2019.

CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA. **Manual para Elaboração e Apresentação dos Trabalhos Acadêmicos:** padrão Newton Paiva. Elaborado pelo Núcleo de Bibliotecas. Coordenadora Elma Aparecida de Oliveira: Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <http://www.newtonpaiva.br/Conteudo/Default.aspx?cid=231>. Acesso em: 25 nov. 2011.

CJF. **Enunciado n. 531 da VI Jornada de Direito Civil do CJF.** Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em: 9 nov. 2019.

CONSALTER, Zilda Mara. **Direito ao esquecimento:** proteção da intimidade e ambiente virtual. São Paulo: Juruá, 2017. 409 p.

DIÁRIO DO NORDESTE. **Projeto de lei prevê prisão para quem fotografar, filmar ou captar a voz de pessoa sem autorização.** Disponível em: <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/editorias/pais/online/projeto-de-lei-preve-prisao-para-quem-fotografar-filmar-ou-captar-a-voz-de-pessoa-sem-autorizacao-1.1564571>. Acesso em: 09 nov. 2019.

ESTADÃO. **O Estadão. São Paulo, 17 dez. 2011, seção Internacional.** Disponível em: <http:// internacional.estadao.com.br/noticias/geral,a-revolucao-sera-twittada,812020>. Acesso em: 23 nov. 2015.

FARIAS, Edilsom Pereira de**. Colisão de Direitos:** a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

FOLHA. **Folha de São Paulo, 31 out. 2019.** Congresso, partidos e STF reagem a ameaça autoritária de filho de Bolsonaro. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/10/congresso-partidos-e-stf-reagem-a-ameaca-autoritaria-de-filho-de-bolsonaro.shtml>. Acesso em: 9 nov. 2019.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da esperança:** um reencontro com a pedagogia do oprimido. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil:** parte geral. 1 v. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUERRA, Sidney Cesar Silva (Coord). **Direitos humanos:** uma abordagem interdisciplinar. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil esquematizado.** 1 v. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Henrique Hiroyuki Tanaka. **A Problematização Social do Direito ao Esquecimento em face à Sociedade da Informação.** 2016. Monografia (Bacharel em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

GONZÁLEZ, Pablo Guadarrama. **Democracia Y Derechos Humanos:** Conquistas exclusivas de la cultura occidental?. Revista Eletrônica de Direito da Newton Paiva. 20ª ed. Disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1045>. Acesso em 22 abril 2019.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica.** 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MAGALHÃES, Leslei Lester Anjos. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **O direito ao esquecimento na internet.** In: SOUZA et al. Direito privado e internet. São Paulo: Atlas, 2014.

MEDEIROS, Jotabê. **Apenas um rapaz latino-americano.** Rio de Janeiro: Todavia, 2017.

MOTA, André. **Prática Civil.** Recife: Armador, 2015.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana:** doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2018.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Paris, 1948. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A30-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>. Acesso em: 09 nov. 2019.

POWLES, Julies. **Direito ao esquecimento:** controvérsias técnicas e jurídicas. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=My487ritVOI>. Acesso em: 09 nov. 2019.

RODRIGUES, Telma. **Sociedade Digital.** 2010. Disponível em: <https://digartmedia.wordpress.com/2010/03/02/sociedade-digital/>. Acesso em: 30 jun. 2017.

SANTOS NETO, Antônio Tavares dos. **O Direito ao Esquecimento:** uma exigência contemporânea. 2015. Monografia (Bacharel em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de Brasília: Brasília, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela. 2**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

TÔRRES, Fernanda Carolina. **O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão.** Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 200, 61-80, 2013. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502937/000991769.pdf?sequence=1>. Acesso em: 07 nov. 2019.

25

Tutela da Honra e disseminação de Fake News na nova sociedade digital

Bruno Fabrício da Costa[1]
Glayder Daywerth Pereira Guimarães[2]
Michael César Silva[3]

1 Considerações iniciais

O presente estudo corresponde a uma análise crítica e construtiva atinente à temática dos direitos da personalidade, especificamente no que toca ao Direito à Honra e sua tutela diante da disseminação de *Fake News* no labiríntico cenário contemporâneo de Pós-Verdade (*Post Truth*) e sociedade digitalizada. A pesquisa se situa em uma conjuntura social ímpar de inversão do polo informacional, muito em função do surgimento da Internet e do protagonismo das novas gerações nesse meio. Ressalta-se, ainda, o crescente debate, nacional e internacional, acerca da temática das *Fake*

[1] Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva. Advogado. Secretário de Pesquisa do Grupo de Iniciação Científica "Tendências Contemporâneas da Responsabilidade Civil" da Escola Superior Dom Helder Câmara.

[2] Graduando em Direito (Curso Direito Integral) pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Membro do Grupo de Iniciação Científica "Tendências Contemporâneas da Responsabilidade Civil" da Escola Superior Dom Helder Câmara.

[3] Doutor e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito de Empresa pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor da Pós-graduação Lato Sensu da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor da Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Líder de Pesquisa do Grupo de Iniciação Científica "Tendências Contemporâneas da Responsabilidade Civil" da Escola Superior Dom Helder Câmara. Membro fundador do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). Advogado.

News, principalmente após as Eleições Americanas de 2016 e as Eleições Brasileiras de 2019.

O estudo se propõe investigar e analisar as *Fake News*, sob a ótica da nova sociedade digital, perpassando a semântica do termo, *Fake News*, bem como a proeminência do debate em âmbito nacional e internacional a respeito das notícias falsas. Nesse segmento, a pesquisa avança sobre a temática da *Post Truth* e suas implicações na sociedade contemporânea, procedendo à temática do Direito à Honra no Brasil e de modo consequencial os reflexos das *Fake News* a este direito. Nessa esteira investigativa, a pesquisa, por fim, se debruça sobre a tutela da honra diante da disseminação de *Fake News*.

A temática em debate se extraí do cotidiano de massiva parte da sociedade, visto que, hodiernamente, a Internet se apresenta um novo espaço de projeção na vida das pessoas. Nesse sentido, afirma-se que atualmente a sociedade vivencia uma fase de transição do físico para o digital em diversos aspectos da vida, tais como, comunicação, informação e aquisição de conhecimento. Na conjuntura exposta, as *Fake News,* em sua intima correlação com a *Post Truth* se revelam como potencialmente danosas à honra das pessoas vítimas de notícias falsas e, nesse sentido, o Sistema Jurídico deve proporcionar instrumentos aptos à tutela da honra.

Deste modo, a pesquisa busca analisar a problemática relativa à tutela do Direito à Honra diante da massiva criação e disseminação de *Fake News* em âmbito digital. Para tanto, mostra-se necessário um aprofundamento dos instrumentos atuais que tutelam a honra em suas especificidades na sistemática do Direito Civil contemporâneo.

A partir das reflexões preliminares acerca do tema, afirma-se que *Fake News* se referem a notícias falsas divulgadas pela Internet, com o claro desígnio de se passarem por notícias verdadeiras e, por consequência, modificar a opinião pública sobre determinado assunto. Ressalta-se, que nos últimos anos, as *Fake News* adquiriram proeminência nos meios digitais, notadamente, por consequência do fenômeno de inversão do polo informacional oportunizado pela Internet, em especial, pelas redes sociais.

Nesse segmento, a *Post Truth* se estabelece como um dos resultados do massivo compartilhamento de notícias falsas pela Internet, fenômeno que traduz a maior relevância dada pelos sujeitos a notícias que apelam a emoções do que a fatos objetivos.

Dado que as notícias falsas comumente têm por objeto pessoas, o Direito à Honra se insere no debate das *Fake News* e da *Post Truth* como um elemento merecedor de destaque. Nesse cenário, determinadas pessoas que se tornam vítimas de *Fake News*, tem aspectos de sua "imagem" abalados perante a coletividade de pessoas em função da "confiança" atribuída aos agentes que realizam divulgação de notícias.

Ante os aspectos apresentados, sustenta-se a necessidade de uma tutela protetiva do Direito à Honra diante da disseminação de *Fake News* em âmbito digital. Nesse sentido, a possibilidade de retirada das *Fake News,* de modo genérico, dos meios digitais de modo a resguardar o Direito à Honra mostra-se compatível com a sistemática principiológica do Direito Civil e com as disposições do Código de Processo Civil.

O presente trabalho utilizará como suporte ao exame crítico da temática, a teorização de imputação de responsabilidade fundamentada no dano, com foco na vítima e pressuposto ético na alteridade (FROTA, 2013). No tocante à metodologia aplicada, na classificação de Witker (1985) e Gustin (2010), afirma-se que se trata de uma pesquisa eminentemente teórica que se circunscreve à tipologia crítico-prospectiva e que mostra possível mediante a análise de conteúdo da doutrina, jurisprudência e da legislação pertinente.

2 Direito à Honra no Brasil

O Direito à Honra refere-se à um bem imaterial diretamente correlato à noção de Dignidade da Pessoa Humana, uma vez que, representa a reputação da pessoa perante a sociedade. Nesse sentido, o Direito à Honra diz respeito à própria integridade e identidade moral da pessoa, de modo que, a utilização inadequada por outrem da identidade pessoal alheia,

altera a impressão que o corpo social possui sobre o sujeito que tem a "imagem" veiculada.

> O Direito à Honra protege, nessa perspectiva, a reputação da pessoa e a consideração de sua integridade como ser humano por terceiros e pelo próprio titular do direito (honra subjetiva), destinando-se a salvaguardar o indivíduo de expressões ou outras formas de intervenção no direito que possam afetar o crédito e o sentimento de estima e inserção social de alguém. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p.518-519)

É cristalina, portanto, a inter-relação entre o Direito à Honra e a Dignidade da Pessoa humana. Ressalta-se, ademais, que honra, imagem e nome são conceitos dispares, ainda que, em determinados casos sejam indissociáveis quando analisada a lesão sofrida por determinada pessoa.

O Direito à Honra apresenta hodiernamente dois proeminentes regramentos na legislação brasileira. Primeiramente, se estabelece como Direito de égide Constitucional, sendo elencado como Direito Fundamental da pessoa por intermédio do artigo 5º, incisos V e X na Carta Magna.[4] Complementarmente, o Código Civil estabeleceu em sua parte geral capítulo próprio destinado a resguardar os Direitos da Personalidade, sendo que, em seu artigo 20 tratou especificamente do Direito à Honra.[5]

Nessa esteira argumentativa, pode-se concluir que o Direito à Honra é Direito Fundamental estritamente correlato à noção de Dignidade da Pessoa Humana, bem como Direito da Personalidade, o qual intenta resguardar a integridade e identidade moral da pessoa perante o corpo social.

3 Direito à Liberdade de Expressão

[4] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] V - é assegurado o Direito de Resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988).

[5] Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (BRASIL, 2002).

O Direito à Livre Manifestação do Pensamento e de Expressão apresenta ostensivo resguardo na Constituição da República de 1988, muito em função do contexto histórico repressivo no qual a Constituição Cidadã tem seu nascedouro, sendo delimitado no decorrer de todo o texto constitucional.

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (2017, p.72) leciona que:

> O direito à liberdade de expressão do pensamento vem expressamente assegurado na Constituição Federal de 1988, o que representou a volta da democracia no Brasil e o fim do regime militar; portanto, confere especial tratamento ao Estado Democrático de Direito e assegura um amplo rol de direitos e garantias fundamentais. Nesse contexto, atribui amplo tratamento ao direito de liberdade de expressão do pensamento que é um dos alicerces do regime democrático.

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece, em seu texto, o direito à Livre Manifestação de Pensamento e de Expressão no artigo 5º, com especial precisão, nos incisos IV e IX.[6] Nessa linha de raciocínio, os artigos acima elencados devem ser interpretados sob o prisma do artigo 1º, III da CR/88.[7] Por meio destes dispositivos, a Constituição garantiu a todo brasileiro, nato ou naturalizado, aos estrangeiros presentes no país, o Direito à Livre Manifestação do Pensamento e Expressão.

[6] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; (BRASIL, 1988).

[7] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988).

Ademais, o artigo 5º da Constituição em seu inciso XIV apresentou proteção especial ao exercício de atividade profissional,[8] que deve ser lido conjuntamente com os ditames do artigo 220 e seus parágrafos.[9]

Ao atribuir tal direito, o legislador determinou, também, no texto constitucional a hipótese de um abuso desses direitos, estabelecendo conjuntamente um meio de reparação, que representa uma tentativa de estabilização das relações e a promoção da condição *status quo ante* por meio dos incisos V e X do artigo 5º da Constituição da República.[10]

Ressalta-se, que tais exemplos, não esgotam as disposições constitucionais correlatas ao Direito à Livre Manifestação do Pensamento e da Expressão, sendo que, outros artigos do texto constitucional apresentam disposições de delimitam o exercício de tal direito.

O Direito à Livre Manifestação do Pensamento e da Expressão abarca uma série de faculdades, tais como, a de comunicar pensamentos, expressar ideias, transmitir informações, realizar críticas e diversas outras atividades. Em linhas gerais, pode-se afirmar que tal direito se exterioriza como um Direito Fundamental de abstenção do Estado, o qual se relaciona intimamente com o Estado Democrático de Direito.

Gilmar Mendes Ferreira e Paulo Gustavo Gonet Branco (2017, p. 235) asseveram que:

> A garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não – até

[8] XIV- É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; (BRASIL, 1988).

[9] Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. (BRASIL, 1988).

[10] V - É assegurado o Direito de Resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988).

> porque "diferenciar entre opiniões valiosas ou sem valor é uma contradição num Estado baseado na concepção de uma democracia livre e pluralista".

A Liberdade de Expressão, portanto, ainda que tenha tratamento constitucional extensivo, *a priori*, não se sobrepuja aos demais direitos de égide constitucional, sendo que, no caso concreto o julgador utilizará os meios adequados para ponderar a aplicação dos princípios em colisão.

Aspecto fundamental para a correta compreensão do Direito à Livre Manifestação do Pensamento e da Expressão refere-se à veracidade da comunicação realizada por determinado sujeito. A esse respeito, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça (2016) Luis Felipe Salomão afirmou no Recurso Especial nº 1.473.393 que a "liberdade de informação só existe e se justifica na medida do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial, sendo a veracidade um requisito do exercício legítimo dessa liberdade."

Por fim, destaca-se que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (2016) acerca da temática, delineada na ADI 4.815, é de que tão somente a manifesta inverdade, isto é, *a clara falta de veracidade em uma alegação*, afasta a incidência do Direito à Livre Manifestação do Pensamento e da Expressão.

4 A nova sociedade digital e o fenômeno das Fake News

A sociedade contemporânea apresenta-se em suas diversas matizes como sendo assimétrica, plural e complexa. Dentre tais aspectos, o mais notório, é sem dúvida, o surgimento da Internet com seus desdobramentos, isto é, seus efeitos na sociedade.

Fabiano Simões Corrêa (2013) elucida que a transição de séculos do XX para o XXI apresentou uma série de modificações ímpares na sociedade, as quais, a seu modo propiciaram em um curto lapso temporal evoluções nunca antes vistas. As novas tecnologias, em especial, a Internet e a consequente revolução digital, nesse cenário, revelam os espantosos

passos da sociedade contemporânea, dentre os quais, destacam-se à comunicação e profusão de informações, dados e notícias.

No que se referem as novas formas de comunicação por meio da Internet, Dirceu Pereira Siqueira e Danilo Henrique Nunes lecionam que:

> A revolução digital propiciou um contexto no qual as pessoas estão aptas a exercer uma comunicação muito mais dinâmica e célere com as outras pessoas (segundo elemento - Comunicação Digital). [...] As novas opções de comunicação digital alteraram significativamente o modo como as pessoas se comunicam na atualidade. (SIQUEIRA; NUNES, 2018, p. 130)

Desse modo, perante a sociedade digital, a comunicação toma novos contornos. Se dinamiza, torna-se plural ao admitir a participação ampla das pessoas de todo o globo e adquire celeridade.

> A propagação informacional corresponde ao pilar de muitas relações sociais e econômicas do século XXI. Esta veiculação é feita de forma célere e horizontal, na medida que não há um único ponto de partida, mas sim uma rede pulverizada e interconectada inerente ao mundo virtual, no qual a tecnologia aparece como parte essencial da vida humana. Tem-se então a Sociedade da Informação. (POMPEU; POMPEU, 2019, p. 269)

Nessa conjuntura, a Sociedade da Informação se estabelece, concebendo a informação como um elemento fulcral da sociedade contemporânea, visto que, desempenha papel fundamental na contribuição do bem-estar social, na qualidade de vida das pessoas, na produção de riqueza e torna-se um ativo financeiro.

Esse cenário possibilitou uma alteração singular no que tange ao polo de disseminação informacional. O sujeito deixa de ser, tão somente, o receptor das informações e se transmuta em um emissor/recebedor.

> Com a popularização do mundo digital e o papel cada vez mais relevante dos usuários não só no consumo, mas na própria produção de conteúdo (os chamados "produmidores"), a centralidade das organizações aos poucos perde seu valor. Esse fato se dá acima de tudo porque aquele "contato interrompido" entre emissor (grandes empresas jornalísticas) e receptor (público geral), que

> caracterizava a esfera pública na sociedade das organizações, volta a restabelecer. Com as redes sociais, a produção de informação nova, pode-se dar de forma desvinculada das organizações jornalísticas, ou seja, da interação entre o emissor e o receptor, interação entre leitores em *blogs*, em posts no *Facebook* etc. Isso, sem que a informação produzida de modo pulverizado perca seu alcance, que não só tem profusão abrangente, como também tem sua eficácia ampliada pela possibilidade de direcionamento para públicos específicos. (MARANHÃO; CAMPOS, 2018, p. 221)

Os sujeitos que outrora eram receptores de informação, por intermédio dos grandes emissores, que até então, detinham a capacidade de distribuição informacional, com o advento da Internet adquirem a possibilidade de se tornarem emissores. Adquirindo, portanto, meio hábil para disseminar informações com pessoas de todo o mundo.

Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto (2015, p.789) atestam que as modificações tecnológicas do novo século alteram todo o panorama de incidência dos danos:

> Dizer que os danos aumentaram em nosso século envolve certo turismo. Se nós, no início do século passado engatinhávamos nas possibilidades tecnológicas, se sequer conhecíamos a televisão ou o avião, se uma notícia demorava lentos meses para partir da Europa e até chegar até aqui, hoje, desnecessário dizê-lo, a situação modificou-se de modo impensável. É possível até afirmar, sem muito medo de errar: talvez a mais otimista das previsões não previsse que chegaríamos aonde chegamos, em possibilidades tecnológicas.

Similarmente, sustenta Cintia Rosa Pereira de Lima (2015, p. 157):

> Em primeiro lugar, o dano passa a tomar proporções antes nunca imaginadas. O sistema jurídico da responsabilidade civil está fundado na ideia de dano local ou dano regional. Mas tendo em vista a comunicação em massa transfronteiriça das redes sociais, a extensão do dano é muito maior.

Na conjunção dos fatores referenciados, o fenômeno das *Fake News* emerge como um elemento potencialmente danoso à honra das pessoas na sociedade contemporânea.

4.1 A (in)verdade construída pelas Fake News

As *Fake News,* enquanto inverdades disseminadas pela Internet, são um fenômeno da contemporaneidade, contudo, se analisada a questão medular do que se compreende por Fake News, tem-se que são um fenômeno intrinsecamente relacionado às "mentiras", que em função da característica transfronteiriça da Internet se apresentam sob uma nova roupagem.

Chiara Spadaccini de Teffé e Carlos Affonso Pereira de Souza (2019) asseveram que a divulgação de informações de conteúdo inverídico não é um fenômeno moderno. Todavia, a abrangência e o impacto que tais informações falsas conquistam por meio da Internet é de proporções nunca antes vistas.

Nesse quadro, a disseminação em larga escala das *Fake News* se tornou um dos maiores problemas da sociedade digital, que ainda necessita encontrar meios eficazes para lidar com a problemática sem prejuízo das liberdades individuais ou da dignidade da pessoa humana.

Maria Celina Bodin de Moraes exprime a incumbência que paira sobre os juristas no que se refere a elaboração de uma constitucionalização do Direito Civil.

> A proteção da pessoa humana, em substituição à tutela da liberdade individual (*rectius,* autonomia privada), é o postulado a partir do qual se pode demonstrar toda a gama de transformações ocorridas no interior da ordem civil, na aplicação da lei pelos juízes e, principalmente, na consciência moral da sociedade. Observe-se, antes do mais, que sempre há defasagens temporais entre a nova consciência social, ou coletiva, e o comportamento que dela é resultante, entre os valores apregoados e a prática corrente, de modo que o grande esforço de efetivação dos novos valores ainda não foi completado. De fato, na medida em que as transformações têm características estruturais, o sistema de Direito Privado está à espera da redefinição do fundamento e da extensão dos seus principais institutos jurídicos, da reposição de seus conceitos estruturantes. Para a adequada e corrente reconstrução do sistema, impõe-se ao civilista o desafio de restabelecer o primado da pessoa humana em cada elaboração dogmática, em cada interpretação e aplicação normativas. (MORAES, 2017, p.73-74)

A adequada compreensão do sistema jurídico privado contemporâneo perpassa uma leitura disciplinada pelos ditames constitucionais, próprio processo hermenêutico que compatibilize e pondere em substituição a uma aplicação exclusivamente pautada nas liberdades individuais. Nessa esteira de raciocínio, as controvérsias advindas da propagação das *Fake News* e, por conseguinte, a necessidade de proteção dos direitos da personalidade, se estabelece como um ponto paradigmático na estrutura do Direito Civil contemporâneo.

O Dicionário Collins da Língua Inglesa (2017) define *Fake News* como representações de informações falsas, normalmente sensacionalistas, disseminadas sob o disfarce de reportagens de notícias.[11]

Diretamente correlato às *Fake News* surge a figura da *Post Truth* ou "pós-verdade", que segundo o Dicionário Oxford da Língua Inglesa (2016) relaciona-se à circunstância na qual os fatos objetivos têm menor influência em moldar a opinião pública do que aqueles que apelam a emoções e crenças pessoais. [12]

A íntima interconexão entre *Fake News* e pós-verdade foi constatado por um estudo realizado por Soroush Vosoughi, Deb Roy e Sinan Aral (2018) para a Revista *Science*, o qual verificou que as *Fake News* têm 70% mais chance de serem *retweetadas* do que as notícias verdadeiras. Decorrência direta do fenômeno da *Post Truth*, dado que, notícias falsas comumente apelam para crenças pessoais ou sensacionalismos.

5 Tutela da Honra diante da profusão de Fake News

A pesquisa, até o presente ponto, ocupou-se em estabelecer os fundamentos essenciais para um estudo adequado da problemática proposta. Nesse sentido, levantou-se o debate da ponderação entre os Direitos à

[11] *"False, often sensational, information disseminated under the guise of news reporting"* (COLLINS, 2017)

[12] *"Relating to or denoting circumstances in which objective facts are less influential in shaping public opinion than appeals to emotion and personal belief"*. (OXFORD, 2016).

Honra e à Liberdade de Expressão. Consequentemente, adentrou-se à temática da era digital com a finalidade de estabelecer as características do ambiente digital. Em seguida, transcorreu-se ao tema das *Fake News*. Nessa toada, o estudo se debruça sobre a tutela da honra diante da profusão das *Fake News*.

A regra geral da Responsabilidade Aquiliana, consubstanciada nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, sob uma leitura atrelada aos artigos 20 e 21 do mesmo diploma legal, revelam a intenção do legislador em proporcionar as pessoas a efetiva proteção e reparação na hipótese de violação de seus direitos. [13]

Entretanto, a *contrario sensu* do que um processo hermenêutico estritamente gramatical dos dispositivos elencados pode levar o interprete a conjecturar, inexiste, *a priori*, uma preponderância dos direitos elencados no artigo 20 e 21 quando contrapostos à liberdade de expressão. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (2016) no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815, por unanimidade, decidiu que os artigos 20 e 21 do Código Civil deveriam ser interpretados conforme à Constituição, no intento de promover a consonância com os Direitos Fundamentais à Liberdade de Pensamento e Expressão.

De modo similar Marco Aurélio Florêncio Filho (2014, p. 32) esclarece acerca do Princípio à Liberdade de Expressão:

> Sendo certo que nenhum princípio tem caráter absoluto, a própria liberdade de expressão não possui esse caráter, apesar de muitos autores pretenderem atribuir a referido princípio essa característica, sob a alegação de que quando se retira uma informação da Internet o que se está a realizar é uma censura.

[13] Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. [...] Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. [...] Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. [...] Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. [...] Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma. (BRASIL, 2002).

Ante o exposto, conjectura-se que a retirada de um conteúdo da Internet não implica em censura. Contudo, é importante levar em consideração o modo como tal remoção ocorre.

> A evidente tensão entre a liberdade de expressão e as medidas para combater a desinformação reside na vagueza e múltiplas faces das *fake News*. Por estarmos diante de um conteúdo, removê-las ou impedi-las por meios e ferramentas jurisdicionais exigiria uma análise caso a caso. Caso o judiciário, de forma repressiva, o fizesse de modo abstrato e preventivo, a agressão à liberdade de expressão significaria censura. (RAIS, 2018, p. 161)

Nessa linha de intelecção, somente o caso concreto, em suas especificidades, poderá dar margem de atuação para o Poder Judiciário, que somente atuará após a efetiva publicação de conteúdo, verídico ou não, sob pena de incidir em censura.

A proteção retromencionada impede uma atuação preventiva nesses casos, isto é, impossibilita que ações prévias ao dano impeçam com que esse suceda, permitindo, tão somente, uma atuação repressiva quando verificada a ocorrência de um dano contra outros sujeitos. Logo, se estabelece como dever do jurista o questionamento acerca das formas de reparação para o dano à honra propiciado pelas *Fake News*.

Nelson Rosenvald (2017, p.32) assevera que, fundamentalmente, quatro são as funções atribuídas à Responsabilidade Civil através do tempo e espaço:

> Percebemos que conforme o tempo e o lugar, a Responsabilidade Civil absorve quatro funções fundamentais (sedo as duas primeiras pacíficas na *civil law*): (a) a função de reagir ao ilícito danoso, com a finalidade de reparar o sujeito atingido pela lesão; (b) a função de repristinar o lesado ao *status quo ante*, ou seja, estado ao qual o lesado se encontrava antes de suportar a ofensa; (c) a função de reafirmar o poder sancionatório (ou punitivo) do estado; (d) a função de desestímulo para qualquer pessoa que pretenda desenvolver atividade capaz de causar efeitos prejudiciais a terceiros. É inegável que a alteração do período histórico e do ambiente social impactará na proeminência de uma função em detrimento da outra.

Na lógica proposta pelo referido autor, vinculada à problemática analisada, a Responsabilidade Civil possibilitaria ante à disseminação de *Fake News* a compensação pela lesão a um interesse existencial merecedor de tutela, isto é, a compensação por um dano moral. Mas seria essa a única resposta jurídica para o problema em tela, ou haveriam outras formas de se objetivar o *status quo ante* por vias alternativas.

Enéas Costa Garcia (2002) esclarece que a doutrina e a jurisprudência criaram, ao redor do mundo, diversos critérios para a solução do conflito entre liberdade de expressão e a tutela da personalidade. Ressalta, ainda, que a veracidade da informação, ao se tratar do Direito de Informar, demostra-se como o critério apto a dirimir as incertezas e promover a justa decisão. O autor sustenta que sob o prisma da veracidade, não caberia à vítima demonstrar a inverdade de um fato noticiado, mas àquele que informa, no momento da publicação. De modo que, a inexatidão não provocará a responsabilização daquele que informa.

Anderson Schreiber sustenta que, hodiernamente, vive-se um período de erosão dos filtros clássicos da Responsabilidade Civil em vista de uma efetiva reparação, nesse contexto:

> Partindo-se desta imagem, o estágio atual da responsabilidade civil pode justamente ser descrito como um momento de *erosão dos filtros tradicionais* da reparação, isto é, de relativa perda de importância da prova da culpa e da prova do nexo causal como obstáculos ao ressarcimento dos danos na dinâmica das ações de ressarcimento. (SCHREIBER, 2015, p.11-12)

Similarmente, Pablo Malheiros da Cunha Frota estabelece própria teoria do Direito dos Danos: [14]

> Por tudo isso, parece que a ideia de responsabilidade por danos pode ser uma importante ruptura com a perspectiva de responsabilidade civil, por se basear em outros pressupostos, quais sejam: (i) foco na vítima; (ii) pressuposto ético

[14] Segundo Pablo Malheiros da Cunha Frota, "A responsabilidade por danos redescreve a linguagem da precaução, da prevenção e da reparação, com a extensão e a inovação de direitos e de deveres às vítimas, aos lesantes e (ou) responsáveis e à sociedade. O instituto esteia-se nos princípios do neminem laedere, da solidariedade social, da reparação integral e da primazia da vítima." (FROTA, 2013, p. 214)

> na alteridade; (iii) rompimento com a ideia de culpa e dolo; (iv) substituição do nexo de causalidade pela ideia de formação da circunstância danosa; (v) prioridade na precaução e na prevenção, sempre em um viés prospectivo, e a tutela dos hipervulneráveis, dos vulneráveis e dos hipossuficientes: pela resposta proporcional ao agravo e concretizadora de justiça social; (vi) mitigação das excludentes do dever de reparar. (FROTA, 2017, p. 219-220).

O olhar da Responsabilidade Civil, nesse prisma, torna-se ao lesado e não mais ao lesante. Neste trilhar, afirma-se que meios eficazes de reparação e de oportunização do *status quo ante* devem ser estabelecidos e promovidos pelo Sistema Jurídico, com a finalidade de ampliar o escopo da Responsabilidade Civil e alargar a ótica do referido ramo do Direito Civil.

Os juristas, em geral, estão presos a uma visão patrimonialista do Direito e, deste modo, não conseguem se desvencilhar dessa visão míope da Responsabilidade Civil. Portanto, é preciso avançar e entender que a indenização, em verdade, é só mais um dos métodos abrangidos pela Responsabilidade Civil para lidar com uma problemática.

> Outros deveres podem ser impostos ao réu a título de reparação o dano sofrido pela vítima. Se, por exemplo, alguém sofre dano moral decorrente de férias frustradas (*vacanze rovinate*), por falha no serviço da agência de turismo ou da companhia aérea, pode o juiz impor à sociedade ré, além do dever de indenizar, o dever de organizar nova viagem para o autor da demanda, a título de reparação não pecuniária do dano sofrido. (SCHEIBER, 2013, p. 213)

Na linha de raciocínio proposta pelo autor, diante do caso concreto e do dano estabelecido, devem ser buscadas respostas hábeis para se lidar com a problemática. Cada caso, com suas particularidades levaria a uma resposta jurisdicional distinta, sendo possível traçar linhas gerais de atuação, mas nunca uma resposta prévia que harmonize as relações entre os indivíduos e promova o *status quo ante*.

A Lei 13.188 (2015) aborda na legislação brasileira a temática do Direito de Resposta, uma das formas de a Responsabilidade Civil proporcionar o *status quo ante* em matéria de violação ao Direito à Honra.

Salienta-se, que o Direito de Resposta não exclui a possibilidade de o sujeito lesado por uma *Fake News* ajuizar uma ação compensatória em face àquele que perpetrou o dano. Sendo, portanto, o Direito de Resposta um complemento à compensação pela lesão a um interesse existencial.

Os artigos 4º e 5º da lei retromencionada apresentam diretrizes para a efetivação de tal direito em âmbito digital e ajuizamento de uma ação que objetive aplicar uma obrigação de fazer relativa ao Direito de Resposta caso o pedido extrajudicial não seja atendido.[15]

Em linhas gerais, *a resposta deverá ter a mesma publicidade, dimensão, periodicidade e alcance da notícia original.* Mas é importante compreender que a resposta não é capaz de desfazer uma inverdade posta na sociedade.

"Uma mentira repetida mil vezes torna-se verdade" a frase atribuída a Paul Joseph Goebblels, Ministro da Propaganda de Adolf Hitler na Alemanha Nazista exprime a dificuldade, ou a impossibilidade, de se desfazer os danos perpetrados por uma mentira. Ao passo que a verdade é frágil como uma flor, a mentira é forte como uma erva daninha, que se enraíza profundamente no meio social.

Diante do fenômeno da pós-verdade e ao método de utilização da Internet e das redes sociais, qual seja de uma leitura parcial ou restrita ao título da notícia, o dano perpetrado não será completamente sanado por meio da resposta. Uma vez que não irá atingir o mesmo número de pessoas que originalmente leram a "notícia". Ademais, tal lei se olvida que na nova sociedade digital, a característica comunicativa e transfronteiriça são basilares, de modo que há uma reprodução exponencial de *Fake News* pela Internet.

Complementarmente à compensação pela lesão a um interesse existencial merecedor de tutela e ao Direito de Resposta, uma terceira via pode

---

[15] Art. 4º A resposta ou retificação atenderá, quanto à forma e à duração, ao seguinte: I - praticado o agravo em mídia escrita ou na Internet, terá a resposta ou retificação o destaque, a publicidade, a periodicidade e a dimensão da matéria que a ensejou;

Art. 5º Se o veículo de comunicação social ou quem por ele responda não divulgar, publicar ou transmitir a resposta ou retificação no prazo de 7 (sete) dias, contado do recebimento do respectivo pedido, na forma do art. 3º, restará caracterizado o interesse jurídico para a propositura de ação judicial. (BRASIL, 2015)

ser observada na Lei 12.965, conhecida popularmente como Marco Civil da Internet.

O Marco Civil da Internet altera, por intermédio de seu artigo 19, o entendimento pacífico no Superior Tribunal de Justiça, à época, de que a notificação extrajudicial era suficiente para ensejar a retirada de um conteúdo que atentasse contra os Direitos da Personalidade, sob pena de responsabilização solidária do provedor de aplicação.[16]

> É importante destacar que o Marco Civil da Internet, depois de longo e intenso debate, optou por expressamente privilegiar, *prima facie,* a liberdade de expressão e de informação comparativamente a eventuais alegações de violação dos direitos da personalidade, na medida em que o seu artigo 19, *caput* e § 1º, estabelecem que os provedores de aplicação de Internet somente estarão obrigados, sob pena de responsabilidade civil, a remover o conteúdo dos seus usuários posteriormente à ordem judicial específica, que reconheça a existência de indícios de ilicitude na conduta do usuário. (GIACCHETTA, 2018, p. 24)

Com a implementação do Marco Civil da Internet, portanto, torna-se necessário uma interpelação judicial para a retirada do conteúdo e responsabilização do provedor. A opção legislativa claramente intenta compatibilizar os Direitos da Personalidade com o Direito à Liberdade de Expressão sob um parâmetro estritamente formal buscando assegurar segurança jurídica. Todavia, dada a característica transfronteiriça e comunicacional da Internet, o período de tempo que uma mensagem permanece na Internet aumenta exponencialmente o número de pessoas que tem acesso àquele conteúdo.

É importante verificar que mesmo o estabelecimento do Marco Civil da Internet, a boa prática dos provedores de aplicação é de proporcionar canais de comunicação com os usuários, de modo que, usualmente, uma

[16] Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de Internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. § 1º A ordem judicial de que trata o *caput* deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material. (BRASIL, 2014)

notícia com conteúdo visivelmente inverídico que atente de forma clara aos Direitos da Personalidade serão removidos com base nos contratos de adesão firmados entre consumidor e fornecedor do serviço. Ressalta-se, que tais casos são minoritários, ante o massivo compartilhamento e criação de notícias, dados e informações na Internet.

É primoroso notar que o § 1º do artigo 19 da norma retromencionada estabelece um dever de a parte elencar de forma clara e específica o conteúdo que deseja retirar da Internet, em conformidade com o artigo 322 *caput* e 324 *caput* do CPC,[17] de modo que, o autor que almeje retirar uma notícia falsa da Internet, que atente conta sua honra, deverá fornecer os sítios eletrônicos que deseja ver o conteúdo retirado, visto que, será de acordo com os pedidos que a atuação jurisdicional se dará.

Em um processo hermenêutico sistêmico do Marco Civil da Internet com o Código de Processo Civil, a norma constante no § 1º do artigo 324 do CPC[18] se apresenta como uma exceção à regra consubstanciada no artigo 322 do mesmo diploma legal. Tal exceção se estabelece em virtude da impossibilidade fática na delimitação do pedido. Ora, não seria o mesmo caso quando se pretende retirar uma notícia de conteúdo falso da Internet?

Em virtude das características comunicativa e transfronteiriça da Internet, as informações transmitem-se de modo célere, descentralizado e exponencial, atingindo um número indefinido de pessoas. É importante, também, asseverar que diversas pessoas ou sítios eletrônicos replicam notícias publicadas em outros sítios eletrônicos, de modo que, torna-se impossível para uma pessoa vítima de *Fake News* especificar *todos os endereços eletrônicos que a notícia deve ser removida*, uma vez que nem todos os endereços eletrônicos existem na data de produção da petição inicial.

Nessa esteira argumentativa o processo hermenêutico leva o interprete a aplicar a exceção corporificada no Código de Processo Civil ao

[17] Art. 322. O pedido deve ser certo. [...] Art. 324. O pedido deve ser determinado. (BRASIL, 2015)

[18] § 1º É lícito, porém, formular pedido genérico: I - nas ações universais, se o autor não puder individuar os bens demandados; II - quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato; III - quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu. (BRASIL, 2015)

Marco Civil da Internet, de modo que o autor no momento da petição inicial deverá especificar os endereços eletrônicos que existirem à época, fazendo também um pedido genérico para que os que surjam com o mesmo conteúdo sejam também removidos.

Logo, não é razoável que pessoas vítimas de *Fake News* que atentem contra sua honra, se vejam impossibilitadas de proteger sua honra e retirar as notícias falsas de circulação, porque se veem incumbidas de realizar um ato impossível, qual seja de especificar os endereços eletrônicos que ainda nem existem. De mesmo modo, não é plausível que a pessoa tenha que promover todos processos quantos forem as *Fake News* a seu respeito, uma vez que é necessário que se atenda aos ditames do princípio da economia processual.

6 Considerações finais

O presente estudo buscou examinar a temática da proteção da Honra diante da profusão de *Fake News*, com enfoque na questão atinente à efetiva proteção do direito em tela diante da nova sociedade digital. Verificou-se, que a problemática analisada se encontra em uma complexa conjuntura de inversão do polo informacional e de protagonização das redes sociais como meios de obtenção de informação, um contexto que privilegia as *Fake News* e impulsiona a pós-verdade.

A problemática se circunscreve elementarmente à ponderação entre o Direito à Honra e o Direito à Livre Manifestação do Pensamento e Expressão. No que se refere ao Direito à Honra compreendeu-se que é um direito imaterial diretamente correlato à ideia de dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade, visto que corresponde a própria integridade e identidade moral da pessoa perante a sociedade.

Noutro giro, o Direito à Livre Manifestação do Pensamento e Expressão, como o próprio nome sugere, refere-se à liberdade do dizer e do pensar sem que haja retaliações ou censuras. Tal direito paulatinamente ampliou seu escopo de atuação uma vez que a Internet propiciou um

espaço de interação mundial que universaliza o debate e a manifestação do pensamento.

Na sistemática do Direito Brasileiro a ponderação entre os princípios retromencionados revela certa prevalência do segundo em relação ao primeiro quando verificado que a regulação de manifestações do pensamento somente pode ser posterior, de modo que violações à honra podem ocorrer. Todavia, por óbvio, existem mecanismos para que a lesão seja dirimida. No que toca a estes mecanismos constata-se que sua aplicação deve ser conjunta e sistemática, permitindo uma atuação em frentes distintas de modo a se efetivar uma tutela protetiva da Honra.

A primeira esfera de proteção refere-se à compensação pelo interesse existencial merecedor de tutela, isto é, uma compensação pelo dano moral decorrente da violação ao Direito à Honra, sendo que pode ser compreendida como a principal linha de atuação dos Tribunais. Mostra-se pertinente ressaltar que a compensação nem sempre abarca a totalidade dos danos sofridos dado que no cenário digital a difusão de notícias toma contornos céleres e transfronteiriços.

Para além da compensação, o Direito de Resposta se apresenta como uma das vias complementares a tutela do Direito à Honra, se exteriorizando por meio de uma notícia posterior que apresente os fatos verdadeiros. Ressalta-se, que a notícia como a resposta deve possuir a mesma publicidade, dimensão, periodicidade e alcance da notícia original.

O Direito de Resposta muitas vezes não alcança seu objetivo em virtude de modo pelo qual os indivíduos utilizam a Internet, havendo uma leitura majoritária de notícias sensacionalistas e apelativas que acabam por impulsionar a pós-verdade. Nesta esteira de argumentação, o Direito de Resposta contra as *Fake News,* em virtude de seu caráter sensacionalista e que apela para crenças pessoais dos receptores das notícias, torna-se uma tarefa árdua.

Por fim, a retirada na notícia inverídica completa o escopo de proteção do Direito à Honra. Essa modalidade de tutela, hoje normatizada pelo Marco Civil da Internet, modifica a interpretação outrora pacifica nos

Tribunais e utiliza como pressuposto para a retirada da notícia e aplicação de uma responsabilização solidária do provedor, a interpelação judicial, que antes poderia ser por uma simples notificação ao provedor.

Ademais, o Marco Civil da Internet atribui a parte lesada o dever de especificar todos sítios eletrônicos que contenham as notícias falsas para sua retirada. Uma tarefa impossível visto que tais sítios se multiplicam com o passar do tempo e não é permitido modificar posteriormente o pedido na ação proposta de retirada do conteúdo, de modo que, a interpretação atualmente realizada da lei leva a parte a realizar inúmeras ações para a retirada de todos os sítios eletrônicos que contenham *Fake News,* atentando-se contra a economia processual.

Ante ao exposto, é importante dar um passo adiante na interpretação do Marco Civil da Internet, aplicando a exceção consubstanciada no *§1º do artigo 324 do Código de Processo Civil ao Marco Civil da Internet*, de modo que, o autor no momento da petição inicial poderá especificar os endereços eletrônicos que existirem à época, fazendo também um pedido genérico para que os sítios que surjam com o mesmo conteúdo sejam também removidos. Promove-se, assim, *uma efetiva tutela protetiva de seu Direito à Honra.*

Nessa linha de intelecção, conclui-se que a tutela do Direito à Honra deve ser realizada, não apenas por um único instrumento jurídico, mas pela aplicação conjunta de uma série de mecanismos protetivos que resguardem o Direito à Honra, com esteio em aplicação lógico-sistemática de todo o Ordenamento Jurídico, assegurando-se, assim, com fundamento no Estado Democrático de Direito e nos valores e preceitos da Constituição da República de 1988, a implementação do programa constitucional de promoção da dignidade humana nas relações jurídicas marcadas pela ocorrência de *Fake News.*

Referências

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil,** de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao Compilado.htm> Acesso em: 25 jun. 2019.

BRASIL. **Código Civil.** Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em: 26 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.965**, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm> Acesso em: 24 jun. 2019.

BRASIL. **Código de Processo Civil.** Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 26 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.188**, de 11 de novembro de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13188.htm> Acesso em: 26 jun. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4815, Plenário, Rel. Min Cármen Lúcia, julg. 29 jan. 2016, **Diário da Justiça Eletrônico***,* Brasília, 01 fev. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709> Acesso em 19 abr. 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.473.393/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 04 out. 2016, **Diário da Justiça Eletrônico***,* Brasília, 23 nov. 2016. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1543652&num_registro=201303568064&data=20161123&formato=PDF> Acesso em 20 abr. 2019.

COLLINS, Dictionary. **Word of the Year 2017.** Disponível em: <https://www.collinsdictionary.com/woty>. Acesso em: 08 abr. 2019.

CORRÊA, Fabiano Simões. **Um estudo qualitativo sobre as representações utilizadas por professores e alunos para significar o uso da Internet.** 2013. 172 f.

Dissertação (Dissertação em Psicologia) – Departamento de Psicologia. Universidade de São Paulo. São Paulo, São Paulo.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil.** São Paulo: Atlas, 2015.

FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. Apontamentos sobre a liberdade de expressão e a violação da privacidade no marco civil da Internet. In: DEL MASSO, Fabiano; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (coord.). **Marco Civil da Internet: Lei 12.965/2014.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 27-40.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Imputação sem nexo causal e a responsabilidade por danos.** 2013. 275 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, Paraná.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Responsabilidade Civil por danos e a superação da ideia da responsabilidade civil: reflexões. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade Civil: Novas Tendências.** Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017, p. 211-227.

GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade civil dos meios de comunicação.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

GUIACCHETTA, André Zonaro. Atuação e responsabilidade dos provedores diante das *Fake* News e da desinformação. In: RAIS, Diogo (Coord.). **Fake News e a conexão entre a desinformação e o direito.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 23-49.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (**Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LIMA, Cintia Rosa Pereira de. A reponsabilidade civil dos provedores de aplicação de Internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (lei nº 12.965/14). **Revista da Faculdade de Direito.** Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 110, p. 155-176, 2015.

MARANHÃO, Juliano; CAMPOS, Ricardo. Fake News e autoregulamentação regulada das redes sociais no Brasil: fundamentos constitucionais. In: ABBOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (Coord.). **Fake News e Regulação.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 217-.231

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 12. ed. São Paulo: saraiva, 2017. [E-book]

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de expressão do pensamento. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). **Jurisdição constitucional e liberdades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 71-85.

OXFORD, Dictionary. **Word of the Year 2016.** Disponível em: <https://www.oxforddictionaries.com/press/news/2016/12/11/WOTY-16> Acesso em: 08 abr. 2019.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; POMPEU, Inês Mota Randal. Liberdade de expressão e informação em face dos direitos da personalidade: análise com base na ADI nº 4.815. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). **Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 269-283.

RAIS, Diogo. Desinformação no contexto democrático. In: ABBOUD, Georges; NERY JÚNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (Coord.). **Fake News e Regulação.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 147-166.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. [E-book]

SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e constituição.** São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; NUNES, Danilo Henrique. Conflitos digitais: cidadania e responsabilidade civil no âmbito das lides cibernéticas. **Revista Jurídica da UNI7.** Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, v. 15, n. 2, 2018, p. 127-138.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Fake News: Como garantir liberdades e conter notícias falsas na Internet. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). **Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 525-543.

VOSOUGHI, Soroush; ROY, Deb; ARAL, Sinan. The spread of true and false News online. **Science.** 09 mar. 2018. Vol. 359, Issue 6380, pp. 1146-1151. Disponível em: <http://science.sciencemag.org/content/359/6380/1146.full> Acesso em: 21 abr. 2019.

WITKER, Jorge. **Como elaborar una tesis en derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho.** Madrid: Civitas, 1985.

Sobre os coordenadores

Fabrício Veiga Costa

Doutor em Direito – Pucminas. Pós-Doutor em Educação – UFMG. Pós-Doutorando em Psicologia pela PUCMINAS. Professor da Pós-Graduação Stricto Sensu em Proteção em Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna. Professor da Graduação em Direito FAMINAS-BH, FPL, FAPAM e FASASETE- Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/7152642230889744

Magno Federici Gomes

Estágio Pós-doutoral em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal (Bolsa CAPES/BEX 3642/07-0). Estágios Pós-doutorais em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha (Bolsa da Cátedra UNESCO e do Gobierno Vasco-Espanha). Mestre em Educação pela PUC Minas. Professor do Doutorado e Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor Titular licenciado da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen. Advogado Sócio do Escritório Moraes & Federici Advocacia Associada. Líder do Grupo de Pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA)/CNPQ-BRA e integrante dos grupos: Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS)/FCT-PT, Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESP)/CNPQ-BRA e Metamorfose Jurídica/CNPQ-BRA. ORCID: http://orcid.org/0000-0002-4711-5310. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/1638327245727283. E-mail: magnofederici@gmail.com

Sérgio Henriques Zandona Freitas

Coordenador e docente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade FUMEC. Editor Chefe da Revista Jurídica Meritum FUMEC. Pós-Doutor em Direito pela UNISINOS e pela Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela PUC MINAS. Assessor Judiciário no TJMG. Coordenador do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/2720114652322968. E-mail: sergiohzf@fumec.br. Site: www.imdp.com.br e www.zandona.pro.br

Financiamento e grupos de pesquisa do DGP

Este livro recebeu apoio financeiro do CNPQ (Chamada 2018) e da Escola Superior Dom Helder Câmara (Edital nº 03/19 de incentivo para produção científica), resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPQ): Caminhos Metodológicos do Direito, Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA), NEGESP, Metamorfose Jurídica, Grupo de Estudos em Direito Processual (GEPRO), Diálogos Constitucionais e(m) Crise de Efetividade: análise de institutos de direito público e de direito privado e CEDIS (FCT-PT).

Quadro de pareceristas

Adriano da Silva Ribeiro

Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA (2019). Pós-Doutorando em Direito Constitucional pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA. Mestrando em Direito da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade FUMEC, área de concentração em Instituições Sociais, Direito e Democracia. Editor Assistente e Responsável Técnico na Revista Meritum do PPGD/FUMEC. Estagiário Docente na Revista Meritum (2020/2020). Estagiário Docente de Direito Privado e Processual Civil do Programa de Mestrado em Direito da Universidade FUMEC (2018/2019). Representante Discente dos PPGs no Conselho de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão - CONSEPPE/FUMEC (2019/2020). MBA em Gestão Municipal pela Faculdade Unyleya (2018). Especialista em Direito do Estado pela Universidade Dom Pedro Segundo (2018). Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Gama Filho (2013) Bacharel em Direito da PUC Minas (2010). Monitor de Direito Constitucional da PUC Minas Betim (2010). Licenciado em Letras e suas Literaturas PUC Minas Betim (2002). Especialista em Arte, Educação e Tecnologias Contemporâneas pela UNB (2006). Pesquisador no Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Editor Chefe das Revistas e Pesquisas do IMDP. Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). Associado do Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos (INPEJ). Membership do CAED-Jus e Coordenador de GT Direito Público no CAED-Jus 2020. Articulista e Parecerista de Periódicos Jurídicos Nacionais e Internacionais. Professor Orientador no Grupo Educacional IESLA/ESJUS. Professor da disciplina Metodologia de Pesquisa Jurídica na Pós-Graduação em Direito do IUNIB (2010/2013). Professor da disciplina Teoria Geral do Estado no IEC/PUCMinas, em parceria com EJEF/TJMG (2013). Servidor Público do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, desde 1995. Assessor Judiciário de Gabinete no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (2018/2020). Assessor Judiciário do Superintendente Adjunto da Superintendência Administrativa do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Deilton Ribeiro Brasil

Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina, Itália. Doutor em Direito pela UGF/RJ. Professor da Graduação e do PPGD – Mestrado em Proteção dos Direitos

Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT) e das Faculdades Santo Agostinho (FASASETE). E-mail: deilton.ribeiro@terra.com.br

Graciane Rafisa Saliba
Doutora em Direito Privado e Mestre em Direito Público pela PUC/Minas. MBA em Direito do Trabalho pela FGV, com extensão pela *Ohio University*, Estados Unidos, e em *Derecho del Trabajo y Crisis Economica* pela *Universidad Castilla la Mancha*, Espanha. Graduada em Direito pela UFMG. Professora do curso de Direito da Universidade de Itaúna e Faculdade de Pará de Minas. Professora de cursos de pós-graduação. Advogada. Bolsista na Academia de Direito Internacional de Haia, Holanda. Membro da ILA – *International Law Association*.

Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais
Coordenador do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna/MG.

Rodrigo Almeida Magalhães
Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (1998), mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2000) e doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2004). Atualmente é professor adjunto IV da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, professor titular I do Centro Universitário Unihorizontes, professor associado I da Universidade Federal de Minas Gerais.

Currículo dos autores

Aline Teixeira Guedes da Silva
Bacharel em direito e advogada

Ana Luiza Mendes Viana
Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Aprovada no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil. Pesquisadora em Direito.

Antônio Lopes Araújo Neto
Graduação em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Pesquisador em Direito.

Bernardo Schmidt Penna
Doutorando em Direito pela FADISP. Mestre em Direito pela UNINCOR.Professor da Faculdades Integradas de Cacoal – UNESC. Advogado.

Brunna Emanuelle Carvalho Tonini
Acadêmica de Direito no Centro Universitário UNA de Belo Horizonte

Bruno Fabrício da Costa
Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva. Advogado. Secretário de Pesquisa do Grupo de Iniciação Científica "Tendências Contemporâneas da Responsabilidade Civil" da Escola Superior Dom Helder Câmara.

Caroline Amorim Costa
Pós-Doutoranda, Phd Doutora com distinção "cum laude" e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG; Especialista em Ciências Jurídicas pela Universidade Cândido Mendes - UCAM/IAVM; Pós-Graduanda em Moderna Educação: Metodologias, Tendências e foco no aluno, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS; Professora Adjunta da Faculdade de Minas - FAMINAS/BH; Professora Adjunta do Centro Universitário UNA de Belo Horizonte/MG; Associada Titular do Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil – IBERC; Associada Titular da Associação Mineira de Professores de Direito Civil – AMPDIC;

Coordenadora de Diretoria de Articulação Política e Social do Instituto Abolicionista Animal – IAA; Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/MG; Autora Jusanimalista; Consultora Jurídica; Advogada, Sócia Proprietária do Escritório de Advocacia BCAP – Burmann, Carvalho, Amorim e Paulino Sociedade de Advogados.

Clenderson Rodrigues da Cruz
Doutorando em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2015). Especialista em Direito Processual pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2012). Graduado em Direito pela Fundação Universidade de Itaúna (2007). Associado da ABDPRO - Associação Brasileira de Direito Processual. Membro da ACADEPRO - Academia de Direito Processual.

Cristian Kiefer da Silva
Pós-Doutor em Direito pela PUC Minas. Doutor em Direito pela PUC Minas. Mestre em Direito pela PUC Minas. Especialização em Direito Processual Civil Aplicado pelo CEAJUFE. Especialização em Direito Público Aplicado pelo EBRADI. Graduação em Direito pela Universidade José do Rosário Vellano. Graduação em Administração pela PUC Minas. Visiting Scholar na Northeastern State University-EUA, na University of Tulsa-EUA e na Oklahoma State University-EUA. Professor Adjunto da Escola de Direito do Centro Universitário UNA. Professor da Graduação e da Pós-graduação em Direito da SKEMA Business School. Professor Titular da Escola de Direito da Faculdade de Minas (Faminas-BH). Professor da Pós-Graduação em Direito do Instituto Universitário Brasileiro (IUNIB). Pesquisador voluntário no INSEPE (Instituto de Ensino, Pesquisa e Extensão). Membro associado e avaliador do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Membro associado da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC). Participa com frequência de fóruns jurídicos, projetos e atividades acadêmicas relacionadas à organização de seminários, congressos, minicursos, grupos de estudo e pesquisa. Tem atuação na área de Direito, com ênfase em Direito Público, Direito Processual e Teoria do Direito. Mediador e Conciliador Judicial cadastrado no CNJ. Membro do corpo de avaliadores do MEC no BASIS/INEP.

Danielle Belmiro Leles Martins
Graduanda em Direito pela Faminas-BH

Danilo Ferraz Córdova
Advogado militante. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós Graduado em Direito de Empresa pela Universidade Gama Filho. Membro da

Comissão de Direito da Concorrência da Ordem dos Advogados do Brasil da Seção de Minas Gerais. Professor Universitário.

Deilton Ribeiro Brasil
Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina, Itália. Doutor em Direito pela UGF/RJ. Professor da Graduação e do PPGD – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT) e das Faculdades Santo Agostinho (FASASETE). E-mail: deilton.ribeiro@terra.com.br

Flávio Quinaud Pedron
Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Professor Adjunto do Mestrado em Direito e da Graduação da Faculdade Guanambi (Bahia). Professor Adjunto da PUC-Minas (Graduação e Pós-graduação). Professor Adjunto do IBMEC. Editor-Chefe da Revista de Direito da Faculdade Guanambi. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional (ABDPC). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Membro da Rede Brasileira de Direito e Literatura (RDL). Advogado. E-mail: flavio@tcpadvocacia.com.br

Francisco José Vilas Bôas Neto
Mestre em Filosofia pela FAJE/MG. Pós-graduado em Direito pela UCAM/RJ. Graduado em Direito pela PUC Minas. Coordenador da Escola Superior de Advocacia da OABMG. Professor dos cursos de pós-graduação e graduação em Direito da Fapam. Advogado criminalista.

Glayder Daywerth Pereira Guimarães
Graduando em Direito (Curso Direito Integral) pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Membro do Grupo de Iniciação Científica "Tendências Contemporâneas da Responsabilidade Civil" da Escola Superior Dom Helder Câmara.

Graciane Rafisa Saliba
Doutora em Direito Privado e Mestre em Direito Público pela PUC/Minas. MBA em Direito do Trabalho pela FGV, com extensão pela Ohio University, Estados Unidos, e em Derecho del Trabajo y Crisis Economica pela Universidad Castilla la Mancha, Espanha. Graduada em Direito pela UFMG. Professora do curso de Direito da Universidade de Itaúna e Faculdade de Pará de Minas. Professora de cursos de pós-graduação. Advogada. Bolsista na Academia de Direito Internacional de Haia, Holanda. Membro da ILA – International Law Association.

Helaine Angela da Silva
Pós-graduanda em Direito Processual Constitucional (FAPAM – MG), Graduada em Direito (Universidade de Itaúna), Estudante de Especialização em Ensino de Filosofia no Ensino Médio (UFSJ - EAD) Professora das Disciplinas: Filosofia e Sociologia. e-mail: helaineangelaadvogada@gmail.com

Iany Cristina Rabêlo Rezende
Pós-graduanda em Direito Processual Constitucional pela FAPAM – Faculdade de Pará de Minas. Possui graduação em Direito pela FAPAM – Faculdade de Pará de Minas (2017). Advogada.

Italo Nogueira de Moro
Graduando do Curso de Direito, do Centro Universitário UNA, Belo Horizonte – Unidade Barreiro

Janaína Aparecida Machado Lopes
Graduada em Direito pela Faculdade de Minas -FAMINAS BH.

Janner Augusto
Aluno do curso de pós graduação em Direito Processual Constitucional da FAPAM – Faculdade de Pará de Minas.

Jesimiel André Pereira
Pós-Graduando em Direito Processual Constitucional pela Faculdade de Direito de Pará de Minas (FAPAM). Graduado em Direito pela Universidade Itaúna (UIT). E-mail: jesimielp@yahoo.com.br

Jucélia Ana de Fátima Marques
Graduada em Direito pela Faculdade de Minas – FAMINAS-BH. E-mail: jumarques2008@hotmail.com

Júlia Alves Almeida Machado
Mestranda em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna. Pós-Graduanda em Direito Processual Constitucional pela Faculdade de Pará de Minas. Graduada em Direito pela Faculdade de Pará de Minas. Advogada.

Katherynne Michelynne Cruz Rodrigues
Graduanda em Direito pela Faminas-BH

Kênia Priscila de Carvalho
Graduada em Direito pela Faculdade de Pará de Minas – Fapam, Funcionária pública municipal da Prefeitura Municipal de Pará de Minas.
Email:kenia_priscila_carvalho@hotmail.com

Laís de Araújo Moreira
Graduada em Direito pela FAPAM – Faculdade de Pará de Minas. E-mail: laismoreira9@hotmail.com

Luciana Costa Estêvão
Graduanda do Curso de Direito, do Centro Universitário UNA, Belo Horizonte – Unidade Barreiro

Magno Federici Gomes
Estágio Pós-doutoral em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal (Bolsa CAPES/BEX 3642/07-0). Estágios Pós-doutorais em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha (Bolsa da Cátedra UNESCO e do Gobierno Vasco-Espanha). Mestre em Educação pela PUC Minas. Professor do Doutorado e Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor Titular licenciado da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen. Advogado Sócio do Escritório Moraes & Federici Advocacia Associada. Líder do Grupo de Pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA)/CNPQ-BRA e integrante dos grupos: Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS)/FCT-PT, Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESP)/CNPQ-BRA e Metamorfose Jurídica/CNPQ-BRA. ORCID: http://orcid.org/0000-0002-4711-5310. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/1638327245727283. E-mail: magnofederici@gmail.com

Michael César Silva
Doutor e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito de Empresa pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor da Pós-graduação Lato Sensu da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor da Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Líder de Pesquisa do Grupo de Iniciação Científica "Tendências Contemporâneas da Responsabilidade Civil" da Escola Superior Dom Helder Câmara. Membro fundador do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). Advogado.

Naony Sousa Costa
Mestre em Direito pela Fundação Universidade de Itaúna/MG- Linha de pesquisa em Processo Coletivo (2014-2016). Pós-graduada em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG (2012-2013). Possui graduação em Direito pela Faculdade Pitágoras Campus Divinópolis (2009). Professora na Faculdade Pitágoras- Campus Divinópolis/MG. Tem experiência na área de Direito Civil e Processual, com ênfase em Direito Processual Civil. Advogada.

Pablo Henrique Gomes de Oliveira
Advogado. Graduado em Direito pela Faminas-BH

Pablo Wendel Batista Nagib
Acadêmico do curso de Direito – Faculdade de Minas/FAMINAS-BH – Belo Horizonte/MG – pwendel97@gmail.com

Raphael Moreira Maia
Mestre em Direito e Instituições Políticas: democracia e direitos fundamentais pela FUMEC.

Raphael Swerts Silva
Mestre em Políticas Públicas: Gestão Social, Educação e Desenvolvimento Local pelo Centro Universitário UNA. Pós-Graduado em Direito Civil pela PUC/MG. Graduado em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor de Direito da Faminas-BH. Tem experiência docente nas áreas do Direito Civil, Teoria Geral do Processo, Processo Civil, Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Prática Trabalhista. Convidado para ser Paraninfo da turma do Centro Universitário UMA, unidade Linha Verde (2017.1). Professor Homenageado da turma do Centro universitário UMA, unidade Contagem (2018.1). Professor homenageado do Centro Universitário UNA, unidade Barro Preto (2017.1). Professor homenageado da turma do Centro Universitário UNA, unidade Linha Verde (2017.1). Advogado atuante, inscrito na Ordem doa Advogados do Brasil-MG.

Rayssa Rodrigues Meneghetti
Mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna – UIT; Pós-graduada em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Renata de Lima Rodrigues
Doutora e Mestre em Direito Privado pela PUC/MG; Especialista em Direito Civil pelo IEC-Instituto de Educação Continuada da PUC/MG; Coordenadora do curso de Direito da FAMINAS-BH; Professora de Direito Civil na PUC Minas e no Centro Universitário Unihorizontes. Membro do IBDFAM. Advogada. Parecerista

Rosane Vieira de Castro
Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora de Direito Civil e Empresarial em cursos de graduação e pós graduação presenciais e à distância.

Rosemary Cipriano da Silva
Advogada, Mestra em Direito pela Universidade FUMEC (2010). Área de Concentração: Direito e Instituições Políticas.Graduada em Direito pela Universidade FUMEC (2007). Coordenadora do NPJ - Núcleo de Prática Jurídica da FAMINAS - BH. Professora do Curso de Graduação em Direito da FAMINAS - BH. Mediadora certificada pelo Tribunal de Justiça de MG

Sérgio Henriques Zandona Freitas
Coordenador e docente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade FUMEC. Editor Chefe da Revista Jurídica Meritum FUMEC. Pós-Doutor em Direito pela UNISINOS e pela Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela PUC MINAS. Assessor Judiciário no TJMG. Coordenador do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/2720114652322968. E-mail: sergiohzf@fumec.br. Site: www.imdp.com.br e www.zandona.pro.br

Sergio Milanez Gomes
Graduando do Curso de Direito, do Centro Universitário UNA, Belo Horizonte – Unidade Barreiro

Shirley Mendes Maciel Ferreira
Pós-graduanda em Direito Processual Constitucional (FAPAM – MG), Graduada em Direito – (FAPAM – MG). Email: shirleymendes1988@gmail.com

Sônia Cristina Fagundes Malta
Mestre em Teoria do Direito pela PUC Minas. Advogada Colaborativa capacitada pelo IBPC – Instituto Brasileiro de Práticas Colaborativas. Mediadora e Advogada Certificada para Atuar na Mediação pelo ICFML – Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos. Professora de graduação e pós-graduação. E-mail: soniacrismalta@yahoo.com.br

Stephane Kelly da Silva Lima
Graduanda do Curso de Direito, do Centro Universitário UNA, Belo Horizonte – Unidade Barreiro

Thalis Mateus Marques de Faria
Graduando em Direito pela Faminas-BH

Tomiko Yoshimura Carvalho Maia
Pós-graduanda em Direito Processual Constitucional pela Fapam; graduada em Direito pela Fapam; professora de Filosofia da Rede Estadual de Ensino.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.

www.editorafi.org
contato@editorafi.org