

REVISTA DA

ISSN 2236-8957

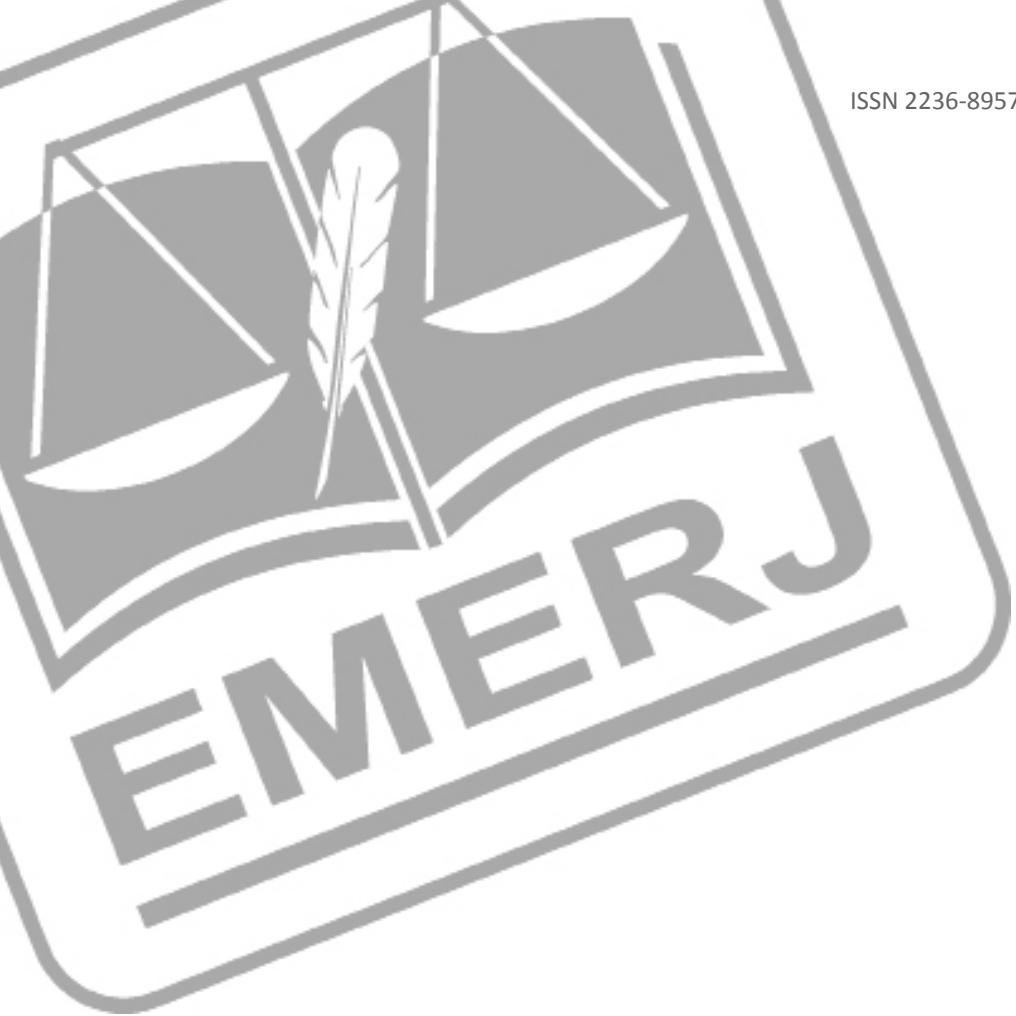
EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

V. 19 ♦ N. 73 ♦ Abril/Maio/Junho ♦ 2016



ISSN 2236-8957



Revista da EMERJ

v. 19 - n. 73 - Ano 2016
Abril/Junho

Rio de Janeiro

© 2016 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

Min. Luiz Fux; Min. Luis Felipe Salomão; Min. Marco Aurélio Bellizze; Des. Caetano Ernesto da Fonseca Costa; Des. Nagib Slaibi Filho; Des. Sergio Cavalieri Filho; Des. Letícia de Faria Sardas; Des. Jessé Torres Pereira Júnior; Des. Geraldo Prado.

Coordenação: Des. Nagib Slaibi Filho.

Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ.

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); **Programação Visual:** Rodolfo Santiago;
Fotografia: Marcelo Melim; **Revisão Ortográfica:** Suely Lima, Ana Paula Maradei e Sergio Silves.

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -

Rio de Janeiro: EMERJ, 1998 -

v.

ISSN 1415-4951 (versão impressa)

ISSN 2236-8957 (versão *on-line*)

v. 1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

Número Especial 2003: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho/2002.

Número Especial 2004: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003.

Edição Especial 2007: Comemorativa do Octogésimo Ano do Código de Menores Mello Mattos.

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

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

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
Rua Dom Manuel, nº 25 - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20010-090
Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-2561
www.emerj.tjrj.jus.br - emerjpublicacoes@tjrj.jus.br

Diretoria da EMERJ

❖ DIRETOR-GERAL

Desembargador Caetano Ernesto da Fonseca Costa

❖ DIRETOR-ADJUNTO

Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

❖ CONSELHO CONSULTIVO

Desembargador Ricardo Couto de Castro

Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

Desembargadora Patrícia Ribeiro Serra Vieira

Juíza de Direito Maria Aglaé Tedesco Vilar do

Juiz de Direito Luiz Márcio Victor Alves Pereira

Juiz de Direito Rubens Roberto Rebello Casara

❖ COMISSÃO DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

*VINCULADOS ÀS ATIVIDADES DE **FORMAÇÃO INICIAL**:*

Desembargador Milton Fernandes de Souza (Presidente)

Desembargadora Jaqueline Lima Montenegro

Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

Juiz de Direito Carlos Gustavo Vianna Direito

Juíza de Direito Maria Paula Gouvêa Galhardo

Juiz de Direito José Guilherme Vasi Werner

*VINCULADOS ÀS ATIVIDADES DE **FORMAÇÃO CONTINUADA**:*

Área de Direitos Humanos, Gênero, Ética, Filosofia e Sociologia

Desembargador Marcelo Castro Anátocles da Silva Ferreira e Juíza de Direito Adriana Ramos de Mello

Área de Direito Civil, Processo Civil, Consumidor e Empresarial

Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo e Juiz de Direito Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes

Área de Direito Penal, Processo Penal, Idoso, Criança e Adolescente
Desembargador Alcides da Fonseca Neto e Juiz de Direito André
Ricardo de Franciscis Ramos

Área de Direito Constitucional, Administrativo, Tributário e Eleitoral
Desembargador André Gustavo Corrêa de Andrade e Juiz de Direito
João Luiz Ferraz de Oliveira Lima

❖ **PRESIDENTE DA COMISSÃO ACADÊMICA**

Desembargador Fernando Cerqueira Chagas

❖ **COORDENADOR DE ESTÁGIO**

Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

❖ **COORDENADOR DO PROGRAMA DE EAD**

Juiz de Direito Marcos Augusto Ramos Peixoto

❖ **COORDENADOR DE ASSUNTOS COMUNITÁRIOS**

Prof. Miguel Lanzellotti Baldez

❖ **SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO**

Rosângela Pereira N. Maldonado de Carvalho

❖ **ASSESSORA DO DIRETOR-GERAL**

Fernanda Castro Faria Graça Melo

Sumário

- 7 | Apresentação**
- 9 | A Constitucionalização do Direito Civil e suas Consequências para a Liberdade Relacionada ao Contrato**
Alexandre Chini, Diógenes Faria de Carvalho e Eduardo Martins de Camargo
- 31 | O Exame Criminológico e a Questão do Risco Potencial de Antecipação da Liberdade**
Álvaro Mayrink da Costa
- 38 | Emergência das Políticas Proibicionistas de Drogas no Brasil e as Restrições aos Dispositivos Alternativos**
Anderson Souto Neves
- 55 | Lei não Pode Estabelecer Novos Crimes Inafiançáveis**
Augusto Yuzo Jouti
- 77 | Aborto de Feto Anencéfalo**
Áurea Pimentel Pereira
- 84 | ADPF 54: A (In)Eficácia Social da Decisão do STF sobre o Aborto de Anencéfalos na Cidade do Rio de Janeiro**
Clarissa Mortari Simões, Ana Clara de Oliveira Militão, Gabriela Campos Pedroso e Yasmin de Melo Silva
- 98 | Crítica ao Plano da Existência do Negócio Jurídico: Perspectivas a Partir da Análise Funcional das Invalidades Negociais**
Eduardo Nunes de Souza
- 113 | Neoconstitucionalismo, Constitucionalização e Direito Administrativo**
Emerson Affonso da Costa Moura
- 133 | É Possível a Atuação do Ministério Público nos Casos de Alienação Parental? Estudo de caso da 1ª Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude da Comarca da Capital**
Fernanda Amaral da Silva

- 162 | Orçamento Público, Ajuste Fiscal e Administração Consensual**
Jessé Torres Pereira Junior e Thaís Boia Marçal
- 182 | A 'Desconsideração Inversa' e o Novo CPC**
Jorge Lobo
- 185 | Ação Rescisória e Uniformização Jurisprudencial: Considerações sobre a *Jihad* Nomofilática**
Marcelo Barbi Gonçalves
- 218 | Notas sobre Competência nas Ações de Alteração de Identidade de Gênero por Transexualidade (Gênero vs. orientação sexual em perspectiva civil-constitucional)**
Marco Aurélio Bezerra de Melo e Fábio de Oliveira Azevedo
- 225 | A Extinção das Obrigações do Falido pela Satisfação Parcial do Crédito e o Princípio Constitucional da Segurança Jurídica**
Maria Cristina de Brito Lima
- 239 | Repensando a Atuação do Poder Judiciário: o Caso *WhatsApp***
Reis Friede
- 242 | Rodeios, Vaquejadas e Eventos Assemelhados: Entretenimento ou Covardia? Cultura ou Tortura? (Visão legal e realista dessas nefastas práticas no Brasil)**
Rosana Navega Chagas
- 249 | Acessibilidade e Cidadania**
Tânia Rodrigues
- 253 | Normas para Apresentação de Artigos**

Apresentação

O traçado humanista e o inegável interesse pelo trato de questões contemporâneas e desafiadoras, em sede dos estudos avançados acentuados na gestão atual da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro pelo Desembargador Caetano Ernesto da Fonseca Costa, se refletem nos temas privilegiados pelos articulistas desta edição da REVISTA DA EMERJ, porque estabelecem inegavelmente reflexões relevantes em contextos afeitos aos fenômenos da *publicização* e da *constitucionalização* do Direito, tendo, como figura essencial, a própria pessoa humana.

Tal metodologia se deve ao fato de, no Direito contemporâneo, envidarem-se esforços para evitar uma demarcação distintiva — e, por vezes, excludente — entre os diversos ramos do Direito, uma vez que já estabelecido ser o texto constitucional a essência de toda e qualquer atividade integrativa e interpretativa de Lei.

O Direito Civil, por exemplo, apesar de sua reconhecida relevância na consolidação de categorias, conceitos e classificações, inclusive para a solidificação dos ramos do direito público, se vê andando em paralelo com os demais no processo de efetivação de valores, princípios e normas ínsitas à Constituição da República Federativa Brasileira. Claro deve estar para uma legítima contextualização das reflexões que ora se apresentam que os já anunciados fenômenos da *publicização* e da *constitucionalização* não se confundem, conforme bem explicita o Professor Paulo Luiz Netto Lôbo (*in Revista de Informação Legislativa - Senado Federal*, Brasília, a 36, n. 141, jan./mar., 1999, p. 100):

A denominada publicização compreende o processo de crescente intervenção estatal, especialmente no âmbito legislativo, característica do Estado Social do século XX. Tem-se a redução do espaço de autonomia privada para a garantia da tutela jurídica dos mais fracos. A ação intervencionista ou dirigista do legislador terminou por subtrair do Código Civil matérias inteiras, em alguns casos, transformadas em ramos autônomos. (...) É certo que o Estado social eliminou o critério de distinção tradicional, a saber, o interesse; o interesse público não é necessariamente o interesse social, e os interesses públicos e privados podem estar embaralhados tanto no que se considerava direito público, quanto no direito privado.

A marca tradicional e patrimonialista do direito civil que se traduziu na *coisificação da pessoa humana* abriu flanco para sua necessária dignificação, revitalizando temáticas, analisadas nesta edição da Revista, em torno da existência da liberdade e do dirigismo negocial (no trabalho com aqueles dois anunciados fenômenos), na perspectiva adequada da funcionalização da teoria geral dos contratos; no abortamento do feto anencéfalo e nos impactos sociojurídicos da decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54; na viabilidade jurídica da alteração do sexo e prenome da pessoa humana, na tradução do direito à autodeterminação e à diversidade humana; na atuação participativa do Ministério Público na abordagem da alienação parental e na busca infatigável do melhor interesse e proteção integral da criança e do adolescente; e no direito à acessibilidade da pessoa com deficiência, a partir de um trabalho multidisciplinar, permitindo assim uma cidadania plena a todos.

De outro viés, o dito Estado social impõe uma ideologia que, se periodicamente implementada, visa a promover bens e serviços em prol dos interesses coletivos, mediante ainda a intervenção do Estado na economia e na política, como forma eficaz de coibir os abusos decorrentes de uma sociedade concorrencial e massificada. Nesse sentido, registre-se que: *a variedade de problemas que envolve o trato legal de matérias não pode estar subsumida nas codificações tradicionais, pois, quase sempre, além das relações civis, reclamam o disciplinamento integrado e concomitante de variáveis processuais, administrativas e penais* (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Obra citada, p. 103).

Nesse contexto, o conjunto de artigos doutrinários que se leva a público é de inegável valia na demonstração de que uma pesquisa realmente avançada deve repensar os limites de atuação do Poder Judiciário, para atender à finalidade social da Lei (e, via de consequência, da decisão judicial), questão enfrentada no artigo sobre o caso *WhatsApp* e em tantos outros aqui já em destaque: (i) a ponderação necessária entre o direito dos animais e ao entretenimento; (ii) a doutrina da interligação entre interpretação razoável e o princípio da legalidade, frente ao novo Código de Processo Civil, tendo como premissa *que o processo é fonte de excelência de atuação do direito material*; (iii) o direito a uma adequada e consensual administração pública, no trato conjunto das questões orçamentárias e fiscais, a partir de um diálogo conciliador do Estado com as instituições representativas da sociedade; (iv) a (im)possibilidade de a Lei vir a prever outros crimes inafiançáveis, além dos previstos no texto constitucional; (v) a análise das políticas proibicionistas de drogas e as restrições aos dispositivos legais alternativos no Brasil, para a descriminalização ou legalização do consumo de drogas, quando do uso terapêutico ou recreativo e, de outra vertente, (vi) o enfoque crítico do emprego do exame criminológico, pelo Estado, como *ferramenta pericial* para apuração do *risco potencial de violência na antecipação de liberdade* dos ditos sujeitos protagonistas de consideradas graves lesões a bens jurídicos, na garantia da segurança pública.

No âmbito do Direito Empresarial, sem descurar do *princípio da segurança jurídica*, em confrontação com a *flexibilidade inovadora* necessária à figura do empresário ante os riscos de seu negócio, consideram-se as possibilidades de satisfação parcial do crédito para a extinção das obrigações do falido; e, de outro diapasão, os efeitos da *desconsideração* nominada *inversa*, em sociedades controladas (Resp. 948.117-MS julgado em 22/6/2010, 3ª Turma do STJ, na relatoria da Ministra Nancy Andrighi), como meio de enfrentamento à anunciada morosidade da Justiça, na regulação da ordem econômica e social.

Vale ainda o registro de que a crise do Estado Assistencial, também objeto de estudo nesta coletânea, põe em xeque as mutações da dogmática administrativa, procedentes de uma tradição *autoritária, hierarquizada e ineficiente*, as quais se mostraram em inegável descompasso com as transformações ocorridas na sociedade, tudo a deslegitimá-las. É marcante, como denunciador, o surgimento de um movimento doutrinário de revisão de categorias e institutos administrativos, balizado pelos fenômenos do *neconstitucionalismo* e da *constitucionalização* do Direito.

Desembargadora (TJRJ) Patricia Ribeiro Serra Vieira

Membro do Conselho Consultivo da EMERJ

A Constitucionalização do Direito Civil e suas Consequências para a Liberdade Relacionada ao Contrato

Alexandre Chini

Juiz titular do I Juizado Especial Cível da Comarca de Niterói-RJ; integrou a Comissão de Apoio à Qualidade dos Serviços Judiciais – COMAQ e a Comissão Judiciária de Articulação dos Juizados Especiais – COJES. Coordenador das Turmas Recursais Cíveis, Criminais e Fazendárias em 2013, atualmente integra a 4ª. Turma Recursal Cível.

Diógenes Faria de Carvalho

Doutorado em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGO). Mestrado em Direito das Relações Econômico-empresariais pela Universidade de Franca (UNIFRAN). Professor adjunto da Universidade Federal de Goiás (UFG), PUCGO e da Universidade Salgado de Oliveira (UNIVERSO). Coordenador do Curso de Graduação em Direito na UNIVERSO. Membro Diretor do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON). Advogado.

Eduardo Martins de Camargo

Mestrando em Ciência Política pela Universidade Federal de Goiás. Pós-graduando em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade Salgado de Oliveira; Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Goiás; Pós-graduado em Ciências Criminais pela Escola Superior da Magistratura de Goiás. Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/GO. Advogado.

RESUMO: *Este trabalho trata da constitucionalização do direito civil e tem como limitação temática as suas consequências para a liberdade relacionada ao contrato. É dividido em três tópicos. No primeiro deles é feito um resgate histórico sobre a importância do direito civil na sociedade e a construção da constitucionalização do direito civil, e uma abordagem dos direitos fundamentais entre os particulares, discorrendo-se sobre as teorias de aplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais. No segundo há uma discussão sobre a evolução da liberdade relacionada ao contrato através dos princípios da autonomia da vontade e da autonomia privada; faz-se ainda uma diferenciação teórica acerca desses princípios. No último tópico são tratadas consequências da constitucionalização do direito civil para a liberdade relacionada ao contrato, como o dirigismo contratual.*

PALAVRAS-CHAVE: *1 Constitucionalização do direito civil; 2 Liberdade relacionada ao contrato; 3 Princípios norteadores dos contratos; 4 Teoria contratual; 5 Direitos fundamentais.*

INTRODUÇÃO

A constitucionalização do direito civil é um tema que está em pauta desde pouco após a promulgação da Constituição de 1988. O tema se mostrou ainda mais pertinente com o fenômeno da descodificação do direito civil, que segue até os dias atuais. Leis esparsas e microsistemas foram formados e o Código Civil deixou de ocupar um lugar de extrema centralidade no ordenamento jurídico e, mais precisamente, nas relações privadas. Nessa quadra histórica adveio o novo Código Civil, promulgado em 2002, com inúmeras alterações de caráter técnico e com institutos já permeados pelos valores constitucionais.

Este trabalho se dedica a situar essa constitucionalização do direito civil no ordenamento jurídico brasileiro, procurando apontar e analisar suas consequências para a liberdade relacionada ao contrato. A escolha da expressão 'liberdade relacionada ao contrato' no título é proposital, para não pairar dúvidas sobre o que se quer falar. A expressão aqui é utilizada para denotar o sentido mais amplo de liberdade na teoria contratual, envolvendo assim tanto a liberdade de contratar e a liberdade contratual, quanto a liberdade nas relações privadas de maneira genérica (como a liberdade associativa, por exemplo).

No primeiro tópico, explanar-se-á sobre a constitucionalização do direito civil propriamente dita, trazendo marcos históricos relacionados

ao tema e uma abordagem de direitos fundamentais nas relações privadas. Aqui ganhará destaque a mudança de percepção do individualismo e não intervencionismo estatal nas relações privadas para o dirigismo contratual e intervenção estatal na seara privada. Além disso, discorrer-se-á sobre as teorias de aplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais.

No segundo tópico, far-se-á uma análise evolutiva da liberdade relacionada aos princípios da autonomia da vontade e autonomia privada, ressaltando a discussão teórica feita por juristas sobre a diferenciação entre os dois princípios, em que pese a maioria dos autores e da jurisprudência pátria não distingui-los.

No terceiro tópico do trabalho, discorrer-se-á sobre consequências da constitucionalização do direito civil para a liberdade relativa aos contratos, procurando demonstrar como que os valores constitucionais estão pautando as relações privadas.

Ressalta-se que este trabalho não tem a intenção de pormenorizar todos os princípios fundamentais da teoria contratual, bem como não trará todas as consequências da constitucionalização do direito civil. O que se busca é contribuir com o debate no sentido de re(avivar) as robustas discussões relacionadas ao tema.

1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: UMA ABORDAGEM DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

O direito civil é indiscutivelmente o ramo nevrálgico do que se pode chamar de direito privado, nele se encontrando o arcabouço máximo das normas – regras e princípios – disciplinadoras das relações privadas.

A assertiva acima está temporal e geograficamente distante das interpretações civilísticas contemporâneas. Atualmente, não há como se falar em relações privadas sem uma devida contextualização constitucional.

De início, é preciso caracterizar o direito civil, que pode ser entendido, em poucas linhas, como aquele que se formulou no Código de Napoleão (1804), em virtude da sistematização operada por Jean Domat – quem primeiro separou as leis civis das leis públicas – cuja obra serviu para a delimitação do conteúdo inserto naquele *Code*, e que, em seguida, viria a ser adotado pelas legislações do século XIX, influenciando as Codificações vindouras.

Aqui, faz-se necessário pontuar que a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, comumente estudada como advinda do direito romano, não corresponde à materialidade histórica, já que no *Jus Civile*, o direito dos cidadãos era essencialmente uma noção de direito público e não privado, conforme leciona Caio Mário da Silva Pereira.

No período medieval, houve uma verdadeira absorção do público pelo privado, decorrente do direito de propriedade dos senhores feudais, os quais possuíam um poder soberano sobre os habitantes de seus feudos, podendo impor regras, arrecadar tributos e até mesmo julgá-los, fazendo com que o direito de propriedade fosse levado ao ápice do sistema (GOEDERT, PINHEIRO, 2012).

Foi no século XVIII que a diversidade entre a esfera econômica e a política e entre o Estado e a sociedade civil passa a se sublinhar, e a dicotomia entre o Público e o Privado se caracteriza como forma de se distinguir a sociedade política (onde impera a desigualdade) e a econômica (reinado da igualdade). É nesse contexto histórico que se manifesta, de maneira mais intensa, a divisão entre Estado e Sociedade, Política e Economia, Direito e Moral, desencadeando no mundo jurídico a acentuada diferença entre Direito Público e Direito Privado. E é nesse panorama que se vislumbra uma separação quase absoluta entre o direito que regularia os interesses gerais e as relações entre indivíduos e aquele que disciplina a estruturação e funcionamento do Estado, tendo abertura para o Estado Liberal (GOEDERT, PINHEIRO, 2012).

O direito civil foi identificado, a partir do Código de Napoleão, com o próprio Código Civil, que regulava as relações entre as pessoas privadas, seu estado, sua capacidade, sua família e, principalmente, sua propriedade, consagrando-se como o reino da liberdade individual. Concedia-se a tutela jurídica para que o indivíduo, isoladamente, pudesse desenvolver com plena liberdade a sua atividade econômica. As limitações eram as estritamente necessárias a permitir a convivência social, ou seja, tinha-se o Estado mínimo ou, em outras palavras, o Estado intervinha minimamente nas relações privadas entre os indivíduos (BODIN DE MORAES, 1991).

A figura de Estado mínimo, então, operacionalizava o Estado Liberal ou doutrina do liberalismo, que tinha basicamente como princípios: a defesa da propriedade privada; a liberdade econômica; a mínima participação do Estado nos assuntos econômicos da nação; e a igualdade perante a lei – que é um dos pressupostos do Estado de Direito. Assim, pregava-se

um Estado em que os indivíduos tinham plena liberdade para contratar, podendo deliberar e consentir praticamente de maneira ilimitada, tendo a autonomia da vontade lugar de destaque nesse período. Não havia parâmetros ou imposições (limites) na seara contratual, pois esta era concebida como totalmente separada da área de interesses públicos, figurando em demasia os interesses individualistas.

O que se tem como núcleo do direito civil nessa época é o indivíduo-proprietário e o indivíduo-contratante, e, assim, o Código Civil é reconhecido como a Constituição do direito privado, pelo fato de trazer em seu corpo as normas que geriam a vida comum, tendo ainda uma separação latente entre Estado e sociedade civil (COSTA, 2006). As figuras dos Códigos, e o brasileiro de 1916 também regia-se assim, eram: o contratante, o marido, o proprietário e o testador. Daí se denotar o caráter patrimonialista e patriarcal dessa codificação.

Os códigos civis tiveram como paradigma o cidadão dotado de patrimônio, vale dizer, o burguês livre do controle e/ou impedimento públicos. Nesse sentido é que entenderam o homem comum (mediano), deixando a grande maioria fora de seu alcance. Para os iluministas, a plenitude da pessoa dava-se com o domínio sobre as coisas, com o ser proprietário. A liberdade dos modernos, ao contrário dos antigos, é concebida como não impedimento. Livre é quem pode deter, gozar e dispor de sua propriedade, sem impedimentos e sem interferência do Estado, salvo os ditados pela ordem pública e os bons costumes, sendo que estas categorias nem poderiam ser referidas como reais limitadoras da liberdade (LÔBO, 1999).

Segundo o professor Paulo Luiz Netto Lôbo (1999), as primeiras Constituições não se preocuparam em regular as relações privadas dos indivíduos, e cumpriam sua função básica de delimitação do poderio estatal. Na seara privada consumou-se o darwinismo jurídico, com a hegemonia dos economicamente mais fortes. Assim, a codificação liberal e a ausência de regulação econômica por parte da Lei Maior serviram de instrumento de exploração dos mais fracos pelos mais fortes, gerando reações e conflitos que redundaram no Estado Social.

Em verdade, para Lôbo (1999), existiram duas etapas na evolução do movimento liberal e do Estado Liberal: a primeira, a da conquista da liberdade; a segunda, a da exploração da liberdade. Como legado do Estado Liberal, a liberdade e a igualdade jurídicas, apesar de formais, incorporaram-se ao catálogo de direitos das pessoas humanas, sendo que

não apenas dos sujeitos de relações jurídicas, e nenhuma ordem jurídica democrática se via como tal sem esses dois valores.

Com isso:

houve a retomada dos flancos deixados ao alvedrio dos indivíduos durante o Estado Liberal e, de forma cogente, o Estado passou a disciplinar as relações político-econômicas e foi aos poucos se reapropriando do espaço conquistado pela sociedade civil burguesa. Com o advento do Estado Social, fruto da composição entre o liberalismo e o socialismo, tem-se um movimento em prol de direitos e, conseqüentemente, um avanço do princípio democrático. O Estado passa a ocupar uma posição proeminente na sociedade, a de interventor e mediador das relações jurídicas interindividuais, e a atividade legislativa é vista como alternativa de viabilizar a intervenção do Estado no domínio privado, sobretudo o fenômeno do dirigismo contratual (GOEDERT, PINHEIRO, 2012, p. 468).

A indubitável distinção entre o Estado Social e o Estado Liberal está regulada na restrição da influência que anteriormente era exercida pela burguesia e, conseqüentemente, no agravamento da noção de autonomia privada e a inexistente intervenção estatal nas relações jurídicas entre particulares. Diante disso, a democracia é vinculada ao ideal de igualdade e o homem deixa de ser visto como mero destinatário de normas gerais e abstratas e, assim, delinea-se a alteração das relações entre a sociedade e o Estado, saindo de cena o individualismo para a entrada do solidarismo, caracterizado pela supremacia do Estado perante o indivíduo. O Estado Social impõe a observância da lei na formação dos contratos, com vistas a garantir o equilíbrio das partes, consagrando no constitucionalismo a origem e fonte de proteção dos direitos fundamentais na seara privada (GOEDERT, PINHEIRO, 2012).

Há de se ressaltar que a visão histórica comumente empregada na passagem pura do Estado Liberal para o Estado Social é, em suma, eurocêntrica. Não se pode, pois, falar que na América Latina, por exemplo, houve uma verdadeira ruptura do Estado Liberal para o Estado Social, até porque há divergência, em Política Comparada, no sentido de que

na América Latina operou-se o revés do preconizado na Europa. Ou seja, primeiro teve espaço o Estado Social com os direitos sociais e depois os direitos individuais com o Estado Liberal. Por não ser objeto central deste trabalho, acha-se mais satisfatório falar em valores trazidos pelo liberalismo e valores trazidos pelo Estado Social. Esmiuçando, o liberalismo (Estado Liberal) com a autonomia da vontade, individualismo, minimalismo estatal, patrimonialização e a liberdade; enquanto que o Estado Social com os direitos sociais, igualdade, e intervenção estatal na economia e em relações privadas.

Com os valores sociais engendrados na sociedade e consequentemente no ordenamento jurídico, a partição entre público e privado não mais traduz a realidade econômico-social nem corresponde à lógica do sistema, tendo chegado o momento de empreender a sua reavaliação. Com cada vez maior frequência aumentam os pontos de confluência entre o público e o privado, em relação aos quais não há uma delimitação precisa, pois, ao contrário, torna-se mais tênue saber o que é o interesse público e o que é o interesse privado. Tal convergência se faz notar em todos os campos do ordenamento, seja em virtude do emprego de instrumentos privados por parte do Estado em substituição aos arcaicos modelos autoritários; seja na elaboração da categoria dos interesses difusos ou supraindividuais; seja no que tange aos institutos privados, na atribuição de função social à propriedade, na determinação imperativa do conteúdo de negócios jurídicos, na objetivação da responsabilidade e na obrigação legal de contratar, constituindo uma intersecção inarredável do caráter público com o privado.

Diante dessas várias alterações, leciona a professora Maria Celina Bodin de Moraes (1991, p. 64), com referência ao pensamento do mestre Pietro Perlingieri que: “tanto direito privado quanto direito público tiveram modificados seus significados originários: o direito privado deixou de ser o âmbito da vontade individual e o direito público não mais se inspira na subordinação do cidadão”.

A divisão do Direito, então, não pode permanecer ancorada àqueles antigos conceitos e, de substancial – isto é, expressão de duas realidades herméticas e opostas traduzidas pelo binômio autoridade-liberdade – se transforma em distinção meramente “quantitativa”: há institutos nos quais prevalece o interesse dos indivíduos, estando presente, contudo, o interesse da coletividade; e institutos em que prevalece, em termos quantitativos,

o interesse da sociedade, embora sempre funcionalizado, em sua essência, à realização dos interesses individuais e existenciais dos cidadãos.

Nesta quadra histórica é que se pode falar primeiro numa descodificação do direito civil, e *a posteriori*, na constitucionalização do direito civil, situações ligadas umbilicalmente com as vicissitudes da globalização, pós-revolução industrial, pós-guerras mundiais e vida contemporânea.

A descodificação passou a se operar através de leis esparsas que tratam de diversos assuntos das relações privadas. No Brasil, pode-se falar em Lei dos Cheques, Lei das Sociedades Anônimas, Lei de Locação, Lei de Direito Autoral, Lei de Ação Civil Pública, Código de Defesa do Consumidor, Estatuto do Idoso e Estatuto da Criança e do Adolescente, só a título de exemplos, configurando verdadeiros microssistemas fora do Código Civil.

Já na seara constitucional, o que se viu foi a dignidade da pessoa humana ser erigida como categoria mestra de toda a Constituição, validando todo o ordenamento jurídico e sendo pressuposto do Estado Democrático de Direito, que, a partir de então, teve como parâmetro hermenêutico, além do princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais, que antes eram apenas limitadores do poder estatal e agora são permeados de valores das relações entre indivíduos. A Constituição passa a ocupar o ápice na hierarquia e supremacia das fontes do ordenamento. A interpretação dos dispositivos de legislações infraconstitucionais deve sempre ser com base nos valores colacionados na Constituição (PERLINGIERI, 2002).

Os mandamentos constitucionais na atualidade não admitem mais a proteção da propriedade e da empresa como bens em si, mas somente enquanto destinados a efetivar valores existenciais, realizadores de justiça distributiva.

A família, os contratos, a sucessão e a propriedade foram englobados pelo corpo constitucional, todos sob o prisma da dignidade da pessoa humana, que, como já foi dito, passa a ser o centro do ordenamento jurídico e o Estado assume como finalidade a busca pela justiça material. Os direitos fundamentais passam a ser aplicados e protegidos nas relações interprivadas.

Eis o fenômeno da constitucionalização do direito civil.

Dessa forma, a constitucionalização do direito civil pode ser entendida como a inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis; é mais do que um critério hermenêutico formal.

Constitui a etapa mais importante do processo de transformação, ou de mudanças de paradigmas das relações jurídicas privadas. Assim, a constitucionalização é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil (LÔBO, 1999).

Defende-se que a constitucionalização do direito civil deva ser entendida como a inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis. Portanto, não se deve desprezar o direito civil, mas permitir que os valores decorrentes da mudança da realidade social, convertidos em princípios e regras constitucionais, direcionem a realização do direito civil, em seus variados planos (VETTORI, 2004).

Assim, o fenômeno da constitucionalização consiste não apenas na migração de regras e institutos básicos do direito civil, com relevo especial para a família, a propriedade e o contrato, para o seio da Constituição. Vai além. É também a exigência de que todo o ordenamento jurídico civil e legislação extravagante sejam (re)lidos à luz da Constituição, em função de ser ela a orientadora e pilar central de todo o arcabouço jurídico-normativo brasileiro (COSTA, 2006).

Depreende-se do que fora abordado até o momento que os valores consagrados do direito civil estão hoje presentes na Constituição, elencados até mesmo como direitos fundamentais e esse fenômeno foi denominado de constitucionalização do direito civil.

Abre-se então uma interrogação sobre a efetividade desses direitos fundamentais de caráter eminentemente privados na relação entre os próprios indivíduos, já que com o Estado, a problemática é diminuta por ser pacífico o entendimento e aplicação da eficácia vertical dos direitos fundamentais.

Em apertada síntese, os direitos fundamentais são de aplicabilidade imediata, segundo disposto no artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição de 1988, e uma de suas características é de irradiação de seu conteúdo por todo o ordenamento jurídico. Quando estão em jogo direitos fundamentais do indivíduo contra o Estado, tem-se a eficácia vertical desses; e quando se tem direitos fundamentais do indivíduo contra direitos fundamentais de outro indivíduo, tem-se a eficácia horizontal de tais direitos.

Existem três teorias explicativas da eficácia horizontal dos direitos fundamentais: I. teoria da ineficácia horizontal dos direitos fundamentais; II. teoria da eficácia horizontal indireta; e III. teoria da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais.

A primeira teoria explicativa da ineficácia horizontal, fala que os direitos fundamentais não podem ser aplicados nas relações entre particulares. Para ela, os direitos fundamentais somente podem ter eficácia vertical, ou seja, entre o Estado e os particulares. Esta teoria é adotada nos Estados Unidos da América e é reconhecida dentro da doutrina estadunidense da *State Action* (ação estatal).

Para a teoria da eficácia horizontal indireta ou mediata, os direitos fundamentais podem ser aplicados em situações de conflito particulares-particulares, mas devem ser mediados pela lei. O direito privado, então, deveria positivar os direitos fundamentais em seu corpo para, só assim, serem aplicados. Ou ainda, deve-se interpretar as cláusulas gerais do direito privado de acordo com a semântica constitucional.

Já para a teoria da eficácia horizontal direta ou imediata, os direitos fundamentais devem ter aplicação direta entre os particulares, sem mediação de demais leis. Uma consideração a respeito desta corrente é o fato de que quando os particulares estão em pé de igualdade, somente se admite eficácia direta dos princípios fundamentais em caso de lesão ao cerne constitucional da dignidade humana ou direito de personalidade. Mas verificando no caso concreto a desigualdade entre as partes (particulares), seja ela econômica ou social, tem-se a aplicação da eficácia horizontal de maneira direta, pois se configura situação similar à da eficácia vertical, que ocorre entre particulares e Estado. Esse fato é mais comumente aceito em face de certos serviços ou atividades desenvolvidos no setor privado, mas que tenham caráter público, como escolas, universidades e associações. Assim, em casos de tensão entre direitos fundamentais de dois ou mais particulares, aplica-se a ponderação como método de análise hermenêutica. Na doutrina brasileira, esta teoria tem cada vez mais ganhado adeptos e se solidificado. O Supremo Tribunal Federal também corrobora o que foi descrito, como demonstrado no trecho de ementa do acórdão do Recurso Extraordinário n. 201.819 do Rio de Janeiro:

I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também

à proteção dos particulares em face dos poderes privados.
(Grifo nosso).

O que se pode notar é a utilização de interpretações baseadas na Constituição, com foco nos direitos fundamentais, cada vez mais voltadas para a interação com as relações privadas.

Concluída essa análise sobre o que vem a ser a constitucionalização do direito civil e como se dá a aplicabilidade dos direitos fundamentais entre os particulares, passa-se a outra abordagem, qual seja: evolução histórica do princípio da autonomia da vontade para o princípio da autonomia privada, trazendo assim a evolução da ideia de liberdade relacionada ao contrato; e após, as consequências do processo de constitucionalização do direito civil na liberdade relacionada ao contrato.

Assim, com a constitucionalização do direito civil, altera-se também a interpretação e incidência dos princípios que regem os negócios jurídicos, e, mais especificamente no que tange aos contratos, interfere na aplicabilidade do princípio da autonomia privada, cerne evolutivo do princípio da autonomia da vontade e parâmetro da teoria contratual e das relações privadas.

2. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE E PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA NA SEARA CONTRATUAL – A EVOLUÇÃO DA LIBERDADE RELACIONADA AO CONTRATO

O princípio da autonomia privada é comumente confundido com o princípio da autonomia da vontade¹⁻². Na doutrina brasileira, vários autores utilizam um como sendo o outro ou até mesmo colocam os dois como

1 Essa confusão ainda hoje é comum na doutrina civilística brasileira. Vários autores, como Maria Helena Diniz e Carlos Roberto Gonçalves, não sagram a autonomia privada como princípio fundamental do direito contratual. Alocam no princípio da autonomia da vontade tanto a liberdade de contratar quanto a liberdade contratual e sequer fazem menção à autonomia privada. É assim, por exemplo, na ideia de Maria Helena Diniz. Para a autora, o princípio da autonomia da vontade é aquele no qual se origina a liberdade contratual dos contratantes, e consiste no poder de estipular livremente e de maneira plena, como melhor convier às partes, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Essa autorregulamentação dos interesses das partes contratantes, condensado nesse princípio, envolve liberdade contratual, que é a de determinação do conteúdo da avença e a de criação de contratos atípicos, e liberdade de contratar, alusiva de celebrar ou não o contrato e à de escolher a outra parte contratante. Portanto, além da liberdade de criação do contrato, abrange a liberdade de contratar ou não contratar, a liberdade de escolher o outro contratante, a liberdade de fixar o conteúdo do contrato (DINIZ, 2009).

2 Antes de tudo, esclareço que este trabalho opta pela distinção acadêmica dos dois princípios (autonomia da vontade e autonomia privada), como seguirá no corpo do texto e tem como referencial teórico para essa distinção os ensinamentos de Otávio Luiz Rodrigues Júnior (2004). No entanto, ressalta-se que esta distinção tem sido contemplada somente na Doutrina, e de forma incipiente.

sinônimos. No entanto, mostrar-se-á que, mesmo contendo parcela de similar identidade, os dois princípios têm características e especificações distintas, podendo-se até falar que o princípio da autonomia privada é uma consequência histórica da autonomia da vontade. Para este trabalho, ressalta-se que apesar da diferenciação que será apontada, na prática os dois princípios ainda são utilizados para expressarem o mesmo: liberdade contratual de acordo e nos limites da lei e da ordem pública.

Elucida-se a partir de agora a diferenciação acadêmica entre o princípio da autonomia da vontade e o princípio da autonomia privada, mostrando como que a liberdade relacionada ao contrato se modificou e de que modo o contrato é visto hoje.

A autonomia da vontade foi erigida a princípio do Direito a partir da Revolução Francesa, coadunando a expressão maior de liberdade empregada à época. A partir de então, a liberdade só poderia ser concebida como tal se fosse atendida, nas relações jurídicas, a autonomia da vontade. A vontade do indivíduo era o que mais valia para aquele momento histórico. O individualismo e os direitos naturais só tinham sentido com a autonomia da vontade como pilar das relações jurídicas. Então, para a consecução da liberdade, devia-se ter deferência à autonomia da vontade dos cidadãos. A liberdade:

nesse sentido, relaciona-se com o subjetivismo de cada indivíduo, com a ideia de realização pessoal e autodeterminação, a partir da possibilidade de o indivíduo escolher a vida que deseja levar, de acordo com suas próprias razões. A liberdade, enfim, permite a transformação em realidade daquilo que o indivíduo pensa ser possível.” (SALES, s.d., s.p.)

O contrato então era reconhecido como instrumento de exteriorização da vontade pura dos indivíduos. Assim, inibir ou obstaculizar seu procedimento era o mesmo que afrontar o livre direito de contratar, ou seja, era restringir a liberdade. Dessa forma, cada um poderia dispor do que lhe pertencia sem limites, pois isso que dava verdadeiro sentido ao postulado da liberdade.

Portanto, assentou-se o princípio da autonomia da vontade como matriz das relações jurídicas e expressão do postulado da liberdade, o que se sucedeu até meados do século XX.

Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 41):

O princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Têm as partes a faculdade de celebrar ou não contratos, sem qualquer interferência do Estado. Podem celebrar contratos nominados ou fazer combinações, dando origem a contratos inominados.

Os movimentos sociais e econômicos do século XX fizeram com que o princípio da autonomia da vontade fosse repensado, principalmente após a I Guerra Mundial, com ideologias como fascismo, nazismo e comunismo e a intervenção estatal na economia. Com esses fatos/fatores, ocorreu um distanciamento entre os ideais oitocentistas e os da contemporaneidade, fazendo com que surgisse uma nova visão de autonomia da vontade. Essa nova visão é tão peculiar que negará o termo "vontade" e colocará em evidência o termo "privada" (RODRIGUES JÚNIOR, 2004).

A disciplina contratual sofreu várias modificações e o Estado passou a intervir nas relações privadas, principalmente por conta da massificação da sociedade e de seus segmentos, como o trabalho. Assim, a autonomia da vontade pura e simples deixou de nortear o contrato como antes fazia, pois com as mudanças na sociedade, o que se viu foi acentuar as desigualdades nas condições fáticas entre as pessoas. Portanto, a liberdade de contratar era assegurada tão somente à parte mais forte da relação contratual, pois a parte hipossuficiente não tinha respaldo do ordenamento jurídico para poder livremente escolher e estipular as cláusulas contratuais. O Estado então passou a impor limites à liberdade de contratar com o intuito de assegurar à parte mais fraca da relação contratual a não abusividade.

Dessa forma: “com efeito, o princípio da autonomia da vontade parte do pressuposto de que os contratantes se encontram em pé de igualdade, e que, portanto, são livres de aceitar ou rejeitar os termos do contrato”. (RODRIGUES, 2005, p. 18).

No entanto, esse é um pressuposto falho, pois as circunstâncias sociais da modernidade o contradizem, no sentido de que as pessoas, ao contratarem, nem sempre gozam de iguais condições.

Assim, nas palavras de César Fiuza (2007, p. 46-7):

Dizer simplesmente que os contratos são fruto de um acordo de vontades é dizer muito pouco, além de se correr o risco de

descambar para um voluntarismo oitocentista cego, que vê o contrato como mero fenômeno da vontade. Na verdade, que acordo de vontades há quando uma pessoa toma um ônibus urbano ou requisita a ligação de luz ou telefone em sua casa? Seguramente, não há acordo de vontades autônomas, como se queria no século XIX. Há, porém, uma convergência de atitudes, de ações movidas por necessidades.

Isso ocorre em inúmeras situações do cotidiano, principalmente com o advento dos contratos de adesão praticados por uma ampla gama de empresas prestadoras de serviços. Portanto: “de fato, não são raros os casos em que a parte mais necessitada precisa contratar e tem de submeter-se às cláusulas que lhe impõe o contratante mais forte.” (RODRIGUES, 2005, p. 19).

Os contratos já não são como antes. Está presente cada vez mais no dia a dia das pessoas a necessidade de contratar. Os parâmetros do contrato mudaram, o que ensejou uma revolução que alterou a principiologia do Direito Contratual. Portanto, “os fundamentos da vinculatividade dos contratos não podem mais se centrar exclusivamente na vontade, segundo o paradigma liberal individualista. Os contratos passam a ser concebidos em termos econômicos e sociais” (FIUZA, 2007, p. 57).

Antes, a teoria contratual se importava tão somente com a manifestação da vontade e com a análise de eventuais vícios do consentimento. Na disciplina contratual de hoje, o que se pode ver é que a legislação tem um olhar mais voltado para o coletivo, visando assim a barrar eventuais estipulações de cláusulas abusivas e injustas para uma das partes. As leis regedoras dos contratos buscaram então assegurar aos hipossuficientes da relação uma devida superioridade jurídica como forma de minimizar a inferioridade econômica (VENOSA, 2011).

Então, o contrato passa a ser permeado por um lastro de interferência estatal. Passa-se a falar de autonomia privada ao invés de autonomia da vontade. Segundo Rodrigues Júnior (2004, p. 121), a doutrina coadunou pela autonomia privada pelos seguintes aspectos:

a) a supremacia do interesse público e da ordem pública sobre o interesse particular e a esfera privada; b) a colocação do negócio jurídico como espécie normativa, de caráter su-

balterno, mas com caráter normativo; c) a autonomia privada revelando um poder normativo conferido pela lei aos indivíduos, que o exerceriam nos limites e em razão dessa última e de seus valores; d) a autonomia privada tida como um poder outorgado pelo Estado aos indivíduos.

A autonomia da vontade revelava um poder imanente do indivíduo; na autonomia privada, o indivíduo detém um poder outorgado pelo Estado. Ainda, na autonomia da vontade, o que se tinha como valor era o individualismo; na autonomia privada, o social. Dessa forma se ergue a justificativa para a intervenção estatal na disciplina contratual.

Assim, “sob a escusa de afastar a superada visão de autonomia da vontade, permeada de insustentável individualismo, recorreu-se ao intervencionismo legal e judicial do Estado como forma de coibir os abusos da liberdade pelos particulares” (RODRIGUES JÚNIOR, 2004, p. 122).

Portanto, o contrato no ordenamento jurídico de hoje é um instrumento que, além de exteriorizar acordos e criar obrigações, tem sempre a regulamentação e vigília do Estado³ sobre ele a fim de garantir a não arbitrariedade de uma parte sobre a outra na relação jurídica.

3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA A LIBERDADE RELACIONADA AO CONTRATO

Como já foi abordado, os valores primordiais das relações privadas estão hoje inseridos no bojo da Constituição, e o direito civil foi relido a partir dos termos da Lei Maior. A constitucionalização do direito civil gerou e continua gerando consequências para a teoria contratual e, mais especificamente, para a liberdade relacionada ao contrato, sendo que princípios como o da autonomia da vontade e autonomia privada sofreram/sofrem alterações semânticas.

No entanto, nota-se que a liberdade contratual hoje não é absoluta, pois está limitada pela supremacia da ordem pública, que veda convenções que lhe sejam contrárias e aos bons costumes, de forma que a vontade dos contratantes está subordinada ao interesse social. Mais do

³ Aqui não se esquivava do princípio da inércia da jurisdição (art. 2º CPC). O que se tenta deixar claro é que os particulares, enquanto partes, diante de um contrato, podem acionar o Judiciário para que este o reveja. Ainda, o mesmo pode ser feito através de instituições em nome da coletividade, como o Ministério Público.

que isso, a liberdade contratual também deve ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato, segundo comando legal do artigo 421 do Código Civil de 2002.

Nesse sentido, a vontade contratual: “somente sofre limitação perante uma norma de ordem pública. Na prática, existem imposições econômicas que dirigem essa vontade. No entanto, a interferência do Estado na relação contratual privada mostra-se crescente e progressiva” (VENOSA, 2011, p. 405).

Assim, os princípios da autonomia da vontade e da autonomia privada podem ser exteriorizados como o poder que se confere aos contratantes de estabelecer vínculo obrigacional, desde que se submetam às normas jurídicas e seus fins não contrariem o interesse geral, de tal sorte que a ordem pública e os bons costumes constituem limites à liberdade relacionada ao contrato.

Dessa forma, os princípios em questão são vulnerados pelo ‘dirigismo contratual’, que é a intervenção estatal na economia do negócio jurídico contratual, por entender-se que, se se deixasse o contratante estipular livremente o contrato, ajustando qualquer cláusula sem que o Judiciário pudesse interferir, mesmo quando uma das partes ficasse em completa ruína, a ordem jurídica não estaria assegurando a igualdade material⁴. Ocorreria novamente o chamado darwinismo jurídico-econômico; os mais fortes economicamente se elevando via contratualismo sobre os mais alijados; e o Direito, enquanto instrumento de justiça social não estaria cumprindo seu objetivo.

Essa expressão ‘dirigismo contratual’ é aplicável às medidas restritivas estatais que invocam a superioridade dos interesses coletivos sobre os meros interesses individuais dos contratantes, com a finalidade de dar execução à política do Estado de coordenar os vários setores da vida econômica e de proteger os economicamente mais fracos, sacrificando bene-

⁴ “Verifica-se, assim, que as rés pretenderam impor aos autores as cláusulas de um contrato do qual não participaram, sob o argumento de que ofereceram uma cerimônia “gratuita”. Ainda que os autores houvessem consentido com a organização da cerimônia de colação de grau por parte da 1ª ré, não se afiguraria legítima a entrega à 2ª ré do direito de exclusividade de fotografar a festa. Eventual cláusula contratual nesse sentido seria nula de pleno direito e deveria ser afastada. O direito contratual sofreu profunda alteração principiológica, e os fundamentos da vincutividade dos contratos não mais se alicerçam exclusivamente na vontade. No cenário atual, os contratos devem ser concebidos em termos econômicos e sociais. Em consequência, a intervenção estatal é exigida na preservação da função social do contrato. Não se permite, assim que, em nome do princípio da liberdade de contratar, um dos contratantes seja levado a uma desvantagem excessiva. Igualdade material que deve ser assegurada pela ordem jurídica, em decorrência do fenômeno da constitucionalização do direito civil, onde o direito é utilizado como instrumento da justiça social.” (4ª. Turma Recursal, Recurso Inominado n. 0016428-85.2015.8.19.0209, julgado em 8 de março de 2016, Relator: Juiz Alexandre Chini)

fícios particulares em prol do social, mas sempre conciliando os interesses das partes e os da sociedade (DINIZ, 2009).

Ainda, há inúmeros casos, nos últimos anos, de: “leis contendo preceitos de ordem pública, limitadoras da liberdade de contratar. Em todas se procura atenuar a desigualdade porventura reinante no contrato, evitando-se, vantagens indevidas para uma das partes.” (RODRIGUES, 2005, p. 19).

No Código Civil atual, bem como na Constituição Federal de 1988, há uma utilização premeditada do legislador/constituinte no sentido de se empregar cláusulas gerais⁵ para a interpretação de determinados institutos. Essas cláusulas gerais são expressões que passam ao aplicador da lei certo grau de discricionariedade no processo de análise. Dessa forma, os juízes têm maior liberdade ao julgar casos em que se deparam com cláusulas abertas interpretativas. É o caso, por exemplo, da função social do contrato ou da propriedade; e da boa-fé⁶.

Assim, as normas limitadoras dos princípios matrizes do contrato, como autonomia da vontade e autonomia privada estão previstas como cláusulas gerais no ordenamento jurídico, cabendo ao magistrado interpretá-las para se saber, no caso concreto, se as normas de ordem pública devem ou não ser aplicadas e quais são os seus alcances.

Nesse sentido, Sílvio Rodrigues (2005, p. 20) assevera que o entendimento de deferir ao julgador o poder de: “decidir sobre a cogência, ou não, de uma norma, amplia as restrições recaintes sobre o princípio da autonomia da vontade [e autonomia privada]. Pois o juiz contará com esse elemento suplementar para reduzir a liberdade dos contratantes”.

Ainda, há casos hoje em que a liberdade relacionada ao contrato fica ainda mais mitigada, pois:

o princípio da autonomia da vontade encontra restrição mais severa nalguns preceitos legislativos que não se contentam em disciplinar apenas o conteúdo do contrato, mas também obrigam uma das partes a contratar. Assim as leis que impõem ao

5 São exemplos: dignidade da pessoa humana, ordem pública, boa-fé, função social.

6 Em termos gerais, pode-se falar que a boa-fé seria honestidade, probidade e lealdade. Segundo Diógenes Faria de Carvalho (2011, p. 23): “Hodiernamente, com o advento do Estado social, o individualismo típico e fundamental do direito privado entra em crise e o valor da liberdade supera-se com o ideal de socialização e com a presença do Estado na economia. (...) Agir de boa-fé significa comportar-se como homem correto na execução da obrigação, quer dizer, cumprir, observar um comportamento decente que corresponda à expectativa do outro contratante.” Como o conceito de boa-fé tem elementos extrajurídicos, resta ao julgador, em caso concreto, estabelecer os limites da liberdade no contexto do contrato, aplicando-se aqui não somente à fase de execução do contrato, mas também às fases pré e pós-contratuais.

proprietário o dever de alugar o prédio desocupado, ou vender gêneros alimentícios e matérias-primas, ou empresar determinados serviços, ou subscrever obrigações governamentais ou ações de companhias paraestatais. Nesses casos surgem contratos de caráter coativo, em que a autonomia da vontade se reduz a um simples ato de obediência, para evitar a imposição de sanções legais (RODRIGUES, 2005, p. 20).

Assim, como enfatiza o atual Código Civil: “o contrato não mais é visto pelo prisma individualista de utilidade para os contratantes, mas no sentido social de utilidade para a comunidade. Nesse diapasão, pode ser coibido o contrato que não busca essa finalidade.” (VENOSA, 2011, p. 406).

Fica claro, então, que a constitucionalização do direito civil tem alterado a disciplina contratual, modificando sua exegese e tendo consequências importantes para a liberdade relacionada ao contrato, tanto pelo lado de quem contratar quanto pelo viés de como ou o que contratar⁷.

Nesse sentido, afirma Sales (s.d. s.p.) que:

No Direito brasileiro, o princípio da autonomia da vontade fundamenta o desenvolvimento das relações privadas e é pautado nas ideias de consentimento, convergência das vontades dos contratantes, bem como na liberdade de escolher o conteúdo, o tempo e os sujeitos do pacto a ser realizado. Deve-se esclarecer que a liberdade contratual e o princípio da autonomia da vontade não são plenos, absolutos.

De fato, o grau de autonomia e, conseqüentemente de liberdade em relação à teoria e prática contratual hoje, com a constitucionalização do direito civil, é relativizado, sendo mitigado inclusive por fatores extra-jurídicos, como no caso da boa-fé⁸ contratual⁹. Assim:

7 Liberdade de contratar e liberdade contratual, respectivamente, são as figuras jurídicas trazidas pela Doutrina para expressar: a possibilidade, escolha e limitação dos sujeitos do contrato; e de escolher o conteúdo, tempo e forma do contrato.

8 “A boa-fé é uma sinceridade ao mesmo tempo transitiva e reflexiva. Ela rege, ou deveria reger, nossas relações tanto com outrem como conosco mesmos. Ela quer, entre os homens como dentro de cada um deles, o máximo de verdade possível, de autenticidade possível, e o mínimo, em consequência, de artifícios ou dissimulações. Não há sinceridade absoluta, mas tampouco há amor ou justiça absolutos: isso não nos impede de tender a elas, de nos esforçar para alcançá-las, de às vezes nos aproximar delas um pouco...” (Comte-Sponville, André, **Pequeno Tratado das Grandes Virtudes**, p. 214, Editora WMF Martins Fontes, 2010, Tradução de Eduardo Brandão)

9 EMENTA RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO EM CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA-CORRENTE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. ENRIQUECIMENTO SEM JUSTA CAUSA. 1. Incidência dos encargos de manutenção de conta-corrente inativa por cerca de três anos, ensejando a inscrição do nome do correntista nos cadastros de

A relativização do princípio da autonomia da vontade [autonomia privada] e da liberdade contratual encontra respaldo nas teorias referentes à constitucionalização das relações privadas, no sentido de que, atualmente, o Direito Civil deve ser revisado e transformado em razão da normativa constitucional, não podendo mais ser estudado e aplicado como um bloco separado. O ordenamento jurídico brasileiro é um todo coerente. Não se poderia permitir a plenitude e a intangibilidade da autonomia da vontade [autonomia privada], em detrimento da dignidade e dos direitos fundamentais das partes contratantes. (SALES, s.d., s.p.).

Com isso, os valores primordiais das relações privadas devem obediência aos valores preconizados pelo legislador constituinte, e a liberdade relacionada ao contrato, sucedânea dos princípios norteadores do contrato, como autonomia da vontade e autonomia privada, fica condicionada aos preceitos expressos e axiológicos da Constituição da República.

Um interessante caso sobre essa temática diz respeito à ementa do julgamento do Recurso Extraordinário n. 201.819 pelo Supremo Tribunal Federal¹⁰.

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia

devedores inadimplentes. 2. Pretensão de declaração da inexigibilidade do débito e de retirada da negativação nos órgãos de proteção ao crédito. 3. Mesmo ausente a prova formal do pedido de encerramento da conta por parte do correntista, não é cabível a cobrança de qualquer taxa ou encargo, em razão da necessidade de observância do dever de lealdade derivado do princípio da boa-fé objetiva. 4. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.337.002 - RS (2012/0162018-6) RELATOR: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO)

¹⁰ Relevante notar que a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em um mesmo tópico do julgado, utiliza as expressões 'autonomia privada' e 'autonomia da vontade' como sinônimas. Isso demonstra que a utilização genérica de um pelo outro, na prática, ainda é recorrente. Não obstante, como já afirmado, este trabalho opta, teoricamente, pela utilização do princípio da autonomia privada.

privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais (Grifo nosso).

Portanto, nota-se que a constitucionalização do direito civil cada vez mais está possibilitando consequências no sentido de contextualizar de forma sistêmica as relações privadas a partir dos valores constitucionais.

CONCLUSÃO

Este trabalho teve como temática central a constitucionalização do direito civil e tratou também de suas consequências para a liberdade relacionada ao contrato. As três partes deste relatório de pesquisa foram construídas com o intuito de trazer discussão relevante sobre vários elementos que permeiam e contextualizam o objeto deste trabalho.

Dessa maneira, fez-se uma abordagem histórica para demonstrar o que vem a ser a constitucionalização do direito civil, podendo ser definido como a inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis e compõe a quebra de paradigmas das relações jurídicas privadas. É a exigência de que as normas de direito civil sejam relidas a partir dos valores assentados na Constituição. Ressaltou-se que o direito civil não deve ser desprezado, mas sim reinterpretado de acordo com a axiologia constitucional. Ainda, abordou-se a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Por escolha de delimitação temática, optou-se por tratar da liberdade relacionada ao contrato e, para isso, discorreu-se sobre a evolução da ideia de liberdade no contrato, pontuando a distinção acadêmica entre o princípio da autonomia da vontade e princípio da autonomia privada. Vê-se que a doutrina e jurisprudência não distinguem os dois princípios, com exceções, como a adotada por este trabalho via lição de Otávio Luiz Rodrigues Júnior (2004).

A escolha da expressão 'liberdade relacionada ao contrato' se mostrou satisfatória, pois não incorre no erro de desprezar as diferentes vicissitudes da ideia de liberdade na teoria e prática contratual, como por exemplo, a liberdade de contratar e a liberdade contratual, denotando assim um caráter mais abrangente.

A constitucionalização do direito civil gerou e continua gerando uma releitura, ressignificação e reorganização a partir dos preceitos constitucionais dos princípios norteadores do contrato, em especial a autonomia da vontade e autonomia privada, sucedâneos da liberdade relacionada aos contratos.

Conclui-se que a constitucionalização do direito civil é decorrência de mudanças ocorridas na sociedade, em especial a contraposição entre o modelo oitocentista que se baseava no individualismo e não interferência estatal na vontade do cidadão e o modelo no qual o Estado é chamado a interferir no negócio jurídico via dirigismo contratual, restringindo a liberdade relacionada ao contrato pela justificativa de que o contrato deve cumprir sua função de possuir um sentido social de utilidade para a comunidade. Assim, a constitucionalização do direito civil indubitavelmente traz consequências relevantes para a ideia de liberdade relacionada ao contrato, e, acima de tudo, busca se aproximar da função do Direito de ser instrumento da justiça social. ❖

REFERÊNCIAS

BODIN de MORAES, Maria Celina. "A Caminho de um Direito Civil Constitucional". **Direito, Estado e Sociedade**, Brasil, v. 1, p. 59-73, 1991.

CARVALHO, Diógenes Faria de. **Do Princípio da Boa-Fé Objetiva nos Contratos de Consumo**. Goiânia: PUC Goiás, 2011.

COSTA, Álisson da Silva. "A Constitucionalização do Direito Civil: Um enfoque principiológico e comparativo em âmbito constitucional com o ordenamento civil em suas esferas principais". Artigo Científico. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2006/Discentes/PDF/Alisson.pdf>. Acesso em: 10 nov 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Volume III. **Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 25ª edição reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.

FIUZA, César. "Por uma redefinição da contratualidade." **Meritum**. Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 45-64, jan./jun. 2007.

GOEDERT, Rubia Carla. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. "A Constitucionalização do Direito Privado, os Direitos Fundamentais e a Vinculação dos Particulares". **Revista Jurídica Cesumar – Mestrado**, v. 12, n. 12, jul./dez., 2012, p. 463-479.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **DIREITO CIVIL BRASILEIRO**. Volume 3: **Contratos e Atos Unilaterais**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. "Constitucionalização do Direito Civil". **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 36, n. 141, jan./mar, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2ª edição. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. Volume 3: **Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade**. 30ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2005.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. "Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade". **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 41, n. 163, jul./set., 2004.

SALES, Tainah Simões. "O direito fundamental à liberdade contratual e o princípio da autonomia da vontade à luz da constitucionalização das relações privadas." Artigo Científico. Disponível em: <<http://www.publica-direito.com.br/artigos/?cod=36ab62655fa81ce8>>. Acesso em: 19 out 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Jurisprudência**. Recurso Extraordinário n. 201.819. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28201819%2ENUME%2E+OU+201819%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/naur-vkt>>. Acesso em: 20 out 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **DIREITO CIVIL**. Volume 2: **Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2011.

VETTORI, Flávio Meirelles. **Constitucionalização do Direito Civil**. Disponível em: <<http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/convidados/008.doc>>. Acesso em: 22 out 2013.

O Exame Criminológico e a Questão do Risco Potencial de Antecipação da Liberdade

Álvaro Mayrink da Costa

Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Presidente do Fórum Permanente de Execução Penal. Professor emérito da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro.

“A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, (...)” (art. 144, *caput*, 1ª parte, CF/88)

Nos tempos contemporâneos, o exame criminológico, em um enfoque crítico e *não* etiológico, passa a se constituir em uma *ferramenta pericial* do Estado para avaliar em tempo próximo o grau de *risco potencial de violência na antecipação de liberdade* daqueles protagonistas de graves lesões aos bens jurídicos, objetivando a garantia da segurança pública, diante de intoleráveis desvios de conduta, *sem* manipular a personalidade e invadir a privacidade, respeitando a opção de ser diferente, bem como adequando na *seleção de ingresso* os *perfis* do condenado e do estabelecimento penal de cumprimento. Assim, não se trata do modelo do século passado formulado por Lacassagne e Lombroso para a classificação dos delinquentes (1890). No espírito da Lei de Execução Penal, o *exame criminológico de ingresso* é peça fundamental para a difícil *seleção prévia* de condenados em regime fechado (obrigatória) ou semiaberto (facultativo) para uma proposta de *individualização executória*.

Já o *exame criminológico específico* para a progressão de regime e livramento condicional, por condenados no cumprimento de pena por crime hediondo ou equiparado, sem prejuízo de avaliar se o condenado

preenche, ou não, requisitos objetivos e subjetivos do benefício, segundo a dicção da Súmula Vinculante nº 26 do Supremo Tribunal Federal, o magistrado *poderá* determinar para tal fim, de modo *fundamentado*, a realização do exame criminológico específico. Diante do *princípio da jurisdicionalidade*, não seria admissível a substituição do juiz da execução pelo diretor da unidade penitenciária (administração penal). Em síntese, é a avaliação do *perfil do condenado* em razão do *risco social* de *antecipação reintegratória* à macrossociedade que se realiza por meio de uma *entrevista* em conjunto pela *equipe multidisciplinar*, constituída por diretor, chefe de segurança da unidade prisional, psicólogo, psiquiatra e assistente social. Não se pode deixar de utilizar tal ferramenta legal e importantíssima para o *programa individualizador* contribuindo para a *seleção* ou *currículo* do condenado como referência fundamental para estabelecer a construção do *perfil*, atendendo-se à individualização da pena preconizada pela Lei de Execução Penal, com a finalidade de um melhor processo inicial de reconstrução da pessoa do condenado.

O condenado que *ingressa* em uma unidade prisional adapta-se à *nova cultura* (não difere, na maioria das vezes, do *habitat* miserável ou pobre de onde proveio). O processo de adaptação à vida prisional (microsociedade) é exatamente inverso do pretendido pelo *mito ressocializador*, que se denomina *desculturação*, caracterizado pela perda de capacidades vitais e sociais mínimas exigíveis para uma vida normal na macrossociedade. Esta falta de orientação é ditada pela contaminação e expressada no chamado *processo de prisionalização*, por via do qual o apenado adquire e adota *usos, costumes, tradição* e *cultura* da unidade prisional. Objetivava-se, com patamar no *perfil*, *traçar o programa individualizador*, procurando *estimular* novos valores, *abrir* expectativas e *vencer* dificuldades próprias do processo de encarceramento.

Contemporaneamente, *não* se fala mais em *classificação de delinquentes*, mas em *processo de seleção* para facilitar o *processo de socialização* com patamar no *princípio da dignidade da pessoa humana*. *Realiza-se a justiça, conhecendo o homem*. Assim, impõe-se separar os apenados que, pela *vida pregressa* ou *perfil de risco conflitivo*, possam exercer uma liderança negativa, criando e mantendo associações criminosas, destruindo qualquer proposta de individualização executória, bem como proporcionando a quantidade de *perfis* para efetivo processo de socialização. É necessário que se *conheça* o apenado e, para tanto, se impõe investigar o seu *perfil, aptidões, valores, interesses* e *opção de conduta normativa*.

A prisão, *instituição total*, caracteriza-se pela aparição de uma *cultura específica*, a sociedade criminógena. O objetivo ressocializador mínimo tem por escopo gerar condições para dar *oportunidades* ao apenado de poder no futuro comportar-se sem conflito normativo. O cárcere *não* pode ser um instrumento para *transformar* a consciência do condenado.

Na prisão, coexistem dois *sistemas de vida* diferentes: a) *oficial*, representado pelas normas legais, que disciplinam a vida no cárcere; b) *não oficial*, o que rege a vida dos reclusos e suas relações entre si (o que nasce na prisão, morre na prisão). O recluso se adapta às formas de vida, usos e costumes que são impostos no estabelecimento prisional. Na realidade, o que a sociedade persegue é a *socialização do condenado para viver na prisão*. Visa-se à inserção social futura e harmônica, respeitados os limites normativos para a garantia do exercício dos direitos de todos em um Estado de direito, democrático, laico e pluralista. A *exigência* da realização do exame criminológico de *natureza interdisciplinar por comissão especializada* para a avaliação do *perfil* do apenado (história de vida) tem por escopo também instrumentalizar o juiz da execução penal para o deferimento ou não do pedido antecipatório para regime menos rigoroso, é *medida imperativa* para a aferição da adequação ao novo regime prisional ou de liberdade antecipada. A função criminológica do legislador e do magistrado deve levar em conta seu papel político, jurídico e social, diante de uma *crítica realística*, pois não mais se podem pretender ações de políticas penitenciárias que nada têm a ver com a realidade social.

Há forte resistência à realização do exame criminológico por parte dos psicólogos que operam no sistema penitenciário: a) quer em relação ao exame de ingresso (classificação), sob o fundamento de que o programa individualizador de tratamento perdeu sua finalidade deixando de ser realizado diante do ceder do Estado às organizações criminosas; b) quer mantendo no que tange à progressão de regime e ao livramento condicional, rejeitando sob a alegação de que *não* deve ser o trabalho do psicólogo delinear um *perfil* da pessoa presa e o *grau de risco* para a sociedade no momento em que deixa o cárcere, mas sim, o de poder vê-la de frente e acompanhá-la por meio de práticas *durante* o cumprimento da pena. Saulo de Carvalho, em *Práticas Inquisitivas na Execução Penal*, defende que “quanto ao prognóstico de não delinquência, mas importante ressaltar que a emissão do parecer tem como mérito ‘probabilidades’, o que por si só em nada poderia justificar a negação de direitos públicos

subjetivos, visto serem *hipóteses inverificáveis empiricamente*". Não há que se falar em violação da intimidade da pessoa privada de liberdade, porque não está obrigada a se submeter à perícia criminológica, pois não está obrigada a fazer prova contra si mesmo. Defende-se a *avaliação do risco* para a antecipação de liberdade (progressão de regime, saídas temporárias, livramento condicional) para que se evitem os altos índices de reincidência. Aduza-se que o *custo operacional* da implantação das equipes multidisciplinares ou a substituição proposital do laudo pericial por "rudimentares papeletas" informam o caos gerencial do sistema penitenciário brasileiro.

O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 26, possibilitando (faculdade) a avaliação pelo Juízo da Execução, inclusive mediante a realização do *exame criminológico*, do preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos para o deferimento da progressão do regime de cumprimento de pena imposta pela prática de *crime hediondo* ou *equiparado*.

É importante salientar que a avaliação criminológica *obrigatória* para a progressão de regime constitui condição fundamental para a moralição do regime semiaberto, repondo a confiança necessária para o deferimento das *saídas temporárias*. O voto do Min. Napoleão Nunes Maia Filho, no Superior Tribunal de Justiça, transcrita parte da ementa com grifos introduzidos, resume nossa opinião sobre o tema: "Em que pese a nova redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, ao art. 112 da LEP, ter *eliminado a obrigatoriedade do exame criminológico* para verificação do *mérito* do apenado no procedimento de progressão do regime carcerário, *seu verdadeiro intuito não foi o de abolir referida perícia*, que continua sendo para aferição do requisito subjetivo do apenado. O *bom comportamento* a que alude a novel legislação, pressupõe avaliação individualizada das condições pessoais do condenado, abrangendo, além da constatação de sua adaptação às regras do regime carcerário, atestada pelo diretor do presídio, o juízo acerca da conveniência de transferi-lo para regime menos gravoso, o que somente poderá ser efetivamente obtido por meio dos elementos fornecidos pelo exame criminológico. É procedimento que *não* constrange quem a ele se submete, pois se trata de avaliação *não* invasiva da pessoa, já que se efetiva por meio de entrevista com técnico ou especialista, *não* produzindo qualquer ofensa física ou moral, respeitando a sua opção de ser diferente. *A perícia em ques-*

tão constitui um instrumento necessário para a formação da convicção do magistrado, de maneira que deve sempre ser realizada como forma de se obter avaliação mais aprofundada acerca da provável capacidade do sentenciado de adaptação ao regime menos severo. Se assim não fosse, a competência para conceder o benefício ao encarcerado passaria a ser do diretor do estabelecimento prisional em que se encontrasse, e não mais do Juiz da execução, uma vez que, diante de um atestado favorável, somente restaria ao julgador homologá-lo, sem proceder a uma análise mais criteriosa a respeito da capacidade provável de adaptação do condenado ao regime menos severo” (STJ, HC 93.402/SP, 5ª T., rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 11.3.2008). É entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça e pela Súmula nº 439 de que o juízo de primeiro grau e o Tribunal de origem podem determinar, excepcionalmente, a realização do exame criminológico, diante das peculiaridades da causa, desde que o façam em decisão concretamente fundamentada (STJ, HC 210.692/SP, 6ª T., rel. Min. Og Fernandes, j. 21.3.2013).

No Supremo Tribunal Federal, prevalece o entendimento no sentido de que a alteração do artigo 112 da LEP pela Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003, *não* proibiu a realização do *exame criminológico*, quando necessário para a avaliação do condenado, tampouco proibiu a sua utilização para a formação do convencimento do magistrado sobre o direito de promoção para regime mais brando (STF, HC 110.029/RS, 2ª T., rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 18.10.2011). A regra do art. 196, § 2º, da LEP, continua inalterada (“entendendo indispensável a realização de prova pericial ou oral, o juiz ordenará, decidindo após a produção daquela ou na audiência designada”). Assim fundamentado, pois a gravidade abstrata do delito *não* configura motivação fundamentadora, poderá o juiz da execução ou o tribunal determinar o exame criminológico, não ficando vinculado ao seu resultado. Não se fala em *periculosidade* (inimputáveis), mas em *alto risco transgressor* para a segurança e a paz pública.

Em síntese, o *mérito* do apenado deve ser avaliado também através do seu *perfil* compatível com o regime prisional que objetiva ser progredido e, para tanto, torna-se relevante, diante do caso concreto. O “*bom comportamento carcerário*” não substitui o exame criminológico, pois o apenado que detém liderança no coletivo carcerário sempre demonstra ser respeitoso e subserviente, diante dos inspetores penitenciários objetivando adquirir a confiança para alcançar futuro benefício. Manuel Pedro

Pimentel, em *Prisões Fechadas Prisões Abertas*, dizia que “o bom preso não significa ser um homem regenerado”. O que se avalia é o quadro de situação individual de conflito de difícil adaptabilidade às exigências normativas postas e o risco em grau intolerável de retroalimentação da violência macrosocial pela opção de vida do apenado, vigindo o princípio do *in dubio pro societate*. Diante da natureza multidisciplinar, abarca o *comportamento satisfatório* durante a execução da pena imposta, o desempenho de tarefas atribuídas e cursos realizados e a compatibilidade com as regras do novo regime. Deve ser realizado, principalmente nos casos de cometimento de crime hediondo ou equiparado, com emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, e reincidência. A única exigência para a sua realização é a determinação legal *fundamentada* na sua *necessidade* com patamar no *princípio da razoabilidade*.

A Súmula nº 716 do Supremo Tribunal Federal garante ao *preso provisório* a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação imediata do regime menos severo nela determinado *antes* do trânsito em julgado da sentença. Assim, pela orientação da Reforma de 1984, é defesa a realização do exame criminológico *antes* da prolação da sentença, o que *exclui* os presos provisórios.

O magistrado que possui consciência sensível aos valores de seu tempo e utiliza o arsenal fático como guia às regras de convivência de vida, não pode incidir no absurdo lógico.

A *não* realização do exame criminológico, realizado por uma *equipe interdisciplinar*, contribui para a situação caótica do sistema prisional, pois se vê que os apenados são *selecionados* previamente pela facção criminosa a que pertencem ou em razão dos lugares onde residem, dominados pelas organizações criminosas, tudo diante da complacência do poder público, que objetiva evitar conflitos e diminuir gastos com a contratação de profissionais da área de saúde (psiquiatras, psicólogos, assistentes sociais). Reafirma-se a existência da tentativa de *desjurisdicionalização da execução*, substituindo o magistrado, com o poder de determinar, desde que fundamentada a decisão, a perícia criminológica, pelo atestado de bom comportamento carcerário emitido pelo diretor da unidade prisional.

Com a edição da Lei nº 13.167, de 6 de outubro de 2015, que estabelece critérios para a *separação de presos nos estabelecimentos penais*, dando nova redação ao art. 84 da Lei de Execução Penal, objetiva-se, no

ingresso no sistema penitenciário fazer a separação entre presos provisórios e definitivos (primários ou reincidentes), utilizando tão só o critério da *gravidade do delito praticado*, se não vejamos: a) prática dos crimes hediondos e equiparados; b) prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; c) prática de outros crimes ou contravenções. O preso que tiver sua integridade física, moral ou psicológica ameaçada pela convivência com os demais presos ficará segregado em local próprio.

A modificação busca fazer uma *seleção* de ingresso puramente objetiva, sem observar o perfil do apenado, considerando tão só o tipo penal violado. E, para tanto, os entes federativos terão que redimensionar as unidades penitenciárias. Tal seleção retroalimenta o poder das organizações criminosas, não isoladas, mas agrupadas, limitando o poder jurisdicional da execução.

Neste desenho, não se pode perder de vista que o *processo de execução*, formado pelo título executório, é um conjunto de atos jurisdicionais necessários à execução das penas e das medidas de segurança impostas, como última etapa do processo penal, constituindo-se em uma atividade multifacetada e complexa. A execução da pena privativa de liberdade deve ter por objetivo efetivar as disposições da sentença ou da decisão criminal condenatória e proporcionar condições, observados os princípios da legalidade executória e da proporcionalidade, para *estimular* e *capacitar* o apenado para que se adeque ao sistema normativo vigente, a fim de oportunizar a sua futura *inserção* e *adaptação* social, observada a dignidade da pessoa humana e sob o escopo da *redução de danos*, preservadas a paz social e a segurança pública.

Assim, diante do *inferno do cárcere*, sob um olhar realístico, a pena privativa de liberdade passa a ter por finalidade a proteção dos bens jurídicos e a contenção dos conflitos normativos, colocando-se um ponto final ao mito da ressocialização. ❖

Emergência das Políticas Proibicionistas de Drogas no Brasil e as Restrições aos Dispositivos Alternativos

Anderson Souto Neves

Bacharel e Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria-RS.

RESUMO: Este modesto ensaio versa acerca do debate das drogas, procurando elucidar as principais características das políticas proibicionistas de drogas, das origens e ascensão de seus preceitos no Brasil, discorrendo sobre as mobilizações atuais que visam à implantação de dispositivos alternativos, seja descriminalização ou legalização do consumo de drogas, para uso medicinal ou recreativo. Para uma melhor elucidação, far-se-á uma pequena síntese introdutória para ilustrar o consumo de drogas no mundo contemporâneo. Na sequência, segue o debate sobre a emergência das políticas proibicionistas e sobre os principais debates e tratados internacionais, findando o artigo com um breve questionamento sobre as orientações políticas predominantes no Brasil. Sendo assim, será possível a implantação de políticas alternativas sobre drogas no Brasil frente a atual conjuntura política que vivenciamos?

PALAVRAS-CHAVE: Drogas. Políticas proibicionista. Descriminalização.

1. SÍNTESE SOBRE O CONSUMO DE DROGAS NO MUNDO CONTEMPORÂNEO

A humanidade, em suas distintas épocas, vem usufruindo substâncias para fins alimentares e ritualísticos, entre outros fins. Pinturas rupes-

tres servem como indício de que o consumo de substâncias rotuladas na atualidade como drogas se faz presente desde o Paleolítico superior (entre 10 a 40 mil anos atrás) (CAVALCANTI, 2008, p. 83-95) (BERGERON, 2012).

Como destacam Arbex Junior; Tognoli (1996), são diversos os registros que sugerem de que as sociedades greco-romanas e egípcias consumiam frequentemente vinho, ópio, ervas medicinais, entre outras plantas, com a finalidade de alterar os estados normais da consciência. Alguns registros encontrados destacam o consumo de plantas alucinógenas na América do Sul em um período que data de 11 mil anos (ARBEX JUNIOR; TOGNOLI, 1996) (ESCOHOTADO, 2002).

O consumo de coca está inserido na identidade cultural dos povos que habitam os planaltos andinos há pelo menos 5 mil anos. O mesmo começou a ser proibido através das intervenções dos colonizadores espanhóis, logo que subjugaram militarmente esses povos. A folha sagrada fora considerada o *talismã do diabo*, uma afronta aos dogmas católicos defendidos pelos colonizadores. No entanto, a liberação do consumo de coca fora permitido posteriormente, mesmo não sendo uma política oficial, uma vez que por algum tempo os colonizadores espanhóis perceberam que o consumo de coca era um estimulante que resultava na intensificação do trabalho, tanto dos camponeses como também dos mineiros da Bolívia e Peru, passando assim a ser tolerado. (ESCOHOTADO, 2002). A coca, além de ser estimulante, também aliviava a dor e o cansaço físico. Dória (1986) destaca que o óleo de cânhamo, gênero de *cannabis*, era utilizado como combustível na produção de luz elétrica que chegava às principais ruas das cidades de grande porte dos Estados Unidos. Com a expansão farmacológica, iniciada na segunda metade do século XIX na Europa, alguns opiáceos e a cocaína foram substâncias recomendadas com certa frequência para uma diversidade de patologias, assim como algumas misturas como o láudano¹ e morfina, esta última utilizada recorrentemente como anestésico.

Até o término do século XX o profissional responsável pelo receituário era o médico, no entanto, era função do farmacêutico o preparo dos medicamentos a partir das doses preestabelecidas na receita encaminhada pelo médico. Na receita constavam as substâncias, muitas delas importadas de laboratórios situados na Europa e Estados Unidos, necessárias para a elaboração do medicamento. Era possível encontrar grande

¹ Substância proveniente do século XVII composta de álcool e ópio

parte dessas substâncias nos estabelecimentos farmacêuticos e drogarias, como exemplo o ópio, morfina, heroína, cocaína, *cannabis*, dentre outras. Como destaca Carneiro (1993, p. 41), foi com a utilização desses medicamentos que se procedeu a uma verdadeira transformação na eficácia da medicina, desde então, ampliando a legitimidade de seus discursos.

Apesar de as prescrições serem legitimadas e validadas pela ciência médica da época, o uso abusivo de algumas substâncias surtiu efeitos indesejados e imprevistos, ocasionando inúmeros problemas de saúde aos seus consumidores. Sendo assim, muitos medicamentos começaram a ser receitados e comercializados com certa atenção, como a morfina, cujo consumo recorrente acaba ocasionando a dependência química, assim como a heroína, que posteriormente fora substituída pela cocaína.

Em 1862 o químico alemão Albert Niemann sintetiza pela primeira vez a cocaína, esta sendo recomendada como substituto à heroína, que ocasionava quadros de dependência química de maneira mais rápida que a morfina. A cocaína foi bastante aceita pelos profissionais de saúde, podendo ser prescrita como anestésico, antídoto para a prostração nervosa, aneurismas, entre outras patologias. Entre os adeptos do consumo de cocaína estava Sigmund Freud, que recomendava aos pacientes o consumo com o intuito de auxiliar os tratamentos psicológicos; no entanto, após alguns de seus pacientes apresentarem quadros de dependência química, vindo um deles a óbito por overdose, Freud deixa de consumi-la e prescrever cocaína no final da década de 1890, partindo para outro campo de investigação científica, que originou sua teoria psicanalítica.

No início do século XX, diversos laboratórios farmacêuticos localizados na Alemanha, Holanda e Japão foram responsáveis pelo aumento do consumo de cocaína no mundo entre as décadas de 1910 e 1940. Sem a existência de leis específicas para restringir a produção de cocaína, tais laboratórios prosseguiram na produção, principalmente após conseguirem aclimatar a planta de coca nos biomas de Java e Taiwan, o que propiciou o barateamento do custo de produção da cocaína, antes importada do Peru e da Bolívia. Parte dessa cocaína era consumida nos bares europeus, assim como outras drogas como ópio e álcool. Esse costume passa a ser incorporado no Brasil por volta de 1910.

O consumo de ópio, morfina, cocaína e éter foi divulgado pela imprensa brasileira no período como hábito importado da Europa. No entanto, segundo Rosa (2012), os casos alardeados pela imprensa brasilei-

ra no início do século XX eram os de indivíduos que se intoxicavam por conta própria.

De acordo com Carneiro (1993), os enunciados aprazíveis noticiados pela imprensa brasileira acerca do consumo de drogas passam a assumir outra entonação a partir do ano de 1912. Nesse ano, tornam-se mais frequentes notícias na imprensa referentes aos prováveis “malefícios” do abuso de drogas, como o aumento das taxas de suicídio e crimes decorrentes do consumo dessas substâncias. Na mesma época, alguns grupos iniciam campanhas de denúncia nos moldes dos existentes no território norte-americano. A divulgação pela imprensa dessas informações favoreceram a retórica política dos empreendedores morais² que almejavam aprovar políticas de controle sobre as drogas que não fossem restritas ao poder sanitário, mas também pelas políticas de segurança pública presentes no Código Penal brasileiro de 1911.

O Código Penal brasileiro de 1911 foi o primeiro a estabelecer restrições ao consumo de algumas substâncias. No entanto, foi o Decreto nº 2.114, de 14 de novembro de 1911, promulgado pelo governo do Estado de São Paulo, que constitui a especialização de atividades que almejam inspecionar e controlar o funcionamento das farmácias e drogarias na época. Essa política sanitária teve como finalidade garantir o cumprimento das leis relativas à prevenção e repressão a todo o ato que compromettesse a saúde pública. O Decreto nº 2.114, juntamente com Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, que estabelece o controle sobre as vendas de venenos, foram os primeiros dispositivos legais regulando ou proibindo a venda de substâncias no território brasileiro.

Podemos notar uma transição no referente regime de verdade³ iniciando uma mudança na maneira de tratar a temática, acarretando a elaboração de uma série de dispositivos que serão exportados dos Estados Unidos para diversas regiões do mundo. Nesse contexto, a importância dos tratados internacionais é inquestionável para a disseminação dos preceitos proibicionistas de drogas pelo mundo.

2 Segundo Becker (2008, p. 153) empreendedores morais são atores que têm a iniciativa de produzir regras. O autor classifica os empreendedores em duas categorias: os criadores de regras e os impositores de regras.

3 Michel Foucault não se preocupa em conceituar o que é verdade, mas procura questionar por que alguns discursos são considerados verdades perante os demais. Nesse contexto, regime de verdade será compreendido nessa dissertação como um tipo de discurso verdadeiro acolhido pela sociedade. Cabe destacar que esse discurso não está isento de interesses políticos, econômicos e morais.

2. PRINCIPAIS CONFERÊNCIAS E DEBATES SOBRE AS DROGAS NO DECORRER DO SÉCULO XX

Na década de 1950, diversas drogas, que hoje são alvo das políticas proibicionistas, não eram tratadas com o mesmo ímpeto dos dias atuais. Como exemplo estavam, os opiáceos, substâncias associadas a grupos marginalizados que se limitavam a algumas regiões da cidade, afastadas dos grandes centros urbanos. No entanto, existiam estratégias de cunho político que visavam a estigmatizar e criminalizar o consumo de drogas como maconha, heroína e cocaína, nos Estados Unidos. Medidas precursoras das políticas proibicionistas existiam, mas sem causar a inquietação que ocasionam contemporaneamente. Nesse período, as drogas não eram rotuladas como responsáveis pelos “malefícios” presentes na humanidade, sendo consumidas por parcela significativa das elites do período (CARNEIRO, 1993). Mas, nesse momento, alguns especialistas internacionais se reuniram, legitimados pela OMS (Organização Mundial da Saúde) e ONU (Organização das Nações Unidas), criando comissões que emitiram alguns pareceres iniciais e medidas de controle ancoradas nas pesquisas das áreas farmacológica, médica e jurídica, visando a qualificar as drogas como problema de saúde pública. Através desses preceitos, o consumo de algumas drogas passa ser considerado “patológico”, e, sendo assim, o consumidor, além de ser estigmatizado socialmente, é tratado como viciado que não tem controle sobre suas ações devido ao consumo de drogas.

Dois modelos nortearam a emergência do novo regime de verdade, ambos difundidos de maneira concomitante. O primeiro modelo é o médico-sanitário, que foi baseado nas retóricas de especialistas internacionais da área, considerando o consumo de drogas como sinônimo de dependência; o segundo é o modelo ético-jurídico, fundamentado no estereótipo moral que considera as drogas como sinônimo de perigo.

De acordo com Del Olmo (1990), foi a partir da década 1960 que o primeiro modelo foi efetivamente difundido, principalmente após a Convenção Única sobre Estupefacientes realizada pela ONU em 1961, na cidade de Nova York. O resultado dessa convenção foram 51 artigos cuja finalidade era classificar os entorpecentes de acordo com suas propriedades em quatro listas distintas. Também são estabelecidos dispositivos de controle e fiscalização, prevendo restrições especiais às substâncias consideradas danosas à saúde. A convenção de 1961 disciplinou os procedi-

mentos para a inclusão de substâncias nas listas restritivas. A Convenção Única, da ONU, estabelece que a fiscalização internacional de entorpecentes fique sob competência desse organismo internacional, versando sobre as medidas que os países deverão adotar no Plano Nacional para efetivar políticas públicas de combate ao tráfico ilícito, dispondo aos mesmos assistência e cooperação internacional.

A Convenção Única oferece aos países signatários disposições penais que recomendam a punição adequada a todas as formas dolosas de tráfico, produção e posse de entorpecentes, recomendando aos dependentes químico e psicológico tratamento médico adequado. Alguns preceitos aprovados nessa Convenção divergem das recomendações sugeridas pelo governo norte-americano, que, através da coerção política, e principalmente econômica, tenta, sem sucesso, propagar as políticas proibicionistas nos moldes de suas políticas públicas domésticas, isto é, repressão extrema aos traficantes de substâncias ilícitas e tratamento compulsório aos usuários, independentemente da efetiva necessidade. (ESCOHOTADO, 2002). Os Estados signatários dessa convenção deveriam aumentar o controle do comércio de drogas psicoativas para uso médico, intensificando também a repressão aos cultivos ilícitos e ao tráfico dos entorpecentes listados como proibidos.

A Convenção Única, da ONU, de 1961, ampara mudanças nas legislações de diversos países. O primeiro país que passou por mudanças após a convenção foram os Estados Unidos. Em 1962, a Corte Suprema de Justiça dos Estados Unidos especificou que o consumidor de substâncias psicoativas não será tratado como um delinquente, mas sim como um doente; em 1966, o Congresso desse país aprova o “Narcotic Addict Rehabilitation Act”, que possibilita ao consumidor de drogas ilícitas, que está em julgamento, escolher entre o tratamento em clínicas especializadas ou a prisão. Nesse período, o discurso médico ganha mais espaço, fortalecendo cada vez mais seus argumentos sobre consumo de drogas. No final da década de 1960 se intensificam as campanhas que pregam “lei e ordem”; período em que são criados alguns escritórios governamentais⁴ com intuito de controlar e combater o consumo e comércio de drogas, práticas essas reconhecidas como problema social. Del Olmo (1990) ressalta que essa estrutura fortalece e legitima o estereótipo de criminoso

⁴ Como exemplo o Birô de narcóticos e drogas perigosas, departamento esse dará origem ao DEA (Drug Enforcement Administration), órgão submetido ao Departamento de Justiça dos Estados Unidos, responsável pela repressão e controle de drogas.

para os traficantes, em sua maioria imigrantes, e também o estereótipo de dependência a qualquer usuário de drogas.

Del Olmo (1990, p. 33) destaca que, no final da década de 1960, cresce de forma significativa o consumo e produção de drogas, tanto ilegais como legais, através da indústria farmacêutica presente nos países desenvolvidos, especialmente nos Estados Unidos. Surgem nesse período diversas drogas psicodélicas, como ecstasy, LSD. O consumo da maconha também aumenta nesse período, não se restringindo mais a algumas parcelas marginalizadas da população, mas sendo consumido por jovens de classe média e alta dos Estados Unidos.

Diversas drogas são comercializadas no território norte-americano no final da década de 1960 e início da década de 1970, no entanto, cabe ressaltar a heroína que passa a ser tratada como “inimigo público”, responsável pelos danos sociais causados à classe média daquele país. A heroína passa a ser a principal ameaça à ordem social, decorrente do aumento da criminalidade associada a esse produto, devido à manutenção da dependência. Grande parte dessa heroína provinha de outras regiões do mundo, fato que proporcionou a emergência de empreendedores morais cujo objetivo era internacionalizar o combate a algumas drogas, como a heroína, a cocaína, entre outras. Como destaca Del Olmo (1990):

Com o consumo de heroína se elimina, em matéria de segurança, o inimigo interno, mas começa a surgir no começo dos anos setenta a discussão sobre o inimigo externo, referindo-se particularmente ao tráfico. Era a forma de responsabilizar pelo consumo de drogas no “Mundo Livre” um país então inimigo; discurso que se difundiria rapidamente em outros na mesma época com grande intensidade. (DEL OLMO, 1990, p. 41)

Grande parte da preocupação internacional referente ao consumo de drogas provinha da ascensão do capitalismo financeiro conduzido pelos Estados Unidos. As drogas passam a ser um fenômeno de mercado que, embora ilícito, movimentava quantias significativas de capital. Foucault (2008) destaca que até a década de 1970 o esforço do governo era para essencialmente reduzir a oferta de droga. No entanto, algumas polí-

ticas repressivas efetivadas pelo governo desencadearam um efeito contrário, fortalecendo os ganhos das redes de tráfico, que, apesar de ilegais, tinham seus contatos nas estruturas estatais, que, por meio da corrupção, facilitavam suas ações. Rodrigues (2003) ressalta:

(...). As organizações mantêm uma estreita relação com a economia legal, o que implica comumente a abertura de negócios lícitos que servem de fachada e instrumento para a lavagem de dinheiro, ou seja, a incorporação dos narcodólares à esfera legal da economia. As operações financeiras de mercado de capitais e os depósitos em bancos de paraísos fiscais são alternativas muito utilizadas pelas empresas narcotraficantes para escamotear a origem do dinheiro. (RODRIGUES, 2003, p. 58-59)

Com o surgimento de um inimigo externo, a difusão do modelo proibicionista, e até mesmo sua imposição, fora facilitada. Ocorre uma exportação de leis referenciadas e muitas vezes conduzidas pelo governo norte-americano, que almejava legitimar o discurso jurídico-político e a rotulação de determinadas substâncias psicoativas. Os empreendedores morais, que antes tinham sua atuação limitada pelos limites do Estado, agora ganham autonomia para intervir moralmente nas políticas domésticas de diversos países. Como destaca Rodrigues (2003), muitos países da América Latina foram invadidos no decorrer da década de 1980 pelos Estados Unidos com o argumento de conter o avanço do narcotráfico.

Durante a década de 1970, ocorre um processo de regulamentação das políticas proibicionistas na América Latina, norteadas pelos preceitos estabelecidos pelas leis norte-americanas. De acordo com Del Olmo (1990, p. 44), o primeiro país latino-americano a se adequar foi o Equador, através da aprovação da Lei nº 366, de Controle e Fiscalização do Tráfico de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas. O Brasil será o segundo país a se adequar, com a aprovação da Lei nº 5.726/71, conhecida também como Lei antitóxicos; na sequência, vem o Paraguai e a Costa Rica, no ano 1972; em 1973, a Bolívia, com a aprovação do Decreto nº 11.245, e o Chile, com a Lei nº 17.934, que visava a reprimir o tráfico. Nessa década, o México sanciona o Código Sanitário, baseado no modelo norte-americano.

no; em 1974, Colômbia, Uruguai, Argentina e Jamaica anunciam suas leis sobre drogas. Em 1975, fora a vez da República Dominicana e a Venezuela, país onde não ocorreu sequer uma breve discussão pelos legisladores.

O narcotráfico, ou crime organizado, passou a ser referência de criminalidade que atinge um patamar globalizado, uma criminalidade que opera de forma similar às grandes multinacionais. No entanto, a terminologia utilizada para rotular o comércio ilegal de drogas não passa por critérios metodológicos adequados que os definam. Como destaca Karam (2004):

A expressão “crime organizado” não tem nenhum significado particular, apenas servindo para assustar e permitir a produção de leis de exceção, aplicáveis ao que quer que se queira convencionar como sendo uma suposta manifestação de um tal imaginário fenômeno (...) Na mesma linha, foi criada e consolidada a expressão “narcotráfico”. Tal expressão surgiu na década de 1980, com a política norte-americana de “guerra contra as drogas”, que elegeu um agente externo – os produtores e distribuidores dos países latino-americanos – como o inimigo a ser enfrentado. A expressão “tráfico”, que tem o sentido de negócio ilegal, já traz uma forte carga emocional, que a diferencia da expressão equivalente “comércio ilegal” (KARAM, 2004, p. 76)

A política de guerra às drogas proclamada pelos Estados Unidos no decorrer da década de 1980 e 1990 acabou consolidando a expressão “tráfico”, essa palavra associada à palavra inglesa *narcotics* faz surgir à expressão “narcotráfico”, que será utilizada como referência a qualquer prática de produção e distribuição de substâncias psicoativas rotuladas como ilícitas. A repetição dessa expressão na mídia facilita o processo de interiorização pela população, sendo uma terminologia de grande apelo emocional (KARAM, 2004). Batista (2003) destaca que o processo de rotulação das drogas está diretamente associado à emergência do modelo neoliberal, sendo que o comércio ilícito flui de forma mais eficaz que o mercado lícito, tendo em vista que esse último não estará submisso às regras de mercado e às taxações. Batista (2003, p. 82) ressalta que o sistema neoliberal produz uma visão esquizofrênica acerca das drogas, estimulando e ao mesmo tempo restringindo seu comércio.

O Brasil, sendo signatário das tratativas internacionais, incorpora paulatinamente, em meados do século XX, as políticas proibicionistas em seus dispositivos institucionais, redefinindo o regime de verdade existente por um modelo que enfatiza os preceitos proibicionistas; sendo eles a repressão ao consumo e punição contundente aos traficantes. No passar das décadas, essas orientações são reproduzidas e internalizadas sem um debate mais amplo, fato que na atualidade é um fator limitante nos debates propositivos que almejam uma alternativa ao modelo repressor atual.

3. O PREDOMÍNIO DO MODELO PROIBICIONISTA E AS RESTRIÇÕES ÀS PROPOSTAS ALTERNATIVAS NO BRASIL

No início do século XX surgem os primeiros dispositivos que regulamentam o consumo de determinadas substâncias no Brasil. No entanto, o alarde sobre o tema se intensificou no decorrer da década de 1970 e 1980, tendo como amparo os tratados internacionais, além da pressão do governo norte-americano, muito influente nos países da América Latina, para perpetuar sua política de “Guerra às Drogas”.

As políticas proibicionistas passam a ser intensificadas desde então, na medida em que o consumo de drogas começa a ser considerado pela comunidade médica como algo danoso à saúde da população. Além da mobilização da comunidade médica, nota-se também a atuação de diversos empreendedores morais adeptos das políticas de repressão e controle sobre o consumo das drogas listadas como ilícitas pelas convenções da ONU.

A mídia nacional⁵ passa a tratar o tema com mais ênfase, divulgando os preceitos proibicionistas, através de enunciados que geram receio e insegurança na população, desacreditando propostas alternativas ao modelo hegemônico através de opiniões de senso comum de profissionais ligados à área da segurança pública.

Quanto às propostas alternativas ao modelo proibicionista vigente, podemos mencionar, como exemplo, as experiências do Estado norte-americano do Colorado, que, em 2012, aprovou, através da Emenda à Constituição Estadual número 64, a legalização do consumo da maconha.⁶

⁵ Um desses meios fora a Revista **VEJA** que estampou diversas capas sobre o tema, como exemplo as edições de **VEJA**, nº 146 de 1971; edição nº 460 de 1977; edição nº 685 de 1981.

⁶ Acesso in: <<http://coletivodar.org/2013/07/leia-na-integra-a-emenda-que-legaliza-os-usos-recreativo-e-medical-da-maconha-no-colorado-eua/>>.

Inicialmente, como qualquer política que afronte o modelo estabelecido, acarretou repercussão nacional, com atuação de movimentos antilegalização condenando o ato, considerado um retrocesso às políticas de segurança e saúde públicas. No entanto, apesar da pressão e repercussão do caso, o governo manteve punho firme, obtendo resultados positivos em médio prazo. A legalização da maconha afetou a fonte de renda dos cartéis de drogas, reduzindo sua atuação ao longo da fronteira com o México. Os relatórios oficiais emitidos em outubro de 2015, pelo DEA (Drug Enforcement Administration), dos Estados Unidos, confirmam a queda no contrabando de maconha ao longo da faixa fronteira.

Na América Latina, o Uruguai é o primeiro país a aprovar mudanças nas políticas de drogas, legalizando, em 2013, o consumo recreativo da maconha. Em junho de 2012, o governo mudou sua política de guerra às drogas, fundamentada pelos preceitos proibicionistas, por uma nova estratégia que propôs legalizar e regulamentar o uso da maconha, sendo que o Estado assumiu o controle exclusivo sobre a comercialização desse produto. A ruptura com os preceitos proibicionistas, previstos em tratados internacionais, ocasionou um desconforto na Comissão de Narcóticos da ONU (Organização das Nações Unidas), que ameaçou entrar com uma ação contra o governo uruguaio (Walsh & Jelsma, 2012). No entanto, em entrevista ao jornal **The Independent** (2012), o ministro da Defesa uruguaio, Eleuterio Fernández Huidobro, salienta que a proibição de drogas, como a maconha, causava mais problemas à sociedade, devido à violência característica do crime organizado através de sua rede de tráfico, do que o próprio consumo da droga em questão. Estudos organizados por Moffet & Kaplan (2012) averiguam esse argumento.

Apesar da pressão internacional da ONU, e de alguns empreendedores morais, a lei foi aprovada na Câmara dos Deputados em julho de 2013 e pelo Senado, em dezembro do mesmo ano. Com a sanção da lei pelo presidente José Mujica no final de dezembro de 2013, o cidadão uruguaio pode plantar até 6 pés de *cannabis* em casa, podendo adquirir o produto através de dispensários regulamentados pelo governo; com a legalização do fornecimento da maconha o governo afetou diretamente a rede do tráfico, diminuindo significativamente os crimes associados ao tráfico de drogas. Segundo afirma Julio Heriberto Calzada, secretário nacional de drogas do governo uruguaio, em debate promovido pela Comissão de Direitos Humanos no Senado brasileiro em junho de 2014, o

Uruguai não registra mortes ligadas à venda de maconha desde a regulamentação do consumo.

No Brasil, alternativas distintas ao modelo proibicionista sofrem considerável resistência de setores conservadores, que privilegiam a retórica ideológica em prol dos fatos concretos, tornando inviáveis PECs (Projeto de Emenda Constitucional) que proponham mudanças progressistas em nossas leis. Sendo um assunto oneroso a setores conservadores, muitos se isentam de debates que visam a regulamentar medicamentos, comprovadamente eficazes, mas que, pelo fato de estarem associados a alguma substância marginalizada, acabam sendo ignorados. Tanto que no Brasil foi necessária a intervenção do Ministério Público Federal (MPF), através de uma ação civil pública, em 31 de julho de 2014, com pedido de liminar contra a União e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), para garantir a liberação da importação de *Cannabidiol*, medicamento derivado do princípio ativo da maconha, para o tratamento de 16 crianças do Estado da Paraíba que sofriam com síndromes convulsivas. Para a respectiva ação, o MPF consultou os históricos clínicos individuais que constataram que tratamentos medicamentosos tradicionais não apresentaram resultados satisfatórios, diferentemente, do *Cannabidiol*. Com resultados satisfatórios no tratamento de síndromes convulsivas, o procurador regional dos Direitos do Cidadão na Paraíba, José Godoy Bezerra de Souza, considerou a viabilidade do tratamento, tendo em vista os resultados positivos confirmados em outros Estados, apesar desse produto ser proscrito pela ANVISA. Pelo menos o Poder Judiciário cumpriu com o esperado em uma república democrática que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Três ministros, entre oito que integram o STJ, são favoráveis à descriminalização do uso de drogas, entre eles Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso e Luíz Edson Fachin, que defende a descriminalização apenas do porte da *cannabis*.

Já o debate sobre a descriminalização no Poder Legislativo segue a passos lentos. Tramita no Senado Nacional o projeto PLS 236/12 de reforma do Código Penal (Decreto Lei 2.848/40), que prevê a descriminalização do porte de drogas para uso pessoal e o plantio de plantas destinadas a consumo próprio, como a maconha. O embasamento teórico dos defensores da descriminalização das drogas parte de pesquisas que comprovam a ineficácia das políticas proibicionistas. Como exemplo, as que analisam nossos presídios, pesquisas nos quais consta que a maioria dos presos

por tráfico de drogas é composta por indivíduos, antes réus primários, que foram flagrados com quantidades pequenas de drogas, sem oferecer riscos maiores à sociedade. São consumidores, em sua grande maioria, sem ligação com as grandes facções criminosas de tráfico de drogas, mas que por falta de sorte, influência ou dinheiro para contratar bons advogados, acabam sendo presos, ao lado de criminosos mais agressivos. Como destaca Daniel Nicory, defensor público da Bahia, a lei atual permite a recorrência de equívocos como esses.

Muitos deputados são favoráveis à descriminalização das drogas, tais como Jean Wylis (PSOL), Paulo Pimenta (PT), Eurico Júnior (PV), este último responsável por protocolar o Projeto de Lei nº 7.187/14, que versa sobre políticas de consumo da maconha nos moldes do Estado uruguaio. No entanto, é quase inexpressível o número de deputados que defendem a descriminalização frente à bancada que refuta tais políticas, como podemos perceber na tabela abaixo, referente ao ano de 2011.

Maconha

É a favor da descriminalização do uso da maconha?



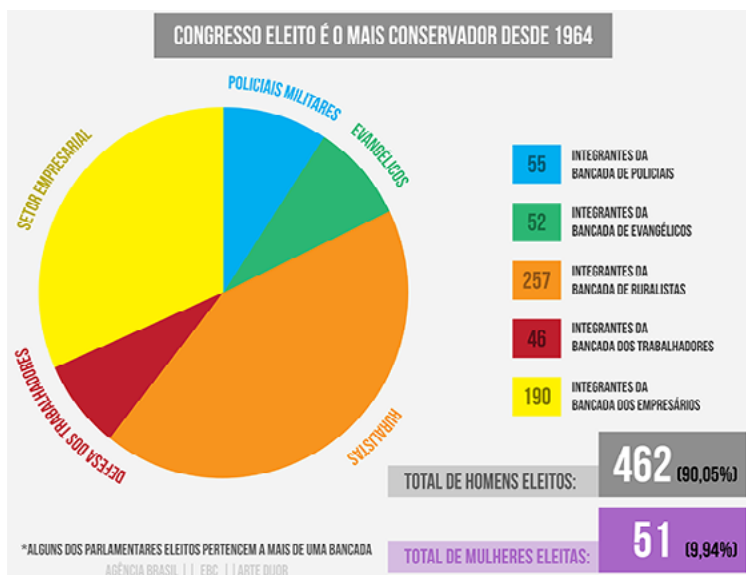
Fonte: G1

O número de deputados federais que aprova os preceitos proibicionista é significativo, defendendo até mesmo o fortalecimento das leis repressivas através de projetos como o PL 7.663/10, que prevê uma

nova Lei Antidrogas que, entre outras ações, prevê até internação compulsória aos dependentes químicos. Poderíamos mencionar o nome de diversos deputados, no entanto, o opositor das políticas de descriminalização e legalização das drogas, e mentor do Projeto de Lei mencionado, é o deputado Osmar Terra (PMDB), o grande lobista da Frente Parlamentar Mista de Combate às Drogas. Essa frente parlamentar, aliada a movimentos sociais como Movimento Nacional da Cidadania pela vida Brasil sem drogas, e representantes das igrejas católica e evangélica, mobilizaram um abaixo-assinado, que contou com 2 milhões de assinatura, manifestando insatisfação quanto ao processo sobre descriminalização das drogas que tramita no STF. Sendo médico de formação, Osmar Terra sustenta sua retórica nos preceitos médicos-jurídicos, desconsiderando veementemente as políticas públicas divergentes ao modelo proibicionistas, mesmos que as mesmas tenham demonstrado certa eficácia, como as do Uruguai e dos estados norte-americanos, indo na contramão das principais pesquisas acadêmicas nacionais sobre o tema.

A cada eleição aumenta o número de parlamentares, de distintas legendas, dispostos a cerrar fileira com a causa do deputado Osmar Terra, dificultando cada vez mais a aprovação de emendas, ou projetos de leis alternativos ao modelo proibicionista vigente.

Nas últimas eleições, um número considerável de deputados Federais, que manifestam posicionamentos conservadores, assumiram cadeiras em diversas comissões que tratam do tema, criando empecilhos ao debate. Uma parcela representativa de deputados Federais e Senadores, que manifestam resistência militante acerca de determinados assuntos, como maioria penal, aborto, também fazem seu papel no boicote às propostas, que almejam a legalização e descriminalização das drogas. A denominada bancada BBB (Boi, bala e bíblia) tem uma expressiva representatividade, como podemos notar no gráfico.



Fonte: Agência Brasil

Com novos parlamentares integrando a Frente Parlamentar Mista de Combate às Drogas⁷, somam forças as retóricas que visam a elaborar dispositivos para potencializar o modelo proibicionista no Brasil. Podemos ter uma base das dificuldades que os deputados, e movimentos pró-des-criminalização e legalização, enfrentarão nos próximos anos.

Avanços quanto à descriminalização da maconha estão progredindo, no entanto, políticas que visam a legalizar o consumo de drogas se tornam praticamente inviáveis na atual conjuntura política em que vivemos. Nesse contexto, os representantes das políticas progressistas devem estar dispostos e preparados ao enfrentamento, ao menos para garantir direitos já adquiridos em momentos anteriores, procurando barrar propostas retrógradas, como a PL 7.663/10 apresentada por Osmar Terra, dentre outras que possam surgir com chances promissoras de aprovação. ❖

4. REFERENCIAL TEÓRICO

ARBEX JUNIOR, J; TOGNOLI, C. J. **O século do crime**. São Paulo: Ed. Boitempo, 1996.

⁷ Lista completa In: <http://www.camara.gov.br/internet/deputado/Frente_Parlamentar/53495.asp>

BATISTA, V, M. **Difíceis ganhos fáceis**: Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003.

BECKER, H. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2008.

BERGERON, H. **Sociologia da droga**. Aparecida: Idéias & Letras, 2012.

CAVALCANTE, M, C. "As pinturas da Lapa da dança no contexto da arte rupestre da serra do Cabral" – Minas Gerais – Brasil. 2008. 112 p. Dissertação (Mestrado em arqueologia pré-histórica e arte rupestre). Universidade de Trás-os-Montes e Alto Douro, Portugal, 2008.

CARNEIRO, B, H.B.S. "A Vertigem dos Venenos Elegantes: uso de narcóticos em São Paulo no início do século XX". Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Programa de Pós-Graduados em Ciências Sociais: Dissertação de Mestrado, 1993.

DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1990

ESCOHOTADO, Antônio. **Historia general de las drogas**. 5 ed. Madrid:ESPASA, 2002.

FOUCAULT, M. **Nascimento da Biopolítica**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2008.

KARAM, M.L. "Pela Abolição do Sistema Penal". In: PASSETTI, Edson (org.). **Curso Livre de Abolicionismo Penal**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2004.

LAWYER HERALD. "*Colorado's legalized marijuana: Mexican cartels take a dive, but drug trafficking in other US states rises*", 2016. Disponível em: <<http://www.lawyerherald.com/articles/30686/20160201/colorado-legalized-marijuana-mexican-cartels-dive-drug-trafficking-us-states.htm>>. Acesso em 7 de janeiro de 2016.

MOFFETT, Matt & KAPLAN, Eduardo. "*Uruguay considers selling marijuana*". **Wall Street Journal**, 2012. Disponível em:<http://.wsj.com/article/SB1000142405270230489870457748_0764220930718.html>. Acesso em 5 de janeiro de 2016.

RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico**: uma guerra na guerra. São Paulo: Desatino, 2003.

ROSA, Pablo Ornelas. "Drogas e biopolíticas: Uma Genealogia da redução de danos". 2012. 373 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

O GLOBO. "Uruguai não tem mortes ligadas ao tráfico desde que legalizou maconha", diz secretário, 2014. Disponível em: <<http://oglobo>.

globo.com/sociedade/uruguai-nao-tem-mortes-ligadas-ao-trafico-desde-que-legalizou-maconha-diz-secretario-12705265. Acesso em 7 de janeiro de 2016.

THE INDEPENDENTE . "*Nationalisation: Uruguay's solution to its drug problem*", 2012. 22 de junio. Disponível em: <http://www.independent.co.uk/news/world/americas/nationalisation-uruguays-solution-to-its-drug-problem-7873537.html>. Acesso em 5 de janeiro de 2016.

Lei não Pode Estabelecer Novos Crimes Inafiançáveis

Augusto Yuzo Jouti

Juiz de Direito - TJBA

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CRIMES INAFIANÇÁVEIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: inafiançabilidade constitucional ou absoluta. 3. CRIMES INAFIANÇÁVEIS NA LEI INFRACONSTITUCIONAL. 4. INAFIANÇABILIDADE LEGAL (RELATIVA): vedação ou impedimento a fiança. 5. DISPENSA DA FIANÇA POR MISERABILIDADE. 6. BREVE CRONOLOGIA DA LIBERDADE PROVISÓRIA E DA FIANÇA. 6.1. Lei n. 5.349/1967. 6.2. Lei n. 6.416/1977. 6.3. Lei 12.403/2011. 6.4. Constituição de 1988. 6.5. Lei n. 9.034/1995. 6.6. Lei n. 11.343/2006: tráfico de drogas. 6.6.1. Tráfico de drogas: liberdade provisória: Lei n. 11.464/2007. 6.6.2. Tráfico de drogas: afiançabilidade. 6.6.3. Tráfico de drogas: pena restritiva de direitos. 6.6.4. Tráfico de drogas privilegiado: fiança e hediondez. 7. IMPRESCRITIBILIDADE: suspensão da prescrição por prazo indefinido (art. 366 do CPP). 8. INCOERÊNCIAS DA FIANÇA. 9. CONCLUSÃO: a) A lei pode tornar inafiançável outros crimes além dos já previstos na Constituição Federal? b) A vedação de fiança tem o mesmo efeito de crime inafiançável?

1. INTRODUÇÃO

Compartilhando as diversas alterações legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais, pretende-se apresentar novas ideias sobre a fiança e responder às seguintes perguntas:

a) A lei pode tornar inafiançável outros crimes além dos já previstos na Constituição Federal?

b) A vedação de fiança tem o mesmo efeito de crime inafiançável?

Conclui-se que a lei não pode tornar inafiançáveis outros crimes, salvo se transformá-los em hediondos; e que a vedação da fiança não tem o mesmo significado de crime inafiançável.

2. CRIMES INAFIANÇÁVEIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: INAFIANÇABILIDADE CONSTITUCIONAL OU ABSOLUTA

Segundo o artigo 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV, da Constituição Federal de 1988, repetidos pelo artigo 323 do Código de Processo Penal, são crimes inafiançáveis, ou seja, não cabe liberdade provisória mediante pagamento de fiança nos delitos de:

a) racismo (Lei n. 7.716/1989): a injúria por motivo de raça (art. 140, § 3º, do Código Penal) não equivale a racismo, embora recentemente (18/08/2015) tenha havido um precedente isolado da 6ª Turma do STJ reconhecendo esse crime contra a honra como inafiançável e imprescritível (AREsp 686.965/DF);

b) tortura (Lei n. 9.455/1997);

c) tráfico ilícito de entorpecentes (Lei n. 11.343/2006): mais abaixo segue um histórico sobre a inafiançabilidade em delitos dessa natureza (item 6.6.2.);

d) terrorismo (Lei n. 13.260/2016): essa lei decorre do Projeto de Lei da Câmara 101/2015; antes dela não havia tipicidade penal estrita de terrorismo no Brasil; alguns apontavam o art. 20 da Lei n. 7.170/1983 (Lei de Segurança Nacional); ainda há outro projeto de lei anterior no Congresso buscando a tipificação (Projeto de Lei do Senado 499/2013);

e) crimes hediondos definidos em lei (Lei n. 8.072/1990);

f) ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático: não há tipicidade penal estrita no Brasil; alguns apontam a Lei n. 7.170/1983 (Lei de Segurança Nacional).

3. CRIMES INAFIANÇÁVEIS NA LEI INFRACONSTITUCIONAL

Nos crimes contra o sistema financeiro nacional punidos com pena de reclusão, previstos na Lei n. 7.492/1986, o réu não poderá prestar fiança.

ça, nem apelar antes de ser recolhido à prisão se estiver configurada situação que autoriza a prisão preventiva, ainda que primário e de bons antecedentes (art. 31). Apesar de anterior à Constituição de 1988, essa vedação não destoia das atuais regras da prisão preventiva e liberdade provisória (art. 324, IV, do CPP).

A Lei n. 9.613/1998 tornou os **crimes de lavagem de capitais** insuscetíveis de fiança e liberdade provisória (art. 3º). Esse dispositivo foi **revogado** pela Lei n. 12.683/2012 e não foi reproduzido em outro diploma legal.

Os parágrafos únicos dos arts. 14 e 15 da Lei n. 10.826/2003 tornaram inafiançáveis o **crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido** (art. 14), salvo quando a arma de fogo estivesse registrada em nome do agente, e o **crime de disparo de arma de fogo** (art. 15). O art. 21 da mesma lei proibiu também a liberdade provisória aos crimes dos arts. 16, 17 e 18 do Estatuto do Desarmamento (respectivamente, posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito e equivalentes; comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo). Essas restrições foram declaradas **inconstitucionais** pelo Plenário do STF, no julgamento da **ADIn 3112**, em 02/05/2007, relator Min. Ricardo Lewandowski. Ao afastar a inconstitucionalidade do art. 21, reconheceu-se que *“o texto magno não autoriza a prisão ex lege, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente”*.

Quanto aos parágrafos únicos dos arts. 14 e 15, a maioria entendeu que o legislador pode definir novos crimes inafiançáveis além daqueles previstos na Constituição, vencido o Min. Cezar Peluso. Porém, também por maioria, decidiram que a vedação de fiança para os respectivos crimes eram desproporcionais e desarrazoados à sua gravidade. Mais à frente esse tema será retomado.

4. INAFIANÇABILIDADE LEGAL (RELATIVA): VEDAÇÃO OU IMPEDIMENTO A FIANÇA

Legal porque prevista em lei infraconstitucional. **Relativa** porque vinculada a situação ou condições individuais. Não se trata de crime inafiançável, mas de **situações** em que se veda ou impede a concessão de fiança. A apresentação do rol em dois artigos do CPP (323 e 324) corrobora

que há distinção entre suas hipóteses: o art. 323 cuida de crimes inafiançáveis, apenas reproduzindo a Constituição Federal; o art. 324 prescreve situações concretas em que se impede a fiança, sempre relacionadas a um delito praticado, não em abstrato.

Não cabe fiança, nos casos do art. 324 do CPP: **a)** quebra da fiança anterior concedida no mesmo processo (inciso I e art. 341 do CPP); **b)** descumprimento injustificado das obrigações dos arts. 327 e 328 do CPP (inciso I, parte final); **c)** prisão civil ou militar (inciso II); **d)** presença dos motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312) (inciso IV). Esta última situação exige fundamentação suportada em **fatos concretos** tal qual fosse decretar a prisão preventiva (artigo 93, IX, da Constituição Federal). Não basta a presunção de que o agressor vai ofender a ordem pública, obstar a instrução criminal ou furtar-se à aplicação da lei penal (art. 312), muito menos a indicação isolada de qualquer hipótese do art. 313 do CPP. Enfatize-se que o inciso IV do art. 324 refere-se exclusivamente aos fundamentos da preventiva (art. 312), não às hipóteses de cabimento (art. 313).

Vale dizer que a **prisão civil** do devedor de alimentos e a **prisão militar** estão previstas na Constituição Federal (art. 5º, LXVII e LXI) e na legislação (art. 733 do CPC e Lei n. 5.478/68; art. 18 do CPPM), e não são medidas cautelares, mas **coercitivas**, por isso a fiança é incompatível com elas. Houvesse fiança, não haveria coercibilidade e sentido na prisão civil por débito alimentar. Já a prisão militar tem sustentação na necessidade de se manter a hierarquia e disciplina castrense, sendo incoerente com a afiançabilidade. Não há mais prisão civil do depositário infiel (**Súmula Vinculante 25** do STF: “*É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito*”).

Logo após a **Lei Maria da Penha** (Lei n. 11.340/2006) entrar em vigor, propagou-se que não caberia fiança aos crimes dos artigos 129, § 9º (lesão corporal), e 147 (ameaça) do Código Penal no âmbito da violência doméstica contra a mulher, por conta da vedação do então artigo 323, inciso V, do CPP. No entanto, esse inciso proibia a fiança para os crimes envolvidos nessas circunstâncias punidos com reclusão, enquanto que os mencionados delitos (lesão corporal leve e ameaça) prescreviam pena de detenção, permitindo-se, pois, a concessão da fiança. Atualmente, os crimes relacionados à Lei Maria da Penha seguem as regras gerais sobre liberdade provisória e fiança, destacando-se que há uma hipótese especí-

fica de prisão preventiva (art. 313, III, do CPP, combinada com art. 20 da Lei n. 11.340/2006) e que não se aplica a Lei dos Juizados Especiais Criminais, o que permite a prisão em flagrante mesmo nas infrações penais cujas penas máximas sejam inferiores a dois anos) e afasta as medidas dos artigos 74, 76, 88 e 89 da Lei n. 9.099/95.

Não se olvide que, com exceção da violência doméstica e familiar contra a mulher, há outras situações em que não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança, configurando um favor legal ao réu: Lei dos **Juizados Especiais Criminais** (art. 69, parágrafo único, da Lei n. 9.099/1995) e **Código de Trânsito Brasileiro** (art. 301 da Lei n. 9.503/1997). Poder-se-ia chamar de inafiançabilidade (proibição de fiança), mas neste caso é para evitar a oneração do preso em flagrante. No caso do porte de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei n. 11.343/2006), é vedada a detenção do agente, devendo ser liberado após os procedimentos próprios (art. 48, §§ 3º e 4º, da mesma lei), aplicando-se, *mutatis mutandis*, a Lei n. 9.099/1995 (art. 48, §§ 1º, 2º e 5º, da Lei de Drogas).

5. DISPENSA DA FIANÇA POR MISERABILIDADE

Constatada a precária situação econômica do preso, o juiz pode arbitrar a fiança, mas dispensar o pagamento, concedendo a liberdade provisória mediante as obrigações dos arts. 327 e 328 do CPP (art. 350 do CPP) e outras medidas cautelares, que entender necessárias e adequadas ao caso (art. 282 do CPP).

6. BREVE CRONOLOGIA DA LIBERDADE PROVISÓRIA E DA FIANÇA

Vedação da liberdade provisória, inafiançabilidade e imprescritibilidade são temas semelhantes, que limitam o direito à liberdade. Por isso, devem ser estudados conjuntamente e suas peculiaridades podem ser compartilhadas no que couberem.

Saliente-se que o Código de Processo Penal é de 1941, época em que, na prática, a presunção era de periculosidade e o réu permanecia

detido durante todo o processo, situações que sofreram mudanças legislativas e constitucionais em favor de garantias individuais.

6.1. Lei n. 5.349/1967

Para iniciar, convém lembrar que a redação original do art. 312 do CPP dispunha sobre **prisão preventiva compulsória** (“*Art. 312. A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos.*”).

Segundo o STF, a pena igual ou superior a dez anos devia ser verificada isoladamente a cada caso (HC 44.672, 2ª Turma, rel. Min. Evandro Lins), desde que houvesse prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (HC 43.369, 1ª Turma do STF, rel. Min. Evandro Lins). Porém, mesmo quando compulsória, exigia fundamentação (art. 315 do CPP) e devia ser baseada na sua necessidade, conforme RHC 44.565 (STF, 2ª Turma, rel. Min. Adaucto Cardoso (vencido), rel. p/ Acórdão Min. Adalício Nogueira).

A Lei n. 5.349/1967 extinguiu a prisão preventiva obrigatória, mas ao juiz era dado manter preso o denunciado, mediante nova decisão, com arrimo nos então artigos 313 e 315 do Código de Processo Penal (RHC 46.132, 1ª Turma do STF, rel. Min. Djaci Falcão). Era um dos primeiros sinais legislativos – mesmo no regime militar - de que o ordenamento jurídico brasileiro não se adaptava a prisões automáticas, com exceção do flagrante delito. Até nos crimes inafiançáveis, a prisão preventiva era facultativa (art. 313, I, do CPP) e carecia de fundamentação idônea (art. 315).

6.2. Lei n. 6.416/1977

O artigo 322 do Código de Processo Penal, com redação anterior à Lei n. 6.416/1977, também dispunha que “*Ninguém será levado à prisão ou nesta conservado, se prestar fiança, nos casos em que a lei não a proibir*”.

Até meados de 1977, não sendo o caso de livrar-se solto sem fiança, o investigado:

a) ficava detido até o julgamento por força da prisão em flagrante, se não fosse arbitrada fiança.

b) ficava detido até o julgamento por força da prisão preventiva, decretada nos termos dos artigos 311, 312 e 313 do CPP.

c) era colocado em liberdade se coubesse fiança, a qual seria dispensada em caso de miserabilidade.

Ou seja, cabendo fiança, respondia solto se a pagasse. Não cabendo fiança, ficava preso. O sentido da inafiançabilidade era vedar a liberdade a infrações ou circunstâncias consideradas mais graves pela legislação.

Esse panorama começou a mudar com a Lei n. 6.416/1977, que acrescentou o parágrafo único ao então art. 310 do CPP, permitindo-se a **liberdade provisória vinculada, sem fiança**, mesmo para crimes inafiançáveis, se não ocorressem as hipóteses que autorizam a prisão preventiva. Para Guilherme de Souza Nucci, a **fiança perdeu sua importância**, tornando-se um instituto morto, desprezível e ignorado (**Prisão e liberdade: as reformas processuais e penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 3.tir. p. 19). Uma das exceções foi acrescentada pela Lei n. 8.035/1990, referente aos crimes contra a economia popular ou de crime de sonegação fiscal (então art. 325, § 2º, do CPP).

6.3. Lei 12.403/2011

Saindo da cronologia, mas mantendo a coesão do assunto, a Lei n. 12.403/2011 não alterou muito esse quadro, pois os artigos 310 e 321 do CPP continuaram a determinar que, ao receber o auto de prisão em flagrante ou em qualquer fase do processo, se não for o caso de relaxamento da prisão ilegal, o juiz deverá conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança, se não estiverem presentes os requisitos da prisão preventiva (artigo 312 do mesmo código). O arbitramento da fiança, nas circunstâncias do inciso II do art. 310, não é obrigatório, mas permitido a depender da adequação, suficiência e graduação das demais medidas cautelares (arts. 282 e 319 do CPP). Anote-se que a fiança assemelha-se a uma **condição suspensiva**, pois a liberdade provisória fica suspensa até o recolhimento do valor. As demais **medidas cautelares** aproximam-se mais a encargos do Direito Civil, pois seu descumprimento pode causar a destituição da liberdade provisória.

No entanto, para Renato Brasileiro de Lima (*Nova prisão cautelar*. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 385), a Lei n. 12.403/2011 **valorizou a fiança** e encerrou a contradição de o indiciado por crime menos grave ser posto em liberdade mediante pagamento de fiança, enquanto que o acusado de crime mais grave era solto sem fiança, quando ausentes os requisitos da prisão preventiva, com intenção de fazer prevalecer a liberdade provisória. Está correto em afirmar que reforçou a liberdade provisória como regra, mas não quanto à preponderância da fiança, pois seu arbitramento não é obrigatório, podendo ser aplicadas somente outras medidas cautelares. Ademais, ainda ocorre a contradição de soltar acusado de crime inafiançável (mais graves) sem fiança, mas exigi-la se presos por delitos menos graves.

6.4. Constituição de 1988

Voltando à ordem cronológica, em 1988, a Constituição Federal previu a liberdade provisória como regra, com ou sem fiança (art. 5º, inciso LXVI: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”), estabeleceu crimes inafiançáveis (supramencionados) e recepcionou o então parágrafo único do art. 310 do CPP.

Mas não proibiu expressamente a liberdade provisória para crimes inafiançáveis, apenas vedou a concessão de fiança. A discussão sobre liberdade provisória no crime de tráfico de drogas será examinada a seguir.

Tudo isso era reflexo do **princípio da presunção de inocência (não culpabilidade)**, disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), que, entretanto, foi **relativizado pelo STF**, em sessão do Pleno em 17 de fevereiro de 2016 (HC 126.292):

“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. 1. 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.” (STF, Pleno, HC 126.292, rel. Min. Teori Zavascki, maioria, j. 17/02/2016, DJe 16/05/2016, publ, 17/05/2016).

Mudando o entendimento fixado em 2009, no julgamento do HC 84.078, que condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, ressalvada a possibilidade de prisão preventiva, o STF passa a admitir que a execução provisória de acórdão condenatório proferido em apelação, mesmo **antes do trânsito em julgado**, não viola a presunção constitucional de inocência do art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

6.5. Lei n. 9.034/1995

Em 1995, o art. 7º da Lei n. 9.034 passou a vedar a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tivessem intensa e efetiva participação em **organização criminosa**. Essa lei foi revogada pela Lei n. 12.850/2013, que disciplinou o combate às organizações criminosas, mas não repetiu dispositivos restritivos da liberdade provisória. Certamente, o legislador estava atento às mudanças doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema.

6.6. Lei n. 11.343/2006: tráfico de drogas

O art. 44 da Lei n. 11.343/2006 tornou inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, os crimes previstos nos arts. 33, *caput* (tráfico de drogas), e § 1º, e 34 a 37 da mesma lei, e ainda, vedou a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

O **tráfico de drogas** merece subcapítulos à parte, pois é praticado com mais frequência e enfrentado pela doutrina e jurisprudência com mais dinamismo. Vários assuntos correlatos ao tráfico de drogas servem de estudo da coerência interpretativa.

6.6.1. Tráfico de drogas: liberdade provisória: Lei n. 11.464/2007

Em 2007, a Lei n. 11.464 exclui a proibição da liberdade provisória para **crimes hediondos** (art. 2º, II, da Lei n. 8.072/1990). No caso de **tráfico de entorpecentes** – equiparado a hediondo -, o STF autorizava a

manutenção da prisão, decidindo que a vedação da liberdade provisória decorria diretamente da inafiançabilidade constitucional e legal (art. 44), não se aplicando a excepcionalidade da Lei n. 11.464/2007. Ainda que limitado ao tráfico de entorpecentes, revigorava-se, assim, o entendimento anterior a 1977, de que não cabia liberdade nos crimes inafiançáveis. Como exemplo, o julgamento do **HC 97883**, Primeira Turma do STF, rel. Min. Cármen Lúcia, em 23/06/2009, DJe 152, de 14/08/2009, cujo trecho da ementa é o seguinte:

“1. A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII). (...) Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos. 2. A Lei n. 11.464/07 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial (Lei n. 11.343/06, art. 44, caput), aplicável ao caso vertente. 3. Irrelevância da existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados: Precedentes. (...)”

O tema era tão relevante e perturbador que, em 10/09/2009, foi admitida a **repercussão geral** no julgamento do **RE 601.384**, rel. Min. Marco Aurélio, concluso ao relator desde 31/05/2010:

“PRISÃO PREVENTIVA - FLAGRANTE - TRÁFICO DE DROGAS - FIANÇA VERSUS LIBERDADE PROVISÓRIA, ADMISSÃO DESTA ÚLTIMA - Possui repercussão geral a controvérsia sobre a possibilidade de ser concedida liberdade provisória a preso em flagrante pela prática de tráfico de drogas, considerada a cláusula constitucional vedadora da fiança nos crimes hediondos e equiparados.”

Mesmo sem definição da repercussão geral do RE 601.384, em 10/05/2012 o Plenário do STF, ao apreciar o **HC 104.339**, por maioria e *“incidenter tantum”*, reconheceu a **inconstitucionalidade da vedação da**

liberdade provisória no art. 44 da Lei n. 11.343/2006. Embora reconhecida a inconstitucionalidade incidentalmente, o debate foi tão amplo que o Tribunal deliberou por autorizar os Senhores Ministros a decidirem monocraticamente os *habeas corpus* quando o único fundamento da impetração fosse a contrariedade do artigo 44 da mencionada lei, vencido o Ministro Marco Aurélio.

“Habeas corpus. 2. Paciente preso em flagrante por infração ao art. 33, caput, c/c 40, III, da Lei 11.343/2006. 3. Liberdade provisória. Vedação expressa (Lei n. 11.343/2006, art. 44). 4. Construção cautelar mantida somente com base na proibição legal. 5. Necessidade de análise dos requisitos do art. 312 do CPP. Fundamentação inidônea. 6. Ordem concedida, parcialmente, nos termos da liminar anteriormente deferida. ‘Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória”, constante do caput do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, vencidos os Senhores Ministros Luiz Fux, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio. (...) O Tribunal deliberou autorizar os Senhores Ministros a decidirem monocraticamente os habeas corpus quando o único fundamento da impetração for o artigo 44 da mencionada lei, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio.” (HC 104.339, rel. Gilmar Mendes, j. 10/05/2012, DJE 05/12/2012)

Apesar de determinar aplicação obrigatória, o entendimento do HC 104.339 praticamente **uniformizou** a possibilidade de **liberdade provisória ao tráfico de drogas**. Sobre o tema, acrescenta Renato Brasileiro de Lima (op. cit., p. 409) que *“não é dado ao legislador ordinário legitimidade constitucional para vedar, de forma absoluta, a liberdade provisória”*.

6.6.2. Tráfico de drogas: afiançabilidade

Em recente julgamento da 1ª Turma (**HC 129.474**, rel. Min. Rosa Weber, j. 22/09/2015), o STF concedeu *habeas corpus* – contra decisão do STJ que indeferiu a liminar no HC 329.639/PR - acolhendo a tese de miserabilidade do paciente e afastando o pagamento da fiança, a qual foi

arbitrada em crime de tráfico de entorpecentes. O Juiz de primeiro grau expressamente havia **relativizado a inafiançabilidade**, para evitar aplicar apenas outras medidas cautelares “frente à gravidade e às consequências do delito”, preferindo a fiança como contracautela.

6.6.3. Tráfico de drogas: pena restritiva de direitos

No julgamento do **HC 97.256** (rel. Min. Ayres Britto), em 01/09/2010, o Pleno do STF declarou incidentalmente a “**inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos**”, prevista no art. 33, § 4º, e no art. 44 da Lei n. 11.343/2006. No entanto, o Senado suspendeu a eficácia apenas do trecho referente ao art. 33, § 4º, da lei (Resolução n. 5/20012, de 15/02/2012). Independentemente de ser incidental e da omissão do Senado, tem-se entendido que não se aplica a vedação do art. 44, devendo o juiz aferir a possibilidade de **substituição da pena privativa por restritivas de direitos** para o tráfico de drogas, observando-se as regras do art. 44 do Código Penal.

6.6.4. Tráfico de drogas privilegiado: fiança e hediondez

O tráfico de drogas pode ter a pena reduzida se o agente for primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006). Trata-se de uma causa de diminuição de pena que tem sido chamada de **tráfico de drogas privilegiado**.

Nos termos do art. 5º, XLIII, da Constituição Federal e art. 2º da Lei n. 8.072/1990, qualquer tipo de tráfico de drogas é insuscetível de fiança. No entanto, há uma séria e inconclusa discussão sobre se o **tráfico privilegiado** está sujeito às limitações impostas aos crimes hediondos e equiparados, como as relativas ao indulto e aos benefícios da execução penal e, talvez, à inafiançabilidade.

O STJ adiantou-se, e sua Terceira Seção aprovou a **Súmula 512** (“A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 **não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas**”). Mas, tratando-se de privilégio, em que o legislador abstratamente prevê a atenuação da pena, discute-se na doutrina e no STF o afastamento da

hediondez e das restrições constitucionais nessa modalidade de tráfico de entorpecentes.

No STF, o assunto havia sido afetado ao Pleno, em decisão proferida no **HC 110.884/MS**, 2ª Turma, rel. Min. Ricardo Lewandowski, em que se discutia a concessão de indulto. Porém, em 04/08/2015, o relator julgou prejudicado o *habeas corpus*, arquivando-se o feito, pois o paciente já havia sido condenado pela prática de novos delitos, cujas penas estavam previstas para terminar somente em 13/07/2021, além do que o juiz da execução informou que a pena estava em cumprimento regular. Saliente-se que o Subprocurador-geral da República Edson Oliveira de Almeida, atuante no feito, já havia manifestado por **não considerar hediondo o tráfico privilegiado**:

“5. Nos termos do art. 44 da Lei nº 11.343/2006, os crimes dos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37, dessa mesma lei, são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Mas essa proibição, que deve ser interpretada restritivamente, não abrange a conduta definida pelo § 4º do art. 33, de menor grau de reprovabilidade, que não deve ser incluída no rol dos crimes equiparados a hediondos. Dessa forma, não se aplicam ao chamado tráfico privilegiado as vedações previstas no art. 44 da Lei nº 11.343/2006.”

O Supremo Tribunal Federal ainda pode definir o assunto, no julgamento do **HC 118.533**, também afetado ao Plenário em 24/03/2014, em que discute a concessão de livramento condicional e a progressão de regime nos moldes da Lei n. 7.210/1984 (LEP) (noticiado no Informativo STF n. 791 - 22 a 26 de junho de 2015). A Procuradoria-Geral da República, por seu Subprocurador-geral da República Edson Oliveira de Almeida, reiterou o parecer dado no HC 110.884, manifestando pela não hediondez do tráfico privilegiado.

Por enquanto, a relatora, Min. Cármen Lúcia votou pelo **afastamento da hediondez**, acompanhada do Min. Luis Roberto Barroso. Para ambos, um crime cuja pena pode ser reduzida a menos de dois anos não

pode receber o tratamento de um delito hediondo. Lembrou-se, ainda, que os Decretos 6.706/2008 e 7.049/2009 autorizaram a concessão de indulto a condenados por tráfico de entorpecentes privilegiado, a demonstrar inclinação no sentido de que esse delito não seria hediondo. Além da previsão de diminuição da pena, considerou-se que o § 4º do art. 33 não é indicado no art. 44 da Lei n. 11.343/2006, o qual buscou reproduzir as restrições de fiança, sursis, graça, indulto e anistia, típicas dos crimes hediondos. Pode-se entender que o tráfico de drogas privilegiado não deve receber o mesmo rigor dos tipos penais dos artigos 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 da mesma lei. Ressalte-se que os impedimentos à liberdade provisória e à conversão de suas penas em restritivas de direitos foram declarados inconstitucionais.

Outro argumento que pode ser acrescentado é o consagrado entendimento de que o homicídio qualificado-privilegiado não é crime hediondo (STJ, HC 153.728/SP e HC 43.043/MG).

Os Ministros Luiz Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber e Luiz Fux divergiram da relatora. Em 24/06/2015, o ministro Gilmar Mendes pediu vista, tendo devolvido os autos em 04/05/2016, porém sem data da continuação do julgamento. Enquanto não se julga o *writ*, mantém-se no STF o entendimento pela hediondez do tráfico privilegiado (HC 121255 / SP, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, julg. 03/06/2014, publ. DJe-148 31/07/2014).

7. IMPRESCRITIBILIDADE: SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO POR PRAZO INDEFINIDO (ART. 366 DO CPP)

Após reiterados julgamentos, em 2009 a Terceira Seção do STJ editou a **Súmula 415**: “*O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada*”.

O enunciado diz menos que pretendeu. Pelo conteúdo dos acórdãos, o **prazo da prescrição deve ser regulado pelo máximo da pena cominada**, aplicando-se o critério do art. 109 do Código Penal. Fixou-se entendimento de que, no caso de citação por edital (art. 366 do CPP), a **suspensão do curso do prazo prescricional por prazo indeterminado** tornaria **imprescritível** a infração penal apurada, o que seria vedado pelo ordenamento:

“1. Consoante orientação pacificada nesta Corte, o prazo máximo de suspensão do prazo prescricional, na hipótese do art. 366 do CPP, não pode ultrapassar aquele previsto no art. 109 do Código Penal, considerada a pena máxima cominada ao delito denunciado, sob pena de ter-se como permanente o sobrestamento, tornando imprescritível a infração penal apurada.” (HC 84.982, 5ª Turma, rel. Min. Jorge Mussi, j. 21/02/2008, DJe 10/03/2008).

Entretanto, no STF (RE 460.971, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Perence, j. 13/02/2007, DJ 30/03/2007) permanece o entendimento de que:

“a Constituição Federal não proíbe a suspensão da prescrição, por prazo indeterminado, na hipótese do art. 366 do C.Pr.Penal. 2. A indeterminação do prazo da suspensão não constitui, a rigor, hipótese de imprescritibilidade: não impede a retomada do curso da prescrição, apenas a condiciona a um evento futuro e incerto, situação substancialmente diversa da imprescritibilidade. 3. Ademais, a Constituição Federal se limita, no art. 5º, XLII e XLIV, a excluir os crimes que enumera da incidência material das regras da prescrição, sem proibir, em tese, que a legislação ordinária criasse outras hipóteses.”

Em 16/06/2011, o assunto também foi submetido ao sistema de **repercussão geral**, ainda não julgado, cujos autos estão conclusos com o relator Min. Ricardo Lewandowski desde 03/02/2016, com pedido de prioridade da tramitação (RE 600.851 RG).

Para Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel, o rol constitucional de crimes imprescritíveis é taxativo (*Contagem da prescrição durante a suspensão do processo: súmula 415 do STJ*, 4 de março de 2010, acessado em 03/12/2015. <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI103015,101048-Contagem+da+prescricao+durante+a+suspensao+do+processo+sumula+415+do>):

“Por outro lado, é certo que a Constituição estabeleceu, taxativamente, as hipóteses de imprescritibilidade - nos crimes de racismo e na ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático – exa-

tamente para proibir a imprescritibilidade em qualquer outro delito, ressalvada a dos delitos contra a humanidade, nos termos do direito universal emanado da ONU. Trata-se de 'silêncio eloquente' da Constituição brasileira. Não tem sentido afirmar que o legislador ordinário pode tornar imprescritível um delito de desacato ou de furto.

Na clássica lição de Carlos Maximiliano, normas restritivas de direitos fundamentais devem ser interpretadas restritivamente, para restringir ao mínimo o direito posto. É assim que deve ser interpretado o nuclear artigo 5º da Constituição. Se o dispositivo permitiu a imprescritibilidade apenas em duas hipóteses é porque a proibiu em qualquer outra."

Nesse aspecto, talvez seja a hora de repensar também eventual limite para a suspensão do curso do prazo prescricional em outras situações, como as do art. 116 do CP e art. 368 do CPP (rogatória citatória).

8. INCOERÊNCIAS DA FIANÇA

É oportuno rever algumas inconsistências sobre a fiança e a inafiançabilidade, resultantes dessas alterações legislativas e o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial.

Como visto, a inafiançabilidade já foi sinônimo de prisão obrigatória. Aliás, já dito acima, na década de 1940 a presunção era de periculosidade e a regra era o réu ficar detido até a sentença. A fiança era um verdadeiro benefício para se obter a liberdade provisória. Atualmente, em que vige a presunção de não culpabilidade, é possível a liberdade provisória inclusive para crimes inafiançáveis. A Lei n. 6.416/1977 incluiu parágrafo único ao art. 310 do CPP, permitindo a liberdade provisória sem fiança a qualquer crime, inclusive graves, como os inafiançáveis. Em 2007, a Lei 11.464 excluiu a vedação de liberdade provisória para os crimes hediondos, tráfico de drogas, tortura e terrorismo. Consolidou-se a possibilidade de se soltar acusados desses delitos, sem fiança, pois são constitucionalmente inafiançáveis, desde que ausentes os pressupostos da prisão preventiva.

Então, em **igualdade de condições** (ausência de motivos para a preventiva), acusados de infrações **graves** podem ser **soltos sem pagar**

fiança (por serem crimes inafiançáveis) e, incoerentemente, presos por crimes **menos graves**, podem ser submetidos ao recolhimento da **fiança** para serem liberados (porque permitida a fiança, ainda que não obrigatória). A fiança, para crimes afiançáveis, assim, torna-se um obstáculo para a liberdade (equivalente a um encargo com feição de condição suspensiva do Direito Civil (art. 136 do Código Civil), enquanto que, nos crimes inafiançáveis, o indivíduo pode ser liberado imediatamente à decisão do juiz, sem qualquer ônus financeiro.

Outro ponto inconsistente é o impedimento de fiança do art. 324, IV, do CPP: a presença de motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312). Ressalte-se que essa vedação não configura um crime inafiançável, mas apenas uma situação pessoal e individual que impede a concessão de fiança, conforme distinção apresentada acima (item 4).

Essa vedação tem pouca – ou nenhuma – utilidade. Se houver pressupostos do art. 312 do CPP, a prisão preventiva será decretada e nem se examinará a aplicação da fiança. E, se não houver pressupostos, será concedida a liberdade provisória com ou sem fiança, ficando prejudicada a incidência ou não do art. 324, IV, do CPP (já se constatou a inexistência dos pressupostos da cautelar prisional). E se presentes os fundamentos do art. 312, mas não for hipótese do art. 313 do CPP? Será concedida a liberdade sem fiança? Se a resposta for positiva, incidirá na mesma incoerência acima: a situação mais grave (presença de motivos do art. 312) terá soltura sem fiança, enquanto que o quadro mais leve (ausência de fundamentos do art. 312) poderá ter liberdade com fiança. A manutenção do inciso IV do art. 324, portanto, só causa antinomia.

9. CONCLUSÃO

Não parece ser obra do acaso que as leis e os tribunais superiores estão reconhecendo a **inconstitucionalidade da vedação da liberdade provisória** (STF: **ADIn 3112**, relator Min. Ricardo Lewandowski, j. 02/05/2007; **HC 104.339**, rel. Gilmar Mendes, j. 10/05/2012, Lei n. 11.464/2007) e da **imprescritibilidade (Súmula 415 do STJ)** atribuída abstratamente a determinados crimes. Pelo estudo jurisprudencial, os tribunais estão alinhando esses entendimentos, para manter uma coesão sistêmica, a fim de efetivar princípios como a presunção de inocência, motivação das decisões e iso-

nomia. Passemos a tentar responder às perguntas inicialmente propostas.

a) A lei pode tornar inafiançável outros crimes além dos já previstos na Constituição Federal?

Não há dúvida de que a regra derivada da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF) é a liberdade e a prescrição. A própria Constituição Federal prevê as exceções. E exceções que restringem a liberdade não podem ser ampliadas. Um intenso debate ocorreu no julgamento da **ADIn 3112**, em que se declarou a inconstitucionalidade da inafiançabilidade e vedação de liberdade provisória no Estatuto do Desarmamento. Assim votou o Ministro Cezar Peluso, vencido:

“Depois, parece-me que a Constituição estabeleceu os casos que considerou insusceptíveis de fiança, de graça e a de anistia, mediante juízo de valor a respeito da gravidade dos delitos que prevê. E, quando, a meu ver, com o devido respeito, se remete à lei para definição dos crimes hediondo, apenas abre uma exceção. Noutras palavras, a interpretação do inciso XLIII implica dizer que, além dos casos que a própria Constituição estabelece, como os do inciso anterior e dos subsequentes, por exemplo, a lei só pode prever inafiançabilidade e insusceptibilidade de graça e anistia àqueles crimes considerados por ela, lei, como hediondos. A alternativa estava posta para o legislador.”

O Ministro Sepúlveda Pertence, acompanhado do Ministro Marco Aurélio, contra-argumentou que o inciso XLIII somente antecipou-se ao legislador, tendo o Ministro Peluso respondido: *“Como exceção. Por isso mesmo é de interpretação restritiva.”*

Em sequência, o Ministro Pertence alegou que *“No seu âmbito, proibiu a fiança a própria Constituição. Mas, a meu ver, não tornou obrigatoriamente afiançáveis os demais delitos. Quer dizer, não revogou o artigo 323 do Código de Processo Penal, que diz que o delito apenado com pena mínima superior a dois anos não admite fiança.”*

Para finalizar, o Ministro Peluso enfatizou que a exceção à liberdade é norma restritiva: *“Se é exceção, a interpretação é restritiva, não apenas*

porque é exceção, mas porque é exceção gravosa à liberdade individual.”

Resumindo: o STF entendeu possível a lei estabelecer novos crimes inafiançáveis, mas declarou inconstitucional a inafiançabilidade de alguns crimes por serem desproporcionais e desarrazoado. E entendeu que a **Constituição não autoriza a vedação abstrata de liberdade provisória**.

Como visto anteriormente, o STF decidiu que a lei não pode vedar a liberdade provisória abstratamente a determinado crime (**HC 97883 e ADIn 3112**). O STJ reconheceu que o legislador não pode criar situações que causem imprescritibilidade (**Súmula 415**).

Admitindo-se que vedação de liberdade provisória e imprescritibilidade são fenômenos semelhantes, que se referem à exceção ao direito de liberdade e à presunção de inocência, tais precedentes jurisprudenciais podem ser **estendidos à inafiançabilidade**. O voto do Min. Cezar Peluso na **ADIn 3112**, ainda que isolado e vencido, revela excelente conteúdo jurídico-constitucional em matéria de liberdade individual. Os três assuntos – **liberdade, prescrição e fiança** – são regras do Direito Constitucional Penal e **somente** a própria Constituição Federal pode excepcioná-la. Não há mera antecipação ao legislador. Há verdadeiro **rol taxativo** de crimes inafiançáveis e imprescritíveis. Saliente-se que a lei pode prever **situações** individualizadas – **não crimes** – em que se restringe a liberdade provisória (por exemplo, a prisão preventiva), mas não se admite a vedação genérica a determinada infração penal.

Tanto que a inafiançabilidade destinada a crimes específicos foi afastada da legislação, por motivos diversos (pela lei ou pelo STF), e não foi reproduzida posteriormente: art. 3º da Lei n. 9.613/98, arts. 14 e 15, parágrafos únicos, da Lei n. 10.826/2003 e art. 323 na redação anterior à Lei n. 12.403/2011.

Comentando sobre a vedação peremptória de liberdade provisória, Renato Brasileiro de Lima (op. cit., p. 409) fortalece essa tormentosa discussão, com convincentes argumentos, em resumo:

“Em outras palavras, ao se restringir a liberdade provisória em relação a determinado delito, estar-se-ia estabelecendo hipóteses de prisão cautelar obrigatória, em clara e evidente afronta ao princípio de não culpabilidade. De mais a mais, ao se vedar de maneira absoluta a concessão de liberdade provisória, tais dispositivos legais estariam privando o magistrado

da análise da necessidade da manutenção da prisão cautelar do agente, impondo verdadeira prisão 'ex lege'. Criar-se-ia, então, um juízo prévio e abstrato de periculosidade, feito pelo Legislador, retirando do Poder Judiciário o poder de tutela cautelar do processo e da jurisdição penal, que só pode ser realizado pelo magistrado a partir dos dados concretos de cada situação fática”.

Complementa que “ao se admitir que a lei vede peremptoriamente a liberdade provisória (...) restaurar-se-á, de maneira transversa a famigerada prisão preventiva obrigatória, revogada do Código de Processo Penal com a edição da Lei nº 5.349/67” (op. cit., p. 410; item 6.1 *supra*). Não se olvide que a vedação de liberdade provisória e a inafiançabilidade **dialogam-se** entre si, pois ambas **limitam a presunção de inocência**. E nada justifica a lei criar um novo delito inafiançável sem intenção de manter o indivíduo detido (ainda que tenha perdido essa qualificação), mas apenas para autorizar a prisão em flagrante de alguns sujeitos específicos (como Parlamentares, Magistrados, membros do Ministério Público e Advogados).

O legislador ordinário pode, contudo, definir **novos crimes hediondos** e, conseqüentemente, surgirá novo crime inafiançável, conforme autorizado pela Constituição Federal. Nesse caso, o novo delito hediondo será alcançado por um conjunto de restrições além da inafiançabilidade (insuscetíveis de anistia, graça e indulto; regime inicial fechado, progressão de regime e livramento condicional com prazos diferenciados, prisão temporária de 30 dias).

Nem se alegue que anistia, graça e indulto permitem modulação quanto aos crimes abrangidos. Esses institutos são, por natureza, seletivos, autorizando os entes competentes a delimitar os requisitos para sua concessão, com certa discricionariedade, limitados à vedação prevista no inciso XLIII do art. 5º da Carta da República (**ADIn 2.795-MC**, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 8/05/2003). Diferente do instituto da fiança, que, em regra, alcança todos os crimes e pessoas.

Também não pode ser sustentada, como parâmetro, a ampliação do rol de crimes sujeitos ao Tribunal do Júri, admitida pela doutrina, pois esse procedimento – ao contrário da inafiançabilidade e imprescritibilidade – é tido como benéfico ao réu, tendo em vista a dilação probatória e

plenitude da defesa (art. 5º, XXXVIII, da CF).

Desse modo, é possível concluir que o **legislador ordinário** não pode impor a inafiançabilidade a um crime cuja matéria é reservada à Constituição Federal. Mas poderá acrescentar um novo delito ao rol da Lei n. 8.072/1990, atribuindo-lhe, além da inafiançabilidade, um conjunto de limitações próprias dos crimes hediondos.

b) A vedação de fiança tem o mesmo efeito de crime inafiançável?

Pouco explorada na doutrina, é preciso estar atento à distinção entre crime inafiançável e situação concreta em que se veda a fiança.

Crimes (fatos típicos, antijurídicos e culpáveis) inafiançáveis são aqueles previstos nos incisos XLII, XLIII e XLIV do art. 5º da Constituição Federal, meramente repetidos nos artigos 323 do CPP.

Situações concretas são fatos relacionados a determinados indivíduos que impedem o arbitramento de fiança. Evidente que essas situações devem estar atreladas a um crime, inafiançável ou não. Mas, como visto acima, não pode a lei estipular um novo crime por si inafiançável.

Parece que o legislador observou essa diferença em 2011. A Lei 12.403/2011 acabou com vedação de fiança a crimes e situações em **abstrato** (antigo art. 323 do CPP: *crimes com pena mínima de reclusão acima de dois anos, contravenções penais de vadiagem e mendicância, violência ou grave ameaça à pessoa*), mantendo apenas as **hipóteses constitucionais** (atual art. 323 do CPP) e as situações pessoais do **caso concreto** (art. 324, ver acima). Importante dizer que também não se veda mais a fiança por *clamor público e vadiagem*.

Sobre o clamor público, Renato Brasileiro de Lima (op. cit., p. 396) reforça a desarmonia na inafiançabilidade por situações abstratas pré-definidas:

“Essa vedação em abstrato à concessão da fiança já era alvo de críticas pela doutrina mesmo antes do advento da Lei nº 12.403/11. Isso porque não se pode segregar cautelarmente a liberdade de locomoção de alguém tão somente em virtude da gravidade do delito, repercussão da infração ou clamor social provocado pelo crime.”

Assim entendido, sempre que a legislação (Constituição e leis) referir-se a **crime inafiançável**, deve se considerar exclusivamente aqueles previstos nos incisos XLII, XLIII e XLIV do art. 5º da Constituição Federal, observando-se que o legislador ordinário pode fixar novos crimes hediondos, tornando-se automaticamente inafiançáveis. Porém, os simples **impedimentos ou vedações** previstos na lei infraconstitucional são apenas **circunstâncias** individuais que não caracterizam crimes inafiançáveis.

Portanto, Membros do Congresso Nacional e Assembleias Legislativas após a expedição do diploma (arts. 53, § 2º, e 27, § 1º, da CF), Magistrados (art. 33, II, da LOMAN – Lei Complementar n. 35/1979), membros do Ministério Público (art. 40, III, da LONMP – Lei n. 8.625/1993) e Advogados no exercício da profissão (art. 7º, § 3º, do Estatuto da Advocacia - Lei n. 8.906/1994) somente podem ser presos em flagrante por **delitos** classificados como **inafiançáveis** pela Constituição Federal, mas não por vedações pessoais à fiança previstas exclusivamente na lei infraconstitucional.

Nesse contexto, em regra, os parlamentares não podem ter prisão preventiva decretada, ao contrário das demais pessoas retroindicadas. Em sentido oposto, porém, em 22/08/2006, a 1ª Turma do STF manteve a prisão preventiva de deputado estadual do Estado de Rondônia, antes decretada pelo STJ (HC 89.417, rel. Min. Cármen Lúcia), e, mais recentemente, em 25/11/2015, a 2ª Turma do STF referendou a prisão cautelar do senador Delcídio do Amaral, decretada na véspera pelo relator Min. Teori Zavascki, que entendeu estarem presentes situação de flagrância e os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal (Ação cautelar 4.039). Nos dois casos, afastou-se a interpretação literal do § 2º do art. 53 da CF, haja vista a gravidade e excepcionalidade da situação, a fim de buscar efetiva e eficaz aplicação do sistema constitucional como um todo. Como não poderia deixar de ser, foi uma decisão emblemática e muito debatida na comunidade jurídica. ❖

Aborto de Feto Anencéfalo

Áurea Pimentel Pereira

Desembargadora do TJRJ

A Constituição Federal brasileira de 1988 alinha, no *caput* de seu artigo 5º, dentre os direitos e garantias fundamentais, a todos assegurados, o direito à vida.

De outro lado, o artigo 2º do Código Civil em vigor, declara:

“A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, o direito do nascituro”.

Por fim, os artigos 124 *usque* 127 do Código Penal, consideram a interrupção da gravidez, por meio de aborto, crime; sendo as duas únicas hipóteses em que a criminalidade se encontra excluída, as previstas nos incisos I e II do artigo 128, do Código citado, a saber: o aborto havido como necessário, quando constituir o único meio para salvar a vida da gestante e o aborto em caso de gravidez resultante de estupro.

Do teor do artigo 2º do Código Civil pátrio - em harmonia com o estatuído no artigo 5º do *caput* da Carta Magna - resulta clara a intenção da Lei de garantir o direito à vida, desde a concepção, criminalizando o aborto quando realizado fora das situações excludentes de criminalidade que são, sabidamente, as previstas nos incisos I e II do artigo 128 da Lei Penal.

Antes da edição da Lei 2.848, de 07/12/40, discutia-se a possibilidade, ou não, da realização do aborto conceituado como eugênico, naqueles casos em que estivesse comprovado existir o feto deformidade, ou ser portador de enfermidade incurável.

Com a edição daquela Lei, porém, a discussão se esvaziou, declarado que foi, de forma expressa, no referido diploma legal, como absolutamente inadmissível, a realização do denominado “aborto eugênico”, para interrupção da gestação de fetos portadores de deformações físicas ou malformações graves, insuscetíveis de serem corrigidas.

Constitui questão nova que, mais recentemente despertou discussão, dentre os doutos, na área médica e na Justiça, a admissibilidade, ou não da interrupção da gravidez, no caso de feto anencéfalo.

Como é sabido, a anencefalia é malformação, exibida pelo feto, consistente na ausência total, ou parcial, do encéfalo e calota craniana, deformidade que, informam as estatísticas, tem sido observada em 1(um) em cada mil bebês.

A ciência médica tem conceituado, a encefalia, como patologia irreversível, por excluir a possibilidade de vida, após o parto.

Do ponto de vista médico, então, em casos tais, não havendo para o feto expectativa de vida, a não ser por alguns instantes, no máximo, por alguns dias, a não concessão de autorização, nesses casos, para a interrupção da gravidez, constituiria, tão somente, para a gestante, injusto sofrimento físico e moral.

A jurisprudência dos Tribunais de Justiça, de nosso país - vem-bora durante certo tempo, não inteiramente pacificada - vinha admitindo, nos casos comprovados de anencefalia, autorização para a realização do aborto, sob a consideração de que, não havendo possibilidade de sobrevivência, do feto anencéfalo, após o parto, não haveria, então, nesse caso, “bem jurídico da vida” a ser preservado.

Segundo pesquisas feitas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - que podem ser conferidas, na *internet*, no *site* SEAPE - entre os anos de 2001 e 2006, os Tribunais de Justiça do Brasil receberam quarenta e seis pedidos de interrupção de gravidez de fetos anencéfalos, sendo que, em 54% dos casos, as decisões foram no sentido de autorizar o aborto; nos demais casos, em razão da demora das decisões, os fetos vieram a falecer antes que ditas decisões tivessem sido proferidas.

Sabe-se que na América do Norte e na Europa, em caso de anencefalia, o aborto tem sido permitido.

Em parte da África, nos países, mulçumanos e em parte da América Latina, todavia, o aborto de feto anencéfalo não vem sendo admitido.

No Brasil, as decisões da Justiça têm se orientado no sentido de conceder autorização para a interrupção da gestação, em caso de feto anencéfalo; do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, merecendo ser trazidos à colação, com destaque, os acórdãos de que foram Relatores, respectivamente: a Des. Gizelda Leitão Teixeira, quando do julgamento da Apelação Cível 2003.052.05208 da 2ª Câmara Criminal, e a Des. Suely Lopes Magalhães, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* 2004.059.06681, da 8ª Câmara Criminal.

Em hipóteses idênticas, em que foi pedida autorização para interrupção da gravidez de feto anencéfalo, as pretensões foram também acolhidas, respectivamente, nos Tribunais de Justiça: de Minas Gerais, por ocasião do julgamento do Proc: 10079.07.343179-7/001, que teve como Relatora a Des. Cláudia Maia; no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por ocasião do julgamento da Apelação Criminal 70012840971, de que foi Relator o Des. Manuel Esquivel Hoppe e no Tribunal de Justiça de São Paulo, quando da apreciação do Recurso interposto no Proc: 5162994500, que teve como Relator o Des. Sebastião Carlos Garcia. Em dois outros casos, contudo, em que pedidos de autorização para interrupção da gestação de fetos anencéfalos foram formulados, as pretensões deixaram de ser acolhidas, respectivamente: pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Nos casos julgados, respectivamente, pelo Superior Tribunal de Justiça (*Habeas Corpus* nº 2006/0062671-4 - que teve como Relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima (Quinta Turma) - e pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (Proc: 5162994500, de que foi Relator o Des. Sebastião Carlos Garcia), os pedidos de interrupção da gravidez, em casos de fetos anencéfalos só deixaram de ser acolhidos em razão da “avançada idade gestacional, com a aproximação do termo final para a realização do parto”.

Todavia, em outra hipótese, apreciada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quando do julgamento do *Habeas Corpus* 70020596730, na 1ª Câmara Criminal, de que foi Relator o Des. Ivan Leomar Bruxel, o pedido de autorização para a interrupção da gestação de feto anencéfalo deixou de ser concedido, por ter-se considerado não configurada, na espécie, hipótese em que, de acordo com a Lei, a criminalidade da conduta abortiva pudesse ser excluída.

A discussão de tão instigante questão, que envolve a possibilidade, ou não, da interrupção da gravidez, em caso comprovado da existência de feto anencéfalo, já chegou ao Tribunal Maior do país (STF), tendo sido solvida quando do julgamento, feito em 30/04/2012, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, de que foi Relator o Ministro Marco Aurélio de Mello, quando, então por maioria de votos, reconheceu-se ser inconstitucional a tipificação, como crime, nos termos dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II do Código Penal, a interrupção da gravidez de feto anencéfalo (Vide ementa de acórdão transcrito no final deste capítulo).

Da leitura de ementa do acórdão, proferido quando daquele julgamento, vê-se que seu ilustre prolator, o Ministro Marco Aurélio de Mello, depois de haver como impertinente, para apreciação, na espécie, de qualquer questão religiosa, sob a consideração de ser o Brasil uma república laica, e de enfatizar, como valores que, na hipótese em julgamento, deviam ser preservados, o direito da mulher à autodeterminação; à liberdade sexual e reprodutiva e à saúde, vistos como direitos fundamentais, concluiu por reconhecer como “inconstitucional a interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II do Código Penal”.

No corpo do acórdão, lembrou o seu douto relator que:

“Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo não existe vida possível. O feto anencéfalo é biologicamente vivo por ser formado por células vivas e juridicamente morto, não gozando de proteção estatal. O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. Anencefalia é incompatível com a vida”.

Foi na esteira de tal entendimento que o Tribunal Maior do País, concluiu pela não tipificação, como crime, o aborto de feto anencéfalo que, na espécie, foi havido como não detentor do direito de proteção do Estado.

Dando ênfase a tal argumentação, foi trazido, no acórdão, à colação, o ensinamento do Dr. Thomás Rafael Gallop - membro emérito da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência - forte a lembrar que 75% dos anencéfalos não chegam a alcançar o ambiente extrauterino, e os 25% restantes têm cessados a respiração e batimentos cardíacos nas primeiras 24 horas ou nas primeiras semanas seguintes, podendo, assim, o anencéfalo ser considerado como: “um morto cerebral, que tem batimento cardíaco e respiração”.

A decisão do Pretório Excelso, como já se registrou, anteriormente, não foi unânime, tendo havido dois votos divergentes, que *in casu*, foram os dos Ministros Ricardo Lewandowski e Cesar Peluso, que alinharam, em seus pronunciamentos, judiciosas considerações, em nossa visão, merecedoras de destaque.

No primeiro dos votos referidos: do Ministro Ricardo Lewandowski, vê-se que aduzido foi argumento, de grande relevância, quando se registrou que, o Supremo Tribunal Federal não podia, como na hipótese ocor-

reu, dar à Lei Penal, *in casu*, aos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, interpretação com a intenção de: *Verbis* “inserir conteúdos”, sob pena de usurpação da competência para legislar que é do Poder Legislativo.

Com efeito, como é sabido, o aborto constitui crime, tipificado nos artigos 124 *usque* 127 do Código Penal.

As duas únicas hipóteses em que a prática abortiva não é considerada crime são as previstas nos incisos I e II do artigo 128, do Código citado, ou seja, quando a interrupção da gravidez precisa ser feita para salvar a vida da gestante (inciso I) e no caso de gravidez resultante de estupro (inciso II).

O aborto de feto anencéfalo, evidentemente, não se inclui em nenhuma das hipóteses excludentes de criminalidade, no artigo 128 do Código Penal previstas.

Destarte, o que se fez no v. acórdão do STF, sob apreciação, foi, na verdade, o reconhecimento de uma terceira excludente de criminalidade, no texto legal não prevista, nesse passo - como observou o voto vencido do Ministro Lewandowski - invadindo a competência do Poder Legislativo.

A observação feita, no voto do Ministro Lewandowski, parece-nos perfeita e de absoluta pertinência, merecendo o destaque e as considerações que ora fazemos, para deixar registrado que o nosso entendimento sobre a matéria, coincide, inteiramente, com o contido naquele douto pronunciamento, ou seja, o de que não é possível, a pretexto de interpretar uma lei, fazê-lo de modo a nela inserir conteúdos inexistentes.

É certo que o juiz ao interpretar um texto legal, para aplicá-lo a uma hipótese concreta, pode fazê-lo, em certos casos, *cum grano salis*, de modo a dar, à referida hipótese, solução ao mesmo tempo legal e justa.

Na interpretação da norma legal, porém - como advertiu o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, em Estudo Jurídico, publicado na Revista da EMERJ, vol. 3, nº 11, páginas 24/42 - “não pode o juiz, em regra, modificá-la, para aplicá-la, ao caso concreto, como se livre fosse o direito, embora possa adaptá-la à realidade”.

Isto porque, como ensina o magistério de Lopes da Costa: “O juiz não é legislador. A autoridade de suas decisões assenta na autoridade da Lei”.

Foi em harmonia com esses doutos ensinamentos, que votou vencido, o Ministro Cesar Peluso, quando do julgamento, no Supremo Tribunal Federal, da Arguição do Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54,

observando que, não existindo, na Lei Penal brasileira, norma expressa excluindo a criminalidade de aborto praticado fora das disposições contidas nos incisos I e II do artigo 128 do Código Penal, em sua opinião:

“Permitir o aborto de anencéfalo é dar autorização judicial para se cometer um crime”.

Do referido voto, merece, ainda, destaque a observação feita, por seu ilustre prolator - impregnada de jurisdição e conteúdo humano - forte a lembrar que, no caso de aborto de feto anencéfalo:

“Ao feto, reduzido, no fim das contas, à condição de lixo ou de outra coisa imprestável e incômoda, não é dispensada, de nenhum ângulo, a menor consideração ética ou jurídica, nem reconhecido grau algum de dignidade jurídica que lhe vem da incontestável ascendência e natureza humana. Essa forma de discriminação em nada difere, ao meu ver, do racismo, do sexismo e do chamado especismo”.

Os argumentos aduzidos nos doutos votos vencidos, a que acabamos de nos referir, estão cercados de indiscutível *abstractum* jurídico merecendo aguda reflexão.

Todavia, proclamada que foi, pelo Pretório Excelso, a não tipificação como crime, do aborto de feto anencéfalo, a matéria deve ser vista, agora como definitivamente solvida, insuscetível de nova discussão.

Perpassa-nos, contudo, o receio de que, inspirados em tal decisão, novas investidas possam vir a ser feitas, buscando autorização para o aborto em casos de malformações, com a inauguração do que, sempre em nosso país foi inadmitido, *in casu*, o aborto eugênico.

Foi essa mesma preocupação que assaltou o Ministro Cesar Peluso, quando no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, no corpo de seu bem lançado voto vencido, registrou:

“Uma discussão judicial, isentando de sanção o aborto de fetos, anencéfalos, ao arrepio da legislação existente, além de discutível, do ponto de vista científico, abrirá as portas para a interrupção de gestações de inúmeros embriões que sofram ou viriam a sofrer outras doenças genéticas ou adquiridas que de algum modo, levariam ao encurtamento de sua vida *intra* ou *extrauterina*.”

Toda essa discussão, contudo, a esta altura - após a decisão proferida pelo Tribunal Maior do País, que reconheceu não constituir crime o aborto de feto anencéfalo - restou ultrapassada: *magister dixit*.

Sem embargo do maior respeito que é indiscutivelmente devido, àquela doura decisão, permitindo-nos, porém, deixar registrado que os argumentos jurídicos que foram nela aduzidos, em nenhum momento lograram alterar o entendimento que sempre tivemos sobre essa delicada questão, que mantemos já agora iluminado pelos doutos votos vencidos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Cesar Peluso, proferidos quando do julgamento no Pretório Excelso, da Arguição de Descumprimento do Preceito Fundamental nº 54. ❖

Supremo Tribunal Federal

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54

Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello

Acórdão de 30/04/2012

Ementa

Estado Laicidade. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro, quanto às religiões. Considerações.

Feto Anencéfalo. Interrupção da gravidez. Mulher. Liberdade sexual e Reprodutiva. Saúde. Dignidade. Autodeterminação. Direitos Fundamentais. Crime. Inexistência. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II do Código Penal.

ADPF 54: A (In)Eficácia Social da Decisão do STF sobre o Aborto de Anencéfalos na Cidade do Rio de Janeiro

Clarissa Mortari Simões

Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUC-RS. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Pesquisadora do Observatório da Justiça Brasileira - OJB. Advogada. Militante no Rio de Janeiro

Ana Clara de Oliveira Militão

Graduanda pela Faculdade Nacional de Direito – (FND/UFRJ). Membro do Observatório da Justiça Brasileira - OJB.

Gabriela Campos Pedroso

Graduanda pela Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ). Autora na Livraria Ciência e Tecnologia Editora Ltda (LCTE Editora) .

Yasmin de Melo Silva

Graduanda pela Faculdade Nacional de Direito – (FND/UFRJ). Realiza pesquisa na área de Teoria do Direito e análises institucionais como membro do Observatório da Justiça Brasileira - OJB. Bolsista em Iniciação Científica FAPERJ.

Durante o ano de 2014 e no início de 2015, foi desenvolvida pesquisa transdisciplinar orientada sobre o tripé linguagem-gênero-direito no âmbito do Grupo de Pesquisa Observatório da Justiça Brasileira (OJB), coordenado pela Professora Cecília Caballero Lois, da FND-UFRJ, em par-

ceria com a Professora Lúcia Freitas, da Universidade Estadual de Goiás (UEG). A proposta era abordar a decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 54), que proveu o pedido para reconhecer a antecipação terapêutica de parto como um direito subjetivo das gestantes de feto anencefálico e declarar inconstitucional a interpretação de tal procedimento como tipificado penalmente. O objetivo foi analisar os impactos dessa decisão na cidade do Rio de Janeiro a partir das concepções de eficácia dos direitos fundamentais (NETO, 2008; RODRIGUEZ-GARAVITO, 2011; RODRIGUEZ-GARAVITO, 2013; RODRIGUEZ-GARAVITO e FRANCO, 2010¹) e acesso a direitos, para avaliar se a decisão encerrou a sua eficácia nela mesma, associado à posterior Resolução do Conselho Federal de Medicina, editada em seguida (RESOLUÇÃO CFM Nº 1.989/2012).

Tal demanda foi acessada a partir da articulação do Direito com a linguística e os estudos de gênero, para que se realizasse uma abordagem investigativa. Orientadas por essas questões iniciais e pelo arranjo teórico-metodológico transdisciplinar proposto, buscou-se empreender uma pesquisa qualitativa (TAYLOR e BOUGDAN, 1999²), com fonte documental, e triangulada com dados coletados a partir de procedimentos etnográficos (THOMAS, 1993³), como anotações de observação em diário de campo e entrevistas semiestruturadas. As fontes documentais foram o inteiro teor da decisão e votos, bem como os textos que compõem a petição inicial. Os dados etnográficos foram coletados em visitas aos hospitais habilitados para a realização de abortos legais na cidade do Rio de Janeiro e em entrevistas com profissionais dessas mesmas unidades de atendimento, Hospital Maternidade Fernando Magalhães e Instituto Fernandes Figueira-FIOCRUZ.

Ainda que se tome por base a definição de eficácia como a qualidade daquilo que produz o efeito que se espera, atingir o objetivo proposto, executar algo de acordo com o determinado, deve-se questionar o que se espera. Qual é a implicação social da produção ou não de efeitos de um

1 RODRIGUEZ-GARAVITO, C. "Beyond the Courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America". *Texas Law review*, v. 89, 2011, p. 1-30.

_____. "El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales". *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, v. 14 (diciembre), 2013, p. 1-27.

_____; FRANCO, D. R. "Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia". Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.

2 TAYLOR, S.; BOUGDAN, R. *Introduction to qualitative research methods: A guide and resource*. New York: John Wiley & Sons Inc, 1999.

3 THOMAS, J. *Doing critical ethnography*. London: Sage, 1993.

direito? Pacífico entre a doutrina constitucionalista é o fato de as normas constitucionais apresentarem eficácia, a qual pode ser plena, contida ou limitada. Importantes julgados do Supremo Tribunal Federal definem a eficácia e aplicabilidade de normas Constitucionais.

Neste trabalho, analisou-se a ADPF 54, a qual apontou como descumpridos os preceitos dos artigos 1º, IV – dignidade da pessoa humana –, 5º, II - princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade –, 6º, *caput*, e 196 – direito à saúde –, todos da Carta da República. Como ato do Poder Público causador da lesão, apontou os artigos 124, 126, *caput*, e 128, incisos I e II, do Código Penal, os quais ensejavam a proibição de se efetuar a antecipação terapêutica do parto nos casos de fetos anencéfalos. O Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos supracitados do Código Penal.

Dessa forma, considerando o caráter fundamental dos preceitos mencionados, pode-se afirmar que a decisão do STF possui eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral, pois decidiu pela inconstitucionalidade da interpretação, prezando pelas normas constitucionais. A decisão, portanto, está apta a produzir todos os seus efeitos, independentemente de norma integrativa infraconstitucional. Entretanto, é notável a dificuldade de se trabalhar com a eficácia plena em um âmbito transdisciplinar, pois a ADPF em questão trata de tema específico da Medicina – anencefalia – e depende desta para obter seus devidos e esperados fins. Afirmar que a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo não é aborto já constrói um ponto inicial para discussões, pois a Medicina defende ser antecipação de parto a cirurgia que retira um feto com possibilidades de vida extrauterina. A retirada de um feto diagnosticado com anencefalia, a qual tem por consequência não uma certidão de nascimento, mas sim de óbito, é considerada pelos médicos como aborto e, até antes da ADPF 54, ilegal.

Nessa direção, emprestou-se dos Estudos de Gênero (MONTEIRO, 2003; MAC KINNON, 1989⁴) algumas fundamentações teóricas que versam sobre as questões da mulher e do aborto, tema polêmico e que é desqualificado como termo correlato a “antecipação terapêutica de parto”

4 MONTEIRO, G. T. M. *Construção jurídica das relações de gênero*. O processo de codificação civil na instauração da ordem liberal conservadora do Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MAC KINNON, C. *"Toward a feminist theory of the State"*. Cambridge: Harvard University Press. 1989.

no acórdão, mas que perpassa todo o documento, gerando muitas seções argumentativas. Da Linguística, mais especificamente da área de Análise de Discurso Crítica (FAIRCLOUGH, 2003⁵), apropriou-se de algumas ferramentas analíticas, com foco no sistema argumentativo do acórdão. Essa articulação é tomada em função das seguintes perguntas de pesquisa: Que disputas ideológicas são ativadas nos argumentos dos ministros e ministras do STF em seus votos e como elas se equilibram no jogo de poder que acionam? Uma vez proferida a decisão, esta teve, de fato, alguma eficácia em termos de exercício de direitos fundamentais? Como estão articuladas no acórdão e em sua eficácia as questões de gênero que subjazem os direitos das mulheres? A decisão mostrou-se capaz de alterar, de alguma forma, a realidade das mulheres?

Entre a decisão do Supremo Tribunal Federal e a ocorrência concreta e facilitada do aborto de feto anencéfalo existem diversas outras matérias. Este caso engloba discussões dentro da Linguagem, Gênero e Política, os quais dificultam e tornam o caminho entre decisão e eficácia da decisão algo longo e tortuoso. Tal fato desconstrói a visão mágica e distorcida que pode permear o Judiciário, pois tornar questões de direito socialmente eficazes é algo que depende de inúmeros fatores, os quais estão muito além das consolidadas teorias da eficácia normativa. A necessidade dessa verificação, frente ao real acesso ao direito, ofereceu as bases para a pesquisa.

O interesse foi em primeiro lugar, portanto, de identificar a forma como a obtenção de um direito se traduz para a sociedade e para aquelas que serão por ele diretamente atingidas. Além de verificar no que diz respeito ao atendimento médico e procedimentos, se não apenas médicos, mas também funcionários administrativos desses hospitais habilitados a realizar a antecipação, salientando o Hospital Municipal Fernando Magalhães, referência de procedimentos para abortos legais, cumprem a decisão. Tornou-se imprescindível a verificação se há o conhecimento da inserção do caso de anencefalia fetal no rol de “abortos legais” (art. 128 do Código Penal) alterado em decorrência da ADPF 54.

Foi possível então, após a análise da decisão e meses de pesquisas de campo, visitas e entrevistas nos referidos hospitais e em núcleos da Defensoria Pública, obter dois campos de resultados, um concernente a linguagem e gênero e outro concernente à eficácia social ou efetividade

5 FAIRCLOUGH, N. *Analysing discourse*. New York: Routledge, 2003.

do direito. Quanto ao primeiro campo, pode-se dizer que se trata de um tema que ocupa os estudos feministas e de gênero, os chamados “estereótipos de gênero”, que existem universalmente e estão presentes em todas as culturas, profundamente inculcados nos (in)conscientes de cada indivíduo. Eles naturalizam comportamentos e valores que perpetram posições assimétricas de poder entre os gêneros, gerando preconceitos e estigmas. Esses estereótipos, segundo Pimentel (2009)⁶ são absorvidos pelos operadores do direito e refletidos na sua prática jurídica.

Nesse sentido, ela insiste na necessidade de enfrentar os valores culturais patriarcais e as tensões axiológicas existentes na sociedade, no interior do Poder Judiciário, e até mesmo entre membros do Ministério Público, da Defensoria Pública, Advocacia e Polícia. A superação da ideologia patriarcal que mina os Direitos Humanos das mulheres, reforçando estereótipos sociais, preconceitos, discriminação e violência é, portanto, um grande desafio à melhoria da infraestrutura judiciária nacional. Pimentel (2009) assevera que todos os operadores devem realizar estudos e participar de análises e debates críticos em relação às condições de existência feminina, desiguais e injustas.

Compreenda-se o fato da análise da ADPF 54 oportunizar uma série de discussões sobre a conquista de direitos das mulheres no Brasil. E, justamente por se tratar de uma decisão dessa natureza, entende-se que a perspectiva de gênero, como é discutida nos estudos feministas, deve ocupar a centralidade desses debates. Assim, buscou-se, essencialmente, enfrentar um paradoxo: se, por um lado, a decisão foi comemorada com enorme entusiasmo por representar um avanço nas hipóteses de proteção à dignidade da mulher, por outro (e o presente texto centra-se nesta segunda hipótese), a forma como foi abordada e construída a decisão, não contribui de forma decisiva para o debate sobre os direitos reprodutivos das mulheres, nem representa um significativo avanço dos debates sobre gênero no direito, uma vez que estas questões não apenas foram negligenciadas, mas até escamoteadas.

Conforme dados da Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS), cinquenta por cento das mortes em casos de anencefalia acontecem ainda na vida intrauterina. Dos que nascem com vida, 99% morrem logo após o parto e o restante pode sobreviver por dias, ou poucos meses.

6 PIMENTEL, Sílvia. "A superação da cegueira de gênero: mais do que um desafio – um imperativo". *Revista Direitos Humanos*, n. 2. Junho de 2009, p. 27-30.

Os que sobrevivem, conseguem fazer o movimento involuntário de engolir, respirar e manter os batimentos cardíacos, já que essas funções são controladas pelo tronco cerebral, a região que não é atingida pela anomalia. Alguns não precisam do auxílio de aparelhos e chegam até a ser levados para casa, mas vivem em estado vegetativo, sem a parte da consciência, que é de responsabilidade do cérebro. (GODIM, 2012)

A gravidez de anencéfalo tem sempre a morte do bebê como desfecho. Anteriormente ao julgamento da arguição, as gestantes que desejavam encurtar o sofrimento de uma gravidez dessa natureza precisavam recorrer individualmente ao Poder Judiciário com pouca chance de sucesso, uma vez que não havia uma uniformização da jurisprudência e, na maioria dos casos, a decisão somente ocorria após o nascimento.

Há que se destacar, ainda, nesta contextualização que o Brasil possui uma das legislações mais restritivas em termos de aborto e que até recentemente, ou seja, antes da decisão, obrigava as mulheres a se manterem grávidas a despeito do diagnóstico da inviabilidade fetal. A indefinição quanto ao caráter do procedimento vinha se arrastando havia mais de uma década, repercutindo no âmbito jurídico e suscitando questionamentos na sociedade brasileira. Isso porque, no país, a interrupção voluntária da gravidez, o aborto, é tema polêmico, que suscita dúvidas e incertezas quanto a sua descriminalização, bem como movimenta lutas por sua proibição absoluta e incondicional.

O Código Penal (CP) brasileiro proíbe a prática, exceto: I - Se não há outro meio de salvar a vida da gestante e; II - Se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. Em 12 de abril de 2012, a ADPF 54 foi julgada procedente por maioria dos votos. Considerou-se que as mulheres que decidem “antecipar o parto” em casos de gravidez de feto anencéfalo não estariam praticando crime tipificado no Código Penal. O principal argumento proposto na ação era de que, por ser a anencefalia uma má-formação incompatível com a sobrevivência do feto fora do útero, a interrupção da gestação não deveria ser tipificada, mas considerada como um procedimento médico amparado em princípios constitucionais supra-mencionados.

Chegava ao fim, portanto, após quase uma década, o julgamento de uma ação que deveria arbitrar sobre a liberdade de escolha da mulher de levar ou não adiante uma gravidez incerta, ainda que apenas em caso de feto anencéfalo. Contudo, podemos alertar desde já que, neste caso, o que se viu foi uma decisão que versa sobre questões de gênero e feminismo que, porém, evitou abraçar esses campos. Com a exceção apenas da Ministra Carmen Lúcia e do Ministro Celso de Melo, além de uma breve menção pelo relator Marco Aurélio, o enquadre feminista e de gênero, que é premente na decisão, foi praticamente excluído da discussão. Com efeito, ao longo do acórdão restou claro que de forma alguma se debateu a questão do aborto em si, como questão legítima das demandas feministas, mas apenas foram consideradas questões de saúde pública e de legalidade.

Não obstante, além de o tema estar diretamente relacionado com os discursos desses campos, é sabido que houve um enorme esforço articulatório de grupos de lutas pelos direitos das mulheres e, especialmente, de movimentos feministas, para que o pedido de interrupção de gravidez de anencéfalo fosse acatado e um sem número de mulheres pudesse finalmente lançar mão do procedimento médico sem ter mais que acionar a Justiça. A decisão, portanto, acatou o pleito feminista. Para dialogar com outras esferas sociais, foi preciso utilizar diversos recursos discursivos, dentre os quais destacam-se o trabalho de face e, essencialmente, a estratégia de criar a distinção nominativa de “aborto” para “antecipação terapêutica de parto” que lança o direcionamento argumentativo principal no acórdão.

Ao alegar que o caso da ADPF 54 não suscitava qualquer discussão sobre o primeiro termo, o relator do acórdão, seguindo o advogado na petição inicial, conseguiu amoldar a causa feminista aos discursos hegemônicos legais, de viés tradicional e patriarcal. Conforme propõe Warat (1985)⁷, a decisão judicial é uma peça persuasiva que emprega toda classe de recursos argumentativos, que tendem a impor uma conclusão, não derivada logicamente, mas que logra sua aceitação por associação psicológica e emotiva. Nesse sentido, o caráter persuasivo do discurso jurídico determina, inevitavelmente, a presença das falácias em seu conteúdo, como foi o caso da estratégia mencionada, que favoreceu uma abertura interpretativa ao acolhimento do pedido veiculado na ADPF.

7 WARAT, Luis Alberto. "As falácias jurídicas" *Revista Sequência*. UFSC, Florianópolis, v. 06 n. 10, 1985, p. 123-128. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16702/15255>. Acesso em dezembro de 2014.

Acolhido o pedido, mais do que eficaz normativamente, ele precisa sê-lo socialmente, o que o Ministro Barroso denomina efetividade, o direito precisa ser efetivo, conhecido e aplicado pela sociedade, neste caso, pelas mulheres grávidas de fetos anencefálicos. Para testar este âmbito social da eficácia, fez-se necessária pesquisa de campo nos Hospitais credenciados para a realização de abortos legais, considerando o universo de mulheres vulneráveis e hipossuficientes, com maiores probabilidades de não estarem dotadas de conhecimento jurídico ou conhecimento acerca da decisão, para que, de fato, seja possível avaliar se o direito chegou ao jurisdicionado, aquelas que realmente dependiam de sua efetivação.

Tendo em vista os objetivos, e o caráter essencial das pesquisas de campo, o grupo passou às entrevistas, começando pelo Centro de Estudos do Hospital Fernando Magalhães, área de gestão pessoal dotada de conhecimentos da assistência social, responsável por receber os residentes e novos membros do corpo profissional, explicando-lhes a delicada dinâmica de atuação da unidade, prezando sempre pela humanização dos atendimentos. O grupo foi sempre recebido com cooperação por parte das responsáveis, tornando a pesquisa possível e engrandecedora através da parceria administrativa firmada.

Não sem surpresa, o convívio demonstrava real desconhecimento por parte dos profissionais da unidade em relação à possibilidade da realização do aborto de fetos anencefálicos, independentemente de decisão judicial, confrontando não apenas com a decisão do STF, mas tecnicamente com a resolução CFM Nº 1.989/2012. Os profissionais sempre informaram não ter recebido qualquer informativo da Secretaria Municipal de Saúde alertando sobre o novo procedimento, apesar da atuação de referência para casos de violência sexual. Sendo a resolução ato administrativo dotado de normatividade, não há que se aguardar, porém, portaria da Secretaria Municipal de Saúde, pois esta apenas reiteraria o conteúdo trazido pelo órgão federal, mas o pleito profissional pelo diálogo com a Secretaria não poderia ser mais pertinente, diante da responsabilização pública envolvida.

O procedimento adotado então, até a parceria administrativa com o grupo de pesquisa, seria o encaminhamento da paciente à Defensoria Pública, para que fosse requerida a realização do aborto. Interessa, portanto, estabelecer um paralelo com o ideal prático e a responsabilização civil envolvida. O profissional de saúde, em regra, responde na forma do art. 14,

§ 4º, CDC ⁸, responsabilização subjetiva, esta porém, não se limita às tradicionais negligência, imperícia ou imprudência, vale dizer, a culpa psicológica abre caminho para a culpa normativa. A regulamentação de órgãos administrativos profissionais, como os Conselhos de Medicina, estabelecem parâmetros de conduta delimitados e fixados para cada classe profissional.

Então hoje um médico em tese saberia como agir. A classe médica saberia o parâmetro determinado a seguir, então não se avalia apenas se o médico em questão foi imperito, imprudente ou negligente, mas se adotou o parâmetro de seu órgão de regulamentação. Essa culpa é hoje muita mais normativa, acarretando punições civis e administrativas, como a suspensão de exercício habilitado da profissão, multa e pagamento de danos. Resta claro então o grande risco profissional que o desconhecimento da regulamentação técnica pode trazer à atuação médica, assim como o dever do hospital não só de arcar com as necessidades práticas da atuação, mas de gerir com atenção a atuação em seu interior, devido à ampla responsabilização a ele atribuída, o que, no caso da gestão pública, gera responsabilização do ente.

Proceder de acordo com as possibilidades práticas apenas, sem observar o que está posto e é tecnicamente tido como o balizador prático, não causa riscos apenas à efetivação de direitos, mas à atuação profissional da classe médica. No que tange especificamente ao Hospital Fernando Magalhães, restou clara a tentativa comprometida de prestar o melhor atendimento dentro da prática do possível, ressaltado o fato de os profissionais lidarem com um único aparelho de ultrassom, quebrado, o qual não emitiria fotografias, fazendo com que o diagnóstico estivesse atrelado somente à percepção do médico operador.

Fato é que a resolução pertinente previu a necessidade de duas fotografias específicas e a assinatura de dois médicos para que se realize o diagnóstico de anencefalia⁹, contando com a realidade de um médi-

⁸ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

⁹ Art. 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa."

9 Art. 2º O diagnóstico de anencefalia é feito por exame ultrassonográfico realizado a partir da 12ª (décima segunda) semana de gestação e deve conter:

I – **duas fotografias, identificadas e datadas**: uma com a face do feto em posição sagital; a outra, com a visualização do polo cefálico no corte transversal, demonstrando a ausência da calota craniana e de parênquima cerebral identificável;

II – laudo assinado **por dois médicos, capacitados** para tal diagnóstico.

(RESOLUÇÃO CFM Nº 1.989/2012) (Grifamos)

co plantonista e um ultrassom quebrado, as pacientes grávidas de fetos anencéfalos teriam outros entraves à efetivação de seu direito, além do desconhecimento profissional. A solução não está na ausência de regulamentação técnica, pelo contrário, esta significa um grande avanço ao fim do “patriarcalismo médico”. Ao se reportarem a um órgão próprio, os profissionais, em tese, estariam lidando com o conhecimento que dominam, exercendo-o então de forma clara e digna. Por outro lado, o paciente neste caso, receberia informação deste médico bem informado, como na resolução em análise na qual se previu junta médica para tratamento dos casos¹⁰.

O que falta é mais uma peça fundamental nesta teia de boa prestação de serviços, no caso dos hospitais públicos, a existência e o bom funcionamento dos equipamentos, operados por profissionais capacitados. Sendo fundamentais duas fotos de ultrassom, não há que se questionar a presença de um aparelho que o faça ou a necessidade de quem possa operá-lo. Resta então observar que a responsabilização tecnicista crescente no Brasil não é capaz de mitigar os discursos de poder e patriarcalismo contra os quais tantas críticas são feitas. De outro modo, este modelo de responsabilização pode ser a outra face, a perversa, de uma prática do possível, engessada por seu próprio conhecimento, que mesmo bem colocado, pode ser simplesmente impossível de ser efetivado. A realidade é de profissionais de saúde trabalhando com o que têm em mãos, e não o considerado fundamental, desconhecendo de fato o que sua classe profissional propõe e arcando com o ônus desse desconhecimento sem poder alegá-lo.

A resposta fácil parece ser menos regulamentação específica, associada a menos responsabilização normativa, mas esta só reafirmaria a prática do possível e deixaria os pacientes ainda mais vulneráveis à necessidade de confiança, quase “crença” no conhecimento médico, reafirmando o patriarcalismo. A resposta difícil, a sempre difícil, está em manter as

10 Art. 2º O diagnóstico de anencefalia é feito por exame ultrassonográfico realizado a partir da 12ª (décima segunda) semana de gestação e deve conter:

§ 5º Tanto a gestante que optar pela manutenção da gravidez quanto a que optar por sua interrupção receberão, se assim o desejarem, **assistência de equipe multiprofissional nos locais onde houver disponibilidade.**

Art. 5º Realizada a antecipação terapêutica do parto, o **médico deve informar à paciente os riscos de recorrência da anencefalia e referenciá-la para programas de planejamento familiar** com assistência à contracepção, enquanto essa for necessária, e à concepção, quando for livremente desejada, garantindo-se, sempre, o direito de opção da mulher.

Parágrafo único. **A paciente deve ser informada expressamente que a assistência preconcepcional tem por objetivo reduzir a recorrência da anencefalia.**

(RESOLUÇÃO CFM Nº 1.989/2012) (Grifamos)

conquistas, como a normatividade profissionalizada e sanar os defeitos como a falta de infraestrutura. No que diz respeito à anencefalia, significa hospitais menos cientificamente dependentes das Secretarias de Saúde e geridos por profissionais capacitados para manter o diálogo com os órgãos de regulamentação específica.

Acrescente-se ainda que mesmo sem alterar nada nesta relação, a veiculação de circulares ao corpo profissional pode gerar informação apropriada, dotando de conhecimento quanto aos novos parâmetros de atuação. Há que se ter em mente o fato de que apenas 65 hospitais foram habilitados pelo Ministério da Saúde para a realização de abortos legais até 2012, com meta prevista de ampliação para 95 até o fim do mesmo ano¹¹, dado que não se confirma após grande pressão conservadora acerca do tema e as restrições orçamentárias. Ainda mais importante, por um viés de acesso público aos direitos, seria altamente recomendável que as Secretarias de Saúde dessem visibilidade e treinamento prático à decisão. Não no sentido regulamentar, papel já desempenhado pelo Conselho Federal de Medicina, mas em um sentido preventivo, garantidor do acesso das mulheres nestas circunstâncias.

Seguindo a pesquisa, passou-se à análise da atuação das defensorias públicas e como a informação seria veiculada às pacientes que procurassem as unidades e por outra frente buscou-se o Instituto Fernandes Figueira, informado pelo corpo de profissionais do Hospital Fernando Magalhães como importante centro de pesquisa e conhecimento no tratamento de doenças fetais. No que diz respeito à Defensoria Pública, o resultado não poderia ser mais alarmante, pois as conclusões foram igualmente no sentido do desconhecimento por boa parte dos funcionários que lidam diretamente com o público e até por parte de defensores.

Inicialmente, foi escolhido o núcleo da Central do Brasil, pela facilidade com todas as vias de acesso à cidade, de modo a reconstruir um provável caminho percorrido por uma paciente sem muitas instruções ou informações. Na primeira tentativa não houve êxito, tendo em vista que o dia escolhido para a visita foi uma sexta-feira à tarde, dia em que a Defensoria não realiza atendimento ao público, restringindo ainda mais o acesso a direitos e informações. Na segunda tentativa, o grupo não falou diretamente com Defensores ou estagiários de Direito e as primeiras orientações foram prestadas por uma funcionária que não estava a par do assunto.

11 Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2012/04/sus-vai-ampliar-ate-dezembro-numero-hospitais-habilitados-a-fazer-abortos-legais>>.

Desta feita, indagada sobre a possibilidade da antecipação de fetos anencefálicos, a mesma ressaltou que desconhecia o assunto e, em consulta à Defensora, trouxe apenas cartilhas com informações dos núcleos especializados da Defensoria. Além disso, informou especificamente a necessidade de buscar o núcleo afeto às causas de Tribunal do Júri, ou seja, o competente para julgamentos de crimes contra a vida, dentre eles, o aborto. Saliente-se aqui que o aborto ou antecipação de parto de anencéfalo ainda é visto como crime, independente da circunstância, dentro de instituições do próprio Judiciário.

Mesmo que uma paciente pretendesse não ir adiante com uma gestação, direito garantido com status *erga omnes* após a decisão na ADPF 54, tal efetivação de direitos ainda sofre com a desinformação, inclusive do corpo profissional do sistema judiciário. Atente-se ainda para a gravidade social de uma instituição compreender a prática como ainda tipificada penalmente quando sua função é oferecer, de forma integral e gratuita, assistência e orientação jurídica aos cidadãos que não possuem condições financeiras de pagar as despesas destes serviços, além de promover a defesa dos direitos humanos, direitos individuais e coletivos e de grupos em situação vulnerável.

Outra problemática enfrentada foi a divisão temática dos núcleos da Defensoria sem treinamento profissional para o correto e imediato encaminhamento ao núcleo pertinente, para que os assistidos não sejam obrigados a realizar diversas tentativas até obter a correta informação e assistência. Até mesmo o grupo de pesquisa teve dificuldades de obter da Defensoria, enquanto instituição, a informação de que os processos relacionados ao aborto de fetos anencéfalos antes da decisão do Supremo Tribunal Federal eram tratados com um viés criminalizado, mas após a decisão, o assunto em questão foi remetido a um núcleo especializado, o Núcleo de Defesa de Direitos Humanos – NUDEDH. Apesar desse deslocamento a ausência de diálogo entre os núcleos altamente especializados faz com que o assistido que desconheça de pronto aquele ao qual deve se dirigir, demore a ser informado de forma eficiente.

Por outro lado, notou-se o perceptível engajamento de alguns membros da Defensoria que explicitaram que a solução caso a caso deveria ser verificada, ou seja, no caso de uma gestante, com direito à assistência da Defensoria que já apresentasse um quadro de gravidez avançada e detectada a anencefalia no feto, os trâmites e as regras de competência

dos próprios núcleos poderiam ser flexibilizados. Tal fato não torna a situação menos preocupante, pois retoma o prisma da sorte da paciente. Ora, se a paciente encontrasse de pronto um desses funcionários, receberia a informação, se não, seria outro o destino, e em qualquer dos casos simplesmente retornaria ao hospital, efetivando a decisão.

Em entrevistas e questionamentos a 04 (quatro) Defensores do núcleo criminal da Defensoria, apenas um deles sabia amplamente sobre o processo de atendimento no Instituto Fernandes Figueira, especificamente, e até qual seria o núcleo especializado competente para a matéria, o NUDEDH. Apesar do desconhecimento quanto ao tema e a decisão, não se notam visões tidas como engessadas ou tradicionalistas pelos demais. Não passa a sensação de se tratar de uma invisibilização voluntária do tema, posto que unanimemente defenderam a descriminalização do aborto, resta claro que falta diálogo entre os ramos de especialização dos núcleos e trocas entre eles.

No NUDEDH, núcleo que conhecia pormenorizadamente a decisão e os diálogos sociais até que se chegasse a ela, outra informação relevante apresentada trata do corte sócioeconômico das pessoas que buscam assistência jurídica junto à Defensoria nesses casos. Mesmo com a limitação para os cidadãos que não possuem condições financeiras de arcar com os custos de um advogado particular, reiterou-se que até pessoas mais abastadas buscavam auxílio nesse caso. Por ser um tema muito específico e dificilmente trabalhado por advogados e escritórios de advocacia, pessoas com boas condições financeiras buscavam informação e auxílio quando se tratava de aborto de fetos anencéfalos, segundo os relatos dos profissionais do núcleo, o que não deixa de reiterar o fator sorte ou a oportunidade de buscas das pacientes envolvidas.

Já no que toca ao Instituto Fernandes Figueira, desde as primeiras entrevistas no setor de assistência social até os diálogos com a junta médica responsável pelos diagnósticos, ficou evidente o quanto o comprometimento com pesquisa e participação acadêmica fazem diferença na concretização de direitos, desde o princípio as pesquisadoras foram informadas de que a FIOCRUZ desenvolve um projeto chamado “Sala de Convidados”, com especialistas comentando assuntos relevantes através do “Canal Saúde”¹². Portanto, não apenas a decisão se mostrou conhecida, como esperada e acompanhada, além de comentada em portal digital, pretendendo dar conhecimento público ao tema.

12 Disponível em: <http://www.canal.fiocruz.br/programa/index.php?p=Sala-de-Convidados>.

Nesta unidade, a realização do aborto ou antecipação se dá segundo as regras de distribuição gerais de atendimento do SISREG (o Sistema de Regulação do Município), atendendo inclusive pacientes vindas de outros municípios do Estado do Rio de Janeiro, concretizando o ideal prático quanto ao tema. A partir da constatação da gravidez de feto anencefálico, através do SISREG, a paciente é informada e encaminhada diretamente a um hospital habilitado para a realização do procedimento, sendo desnecessária autorização judicial, uma vez que os critérios para a realização dos procedimentos foram delineados pelo Conselho Federal de Medicina na referida resolução.

Os critérios de encaminhamento dependem da disponibilidade de vagas no Instituto, o que inclui as demandas de outros municípios para o encaminhamento de pacientes, através de vans credenciadas que realizam o deslocamento. O Instituto informou, porém, que em caso de procura de pacientes em avançado estágio gestacional ou com dificuldades clínicas, pode haver atendimento emergencial, com cadastro posterior no SISREG, bem como agendamento e realização antecipada de consultas para diagnóstico, facilitando a efetivação do direito.

Conclui-se que a falta de informação, ou melhor, a inexistência dela é o maior problema em questão, seja pela ineficiência da gestão pública ou de órgãos envolvidos com a atuação judiciária ao “publicizar” os direitos e procedimentos para os profissionais atuantes, ou ainda pelo desconhecimento real da população atendida quanto ao direito; mulheres que os desconhecem em toda ordem, inclusive e infelizmente àquela diretamente ligada à sua dignidade. Trata-se muitas vezes de uma questão de sorte, sorte da paciente em obter a informação correta o quanto antes, nesta vertiginosa teia de burocracias e procedimentos que dificulta ainda mais a efetivação do direito *a priori* desconhecido.

Enquanto pesquisadoras, a conclusão fundamental é a de que não há nada mais engrandecedor do que o retorno expresso pelo Hospital Maternidade Fernando Magalhães de que o trabalho realizado em parceria administrativa modificou a atuação da unidade de saúde e diretamente auxiliou na efetivação do direito de muitas mulheres. Enquanto operadoras do Direito, resta a conclusão de que seja eficácia social ou efetividade, as teorias do direito aplicado à realidade perpassam por campos transdisciplinares tão complexos que apenas a humildade dos operadores diante desta constatação pode permitir avanços práticos, fazendo-se necessária, em última análise, uma reformulação da maneira como se compreende o direito posto e sua efetivação. ❖

Crítica ao Plano da Existência do Negócio Jurídico: Perspectivas a Partir da Análise Funcional das Invalidades Negociais

Eduardo Nunes de Souza

Doutor e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor contratado dos cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Assessor jurídico junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

RESUMO: O presente artigo busca apresentar a incoerência na noção de atos jurídicos inexistentes, apresentando seu desenvolvimento na doutrina e propondo, ao final, sua inserção no âmbito da invalidade dos negócios jurídicos.

PALAVRAS-CHAVE: Negócio jurídico; existência; validade; perspectiva funcional.

ABSTRACT: *This article seeks to introduce the incoherence in the notion of inexistent legal acts, as it presents its doctrinal development and proposes, in the end, its insertion in the field of legal validity of private autonomy acts.*

KEYWORDS: *Legal acts; existence; validity; functional perspective.*

SUMÁRIO: 1. Introdução: o chamado plano da existência; 2. Incompatibilidade da noção de inexistência com o direito brasileiro; 4. Enquadramento dogmático na teoria geral das invalidades do negócio jurídico; 5. Consideração final.

1. INTRODUÇÃO: O CHAMADO PLANO DA EXISTÊNCIA

O primeiro dos planos de análise do negócio jurídico, à luz da escala difundida por Pontes de Miranda, corresponde ao *plano da existência*. Trata-se do plano que antecede, na teoria ponteana, a análise de todos os demais: afirma-se que, caso determinado negócio jurídico não apresente seus elementos mínimos de existência (ditos também *pressupostos* por alguns autores),¹ não caberia indagar acerca de sua validade, muito menos de sua eficácia, pois tais atos seriam reputados simplesmente não realizados pela ordem jurídica.²

A lógica interna da teoria é inexpugnável: se o negócio sequer chegou a existir, não haveria sentido em verificar se ele atende aos requisitos de validade e, portanto, está apto a produzir efeitos. Evita-se, assim, o rígido controle promovido pela teoria das invalidades negociais: para o direito, tudo acontece como se o negócio nunca houvesse sido celebrado.

Considera-se que o autor da noção jurídica de inexistência foi o jurista alemão Karl Zachariae von Lingenthal,³ professor da Universidade de Heidelberg cuja obra influenciou fortemente a doutrina francesa do século XIX – a qual, por sua vez, tecia, à época, os primeiros comentários sobre a noção de nulidade que se podia extrair do Código Civil francês. Zachariae faleceu em 1843, antes da unificação da Alemanha e pouco mais de meio século antes do advento do BGB. Seus célebres tratados de direito civil basearam-se, assim, em grande parte no *Code Napoléon*.

1 Antonio Junqueira de AZEVEDO explica que os elementos essenciais gerais do negócio podem ser de duas ordens: intrínsecos (segundo o autor, o objeto, a forma e as circunstâncias negociais) ou extrínsecos (para ele, o tempo, o lugar e o agente), sendo estes últimos “também elementos pressupostos, no sentido preciso de que existem antes de o negócio ser feito” (**Negócio jurídico**, cit., p. 33). Trata-se de divisão dos elementos bastante semelhante aquela empregada por CARNELUTTI (**Teoria geral do direito**, cit., p. 432-438), embora o autor denomine “pressuposto” aquilo que se costuma designar, na doutrina brasileira, como requisito de validade.

2 No ponto, valiosa é a clássica lição de AUBRY e RAU, aos quais se atribui, em larga medida, a difusão do conceito de atos inexistentes (também chamados *actes non avenues*) na França: “L’acte qui ne réunit pas les éléments de fait que suppose sa nature ou son objet, et en l’absence desquels il est logiquement impossible d’en concevoir l’existence, doit être considéré non pas seulement comme nul, mais comme non avvenu. Il en est de même de l’acte qui n’a pas été accompagné des conditions et des solennités indispensables à son existence, d’après la lettre ou l’esprit du Droit positif” (**Cours de droit civil**. Tome 1er., cit., p. 119)..

3 Veja-se a célebre lição que atribuiria a ZACHARIAE a noção de inexistência: “Il est de la plus grande importance, non seulement au point de vue purement théorique, mais encore sous le rapport pratique, de bien distinguer les conditions essentielles du mariage des conditions de validité du mariage. Les premières concernent une question de fait, la question de savoir si le fait que les lois qualifient de mariage a eu lieu ou n’a pas eu lieu; les secondes concernent une question de droit, la question de savoir si le mariage, constant en fait, doit être considéré comme valable en droit: question qui ne peut se présenter qu’autant que l’on suppose déjà l’existence d’un mariage et, par conséquent aussi, l’existence des conditions essentielles d’un mariage. Si les conditions de validité du mariage manquent, ce mariage doit néanmoins être considéré comme valable provisoirement et jusqu’à ce que la nullité en soit déclarée par le juge sur l’action en nullité dirigée contre le mariage. Si, au contraire, une seule des conditions essentielles vient à manquer, il n’y a point de mariage, et il n’est point nécessaire de recourir à une action en nullité” (**Le droit civil français**. Tome 1er. Paris: Auguste Durand, 1854, p. 166).

Um deles seria traduzido por Aubry e Rau⁴ – dois dos mais notórios juristas franceses, cujo Curso de Direito Civil viria a ganhar o apropriado subtítulo *d’après la méthode de Zachariae*. Na França, a noção de inexistência se conjugaria com a crescente teoria da validade contratual, particularmente impulsionada pela obra de Demolombe,⁵ e se consolidaria como uma relevante hipótese de ineficácia do ato jurídico.⁶

Com a teoria do ato inexistente, pretendia Zachariae resolver problemas práticos de um instituto no âmbito do qual o direito civil francês se mostrava particularmente rígido em matéria de nulidades: o casamento.⁷ De fato, sustentava-se então que o casamento era regido pelo princípio *pas de nullité sans texte*, ou seja, que esse ato jurídico não admitia causas virtuais de nulidade, mas apenas as textuais. Semelhante entendimento seria posteriormente superado em sede doutrinária,⁸ embora grande parte da doutrina o sustente até hoje no direito brasileiro.⁹

À época, no entanto, a *communis opinio* se quedava perplexa diante de três hipóteses que, embora se considerassem, no âmbito doutrinário, contrárias à ordem jurídica, não contavam com cominações expressas de nulidade pelo legislador:¹⁰ cuidava-se, nomea-

4 ZACHARIAE, K. S. **Cours de droit civil français**. Tome 1er. Bruxelles: Meline, Cans et Comp., 1850.

5 Conforme relatava René JAPIOT já no início do século XX, nos trabalhos dos primeiros comentadores do Code não constava a expressão “inexistência”, salvo como “[...] simple figure de rhétorique servant à traduire en un langage imagé tout ce qu’il y a de rigoureux et de radical dans certaines inefficacités. Ce n’est guère qu’avec Demolombe qu’elle prend consistance. [...] Et dès ce moment l’inexistence est devenue une conception qui possède une valeur véritable” (**Des nullités en matière d’actes juridiques**, cit., p. 121-122). Explicava, ainda, o autor, que “[...] cette fixation d’une date de naissance comporte un certain arbitraire, car c’est par des transitions insensibles qu’on est arrivé à donner aux mots un sens de plus en plus sérieux: nous croyons cependant que si l’on veut indiquer, dans la mesure où il est possible de le faire, un événement qui marque le passage du vague à la netteté, c’est encore la théorie de M. Demolombe qu’il vaut mieux choisir” (o.l.u.c.).

6 Esse breve itinerário é relatado por Caio Mário da Silva PEREIRA: “Imaginada por Zachariae, aceita por Demolombe, divulgada por Aubry e Rau, desenvolvida pelas doutrinas francesa e italiana, encontra geral e boa acolhida a teoria da inexistência” (**Instituições de direito civil**. Volume I, cit., p. 542).

7 Cf., a respeito, ESPÍNOLA, Eduardo. **Manual do Código Civil brasileiro**. Volume III, parte IV, cit., p. 145-154.

8 Por todos, cf. CARBONNIER, Jean. **Droit civil**. Tome 1. Paris: PUF, 2004, p. 1.395, segundo o qual a doutrina moderna francesa tende a reconduzir todos os casos de inexistência à categoria da nulidade absoluta.

9 Afirma-o, por exemplo, PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume I, cit., p. 544. V., ainda, CASTRO JÚNIOR, Torquato. A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente. São Paulo: Noeses, 2009, p. 124-125, em que o autor afirma que a doutrina que exige a nulidade textual em matéria de casamento “é correlata privada do *nullum crimen sine lege*. Significa que todas as nulidades, exatamente porque atingem restritivamente a esfera de liberdade do sujeito, devem estar de antemão tipificadas no ordenamento jurídico. No caso do direito matrimonial, isso é ainda mais relevante para garantir a segurança do vínculo matrimonial, que somente pode ser atacado pelos vícios que a lei taxativamente indica”.

10 A respeito dessas hipóteses, cf. ZACHARIAE, K. S. **Droit civil français**. Tome 1er., cit., p. 170-171. E, ainda, JAPIOT, René. **Des nullités en matière d’actes juridiques**, cit., p. 122; CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil**. Volume II, cit., p. 925.

damente, do casamento celebrado entre duas pessoas do mesmo sexo,¹¹ daquele contraído sem o consentimento de alguma das partes e, ainda, do que não seguiu nenhuma forma legal.¹² Não por acaso, as primeiras discussões quanto aos negócios inexistentes surgiram no âmbito do direito de família, seara mais diretamente influenciada por questões morais, fortes o suficiente para suscitar questionamentos sobre a teoria das nulidades.

A noção de inexistência solucionou o impasse: tais atos seriam reputados como não ocorridos (*non avenus*), o que tornaria prescindível que a ordem jurídica se pronunciasse sobre sua validade. A eles se seguiram diversos outros exemplos criados pela doutrina, todos controversos. Apenas na doutrina brasileira, são considerados inexistentes por alguns autores: a declaração de última vontade gravada em vídeo, e não registrada por escrito;¹³ o reconhecimento de paternidade de criança que nunca foi concebida¹⁴ ou de paternidade absolutamente falsa;¹⁵ o negócio dissimulado em simulação absoluta inocente;¹⁶ o negócio realizado sob *vis absoluta*;¹⁷ a declaração de vontade jocosa ou didática, não dotada de seriedade;¹⁸ a adoção realizada verbalmente;¹⁹ o testamento celebrado por procuração ou mediante fraude, por quem se faça passar pelo testador;²⁰ o contrato

11 Exemplo reproduzido por muito tempo na doutrina brasileira, mas superado nos dias de hoje, depois que o STF (ADIn. 4.277/DF e ADPF 123/RJ, Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 5.5.2011; RE 477.554/MG, 2ª T., Rel. Min. Celso de Melo, julg. 16.8.2011) reconheceu as uniões homoafetivas como entidades familiares e o CNJ, em 2013, aprovou resolução para obrigar os cartórios do país a habilitar e celebrar o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo e a converter a união estável homoafetiva em casamento (Resolução nº 175/2013, que proíbe as autoridades competentes a se recusarem a habilitar, celebrar casamento civil ou de converter união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo).

12 Já existia, no entanto, no Código Civil francês a previsão de o casamento nulo prevalecer em benefício dos cônjuges de boa-fé (art. 201), tendo-se adicionado, em 1993, a mesma previsão em benefício dos filhos (art. 202). No direito brasileiro, admite-se a preservação de efeitos do casamento putativo desde o Código de 1916 (art. 221, que chegou a sofrer uma mudança de redação para diferenciar casamentos nulos de anuláveis), dispondo o Código Civil atual: "Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória. §1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão. §2º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão".

13 MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, cit., p. 149.

14 VELOSO, Zeno. **Invalidez do negócio jurídico**: nulidade e anulabilidade, cit., p. 135.

15 LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. Volume I, cit., p. 505.

16 MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, cit., p. 154.

17 LÔBO, Paulo. **Direito civil**: Parte Geral, cit., p. 283.

18 ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**. Volume II, cit., p. 105-106.

19 VELOSO, Zeno. **Invalidez do negócio jurídico**: nulidade e anulabilidade, cit., p. 135.

20 MADALENO, Rolf. "Testamentos inválidos e ineficazes: revogação, rompimento, caducidade, anulabilidade e nulidade". In: HIRONAKA, Giselda; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito das sucessões e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 265.

sobre herança de pessoa viva;²¹ o ato do qual deveria participar o juiz ou outra autoridade pública, e esta nele não funcionou;²² o testamento celebrado sob reserva mental²³ e, ainda, o negócio jurídico em geral celebrado sob reserva mental, se a mesma for conhecida pela outra parte;²⁴ dentre muitos outros.

Também a jurisprudência nacional acrescentou a esse rol outros exemplos, como o ato societário realizado por sócio sem poderes de representação;²⁵ o contrato de seguro coletivo para o qual não tenham anuído os segurados;²⁶ o contrato de compra e venda de imóveis celebrado verbalmente;²⁷ a cessão particular de direito hereditários sem a declaração de vontade dos cessionários;²⁸ o termo de parcelamento de dívida não assinado;²⁹ o contrato celebrado mediante fraude (particularmente, por meio da falsificação da assinatura de uma das partes);³⁰ o seguro estipulado sobre a vida de terceiro por pessoa que não é parente nem justifica seu interesse pela preservação da vida do segurado;³¹ dentre diversos outros casos.

21 SANTOS, J. M. Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. Volume XV. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 194.

22 BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**, cit., p. 258.

23 CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 804.

24 NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 251.

25 “Alienação de imóvel pertencente a sociedade em instrumento firmado por um dos sócios. Estatutos que preveem a representação da sociedade por seus dois sócios em conjunto. Ausência de consentimento da alienante. Vontade que somente se forma quando os dois sócios a exprimem em conjunto. Aplicação da teoria do ato inexistente. [...]” (STJ, 4ª T., REsp. 115.966, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 17.2.2000).

26 STJ, 3ª T., AgRg. no REsp. 1.318.365, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julg. 25.11.2014, publ. 12.12.2014.

27 TJMG, 17ª C.C., Ap. Civ. 20080310109149, Rel. Des. Luciano Pinto, julg. 4.8.2015, publ. 17.8.2015.

28 TJDF, 1ª T.C., Ap. Civ. 20080310109149, Rel. Des. Maria Ivatônia, julg. 2.9.2015, publ. 8.9.2015.

29 TJRS, 3ª T.R.C., Rec. Civ. 71004042396, Rel. Des. Luís Francisco Franco, julg. 14.3.2013, publ. 18.3.2013.

30 A hipótese é bastante frequente na jurisprudência. Ilustrativamente: “Negócio jurídico inexistente – Compromisso Venda e Compra de Imóvel – Assinatura falsa da vendedora – A inexistência do negócio não precisa de declaração judicial, porque não existiu, e a intervenção judicial se cinge aos efeitos indiretos, como no caso de ter havido registro imobiliário da transação [...]” (TJSP, 1ª C.D.Priv., Ap. Civ. 0153382-58.2010.8.26.0100, Rel. Des. Alcides Leopoldo e Silva Júnior, julg. 26.5.2015, publ. 26.5.2015). Conferir, ainda, dentre outros: TJRS, 16ª C.C., Ap. Civ. 70058249558, Rel. Des. Paulo Sérgio Scarparo, julg. 27.3.2014, publ. 31.3.2014; TJSP, 20ª C.D.Priv., Ap. Civ. 9076762-89.2009.8.26.0000, Rel. Des. Maria Lúcia Pizzotti, julg. 7.4.2014, publ. 17.4.2014; TJRS, 4ª T.R.C., Rec. Civ. 71004829651, Rel. Des. Paulo Cesar Filippin, julg. 11.7.2014, publ. 15.7.2014; TJDF, 1ª T.R., Ap. Civ. 0022234-10.2014.8.07.0003, Rel. Des. Leandro Borges de Figueiredo, julg. 10.2.2015, publ. 25.2.2015; TJPR, 8ª C.C., Ap. Civ. 1091084-8, Rel. Des. Lilian Romero, julg. 7.5.2015, publ. 10.6.2015.

31 TJPR, 8ª C.C., Ap. Civ. 4050313, Rel. Des. Luis Espíndola, julg. 3.4.2008, publ. 3.4.2008.

2. INCOMPATIBILIDADE DA NOÇÃO DE INEXISTÊNCIA COM O DIREITO BRASILEIRO

A teoria do ato jurídico inexistente nunca ingressou no Código Civil brasileiro,³² a despeito de sua ampla difusão doutrinária e jurisprudencial. Clóvis Beviláqua a havia inserido em seu Projeto, mas a previsão jamais chegou à redação final do Código Civil de 1916.³³ Quanto ao Código em vigor, verificou-se particular preocupação, durante sua elaboração legislativa, em se diferenciarem as noções de validade e eficácia, mas não se fez alusão à existência, que sequer é mencionada em sua Exposição de Motivos.³⁴

Também em outros ordenamentos jurídicos que reconhecem doutrinariamente a inexistência, como a França e a Itália, omitiram-se os respectivos legisladores a respeito.³⁵ O silêncio legal sobre a figura da inexistência acabou por ocasionar o surgimento de duas correntes doutrinárias antagônicas, havendo autores que afirmam a autonomia do plano da existência em relação ao da validade³⁶ e outros que sustentam ser a inexistência tão somente uma hipótese de nulidade, rejeitando a expressão.³⁷

De fato, a noção de um ato jurídico inexistente revela-se, de certa forma, contraditória com a própria natureza deontológica da ciência jurídica,³⁸ uma vez que não cabe, em princípio, ao direito reconhecer a

32 V., dentre outros, PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume I, cit., p. 542: “Não se encontrava no Código de 1916 menção a esta categoria de ineficácia, por ter o legislador recusado consagrar na lei o princípio que o Projeto Beviláqua havia assentado. Nem no Código de 2002 encontrou abrigo a teoria”.

33 Como anota o próprio autor, “além dos atos nulos e anuláveis, conhecia o Projeto a classe dos inexistentes, que não se acham compreendidos na noção de nulidade” (**Teoria geral do direito civil**, cit., p. 258).

34 Conforme a “Exposição de Motivos do Código Civil”, a busca de precisão terminológica importou uma tomada de posição por parte do Projeto de Código Civil quanto à necessidade de distinguir-se entre validade e eficácia, não havendo, porém, menção à inexistência: “Na terminologia do Anteprojeto, por validade se entende o complexo de requisitos ou valores formais que determina a vigência de um ato, por representar o seu elemento constitutivo, dada a sua conformação com uma norma jurídica em vigor, seja ela imperativa ou dispositiva. Já a eficácia dos atos se refere à produção dos efeitos, que podem existir ou não, sem prejuízo da validade, sendo certo que a incapacidade de produzir efeitos pode ser coeva da ocorrência do ato ou da estipulação do negócio, ou sobrevir em virtude de fatos e valores emergentes” (**Novo Código Civil**: exposição de motivos e texto sancionado, cit., p. 36).

35 Cf. GALGANO, Francesco. **Il negozio giuridico**, cit., p. 277; CARBONNIER, Jean. **Droit civil**. Tome 1, cit., p. 116.

36 Cf. MIRANDA, F. C. Pontes de. **Tratado de direito privado**. Volume IV, cit., p. 69; AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico**, cit., p. 63; ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**. Volume II, cit., p. 102.

37 Nesse sentido, por exemplo: GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**, cit., p. 422; CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil**. Volume II, cit., p. 925.

38 Vale destacar a lição de Kelsen: “O fato externo que, de conformidade com o seu significado objetivo, constitui um ato jurídico (lícito ou ilícito), processando-se no espaço e no tempo, é, por isso mesmo, um evento sensorialmente perceptível, uma parcela da natureza, determinada, como tal, pela lei da causalidade. [...] O que transforme este fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como

existência do fato material, mas sim atribuir ou negar efeitos a esse fato.³⁹ Basta observar, nesse sentido, como muitos dos autores que sustentam a utilidade da figura da inexistência acabam por aplicar ao Direito uma lógica idêntica àquela das ciências naturais, como se a ciência jurídica resultasse de regras da natureza e não da construção intelectual humana.⁴⁰

Como se sabe, são os efeitos (isto é, as situações jurídicas subjetivas) da repercussão, na esfera jurídica, dos fatos sociais;⁴¹ parece mais adequado, assim, considerar que assiste ao direito negar *repercussão* ao fato, mas não existência. Em outros termos, embora seja possível (e, inclusive, muito comum na prática judicial) declarar a inexistência de um direito, ou de uma obrigação, contraria a lógica jurídica a declaração de inexistência de um ato de vontade, justamente por se tratar de matéria fática.

O contrassenso em um conceito “jurídico” de (in)existência já era notado pela doutrina tradicional,⁴² e a contradição sobressai ainda mais à luz da civilística contemporânea – que, ao considerar juridicamente relevantes todos os atos humanos (embora, muitos deles, não destinados à produção específica de efeitos, constituam mero exercício de liberdades asseguradas pelo direito),⁴³ não admite que o ordenamento feche os olhos

determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma” (**Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 4).

39 Este descompasso levou a doutrina a fazer esclarecimentos como os de PLANIOL e RIPERT: “Il n’y a lieu de s’occuper des cas d’inexistence qu’autant que l’acte a été accompli en fait et que la preuve en est fournie; sont naturellement inexistentes les actes que personne n’a jamais faits, mais de ceux-là personne ne s’occupe, tandis qu’un acte peut exister en apparence, avoir sa preuve et être néanmoins juridiquement inexistant” (**Traité élémentaire de droit civil**. Tome 1er., cit., p. 134). Também TRABUCCHI entende que o termo inexistência “[...] si presterebbe meglio a indicare i casi in cui manchino gli elementi materiali dell’atto (quando non ci sia stato neppure un minimo di dichiarazione del soggetto: es. vendita che uno non si è mai sognato di fare: inesistenza del negozio) mentre la nullità comprende anche tutti i casi, praticamente assai più importanti, nei quali sono presenti gli elementi materiali e mancano invece gli elementi giuridici dell’atto [...]” (**Istituzioni di diritto civile**, cit., p. 160).

40 Eminentemente vozes, porém, chegam ao ponto de aplicar ao Direito lógica idêntica à das ciências naturais. V., por exemplo, Martinho GARCEZ: “Uma lei natural preside à formação dos corpos, tanto no mundo físico quanto no mundo jurídico. Os contratos são corpos jurídicos, disse Ihering. [...] Ora, para que o ato jurídico se forme e possa ter existência, é preciso que ele reúna um certo número de elementos orgânicos e vitais” (**Das nulidades dos atos jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 13). Com idêntica construção, LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. Volume I, cit., p. 504.

41 A respeito, permita-se remeter a SOUZA, Eduardo Nunes de. **Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos**. Civilistica.com, a. 4, n. 1, 2015.

42 Reconhece, por exemplo, Caio Mário da Silva PEREIRA que “a teoria do ato inexistente é uma quebra de sistemática” (**Instituições de direito civil**. Volume I, cit., p. 541).

43 Trata-se de pressuposto da escola civil-constitucional, conforme ensina Pietro PERLINGIERI: “O fato concreto é sempre juridicamente relevante; nem sempre, todavia, a norma lhe atribui efeitos jurídicos individualizáveis de modo específico e determinado [...] os chamados fatos ‘juridicamente irrelevantes’, na verdade, ou são fatos relevantes (como o exercício de liberdade), mas não predeterminados a ter eficácia, ou não são fatos” (**O direito civil na legalidade constitucional**, cit., p. 638-640).

a determinado negócio jurídico, como se simplesmente “não existisse”.

Na maior parte das vezes em que a doutrina faz alusão à inexistência negocial, assim, o que se pretende realmente dizer é que os efeitos do ato serão desconsiderados juridicamente.⁴⁴ A designação, porém, não parece desejável, pois remete a um juízo naturalístico muito pouco compatível com as qualificações jurídicas.

Tal crítica é agravada pelo fato de a doutrina da inexistência efetivamente aludir à necessidade de estarem presentes certos *elementos* para que o ato possa “existir”,⁴⁵ a sugerir que os atos designados como inexistentes seriam desprovidos de sujeitos, objeto ou forma, o que não corresponde à realidade – se existe a simples discussão sobre a dita existência do ato, é porque houve ação humana sobre determinado objeto e seguindo certa forma, ou, do contrário, sequer se poria o problema.⁴⁶ A noção de elementos essenciais de certo ato decorre da teoria dos *essentialia negotii*: a essencialidade, na verdade, refere-se à configuração de certo tipo negocial (note-se, uma qualificação jurídica), e não à realização fática do negócio.⁴⁷

Assim, ainda que se considere que nenhum dos efeitos a que tende o chamado ato inexistente pode ser juridicamente reconhecido, apenas se terá certeza quanto a essa rejeição quando o julgador for conclamado a declarar a não produção de tais efeitos (em prol da segurança jurídica), bem como regular eventuais expectativas juridicamente relevantes que possam ter surgido em decorrência da aparência de validade negocial, sobretudo perante terceiros.⁴⁸

44 Assim, por exemplo, leciona Salvatore PUGLIATTI que “la inesistenza del negozio va considerata dal punto di vista giuridico; essa concerne quei negozi giuridici i quali storicamente esistono, ma giuridicamente vengono considerati tamquam non essent, per una causa di natura formale, derivante cioè dall’ordinamento giuridico” (*I fatti giuridici*, cit., p. 151). O autor ainda sustenta que determinado negócio apenas se pode considerar inexistente em relação à norma que o disciplina (*ibid.*, p. 156).

45 Cf., ilustrativamente, VELOSO, Zeno. “Nullidade e inexistência”. In: CASSETTARI, Christiano. **10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002**: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 198.

46 Alguns autores, nesse sentido, costumam indicar que seriam inexistentes os atos que socialmente não seriam capazes de apresentar sequer uma aparência social de atos jurídicos: “la disciplina della nullità presuppone che l’atto sia riconoscibile almeno sul terreno fenomenico, mentre l’inesistenza esclude la configurabilità del negozio anche sul piano sociale” (PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di diritto civile**, cit., p. 562). O autor cita como exemplos de atos inexistentes, nessa perspectiva, o testamento encenado por um ator no palco ou o contrato que o professor simula celebrar com o aluno como exemplo didático (o.l.u.c.). No mesmo sentido, Alberto TRABUCCHI (*Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 160) reserva a inexistência para atos que não tiveram nenhuma realização material.

47 Assim, por exemplo, Emilio BETTI definia o negócio inexistente como o “simulacro de negócio que se pensa ter realizado”, ao qual “não se ligam efeitos jurídicos de tal qualidade que possam referir-se ao tipo em questão” (**Teoria geral do negócio jurídico**, cit., p. 663).

48 Tal afirmativa era admitida até mesmo por ZACHARIAE a respeito do casamento que reputava inexistente: “Pode

Muito embora o juízo quanto à validade do negócio jurídico (e, mais ainda, quanto à sua existência, para a doutrina que reconhece tal plano de análise) diga respeito ao momento da celebração do ato, e conquanto se afirme que o ato inválido não é apto a produzir efeitos, tal julgamento se faz, necessariamente, após a celebração, quando o intérprete é provocado a se pronunciar sobre o negócio concreto. Desse modo, o simples fato da realização material do negócio provoca, na grande maioria das vezes, alguma repercussão jurídica, já que dificilmente não surgirá alguma situação jurídica no interregno até o julgamento da validade do ato.⁴⁹

Por tal razão, embora não seja incorreto associar os negócios jurídicos ditos inexistentes e, ainda, os negócios nulos à inadmissibilidade de todos ou de alguns dos efeitos aos quais eles tendiam, a diferença prática em relação a um negócio meramente anulável não é tão significativa: em qualquer caso, exigir-se-á da ordem jurídica que resolva o problema dos efeitos já produzidos (ou, caso se prefira, da *aparência* de efeitos,⁵⁰ expressão que normalmente se usa apenas para justificar por que os mesmos não serão, depois, reconhecidos⁵¹).

Eis o grande risco provocado pela noção de inexistência: a afirmativa de que certo negócio simplesmente não existiu parece implicar que nenhuma providência a respeito dele precisa ser tomada, uma vez que o ato reputado como “não acontecido” não poderia, em tese, ter produzido qualquer eficácia a ser desconstituída.⁵² Neste ponto, seria preferível

acontecer, é verdade, em certos casos, ainda que as condições essenciais de um casamento não existam, que seja necessário intentar uma ação; e é isso que acontece notadamente quando o fato de um casamento contratado existe em aparência” (**Droit civil français**. Volume I, cit., p. 166). “Il peut, il est vrai, en certain cas, quoique les conditions essentielles d’un mariage n’existent pas, être nécessaire d’intenter une action; et c’est ce qui a lieu notamment lorsque le fait d’un mariage contracté existe en apparence”.

49 Neste sentido, reconhecia René JAPIOT que, em alguns casos de nulidade, “os efeitos do ato se produzem e duram até que uma ação venha fazê-los desaparecer”. Para o autor, a nulidade, “se está oculta, não tem consequências” enquanto não for impugnada em juízo (**Des nullités en matière d’actes juridiques**, cit., p. 130).

50 Aduz Orlando GOMES que a inexistência “é uma aparência de ato. Essa aparência precisa ser desfeita, o que se há de verificar, necessariamente, mediante pronunciamento judicial, a despeito da opinião contrária dos partidários da teoria. O negócio inexistente equivalerá, portanto, ao negócio nulo, ainda sob esse aspecto prático” (**Introdução ao direito civil**, cit., p. 422).

51 Em sentido contrário ao referido na nota anterior, Caio Mário da Silva PEREIRA afirma: “Costuma-se objetar que o ato inexistente não deixa de ser uma aparência de ato, que há mister seja desfeita, e, para tanto, requer-se um decreto judicial, o que (concluem) induz equivalência entre a nulidade e a inexistência. Não nos parece, porém, assim. Teoricamente, há uma diferenciação positiva entre a inexistência e a nulidade. E na prática os efeitos diferem. [...] O ato inexistente não pode produzir qualquer efeito, independentemente de um pronunciamento da inexistência. Um contrato de compra e venda de um imóvel de valor superior à taxa legal é nulo se não revestir a forma pública (Código Civil, art. 108), mas o juiz terá de proferir um decreto de nulidade. Faltando, porém, a própria realização do contrato, o juiz poderá, pura e simplesmente, isentar o pseudocomprador de uma prestação” (**Instituições de direito civil**. Volume I, cit., p. 544).

52 Tornou-se difundida na doutrina francesa a frase “on n’annule pas le néant”, literalmente, “não se anula o nada”.

(conquanto igualmente incorreto) considerar que o ato não tem natureza negocial (por lhe faltarem os supostos elementos essenciais), mas existe, do que postular sua inexistência.⁵³

3. ENQUADRAMENTO DOGMÁTICO DA MATÉRIA NA TEORIA GERAL DAS INVALIDADES DO NEGÓCIO JURÍDICO

Se tais considerações são verdadeiras, a noção de inexistência, de cunho muito mais ontológico que deontológico, somente pode ser concebida (caso se pretenda considerá-la uma qualificação jurídica) se for entendida como uma espécie de invalidade do negócio, vale dizer, uma justificativa para a inaptidão do ato a produzir efeitos. Não se verifica, nessa perspectiva, qualquer escalonamento procedimental entre os chamados planos da validade e da existência, identificando-se, em vez disso, tão somente a recusa do ordenamento a esse reconhecimento de efeitos, tanto na inexistência quanto na invalidade.

Essa recusa pode se apresentar mais ou menos drástica em face dos efeitos aos quais tende o negócio (muito embora não se vislumbre necessariamente um grau de reprovação maior quanto à eficácia dos atos ditos inexistentes em relação à reprovação dirigida aos atos nulos),⁵⁴ e ainda pode se configurar a partir de requisitos mais ou menos rígidos, conforme se trate de uma hipótese da chamada inexistência, ou de nulidade ou anulabilidade, mas sempre se estará diante de uma invalidade negocial.⁵⁵

A cautela, aliás, com que se acaba de afirmar que os requisitos da inexistência poderiam ser menos rígidos do que aqueles que caracteri-

A respeito, criticava JAPIOT: "l'acte a pu être exécuté; peu importe, il est inexistant, la justice n'en veut point entendre parler [...]: on ne prend pas garde qu'ainsi se trouve consolidé un état de fait contraire au but de la loi: on s'élevé trop haut dans l'abstraction pour avoir égard aux faits" (**Des nullités en matière d'actes juridiques**, cit., p. 131).

53 Esta solução parece ser proposta por Antonio Junqueira de AZEVEDO: "Se, no plano da existência, faltar um dos elementos próprios a todos os negócios jurídicos (elementos gerais), não há negócio jurídico; poderá haver um ato jurídico em sentido restrito ou um fato jurídico, e é a isso que se chama 'negócio inexistente'" (**Negócio jurídico**, cit., p. 63).

54 No entanto, a noção de que a inexistência corresponderia a um grau mais elevado de reprovação dos efeitos do ato pela ordem jurídica é aludida por vários autores. Na doutrina brasileira, por exemplo, Zeno VELOSO a considera "o grau máximo da eficácia" (**Invalidade do negócio jurídico**, cit., p. 135). No direito francês, destaca Jean CARBONNIER: "La sanction générique est l'inefficacité. On peut rationnellement en distinguer trois degrés dans un descendant d'énergie: inexistence, nullité absolue, nullité relative, et répartir entre eux les différents cas" (**Droit civil**. Tome 2. Paris: PUF, 2004, p. 2.095).

55 Contra, v. Antônio Junqueira de AZEVEDO: "Não é lógico que se continue a colocar, ao lado do nulo e do anulável, o negócio dito inexistente, como se se tratasse de um *tertium genus* de invalidade. Não há uma gradação de invalidade entre o ato inexistente, o nulo e o anulável" (**Negócio jurídico**, cit., p. 63).

zam a nulidade, como se se tratasse de um *tertium genus* de invalidade, talvez nem seja necessária. A rigor, todos os exemplos supracitados de atos reputados inexistentes podem ser inseridos em causas de nulidade negocial, quase sempre recaindo na ilicitude do objeto ou na violação da forma prescrita.⁵⁶

Desse modo, não seria impreciso afirmar, à luz desses exemplos, que os supostos atos inexistentes, na verdade, nada mais são que atos nulos.⁵⁷ Ilustrativamente, o contrato que tenha por objeto herança de pessoa viva é nulo por versar sobre objeto vedado por lei,⁵⁸ o testamento gravado em vídeo é nulo por não seguir as formas que legalmente admitidas;⁵⁹ e assim por diante.

No que tange aos negócios sob reserva mental, autorizada doutrina os classifica como casos de simulação⁶⁰ – e até o testamento sob reserva mental, que se costuma considerar inexistente, é reputado nulo por alguns autores.⁶¹ E mesmo o negócio celebrado sob *vis absoluta*,⁶²

56 Assim entende Orlando GOMES: “A teoria da inexistência é tida como construção inútil. A falta do objeto pode ser considerada causa de nulidade, e a da vontade, até de anulabilidade. Não obstante, muitos lhe reconhecem grande utilidade prática” (**Introdução ao direito civil**, cit., p. 422). Conclui o autor: “Se, doutrinariamente, é admissível a distinção entre inexistência e nulidade, praticamente não teria utilidade. A lei não pode admitir a categoria dos negócios jurídicos inexistentes porque, sendo simples fatos sem ressonância jurídica, logicamente, deles não deve ocupar-se” (o.l.u.c.).

57 Sustenta, por exemplo, MENEZES CORDEIRO que “os pretensos casos de inexistência jurídica são, pois, casos de nulidade, sob pena de gravíssimas injustiças, enquadradas por puros conceitualismos” (**Tratado de direito civil**. Volume II, cit., p. 929).

58 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume III, cit., p. 31.

59 Nesse sentido: GOMES, Orlando. **Sucessões**, cit., p. 41.

60 Assim, por exemplo, PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume I, cit., p. 421; VELOSO, Zeno. **Invalidade do negócio jurídico**, cit., p. 94. No mesmo sentido, na doutrina portuguesa, cf. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil**. Volume II, cit., p. 822, que entende que a reserva mental conhecia pelo declaratório, ainda que nem sempre configure simulação, ensaja a nulidade do negócio.

61 A classificação decorre de entendimento, bastante difundido, de que no testamento prevalece, ainda hoje, a teoria da vontade sobre a teoria da declaração; por tal razão, a disposição do art. 110 do Código Civil, segundo o qual “a manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento”, dirigir-se-ia apenas a declarações de vontade receptícias, mas não às disposições testamentárias, que subsistiriam independentemente do conhecimento da reserva mental por qualquer outra pessoa (nesse sentido, cf. CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**, cit., p. 804-805; NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**, cit., p. 251). Ainda que se considere procedente tal princípio interpretativo dos testamentos, contudo, não se verifica qualquer razão para afirmar que a reserva mental não corresponda a hipótese de nulidade do ato. De fato, tal entendimento já podia ser encontrado na doutrina clássica italiana, afirmando, por exemplo, Francesco FERRARA que a reserva mental nos negócios *mortis causa* é relevante, mas ensaja a nulidade do ato (**A simulação dos negócios jurídicos**. São Paulo: Red Livros, 2014, p. 75). Esta *ratio* também parece ter sido adotada pelo codificador português, que, ao tratar de uma das hipóteses mais frequentes de reserva mental testamentária, dispôs no art. 2.200: “É anulável a disposição feita aparentemente a favor de pessoa designada no testamento, mas que, na realidade, e por acordo com essa pessoa, vise a beneficiar outra”.

62 A distinção tradicional entre *vis absoluta* e *vis compulsiva* pode ser encontrada, dentre outros, na lição de Francisco AMARAL: “O sistema do Código Civil abrange: a) violência física absoluta, que impede a formação do ato jurídico, por falta de consentimento; b) a coação física que constringe o agente a dar uma declaração contrária à sua vontade”.

objeto de tradicional lição que o associa à inexistência negocial, pode ser considerado nulo,⁶³ tendo em vista que as circunstâncias da manifestação volitiva são vedadas por lei (inclusive no âmbito penal), a atrair, senão a incapacidade absoluta temporária do agente,⁶⁴ ao menos a contrariedade à lei como causa de nulidade virtual.⁶⁵

Realmente, as diferenças entre inexistência e invalidade não são claras, mas não parece existir, no plano funcional, diversidade de propósitos entre as duas categorias: ambas tratam da regulação da eficácia negocial a partir de um juízo de valor realizado sobre o ato ou, mais propriamente, sobre seus efeitos.⁶⁶

Talvez o melhor indício dessa paridade de funções consista na afirmativa, muito recorrente em matéria de nulidade negocial, de que os atos nulos não produziram efeitos, *como se jamais houvessem existido*.⁶⁷ Nesse caso, a referência à existência do ato se mostra menos arriscada para o adequado controle valorativo de seus efeitos do que aquela promovida pelo plano da existência propriamente dito, porque, na teoria da invali-

de; c) a coação moral que, inculcando no espírito do paciente fundado temor de grave dano, leva-o a manifestar um consentimento não querido” (**Direito civil**: introdução, cit., p. 543).

63 Sustenta, por exemplo, Orlando GOMES: “Só a violência moral vicia o consentimento. A violência física ou material (*vis absoluta*) exclui a vontade. Nesse caso, o ato não será simplesmente anulável, mas nulo” (**Introdução ao direito civil**, cit., p. 379). No mesmo sentido, Sílvio RODRIGUES: “Se se tratar de *vis absoluta*, o ato jurídico é nulo, por faltar um elemento substancial, isto é, o consentimento; se, ao contrário, caracterizar-se a hipótese de *vis compulsiva*, o ato é meramente anulável” (**Direito civil**. Volume I, cit., p. 201). Com idêntico entendimento, cf. também PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume I, cit., p. 445. Já Francisco AMARAL afirma que o negócio celebrado sob coação absoluta é “inexistente ou nulo” (**Direito civil**: introdução, cit., p. 544).

64 Proposta aludida por Orlando GOMES: “Diz-se, por exemplo, que não há vontade quando uma pessoa age num acesso de loucura (Capitant), mas, nesse caso, o ato poderia ser declarado nulo por incapacidade absoluta do agente” (**Introdução ao direito civil**, cit., p. 422). Tal solução resta prejudicada com a reforma do Código Civil promovida pela Lei n. 13.146/2015, que retirou do rol de causas de incapacidade absoluta a impossibilidade temporária de exprimir vontade, inserindo-a dentre as hipóteses de incapacidade relativa – mudança quanto à qual ainda não se pode saber qual será a reação da doutrina e da jurisprudência.

65 Com idêntica argumentação, v. TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di diritto civile**, cit., p. 160.

66 Isso acontece, na verdade, porque o crescimento da teoria da inexistência acabou absorvendo casos que já eram anteriormente tratados como nulidades. O processo, observado na doutrina francesa por JAPIOT, começou pela previsão de causas de inexistência “das quais a necessidade parecia evidente do ponto de vista do bom senso”, mas logo evoluiu para hipóteses que começam a se impor ao legislador (particularmente ligadas ao objeto ou à causa da obrigação), as chamadas inexistências racionais, até o ponto em que se passou a cogitar de inexistências legais a partir de disposições normativas que, de outra forma, seriam consideradas causas de nulidade absoluta (**Des nullités en matière d’actes juridiques**, cit., p. 124-125).

67 Afirma-o, por exemplo, RUGGIERO: “A nulidade do ato é a mais grave imperfeição, não lhe permitindo que produza qualquer dos seus efeitos próprios; o negócio jurídico é, pelo ordenamento, considerado como se não se tivesse feito e se alguns efeitos dele resultaram, estes não são efeitos do negócio, como tal, mas consequência dos fatos aos quais foi dada existência ao concluir o ato nulo” (**Instituições de direito civil**. Volume I, cit., p. 390). PONTES DE MIRANDA criticava os autores que confundiam as noções de nulidade e inexistência, afirmando que tal confusão acaba redundando, justamente, na supressão da categoria do nulo, que passa a ser considerada sinônimo de ausência de elementos componentes, o que o autor considera um erro de lógica (**Tratado de direito privado**. Volume IV, cit., p. 75).

dade, sabe-se de antemão que o intérprete deverá solucionar o problema colocado pelos efeitos produzidos pelo ato (ainda que a solução já se encontre, em princípio, prevista na lei, conforme se trate de ato nulo ou anulável), decidindo por sua manutenção ou desconstituição.⁶⁸

Por outro lado, também do ponto de vista estrutural, não se vislumbra diferença entre inexistência e invalidade que justifique o tratamento autônomo da primeira categoria.⁶⁹ Afirma-se, por exemplo, que, no caso dos atos inexistentes, seria sempre possível pretender judicialmente seu desfazimento, já que, diversamente dos atos nulos, não convalesceriam com o decurso do tempo nem permitiram confirmação pelas partes.⁷⁰ Tal alegação, contudo, não apenas comprova que os ditos atos inexistentes podem produzir, de fato, efeitos (sobre os quais a ordem jurídica precisará se pronunciar eventualmente) como também contraria a própria teoria tradicional das nulidades,⁷¹ segundo a qual, como se verá mais adiante, também estas não prescreveriam e não admitiriam ratificação.

68 Alguns autores, por outro lado, mesmo sustentando a diferença entre atos inexistentes e nulos, ressaltam que também no caso dos atos inexistentes sempre seria necessário o reconhecimento judicial do vício. Assim, por exemplo, Luiz Paulo Vieira de CARVALHO: "A inexistência do testamento em sentido jurídico, embora se configure como um nada no campo do direito, deverá [...] ser declarada judicialmente, seja mediante ação própria, que, *in casu*, é a ação declaratória da inexistência do negócio, seja *ex officio* em qualquer processo ou procedimento sucessório, caso o magistrado a encontre aprovada, sob pena de o testamento continuar a produzir seus aparentes efeitos" (**Direito das sucessões**, cit., p. 802).

69 O mesmo se afirma na doutrina francesa, inclusive a respeito do casamento, exemplo que justificou a própria noção de inexistência. Nesse sentido, por exemplo, Jean CARBONNIER explica que, no caso do casamento celebrado sem a presença da autoridade competente, o caso seria, tradicionalmente, considerado como ato inexistente. No entanto, a jurisprudência o tem considerado "[...] comme simplement nul, non comme inexistant (ce qui lui permet d'appliquer, après l'annulation, le bénéfice du mariage putatif)" (**Droit civil**. Tome 1, cit., p. 1.199).

70 Na doutrina francesa, analisava criticamente JAPIOT que se popularizaram expressões como "não se pode confirmar o nada" ("on ne peut pas confirmer le néant") ou, ainda, "cura-se um doente, mas não um morto" ("on guérit un malade, on ne guérit pas un mort"), para fazer referência ao negócio inexistente. No que tange à prescrição, como relata o autor, também não se admite, em geral, a convalidação com o tempo do ato inexistente, já que não poderia a inação validar o que é desprovido de existência: "não há geração espontânea" ("pas de génération spontanée") (**Des nullités en matière d'actes juridiques**, cit., p. 135). Assim também na doutrina brasileira: "o negócio jurídico inexistente, por não ingressar no mundo do direito, pode ser impugnado (rectius: ter reconhecida a sua inexistência) a qualquer tempo, não lhe sendo oponíveis a convalidação ou o esgotamento do prazo prescricional, que poderiam ser invocados em face do negócio jurídico inválido" (TEPEDINO, Gustavo. "Aquisição a non domino e os efeitos do tempo na cadeia de aquisição imobiliária". **Soluções práticas de direito**. Volume I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 581). Tal posicionamento a respeito dos negócios inexistentes, segundo alguns autores, seria sustentado mesmo por aqueles que admitissem a possibilidade excepcional de convalidação dos negócios nulos. A respeito, v. RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. Volume I, cit., p. 291; LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. Volume I, cit., p. 505. A questão torna-se ainda mais clara em matéria de disposições de última vontade, para cuja nulidade o próprio Código Civil prevê prazo de alegação (art. 1.859), os quais a doutrina afirma, no entanto, não se estenderem aos testamentos inexistentes (v. CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**, cit., p. 802).

71 Nesse sentido, relata JAPIOT que, se a teoria das formas de ineficácia negocial iniciou-se na doutrina francesa comportando diversas categorias, com gradações de ineficácia, com o crescimento da teoria da inexistência tais categorias foram reduzidas pouco a pouco ("suppression progressive des intermédiaires"), até que, em certo momento, apenas se cogitava de duas "etiquetas", nos termos usados pelo autor: a nulidade relativa (associável à anulabilidade no direito brasileiro) e a inexistência (**Des nullités en matière d'actes juridiques**, cit., p. 124-136).

Por outro lado, os mesmos motivos pelos quais parte da doutrina sustenta a flexibilização da imprescritibilidade das nulidades permitiriam superar a aplicação dessa característica à inexistência, de modo que não parece se justificar, em um sentido ou no outro, a diferença de regime jurídico. Particularmente no caso do casamento putativo, sustenta-se ainda que uma diferença estaria no fato de a boa-fé dos cônjuges aparentes não permitir a manutenção dos efeitos do ato em benefício dos filhos caso o casamento se repute inexistente, diversamente de outros casos de nulidade ou anulabilidade.⁷² Como, porém, a lei não prevê hipóteses de inexistência e todas aquelas aludidas pela doutrina constituem, à luz do Código Civil, causas de nulidade, a distinção torna-se de difícil sustentação.

4. CONSIDERAÇÃO FINAL

Em síntese, o conceito de inexistência, para alguns autores verdadeira ficção jurídica,⁷³ desenvolveu-se à sombra da teoria das nulidades,⁷⁴ via de regra como forma mais flexível⁷⁵ de justificar a ineficácia de certos atos que, embora plenamente válidos à luz dos requisitos legais, ainda

72 Segundo Eduardo ESPÍNOLA, partindo ainda da inadmissibilidade dos casamentos homoafetivos, “na verdade, naqueles casos em que se não pode falar em casamento existente, porque houve falta absoluta de consentimento, ou manifestamente idêntico era o sexo dos pseudos [sic] nubentes, ou ainda não houve celebração ou absolutamente incompetente era o celebrante, a boa-fé dos cônjuges, ou de um deles, não tem a virtude de determinar, em benefício deles ou dos filhos, os efeitos resultantes do matrimônio” (**Manual do Código Civil brasileiro**. Volume III, parte IV, cit., p. 175).

73 Relata Caio Mário da Silva PEREIRA: “[...] há quem defenda a sua desnecessidade ou declare a distinção mera sutileza bizantina, e quem se plante até na recusa aos seus méritos científicos, raciocinando que a própria expressão ato inexistente não passa de uma *contradictio in adiecto*, por ver que o ato pressupõe a existência de algo, e a inexistência é a sua negação” (**Instituições de direito civil**. Volume I, cit., p. 542). Parte da doutrina, porém, rejeita o termo “inexistência” apenas para conferir idêntico conceito à noção de nulidade. Exemplificativamente, Martinho GARCEZ: “Nós não temos necessidade de recorrer à categoria de atos inexistentes [...] porque temos a expressão nulos de pleno direito, que traduz em nosso direito o mesmo que a palavra inexistente no direito francês” (**Das nulidades dos atos jurídicos**, cit., p. 14). No mesmo sentido, ESPÍNOLA, Eduardo. **Manual do Código Civil brasileiro**. Volume III, parte IV, cit., p. 146.

74 Reconhece Clóvis BEVILÁQUA que “a transição entre o ato nulo e o inexistente é suave; desliza a mente de um para o outro como que insensivelmente”; o autor, no entanto, acaba concluindo que “a distinção é real, porque o primeiro sofre de um vício essencial, que o desorganiza e desfaz: é um enfermo condenado à morte; o outro não tem existência jurídica; será, quando muito, a sombra de um ato, que se desvanece” (**Teoria geral do direito civil**, cit., p. 258-259).

75 A vantagem dessa flexibilidade é registrada por PLANIOL e RIPERT: “La théorie a été présentée pour la première fois par Zachariae; elle a été depuis lors acceptée par tous les auteurs, heureux de trouver en elle un moyen de sortir d’embarras et d’annuler des mariages sans texte” (**Traité élémentaire de droit civil**. Tome 1er, cit., p. 134). Com efeito, a teoria dos atos inexistentes não depende de previsão legal, podendo ser aplicada, por exemplo, em matérias que não admitem as nulidades virtuais, como o casamento; nem depende, tampouco, de declaração judicial, embora se admita provimento judicial com o fulcro de se desfazer mera aparência de ato (v. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume I, cit., p. 544).

assim contrariavam algum valor juridicamente relevante – de tal modo que a doutrina e, a seu turno, a jurisprudência optaram por buscar outra fundamentação para a sua não produção de efeitos.

Diante de uma teoria das nulidades formalista, foi preciso buscar na noção de inexistência o fundamento para negar eficácia a atos negativamente apreciados pelo pensamento jurídico da época.⁷⁶ Este parece ser o momento, porém, de repensar tal escolha, na medida em que uma leitura funcional da teoria das nulidades responde de forma muito mais vantajosa às necessidades valorativas do intérprete, em lugar de uma figura que, além de remeter muito mais a um juízo naturalístico do que jurídico, foi originalmente concebida apenas para a superação da textualidade das nulidades em setor muito específico do direito civil.⁷⁷

Com efeito, não se admite, particularmente na perspectiva civil-constitucional, que a ordem jurídica feche os olhos a qualquer ato humano ou se abstenha de disciplinar as repercussões que ele pode ter provocado mesmo antes que tenha havido tempo de se emitir qualquer juízo sobre sua validade. Por tais razões, a inexistência resulta em categoria artificial, que pouco contribui à dogmática civilista, tendo em vista que, seja do ponto de vista funcional, seja em seu perfil estrutural, não é possível verificar distinção clara entre ela e a invalidade. ❖

76 Em certa perspectiva, aliás, chega a ser contraditório que, para se evitar o recurso a uma espécie de nulidade porque ela não era textual, tenha-se recorrido a uma categoria totalmente nova e que sequer era prevista na lei.

77 Nesse sentido parece postar-se Silvio RODRIGUES, ao afirmar que a inexistência poderia ser considerada inexata, inútil e inconveniente: “Seria inexata porque, no mais das vezes, o ato malsinado cria uma aparência que para ser destruída implica recurso judicial. [...] Seria inútil porque a noção de nulidade absoluta a substitui vantajosamente. Se falta a um ato um elemento substancial, ele deve ser proclamado nulo e de tal declaração decorre sua total ineficácia, gerando apenas aqueles efeitos porventura permitidos por lei. [...] Finalmente, seria inconveniente porque, a ser verdade que se pode prescindir de ação judicial para declarar a inexistência, estar-se-á privando as partes, interessadas no ato, das garantias de defesa que o processo oferece e dos eventuais efeitos por vezes atribuídos pela lei, mesmo na hipótese de nulidade” (**Direito civil**. Volume I, cit., p. 291-292).

Neoconstitucionalismo, Constitucionalização e Direito Administrativo

Emerson Affonso da Costa Moura

Professor Assistente da Graduação da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF) e da Pós-Graduação lato sensu de Direito Administrativo da EMERJ. Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Mestre em Direito Constitucional e Especialista em Administração Pública pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Pesquisador registrado pelo CNPQ.

I. INTRODUÇÃO

De origem *regaliana* e baseada em um padrão *burocrático* estrutura-se a dogmática administrativa sobre as inconsistências lógico-conceituais oriundas de uma tradição *autoritária, hierarquizada e ineficiente* que, em descompasso com as transformações ocorridas na sociedade, impõem a revisão das premissas teóricas estruturantes da disciplina¹.

A crise do Estado Providência, marcada pela inviabilidade do atendimento das complexas demandas sociais e o crescente desequilíbrio das finanças públicas, erige a inviabilidade da burocracia como modelo de gestão inoperante e economicamente insustentável ao atendimento do

1 Diante da crise teórica do Direito Administrativo, inicia-se um movimento doutrinário de ampla revisão das categorias e institutos administrativos, formado dentre outros: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. GRAU, Eros Roberto. "A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica". São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1990. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas**. São Paulo: Atlas, 1999. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2 ed. atual e ampla. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulações**. 4 ed. rev, atual e ampla. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. ARAGÃO, Alexandre. **Agências Reguladoras e Evolução do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

interesse público, e das velhas categorias administrativas na adequação às novas expectativas sociais.

As deficiências e falências do processo político majoritário, em razão da redução do processo democrático ao processo eletivo, da predominância persistente da ineficiência, corrupção e clientelismo na gestão pública, e do crescente desinteresse pela participação política, ampliam o enfraquecimento da cidadania e conduzem a um déficit *de legitimidade* da atuação administrativa.

O surgimento da globalização, expresso na integração econômica e a expansão do conhecimento e da técnica, mediante o fluxo de transferência de informações e a difusão de novas formas de tecnologia e meios de comunicação, reforça a crise de governabilidade estatal e impõe o advento de transformações na Administração Pública.

Neste tocante, a ascensão do Estado Constitucional de Direito com o reconhecimento da força normativa da Constituição e a irradiação das regras e princípios fundamentais pela ordem jurídica, convergem com estes fenômenos, na desconstrução de velhos paradigmas e proposições de novos protótipos, que exteriorizam a formação de um modelo administrativo pós-moderno.

No âmbito do regime administrativo, o processo de filtragem constitucional promove a releitura dos princípios da matéria sob a ótica da lei fundamental auxiliando na reestruturação da dogmática à centralidade ocupada pelo homem na ordem jurídica e dimensão substantiva da democracia, em uma substancial modificação na relação entre Administração e administrado.

Sob este prisma, busca o presente trabalho investigar as transformações promovidas pelo fenômeno da constitucionalização do direito sobre o regime administrativo, de forma a definir as alterações no conteúdo axiológico dos seus institutos fundamentais e, portanto, adequando-o à ordem constitucional vigente e aos seus valores básicos.

De início, analisa-se o neoconstitucionalismo em seus elementos comuns, de modo a extrair dentre os paradigmas produzidos no campo da dogmática, teoria e prática jurídica, o fenômeno de irradiação das regras e princípios constitucionais na ordem jurídica, delimitando seus requisitos, características e efeitos produzidos em alguns ramos jurídicos.

A seguir, aborda o estudo a constitucionalização no direito administrativo com foco da investigação nas transformações ocorridas nos pilares

fundamentais do regime administrativo - *supremacia do interesse público* e *discricionariedade administrativa* - e na reorientação das relações entre Administração Pública e indivíduos, em razão da erradicação dos direitos fundamentais.

Por fim, apresentadas as premissas necessárias ao debate, o exame restringe-se às mudanças paradigmáticas da filtragem constitucional no âmbito dos princípios gerais administrativos, que transmutam a legalidade restrita em *juridicidade* ampla, a impessoalidade em *neutralidade*, convergem a moralidade da conduta na ética dos resultados, a publicidade em *transparência* e convolam o postulado da eficiência no dever de *efetividade*.

Nesse tocante, utiliza-se por metodologia neste trabalho, a crítica dialética, com meio de pesquisa, bibliográfico, fundado na doutrina jurídica nacional e na estrangeira e apoiado nos principais expoentes do Direito Público, bem como naqueles ramos do Direito Privado necessários, no que coube, à fundamentação deste trabalho em razão da grande valia doutrinária.

II. CONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO

Observa-se com o término da Segunda Guerra Mundial na Europa e o advento do processo de redemocratização do Brasil, uma série de transformações na forma de organização política e jurídica estatal, que marcam o advento do Estado Constitucional de Direito e a ascensão dos pilares fundamentais do constitucionalismo contemporâneo².

Sob a designação de neoconstitucionalismo compreendem-se distintas vertentes³ que consolidam os novos paradigmas do fenômeno polí-

2 Como marco normativo, tem-se a promulgação da Lei Fundamental de Bonn na Alemanha e a Constituição da Itália, e a posterior, das cartas fundamentais de Portugal e Espanha. Alcança o fenômeno para além do velho continente, encontrando no Brasil com o fim da ditadura militar e a edição da Constituição da República, o ambiente propício para a garantia da estabilidade institucional e da aplicabilidade das normas constitucionais. Sobre o tema: CARBONELL, Miguel. "Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo" in: CARBONELL, Miguel (Org). **Neoconstitucionalismo(s)**. 1 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 9. BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito**. "O Triunfo Tardio no Direito Constitucional no Brasil" in: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Orgs). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 205.

3 Abrange, portanto, as teorias de Luigi Ferrajoli, Gustavo Zagrebelsky, Luis Prieto Sanchis, Carlos Nino, Robert Alexy, Ronald Dworkin dentre outros. Sobre as distintas perspectivas teóricas e suas características comuns, vide por todos: POZZOLO, Susana. **Neoconstitucionalismo Y Especificidad de La Interpretacion Constitucional**. Doxa. N. 21-II 1998, p. 340 e seguintes.

tico-jurídico produzindo mudanças na compreensão do Direito no campo da *dogmática, teoria e prática jurídica*, garantindo a crescente reaproximação entre Direito e os valores de ética e justiça, em contraponto ao distanciamento do modelo anterior⁴.

Na vertente da *dogmática*, envolve o processo de incorporação de amplo elenco de direitos fundamentais aos textos constitucionais, com o reconhecimento além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais em face do poder público e dos particulares, do seu ângulo objetivo, representando a consagração da ordem objetiva dos valores essenciais à sociedade.⁵

Com a expansão da jurisdição constitucional, mediante a ampliação do elenco de legitimados para a propositura das ações de controle de constitucionalidade e a criação de novos instrumentos de controle concentrado, garante-se a preservação dos direitos fundamentais do processo político majoritário reservando sua tutela à seara do Poder Judiciário⁶.

No campo da *prática judicial*, abrange a reelaboração da interpretação constitucional com o redimensionamento da norma jurídica como veiculadora apenas dos elementos iniciais para a solução do problema, a assunção dos fatos enquanto instrumento de delimitação dos resultados possíveis e o intérprete sendo um dos sujeitos que participa no processo de criação do Direito⁷.

Enseja a definição de métodos interpretativos mais flexíveis e compatíveis com as hipóteses em que há a incidência multidimensional de normas jurídicas e complexidade dos fatos em questão, permitindo mediante concessões recíprocas, a preservação dos bens e interesses em

4 Adota-se como ponto de partida para este breve estudo do fenômeno, os planos de análises propostos por Miguel Carbonell, mediante abordagem das transformações ocorridas nas Constituições, nas práticas judiciais e no desenvolvimento teórico dos modelos constitucionais. CARBONELL, Miguel. "Neoconstitucionalismo: Elementos para una definición" in: MOREIRA, Eduardo Ribeiro e PUGLIESI, Maurício. **20 Anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 197-208.

5 Liga-se a dimensão objetiva a compreensão de que os direitos fundamentais consagram os valores mais importantes da comunidade política potencializando a sua irradiação para todos os campos do Direito, e sua eficácia enquanto fins ou valores comunitários sobre uma miríade de relações jurídicas. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 371.

6 Insere-se, portanto, o exercício da jurisdição constitucional orgânica e das liberdades no complexo de mecanismos de natureza normativa, institucional ou processual tendentes a assegurar a plena realização dos direitos fundamentais. COELHO, Rosa Júlia Plá. **Mecanismos de Proteção dos Direitos Fundamentais**. 1 ed. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2005, p. 34.

7 Altera-se o papel do Poder Judiciário, que passa a ter a competência ampla para invalidar atos legislativos e administrativos considerados como inconstitucionais e interpretar as normas jurídicas à luz da Constituição, com o preenchimento das antinomias e lacunas. FERRAJOLI, Luigi. "Pasado Y Futuro Del Estado De Derecho". In: CARBONELL, Miguel (Org). **Neoconstitucionalismo(s)...** Ob. cit. p. 18.

jogo e a definição do direito precedente em caso, sempre reconduzindo ao sistema jurídico e à concordância prática⁸.

Na vertente da *teoria jurídica*, importa o reconhecimento da força normativa da Constituição, com o rompimento da concepção da lei fundamental como um mero documento político que veicula convite à atuação dos poderes públicos, mas a atribuição do *status* de norma jurídica delimitando limites e impondo deveres de atuação para o Estado⁹⁻¹⁰.

Compreende, ainda, a posição de centralidade assumida pelos direitos fundamentais no sistema jurídico, instituindo uma ordem objetiva de valores e irradiando sua força normativa por todo o ordenamento, condicionando a interpretação das normas e institutos dos ramos do Direito e vinculando a atuação dos poderes públicos¹¹.

Através do reconhecimento da supremacia axiológica da Constituição e do novo *status* dos direitos fundamentais na ordem jurídica, deriva um processo de apreensão do sistema sob a ótica da Constituição com o objetivo de realizar os bens e valores fundamentais veiculados, em um processo designado de *constitucionalização do Direito*¹².

Corresponde o fenômeno, portanto, à transformação do ordenamento jurídico oriundo de sua impregnação pelas normas constitucionais, que passam a redimensionar as atividades *legislativa, judicial e doutrinária*.

8 O emprego da técnica legislativa de conceitos jurídicos indeterminados dotados de maior plasticidade e textura aberta e o reconhecimento de normatividade dos princípios com menor densidade jurídica inviabilizam que o intérprete extraia das normas em abstrato os elementos necessários a sua aplicação, sujeitando-se às suas valorações e escolha entre as soluções possíveis, mediante a ponderação entre os bens envolvidos e argumentação como elemento de controle da racionalidade da decisão proferida. Sobre o tema: REIS, Jane. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Em especial capítulo III.

9 Uma das obras percursoras sobre o tema é **A Força Normativa da Constituição**, de Konrad Hesse, extraída a partir de sua aula inaugural na cátedra da Universidade de Freiburg. Segundo o autor, a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade, mas tão pouco se limita ao reflexo das condições fáticas: sua essência reside na pretensão de eficácia, de sua concretização na realidade imprimindo-lhe ordem e conformação. HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 14-15.

10 Na nossa experiência constitucional antes restrita a Constituições garantistas que tutelavam as liberdades formais como repositórios de promessas vagas, significa a interrupção do ciclo inicial de baixa normatividade das disposições que veiculavam os direitos fundamentais, em especial, das normas que declaravam os direitos sociais, com o reconhecimento da aplicabilidade direta e imediata de seus preceitos. Sobre o tema: BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 7 ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2003. Em especial Capítulo IV.

11 Apresentam os direitos fundamentais, portanto, uma dupla ordem de sentido: como vínculos axiológicos, que condicionam a validade material das normas produzidas e enquanto fins que orientam o Estado Constitucional de Direito. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos e Garantias: La ley del mais débil**. 1 ed. Madrid: Trotta, 1999, p. 22.

12 A força irradiante da Constituição, portanto, não se limitou apenas à reconstrução dinâmica de seus próprios enunciados de norma numa espécie previsível de autoalimentação constitutiva, mas se projetou para todo o sistema jurídico, revisando o sistema de fontes e reestruturando seus pilares deontológicos. SAMPAIO, José Adércio Leite. "Mito e História da Constituição: Prenúncios Sobre a Constitucionalização do Direito" in: SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização...** Ob. cit. p. 200.

ria ao novo papel de centralidade assumido pela Constituição nas relações com os poderes públicos e com a sociedade.

No âmbito da *legislação*, abrange a limitação do espaço de formação do Poder Legislativo, subtraindo de sua esfera de liberdade a definição dos bens e interesses a serem perseguidos, reservando a este precipuamente a eleição dos *meios* necessários a concretização dos fins e objetivos almejados pela sociedade e veiculados pela Constituição¹³.

No campo da *jurisprudência*, envolve a ampliação da competência do Poder Judiciário oriunda do *poder-dever* de aplicar os preceitos constitucionais, que importa a possibilidade de invalidação dos atos emanados pelos poderes públicos ou originários dos particulares através da interpretação criativa das normas jurídicas à luz da Constituição¹⁴.

No espaço da *doutrina*, inclui a releitura dos preceitos e institutos dos distintos ramos jurídicos com a recondução dos seus fundamentos axiológicos às normas constitucionais e o alinhamento do seu conteúdo normativo como revelação dos preceitos fundamentais veiculados pela Constituição garantindo a superioridade de suas normas e a realização dos valores da sociedade.¹⁵

Na nossa ordem jurídica, o fenômeno de constitucionalização inicia-se com a promulgação da Constituição da República de 1988, em um processo que resultou no seu deslocamento para o eixo central do sistema jurídico e reconhecimento da sua supremacia axiológica, potencializada pela erradicação daqueles fatores mencionados.¹⁶

Oriundas de uma experiência constitucional marcada por uma inflação legislativa e uma insinceridade normativa¹⁷, em que as Constitui-

13 No Estado Constitucional de Direito, a Constituição não apenas disciplina as formas de produção legislativa, porém, impõe também o conteúdo das leis, adequado aos bens e interesses fundamentais veiculados pelas normas constitucionais, garantindo limites aos poderes da maioria. FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit. p. 18-19.

14 Quando o Poder Judiciário desempenha uma função criadora do Direito em seu sentido forte, com a interpretação criativa da Constituição não importa sua desvinculação à lei como proposta pelo Direito Livre, mas no emprego de normas constitucionais capazes de imprimir maior determinação em frente ao conteúdo vago, inconcreto ou poroso da legislação. SANCHÍS, Luis Prieto. "Sobre el Neoconstitucionalismo y Sus Implicaciones" in: **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003, p. 129-131.

15 Neste vértice, a Constituição corresponde a um centro de convergência, que condiciona os conteúdos de produção do direito, sujeitos a heterogeneidade e ocasionalidade das pressões sociais, aos princípios e valores constitucionais superiores sobre o qual existe um consenso social suficientemente amplo. ZAGREBELSKY, G. **El Derecho Dúctil: ley, derechos y justicia**. 4 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 14 e 39-40.

16 Neste tocante, realiza idêntico movimento translativo ocorrido na Alemanha, onde, sob a égide da Lei Fundamental de 1949 e consagrando o desenvolvimento doutrinário, o Tribunal Constitucional Federal assenta que os direitos fundamentais instituem uma ordem objetiva de valores, condicionando a interpretação de todas as normas e vinculando os poderes públicos.

17 Não foi incomum a existência formal de Constituições que invocaram o que não estava presente, afirmavam o

ções garantistas tutelavam as liberdades formais como repositórios de promessas vagas, a veiculação de amplo elenco de direitos fundamentais e a sua inserção dentre as restrições ao poder de reforma, reforçaram a rigidez da Constituição¹⁸.

A previsão exaustiva dos bens e interesses sociais na lei fundamental produziu a subtração de distintas questões da vida política e social do alcance do legislador, que passaram a encontrar fundamentos imediatos nas normas constitucionais, sujeitando-se, portanto, ao controle de adequabilidade com a lei fundamental.¹⁹

Embora o processo de constitucionalização tenha permeado os distintos ramos do ordenamento jurídico, promovendo o realinhamento dos preceitos e institutos às normas constitucionais, o fenômeno tem alcançado especial relevo na órbita de três grandes domínios infraconstitucionais, aos quais se sucede a análise: o direito *civil*, *penal* e *administrativo*.

O tema será abordado a seguir.

III. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Sob a égide do Estado Constitucional de Direito sujeitam-se os poderes públicos a um complexo de normas que emergem da matriz constitucional para disciplinar as suas atividades, impondo-lhes limites e deveres de atuação em um regime próprio e adequado a um sistema aberto e responsivo às mutações do núcleo social onde figura, no vértice, a Constituição.

Configura o regime administrativo o ponto nuclear de convergência e articulação das regras e princípios que regem a atividade da Administração Pública, resultante da caracterização normativa dos bens e interesses

que não era verdade e prometiam o que não seria cumprido. Como *e.g.* tem-se a Constituição de 1969 que garantia os direitos à integridade física e à vida, com as prisões ilegais, a tortura e o desaparecimento de pessoas na ditadura. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional**... Ob. cit. p. 61.

18 Acentua-se o processo de constitucionalização nos ordenamentos, que, além da previsão de um procedimento especial de alteração das normas constitucionais, existem princípios constitucionais não sujeitos à reforma pelo poder constituinte derivado. Isto ocorre em nossa ordem jurídica, onde são previstos, além de um processo legislativo específico (artigo 60 *caput*) princípios sensíveis que não podem ser objeto de deliberação de proposta de emenda (artigo 60 § 4º todos da Constituição). GUASTINI, Riccardo. Ob. cit. p. 51.

19 A hospedagem no texto constitucional de inúmeros princípios vagos, inclusive, alguns de duvidosa dignidade constitucional, dotados de forte carga axiológica e poder de irradiação, favorecem o processo de constitucionalização do Direito. SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo**...Ob. cit. p. 125.

peculiares e pertinentes à sociedade e da imposição de ônus e concessão de prerrogativas que a conformam adequadamente ao efetivo cumprimento dos seus fins²⁰.

Não obstante, exerça a Constituição uma função de diretriz normativa legitimadora com a disciplina fundamental das matérias espraiadas pelos ramos jurídicos, no que tange ao direito administrativo a configuração *instrumental, estrutural e finalística* de sua atividade encontrar-se alicerçada, em maior parte, na própria lei fundamental, corrobora com o processo de constitucionalização²¹.

A institucionalização constitucional de um regime administrativo, com a enunciação dos princípios fundamentais, dissociação da função administrativa da atividade de governo, ampliação dos mecanismos de controle dentre outros, permite a imediata apreensão dos bens e interesses fundamentais à sociedade com a irradiação de seus preceitos pelas demais normas administrativas²².

O complexo de transformações sofridas pelo Estado, que denotam o declínio de um modelo organizacional *burocrático* com epicentro no poder *racional-legal*, baseado no formalismo, hierarquia e controle rígido dos processos e a implantação de um perfil gerencial, alicerçado nos vetores de *eficiência e desempenho*, torna-se outro elemento importante na filitragem constitucional²³.

As sucessivas reformas constitucionais que oferecem os instrumentos necessários à racionalização da gestão pública e organizações estatais existentes imprimindo *legitimidade, eficiência* e ética na persecução do interesse público, impõem o realinhamento dos institutos, categorias e normas ao novo perfil administrativo-constitucional do Estado Brasileiro²⁴.

20 Sobre o tema, vide: MOURA, Emerson Affonso da Costa. **Um Fundamento do Regime Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

21 Trata-se de traço característico das constituições latino-americanas, que se afastando do modelo europeu, atribuem às normas de organização e funcionamento da Administração Pública um *status* constitucional, assumindo a lei fundamental um papel de fonte primária de direito administrativo. BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 79-80.

22 Destacam-se, todavia, os riscos desse processo de incorporação de matéria eminentemente ordinária ao texto constitucional, que pode gerar desde o engessamento da atividade administrativa, até seu reformismo crônico ou permitir a pernicioso influência do corporativismo ou do casuísmo na definição do regime jurídico-constitucional administrativo. BINENBOJM, Gustavo. Temas... Ob. cit. p. 26-27.

23 A ascensão do modelo gerencial na Administração Pública com a análise das principais transformações jurídico-institucionais que buscaram atribuir com o emprego do profissionalismo, neutralidade e técnica na atividade administrativa, um acréscimo no grau de legitimidade, eficiência e racionalidade à persecução do interesse público, foi amplamente abordada em: MOURA, Emerson Affonso da Costa. "Agência, Expertise e Profissionalismo: O Paradigma da Técnica na Administração Pública". **Revista de Direito Administrativo**, v. 254, p. 67-94, 2011.

24 As sucessivas reformas administrativas buscaram aumentar a capacidade do Estado de forma a dispô-lo de meios necessários para intervir efetivamente na sociedade, através da redução expressiva de sua atuação econômica com

Porém, é com a irradiação das regras e princípios fundamentais que não versam sobre a matéria administrativa, que se consolida a constitucionalização do direito administrativo promovendo a superação dos paradigmas tradicionais e as mudanças no regime jurídico-administrativo, adequando a relação entre Administração e Administrado à ótica constitucional²⁵.

Como é cediço, apesar da origem liberal e função de limitação do poder estatal, o direito administrativo encontrou sua construção teórica nas decisões da jurisdição administrativa francesa, que dissociada da atuação jurisdicional importou a sujeição da Administração à vontade heterônoma da lei, porém, na sua imunização ao controle pelos demais poderes públicos ou pela sociedade²⁶.

Estruturou-se, portanto, a dogmática administrativa em premissas teóricas que refletiam na tensão dialética entre a lógica da *autoridade* - exteriorizada na continuidade e preservação das instituições - e a lógica da *liberdade* - antevista na promoção das conquistas liberais e democráticas, o instrumental normativo de manutenção da parcialidade e desigualdade que compunham o *status quo*²⁷.

Neste tocante, o regime administrativo moderno erigiu como seus pilares fundamentais, o polissêmico conceito de *interesse público*²⁸ com o dogma de sua supremacia abstrata e insuperável, e a ampla margem

a transferência de sua atividade para o campo da regulação e fiscalização dos serviços delegados à iniciativa privada. SOUTO, Marcos Jurruena Villela. **Desestatização, Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulações**. 4 ed. rev., atual e ampla. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 434-435.

25 Com a constitucionalização do direito e a irradiação dos direitos fundamentais, observa-se uma funcionalização da atividade administrativa, para a efetiva, eficiente e legítima realização dos direitos das pessoas. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós Moderno: Legitimidade; Finalidade; Eficiência; Resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 44-45.

26 Rompe-se, portanto, com o mito do surgimento da Administração Pública pela milagrosa submissão da burocracia estatal à lei e aos direitos fundamentais. O modelo administrativo francês, em que a burocracia edita suas leis e tem sua jurisdição própria para julgá-la é a própria antítese da separação dos poderes. Sobre o tema: BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

27 Importa na consolidação de um modelo patrimonialista marcado pelo predomínio da corrupção, do nepotismo e da ineficiência na gestão estatal. Embora na nossa realidade administrativa, ocorra a transição juspolítica do modelo burocrático para gerencial, é possível verificar ainda resquícios deste modelo, exteriorizados na corrupção persistente, nas políticas paternalistas e na ineficiência dos serviços públicos. Sobre o tema, vide: FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. 15 ed. São Paulo: Editora Globo, 2000. FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e Senzala**. 39 ed. Rio de Janeiro: Record, 2000 e NUNES, Edson. **A gramática política do Brasil – clientelismo e insulamento burocrático**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

28 Embora a noção de interesse público esteja ligada historicamente à própria atividade administrativa e, portanto, a formação e desenvolvimento do regime jurídico-administrativo a concepção de "supremacia" é uma construção doutrinária em dada quadra histórica e por dada teoria no Direito Administrativo, Brasileiro. Sobre o tema, vide: MOURA, Emerson Affonso da Costa. **Um Fundamento do Regime Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

da *discricionarietà administrativa* com a proposição de um mérito indelicável, alheios aos princípios e regras constitucionais e ao controle material pelo Poder Judiciário²⁹.

Sob um ângulo, por Supremacia do Interesse Público, proclamou-se a superioridade do interesse do grupo social, firmando a sua prevalência sobre o interesse particular e conferindo um complexo de privilégios à Administração Pública que a habilitaria ao desempenho eficiente na persecução dos objetivos socialmente almejados³⁰.

Embora a Administração Pública oriente-se sob o influxo de interesses públicos, disso não decorre uma ilimitada esfera de liberdade na sua definição, tão pouco, sua precedência abstrata sobre os interesses privados, na concepção de um axioma, cuja pressuposta validade e posição hierárquica, tornaria dispensável o exame prévio de sua referência na ordem jurídica³¹.

Falta a supremacia do interesse público sobre o privado os fundamentos jurídico-positivos de validade necessários a um princípio fundamental iminente, em razão de sua descrição abstrata e referida prevalência absoluta, bem como, de sua incompatibilidade com outros postulados normativos, em especial, da proporcionalidade e concordância prática³².

Sob a ótica constitucional deve ser considerada não uma hierarquia preexistente de supremacia do interesse coletivo, porém, uma axiológica e elementar com o reconhecimento da precedência natural dos direitos e

29 Neste tocante, curiosamente a revolução liberal cede ao surgimento de dois regimes jurídicos distintos exteriorizados em uma disciplina própria para a Administração Pública em que são conferidas prerrogativas sem equivalente nas relações privadas, e um complexo de normas para os indivíduos, cuja sua esfera de liberdade de ação é restrita por aquelas sujeições. FALLA, Fernando Garrido. **Las Transformaciones Del Regime Administrativo**. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1962, p. 44-45.

30 Forma-se uma verticalização na relação entre Administração Pública e administrado, que gera no conflito entre o interesse da coletividade e o direito do indivíduo a prevalência do primeiro sobre outros. Na aplicação da lei, cabe ao julgador estabelecer o equilíbrio entre os privilégios estatais e os direitos individuais, porém, sem jamais perder de vista aquela supremacia. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30 ed. atual por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. Malheiros: São Paulo, 2005, p. 49.

31 Corresponderia a um dos cânones do direito público, em razão do seu reconhecimento no ordenamento jurídico e de sua aceitação pacífica na doutrina, que o tornaria insuscetível de qualquer limitação ou temperamento por outros princípios que compõem a ordem jurídica. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiro, 2006, p. 69-70.

32 É evidente a incongruência entre o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado que preza a sua sobreposição a qualquer interesse e o princípio da proporcionalidade que direciona a interpretação para a máxima realização dos interesses envolvidos, que resulta na impossibilidade da coexistência de ambos postulados no mesmo sistema jurídico. ÁVILA, Humberto. **Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Particular"**. SARMENTO, Daniel (Org). **Interesses Públicos vs. Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 186-190.

garantias fundamentais, permitida sua excepcional restrição pelo interesse público desde que justificada a sua limitação³³.

Inverte-se, desta maneira, na tensão promovida entre interesses públicos e privados, a imposição do ônus argumentativo para os interesses do grupo social que devem ser capazes de sobrepujar os direitos individuais, no exame do caso concreto com o emprego do princípio da proporcionalidade, em observância à centralidade assumida pelos direitos fundamentais na ordem jurídica³⁴.

Com este deslocamento do fundamento da dogmática administrativa da supremacia do interesse público para precedência dos direitos fundamentais, as restrições e privilégios concedidos na realização das finalidades estatais alçam um novo fundamento de validade sob a ótica ampliada de uma Administração Pública garantidora.

Enquanto espécies de *potestad pública* concedidas aos agentes estatais em razão das tarefas, que lhes incumbem realizar, as prerrogativas administrativas não se aplicam igualmente em abstrato e com prevalência absoluta, porém, na medida de sua necessidade à persecução do interesse público e desde que em equilíbrio com os direitos dos administrados³⁵.

Sujeita sua incidência, deste modo, a ponderação com os demais bens e valores conflitantes, tendo por foco a precedência natural dos direitos fundamentais na ordem jurídica e o sólido sistema de garantias projetado pela Constituição, que buscam compensar a sujeição do administrativo às prerrogativas concedidas à Administração Pública³⁶.

33 Havendo, portanto, colisão entre interesses públicos e privados, sendo os últimos direitos fundamentais, em razão de sua precedência *prima facie*, apenas após um exame atento no caso concreto, fundado no princípio da proporcionalidade e mediante a demonstração das razões que justifiquem sua sucumbência, prevalecerá o interesse público sobre o privado. Caso o conflito refira-se a direitos distintos dos fundamentais, sujeita-se o procedimento a mesma ponderação exceto que incorrendo em dúvida, prevalece a decisão adota pelo poder público. SARMENTO, Daniel. "Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional". In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Interesses Públicos...** Ob. cit. p. 103 e 115.

34 A imposição de ônus argumentativo ao direito individual na sua tensão com os interesses do grupo social se demonstra incompatível com um Estado Constitucional de Direito marcado pela centralidade do homem e reconhecida a fundamentalidade de seus direitos. Assim, no conflito devem existir maiores razões para a solução exigida pelos bens coletivos do que para aquelas exigidas pelos direitos individuais. AVILA, Humberto. Ob. cit. p. 187.

35 As prerrogativas administrativas com predomínio da derrogação e da exorbitância do direito comum são de origem francesa inexistindo no direito anglo-saxão, onde a Administração se sujeita às mesmas regras e armas que os particulares para o cumprimento de suas tarefas. Inseridos na nossa ordem jurídica, esses privilégios têm sido manejados, em especial, no campo processual, para reforçar a desigualdade na relação entre Administração e Administrado inviabilizando a aplicação da lei. Sobre o tema: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 118-135.

36 As garantias constitucionais formam um mecanismo que preservam a segurança jurídica do administrado e constituem, em sua essência, um poder geral abstrato e irrenunciável cujo exercício se torna um direito subjetivo ou

Por outro ângulo, com discricionariedade administrativa compreende-se o espaço de liberdade decisória concedida à Administração Pública na eleição entre os indiferentes jurídicos, inserto na esfera de atribuição concedida pela norma jurídica e de acordo com a formulação dos juízos de conveniência e oportunidade promovidos³⁷.

Embora se adéque a necessária dinâmica da atividade administrativa, em um contexto de multiplicidade e complexidade das demandas sociais que escapa à previsibilidade do legislador, a existência de um campo de escolha na atuação administrativo não representa intangibilidade do seu mérito aos limites impostos pela ordem jurídica³⁸.

Existem fins esperados e exigíveis da atuação estatal, exteriorizado na realização dos bens e interesses fundamentais da sociedade veiculados pela Constituição, inclusive, com a definição de prioridades e dispêndio dos recursos estatais, que vinculam os poderes públicos construindo no espaço de sua atuação limites objetivos invioláveis³⁹.

Transmuta-se, portanto, a concepção da discricionariedade administrativa de uma ampla esfera de escolha na persecução do interesse público não sujeito a controle pelos poderes públicos a um campo de ponderações proporcionais e razoáveis entre os bens e interesses constitucionais, sujeito a controle exercido pelo Poder Judiciário⁴⁰.

interesse legítimo na relação singular que se forma entre o Estado e os administrados. CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo**. Tomo 3. 8. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, p. 25.

37 Nesta ordem, compreende o mérito administrativo os juízos formulados pela Administração Pública acerca da conveniência, oportunidade, equidade e demais critérios utilizados na decisão administrativa que são definitivos e inquestionáveis perante o poder Judiciário. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Da Discricionariedade Administrativa**. São Paulo: Atlas, 1990, p. 92.

38 A liberdade administrativa conferida por uma norma de direito não significa liberdade de eleição entre indiferentes jurídicos, mas a providência do ato capaz de atingir a finalidade da lei que terá seu campo restrito as soluções possíveis de acordo com o caso concreto e adequadas conforme o dever de boa administração. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 44-48.

39 Há casos em que a Constituição consagra de forma explícita os fins esperados, como ocorre com a obrigatoriedade da prestação universal da educação fundamental e medicina de urgência, de modo que condicionar sua promoção à discricionariedade administrativa e conformação legislativa seria violação dos direitos individuais e políticos, cujo exercício pressupõe a garantia mínima do bem-estar, que envolve a realização de condições econômicas e sociais básicas. BARCELLOS, Ana Paula de. "Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático", in **Revista de Direito do Estado**. Ano 1. n. 3, 2006, p. 37, e MOURA, Emerson Affonso da Costa. "Do Controle Jurídico ao Controle Social das Políticas Públicas: Parâmetros a Efetividade dos Direitos Sociais". **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 77, p. 10, 2011.

40 Neste tocante, cabe ao Poder Judiciário a correção da discricionariedade, apurando a sua conformidade com o Direito, a racionalidade do discurso que a legitima, o atendimento ao código dos valores dominantes e a proporcionalidade na correlação lógica entre motivos, meios e fins, de forma a preservar a escolha do meio menos gravoso e proporcional aos fins a serem alcançados. CUNHA, Rubem Dário Peregrino. **A Juridicização da Discricionariedade Administrativa**. Salvador: Verca, 2005, p. 168-172.

Isto importa o estreitamento do mérito administrativo pelos procedimentos técnicos e jurídicos definidos pela Constituição ou lei que permitam o exercício da opção política capaz de garantir a otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa com a integração nos limites de sua competência ao atendimento do interesse público⁴¹.

Envolve, também, a submissão do espaço decisório ao feixe de princípios constitucionais, que passam a orientar os juízos de valoração do administrador pelos critérios de razoabilidade, isonomia e demais, assegurando a congruência da decisão administrativa ao interesse legal e o impedimento de sua tradução em arbitrariedade⁴².

Ademais, o reconhecimento da submissão imediata da ação administrativa à observância dos preceitos constitucionais conduz à superação da clássica dicotomia entre atos vinculados e discricionários com o redimensionamento da adstrição de todos os atos administrativos a certo grau de juridicidade, definido pelo estabelecimento de critérios em vista ao equilíbrio entre os poderes⁴³.

Propõe-se uma menor vinculação à juridicidade com rasa ingerência judicial nos atos em que haja predomínio da especialização técnico-funcional da burocracia ou acentuado lastro político da matéria, e maior adstrição e um controle denso pelo Poder Judiciário naqueles capazes de impor restrições aos direitos fundamentais⁴⁴.

4. CONCLUSÃO

O constitucionalismo contemporâneo, enquanto instrumento que ordena e conforma a realidade político-social, tem exercido capital impor-

41 Sendo a discricionariedade competência cometida à Administração para integrar a vontade da lei ou Constituição, corresponde a um resíduo de legitimidade da opção política, que terá a alcançada sua legitimidade por sua fundamentação e eficiência, traduzida na melhor realização dos bens e interesses socialmente almejados. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 7-8 e 32-33.

42 A compreensão do Direito como um sistema formado não apenas de regras, mas também por princípios de reconhecida normatividade e inquestionável força vinculante, impôs limitações ao espaço decisório discricionário que passou a ser considerado como um espaço sujeito a ponderação, reservado nos casos difíceis, a concorrência entre princípios. BAPTISTA, Patrícia. Ob. cit. p. 91.

43 Reconhecida que a discricionariedade não é campo imune à jurisdição, é definida a densidade do controle mediante o estabelecimento de critérios de uma dinâmica distributiva de tarefas e responsabilidades entre a Administração Pública e o Poder Judiciário. KRELL, Andreas J. **Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental**: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Um Estudo Comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 45.

44 Preserva-se, portanto, o princípio democrático evitando-se uma indesejável judicialização administrativa e garante-se a proteção aos direitos fundamentais na sua conjugação com os interesses coletivos e a criação de restrições desproporcionais ou irrazoáveis. Sobre o tema, vide: BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria...** Ob cit. Capítulo V.

tância na consolidação das transformações que permeiam a dogmática administrativa, auxiliando na construção dos pilares fundamentais de um direito administrativo pós-moderno, adequado ao estágio atual da sociedade e do direito.

Com o reconhecimento da supremacia axiológica da Constituição e o novo *status* dos direitos fundamentais na ordem jurídica, origina o processo de apreensão do sistema sob a ótica da Constituição que permite a realização dos bens e valores fundamentais veiculados, mediante a irradiação das regras e princípios constitucionais sobre as normas, institutos e categorias jurídicas.

Na órbita administrativa, a constitucionalização do direito opera em um cenário em que a existência de uma disciplina instrumental, estrutural e finalística da Administração Pública na Constituição e as sucessivas reformas administrativas visando à implantação de um modelo gerencial, corroboram com o realinhamento do regime administrativo aos valores constitucionais.

No primeiro vértice, a disciplina administrativa baseada na *supremacia do interesse público sobre o privado* cede espaço em razão da inexistência de fundamentos jurídico-positivos de validade e sua incompatibilidade com outros postulados normativos, ao reconhecimento da *precedência natural dos direitos fundamentais*, permitida sua excepcional restrição quando justificada.

Por efeito, as prerrogativas concedidas à Administração Pública tendem a encontrar novo fundamento de validade exteriorizada na medida de sua necessidade à persecução do interesse público e desde que em equilíbrio com os direitos dos administrados, sujeita a sua incidência à ponderação com os demais bens e valores conflitantes.

Em um segundo ângulo, a dogmática estruturada sobre a concepção da ampla esfera de *discricionariedade administrativa e intangibilidade do mérito* transmuta-se diante da existência de fins esperados e exigíveis da atuação estatal, em um *campo de ponderações proporcionais e razoáveis entre os bens e interesses constitucionais*, sujeita a controle exercido pelo Poder Judiciário.

Em consequência, supera-se clássica dicotomia entre atos vinculados e discricionários com o redimensionamento da adstrição de todos esses atos administrativos à juridicidade, em menor grau quando se refira a matéria atinente a especialização técnico-funcional ou com acentuado

lastro político, ou maior grau, quando se refira a restrições aos direitos fundamentais. ❖

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Particular"*. SARMENTO, Daniel (Org). **Interesses Públicos vs. Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. "Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático" *in Revista de Direito do Estado*. Ano 1. n. 3. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. "Dez Anos da Constituição Brasileira de 1988". **Revista de Direito Administrativo** nº 214.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 7 ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

_____. "Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo" *in*: QUARESMA, Regina e OLIVEIRA, Maria Lucia de Paula. **Direito Constitucional Brasileiro: Perspectivas e Controvérsias Contemporâneas**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. "Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito. O Triunfo Tardio no Direito Constitucional no Brasil" *in*: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Orgs). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 205.

BINENBOJM, Gustavo. **Temas de Direito Constitucional e Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Uma Teoria do Direito Administrativo:** Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas.** São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado.** 1 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984.

CARBONELL, Miguel. "Neoconstitucionalismo: Elementos para una definición" *in*: MOREIRA, Eduardo Ribeira e PUGLIESI, Maurício. **20 Anos da Constituição Brasileira.** São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

_____. "Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo" *in*: CARBONELL, Miguel (Org). **Neoconstitucionalismo(s).** 1 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Direito Administrativo e Administração Pública.** 17 ed. rev., atual e ampla. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo.** Tomo 3. 8. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais:** Ensaio Sobre o Constitucionalismo Pós-Moderno e Comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COELHO, Rosa Júlia Plá. **Mecanismos de Proteção dos Direitos Fundamentais.** 1 ed. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2005.

COUTINHO, José Roberto de Andrade. **Gestão Patrimonial na Administração Pública.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CUNHA, Rubem Dário Peregrino. **A juridicização da discricionariedade administrativa.** Salvador: Vercia, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Da Discricionariedade Administrativa.** São Paulo: Atlas, 1990.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FALLA, Fernando Garrido. **Las Transformaciones Del Regime Administrativo.** Madri: Instituto de Estudios Politicos,1962.

_____. **Tratado de Derecho Administrativo**. Madrid: Tecnos, 1994. v 1-2.

FERRAJOLI, Luigi. "Pasado Y Futuro Del Estado De Derecho". In: CARBONELL, Miguel (Org). **Neoconstitucionalismo(s)**. 1 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

_____. **Derechos e Garantias: La ley del mais débil**. 1 ed. Madrid: Trotta, 1999.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. **Comentários à Constituição**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991.

GIORGIANI, Michele. "O Direito Privado e as suas Atuais Fronteiras" in: **Revista dos Tribunais**, n. 747, 1998.

GUASTINI, Riccardo. "La Constitucionalizacion Del Ordenamiento Juridico" in: CARBONELL, Miguel (Coord.) **Neoconstitucionalismo(s)**. 1 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. "O Direito Administrativo de Espetáculo". Fórum Administrativo Direito Público. Belo Horizonte, ano 9, n 100 jun. 2009.

KRELL, Andreas J. **Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental**: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: Um Estudo Comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MACHADO, João Baptista. **Participação e Descentralização: Democratização e Neutralidade na Constituição de 1976**. Coimbra: Almedina, 1982.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa, Publicidade, Motivação e Participação Popular**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30 ed. atual por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. Malheiros: São Paulo, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiro, 2006.

_____. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 1992.

MENDES, Gilmar Ferreira. "Controle de Constitucionalidade na Alemanha: A Declaração de Nulidade da Lei Inconstitucional, a Interpretação

Conforme à Constituição e a Declaração de Constitucionalidade da Lei na Jurisprudência da Corte Constitucional Alemã" *in*: **Revista de Direito Administrativo**, nº 193, 1993.

MORAES, Maria Celina Bodin de. "Constituição e Direito Civil: Tendências" *in*: **Revista dos Tribunais**. V. 779 set. 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório: A alternativa participativa e flexível para a Administração Pública de Relações Setoriais Complexas no Estado Democrático**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Legitimidade e Discricionariedade**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Mutações do Direito Administrativo**. 2 ed. atual e ampla Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Mutações do Direito Público**. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

_____. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: Legitimidade; Finalidade; Eficiência; Resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. **Um Fundamento do Regime Administrativo: O Princípio da Prossecução do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

"Agências, Expertise e Profissionalismo. O Paradigma da Técnica na Administração Pública". **Revista de Direito Administrativo**, v. 254, p. 67-94, 2011.

_____. "Do Controle Jurídico ao Controle Social das Políticas Públicas: Parâmetros a Efetividade dos Direitos Sociais". **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 77, p. 131-184, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A Constitucionalidade do Direito Administrativo: O Princípio da Juridicidade, a Releitura da Legalidade Administrativa e a Legitimidade das Agências Reguladoras**. Lumen Juris, 2009.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003.

POZZOLO, Susana. "*Neoconstitucionalismo Y Especificidad de La Interpretacion Constitucional*". **Doxa**. N. 21-II 1998.

PRADO, Luis Régis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

REIS, Jane. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. "Mito e História da Constituição: Prenúncios Sobre a Constitucionalização do Direito" *in*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SANCHÍS, Luis Pietro. "*Neoconstitucionalismo Y Ponderación Judicial*" *in*: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 1 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

_____. "*Sobre el Neoconstitucionalismo y Sus Implicaciones*". *In*: **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. "Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional". *In*: SARMENTO, Daniel (Org). **Interesses Públicos vs. Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. "O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades" *in*: SARMENTO, Daniel (Coord). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Pereira da. **Em busca do Acto Administrativo Permitido**. Coimbra: Almedina, 1998.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulações**. 4 ed. rev., atual e ampla. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Jurisdição, Democracia e Racionalidade Prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa**. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. "A Administração Pública na Era do Direito Global". **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, v. 1, nº 2, maio, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. "Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil" *in*: TEPEDINO, Gustavo (Org). **Temas de Direito Civil**. V. 3. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua Reserva de Justiça**: Um Ensaio Sobre os Limites Materiais ao Poder de Reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

ZAGREBELSKY, G. **El Derecho Dúctil: ley, derechos y justicia**. 4 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

É Possível a Atuação do Ministério Público nos Casos de Alienação Parental?

Estudo de caso da 1ª Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude da Comarca da Capital

Fernanda Amaral da Silva

Pós-graduada em Direito Público e Direito Privado pela UNESA/FEMPERJ.

RESUMO: Este trabalho aborda questões ministeriais sobre a alienação parental decorrente de abusos ou omissões, praticados pelos representantes legais da criança ou do adolescente, ao exercer a autoridade parental. Verificando que o infantojuvenil se encontra em situação de risco, urge o dever de atuação do Ministério Público como órgão agente, através de sua Promotoria de Justiça da Infância e Juventude, intervindo o *Parquet* de forma participativa. Em decorrência disso, o Ministério Público irá exercer uma atuação por legitimação extraordinária, pautado em princípios e garantias constitucionais, compreendendo que a realidade social irá trazer toda a contribuição necessária, para que se busque a melhor solução para os infantojuvenis, preservando sempre o princípio do melhor interesse e a proteção integral.

PALAVRAS-CHAVE: Alienação parental; Convivência familiar; Ministério Público; Legitimação extraordinária; Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento 2.1. Noções Básicas 2.2. Atuação do Ministério Público nos casos de Alienação Parental. 2.3. O Mi-

nistério Público como Agente. 2.3.1. Direito Fundamental à Convivência Familiar e a Realidade Social. 2.4. A Rotina Administrativa de Atuação pela Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude nos casos da Alienação Parental. 3. Considerações Finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo tem por tema a atuação do Ministério Público como órgão agente nos casos que envolvam a alienação parental, quando for verificada a situação de risco do infantojuvenil. No desenvolvimento deste trabalho, serão utilizadas como parâmetro as regras procedimentais realizadas pela 1ª Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, abordando a participação do Ministério Público na busca pela melhor posição favorável à criança e ao adolescente, bem como a solução dos conflitos, visando o melhor interesse da criança e do adolescente a ter um convívio familiar sadio, com ambos os genitores.

No que concerne à relação familiar desequilibrada entre o ex-casal como genitores, nas posições de alienador e alienado, e a criança ou o adolescente fruto dessa relação que restou por mal resolvida, pretende-se apurar os danos que foram trazidos para a relação parental, avaliando a situação de risco daqueles, para que, a partir desse momento, o Ministério Público possa agir. E, ainda, mostrar que o *Parquet*, nos casos da alienação parental, deverá atuar com a finalidade de reequilibrar essas relações, promovendo a devida prevenção às violações aos direitos fundamentais como a convivência familiar. O MP deverá também atender o melhor interesse do menor, seja trazendo soluções, por meio de um equilíbrio da relação parental ou até mesmo, caso outras medidas de proteção falhem, pugnar pela destituição da autoridade parental.

Caso a família extrapole ou se omita no exercício dos deveres inerentes à autoridade parental, na preservação dos direitos fundamentais da criança ou do adolescente, em decorrência de uma alienação parental, deixando-os à mercê da própria sorte, por algum motivo intrínseco que será verificado *a posteriori*, caberá ao Ministério Público atuar, no intuito não só da preservação e fiscalização da lei, como *custos legis*, mas, também, operando para que o direito violado seja restabelecido,

colocando a criança e o adolescente a salvo da situação de risco em que se encontrem. O *Parquet* atuará por legitimação extraordinária, visando os melhores interesses dos menores, examinando a possibilidade de colocação em família substituta.

A prática da alienação parental se dá quando um dos genitores, detentor da guarda, ou aqueles que têm a criança ou adolescente sob a sua autoridade ou vigilância, interferem na sua formação psicológica, realizando campanhas de desqualificação contra o que não possui a guarda ou vigilância do menor, fazendo com que este repudie o outro genitor, ocorrendo dificuldades para estabelecer ou manter o vínculo com o genitor que está sendo alienado. A disposição do artigo 2º da Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010, apresenta a definição sobre os atos de alienação parental.

Contudo, a lei não abordou de maneira taxativa as formas da prática de alienação parental, elencadas nos incisos do parágrafo único do art. 2º, que dispõe sobre o tema, tratando-se apenas de um rol exemplificativo. Então, conclui-se que os meios para proteção dessa prática também não podem ser taxativos. Trata-se de um “crime silencioso”, que ocorre dentro do seio familiar e que, por qualquer motivo, poderá não ser denunciado, se todo o sistema judiciário não ampliar suas formas de atuação.

Dessa forma, poderão ocorrer casos de prática da alienação parental que somente serão verificados após a conclusão de uma dissolução da sociedade conjugal, e, neste caso, o juiz não atuará de ofício ou a requerimento da parte, por eventual omissão do representante legal em denunciar a prática. Ou podem existir casos em que ambos os genitores ou detentores da guarda alienem a criança ou o adolescente, como também estendam essa prática a algum outro membro familiar, o que faz ocorrer a falta de interesse em demandar sobre o tema.

Verificando-se que, por algum motivo, essa violência não será denunciada, seja por existirem relações afetivas envolvidas, por casos de vulnerabilidade das partes, como uma desigualdade material, ou por operarem ambos os genitores em campanhas de desqualificação um contra o outro, utilizando a criança ou adolescente como objeto dessa relação familiar, uma vez que ambos alienadores estão tentando destruir o outro manipulando este menor, nesses casos deve ocorrer a intervenção Estatal. O Ministério Público irá atuar como órgão agente, ante o risco de abuso em que se encontra a criança e o adolescente, com a finalidade de suprir as necessidades deixadas pela relação parental.

Os exemplos acima representam alguns dos motivos pelos quais não existiria o interesse da família em denunciar os casos de alienação parental. A omissão ou abuso dos pais como representantes legais, em relação aos direitos da criança ou do adolescente e aos deveres inerentes à autoridade parental, acarretaria toda a problemática. Com isso, caberia ao Estado agir, através do seu Órgão ministerial que possui a função jurisdicional, atuando na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, em prol da proteção integral dos infantes.

Também é de suma importância ressaltar que a Lei da Alienação Parental deve ser sempre analisada em uma visão sistemática com o Estatuto da Criança e do Adolescente, que é a legislação primordial na defesa dos interesses infantojuvenis, sendo este utilizado para aplicação das medidas pertinentes aos pais e protetivas à segurança dos filhos.

A solução para a questão apresentada é desenvolver a ideia de que, ao ser constatada por qualquer pessoa a prática dos atos de alienação parental, reconhecendo uma ameaça ou violação para a criança ou o adolescente, esta deva ser informada às entidades despersonalizadas e aos órgãos de execução atuantes para combater as violências realizadas contra aqueles.

A Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, possibilitou ao Ministério Público atuar nos processos que envolvam a prática da alienação parental, em que irá opinar em razão das medidas provisórias de urgências determinadas pelo juiz. Essa atuação também é legitimada no Estatuto da Criança e do Adolescente, agindo o MP em conjunto com os Conselhos Tutelares e fiscalizando o exercício destes.

Contudo, ocorre que esta atuação não é suficiente para a proteção e prevenção na tutela dos casos envolvendo a alienação parental. É preciso que o *Parquet* atue como órgão agente, de modo a intervir na realidade social que envolva os interesses individuais indisponíveis desses menores.

O Ministério Público, em regra, atua na tutela dos interesses próprios, cabendo-lhe a titularidade processual e o resultado da demanda material, assim como pode atuar por legitimação extraordinária, ou seja, fora da sua designação ordinária de zelar pela fiel execução da lei, como *custos legis*. Como na hipótese de uma situação de risco em que se encontre a criança ou o adolescente, substituindo genitores ou responsáveis. Esse fato ocorre perante o abuso, omissão ou ausência dos pais, como

representantes legais que possuem capacidade e têm a legitimidade para atuar nos casos de alienação parental, uma vez que a criança e o adolescente não possuem capacidade para atuar processualmente, intervindo o Ministério Público para salvaguardar estes, sob o fundamento do princípio da proteção integral.

Os fundamentos que podem ser adotados pelo Ministério Público, com base em uma atuação participativa, como agente da relação processual, se dão em razão dos princípios constitucionais e dos garantidos aos infantojuvenis, bem como na interpretação da lei pelo método sistemático e sociológico, levando em consideração todo microsistema adotado e a realidade social que se vivencia dia após dia, por ações, pensamentos e sentimentos.

O estudo sobre o tema da alienação parental deve utilizar como parâmetro a função social que tal tema irá representar para a sociedade, atuando na defesa dos sujeitos de direitos – as crianças e os adolescentes –, e promovendo a norma maior eficácia como item integrante de todo ordenamento jurídico.

O objetivo da pesquisa é demonstrar a atuação do Ministério Público por legitimação extraordinária nos casos de alienação parental, intervindo em prol dos direitos individuais indisponíveis dos infantojuvenis, ao ser visualizada uma situação de risco, caracterizada por uma ameaça ou violação àqueles direitos. Este Órgão estará atuando como autor na defesa dos interesses da criança ou adolescente, com a finalidade de preservar ou restabelecer os direitos atingidos. O membro do Ministério Público deve observar toda a realidade social em que a criança e o adolescente estão inseridos, agindo com base na tutela do melhor interesse destes.

Deve-se considerar que a ação que se pretende utilizar é reparativa-restaurativa, visando à aplicação da doutrina da proteção integral, sendo a medida punitiva a *ultima ratio*, se assim se pode dizer. O que se preza é identificar, reparar e restituir os direitos que foram ameaçados ou lesionados, adotando a aplicação das medidas mais condizentes com o caso concreto, sempre primando pela redução dos danos causados.

O que se busca viabilizar é que, a partir da tutela jurisdicional do Estado, atuando através do representante do Ministério Público em prol dos direitos individuais indisponíveis, se reduza de maneira considerável as violações aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, trazendo mais eficácia à norma. O MP irá atuar por intermédio e com o suporte

de toda uma equipe técnica multidisciplinar, que será capaz de constatar e apurar melhor a extensão de toda violência psicológica vivenciada por esse infantojuvenil.

A relevância para a sociedade da atuação do Ministério Público de forma participativa, em uma intervenção como órgão agente, nos casos que abrangem a alienação parental, é poder dar mais efetividade à lei. Tal permite que o Ministério Público possa atuar ativamente, configurando essa atuação por legitimação extraordinária, e não apenas como fiscal da lei, em razão da ausência do legitimado ordinário, neste caso, o representante legal dos infantes.

Caso seja constatada a falta de interesse dos pais, abuso dos poderes inerentes à autoridade parental, omissão na tutela do direito da criança ou do adolescente, ou até mesmo o abandono do representante legal, deverá o *Parquet* intervir na proteção dos interesses alheios como autor da ação, a fim de preservar qualquer ameaça ou violação daqueles que foram colocados em situação de risco, dando início a expedientes, por peça de informação ou procedimento administrativo, realizando as diligências que entender necessárias para apuração da prática dos atos de alienação parental. Desta forma, o representante do Ministério Público atuará para denunciar essa violência psicológica em ação autônoma ou incidental, operando como substituto da relação processual, de forma subsidiária, caso os legitimados ordinários estejam ausentes.

Com isso, os casos de alienação parental deverão ser investigados e representados pelo próprio *Parquet*, que irá fundamentar com todo o suporte técnico, atuando com toda a equipe multidisciplinar, fornecendo os estudos adequados, em que serão apontadas todas as violações em um relatório, a ser realizado a partir de um estudo social e psicológico do ex-casal, laudo pericial social da criança e do adolescente, histórico escolar e todos os demais documentos essenciais, para que seja possível constatar a situação de risco em que aqueles se encontrem.

O apoio multidisciplinar é necessário para a integração das áreas de conhecimento, nas quais o operador do direito não detém conhecimento suficiente e necessário para atuar. A partir disso, o promotor de Justiça deverá formar a sua *opinio* e fundamentar sua representação pelo(s) pedido(s) da(s) medida(s) necessária(s), com o condão de restabelecer os direitos que foram atingidos (ou ameaçados).

Ao abranger a forma de atuação em relação aos atos de alienação parental, permitindo dar viabilidade à aplicação das medidas, o próprio legislador possibilitou tal exercício, uma vez que esses casos não são tratados de forma restritiva. Isto fará com que se possa prevenir a prática da alienação, de modo mais efetivo, evitando que se instale a Síndrome da Alienação Parental.

É mister ressaltar que o que se pretende não é facilitar a interferência do Estado no intuito de atuar regulando os direitos individuais ou em uma esfera que não lhe cabe permear, regulando as relações afetivas e laços conjugais, visto que este não é o foco central. O que se pretende é preservar os direitos individuais indisponíveis das crianças e dos adolescentes, uma vez que o legislador reconheceu a atribuição para a atuação do Ministério Público nessa esfera, em razão dos abusos, omissões ou ausências de entes legitimados para sua tutela.

Certas violações ocorrem na área da infância e juventude e não devem passar despercebidos os fatos que, muitas vezes, são difíceis de serem constatados e identificados, em decorrência de muitas transgressões que ocorrem no meio da relação familiar. E também é dever do Estado não permitir que essas transgressões se perpetuem. Pois só quando a prática da alienação parental costuma estar bem solidificada na relação familiar é que serão apurados os indícios, o que, muitas vezes, ocorre por uma ação incidental de dissolução da sociedade conjugal ou ação de guarda em uma Vara de Família. Também pode ocorrer por uma ação autônoma, quando, então, poderá ser requerida a inversão da guarda ou suspensão do poder familiar, em casos que já estarão bem agravados no seio familiar, sendo verificada que a violência contra a criança ou o adolescente se prolonga, “matando” não só um pai ou mãe em vida, mas todo o direito da criança e do adolescente a um convívio familiar sadio.

Os estudos sobre o tema de pesquisa são tratados por artigos, regulamentos e ordem de serviço promovidos por membros do Ministério Público, bem como livros que abordam a atuação do Ministério Público na tutela dos direitos da infância e juventude. Serão apresentados por doutrinas e artigos, como os de Maria Berenice Dias, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade e Hugo Nigro Mazzilli; as legislações sobre o tema da infância, como o Estatuto da Criança e do Adolescente; a Lei de Alienação Parental; a Lei que trata do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) – que dispõe sobre a composição, estruturação,

competências e funcionamento deste Conselho; a Convenção sobre os Direitos da Criança e o Código Civil e de Processo Civil, bem como demais artigos de revistas sobre o tema.

Na revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em matéria elaborada por Robson Renault Godinho, sobre o tema "O Ministério Público como Substituto Processual e a Eficácia Subjetiva da Coisa Julgada", o autor expõe que é compatível com o perfil constitucional da Instituição a tutela de direitos individuais indisponíveis, não devendo esta atuação ser ignorada, mas sim tratada de forma a promovê-la, adequando-a à realidade social, demonstrando essa atuação como a mais completa e, conseqüentemente, mais efetiva.

Serão demonstrados também alguns dos procedimentos realizados pela 1ª Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, a cargo do promotor de Justiça Cristiano dos Santos Lajoia Garcia, a partir de indícios sobre a prática dos atos de alienação parental, bem como as diligências necessárias com o intuito de apurar os fatos e promover a atuação de forma a amparar o infantojuvenil, que se encontra em situação de risco, com o objetivo de manter uma convivência familiar sadia. Ressalta-se que, por vedação legal, não poderão ser investigados casos concretos, apenas regras procedimentais que são utilizadas pelo referido órgão de execução. Para isso, será o tema pautado com base nos decretos, leis pertinentes, como também nas resoluções elaboradas pelo Procurador Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, apresentando recomendações concernentes aos expedientes do "Programa Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes – Disque 100" e do serviço de "Disque Denúncia"; e nas resoluções que regulam a tramitação do inquérito civil, dos procedimentos administrativos voltados para a tutela dos direitos individuais indisponíveis, bem como resoluções voltadas para a adequação às novas demandas sociais.

A alienação parental também será tratada sob a ótica do direito familiar, apresentada no livro **Alienação Parental: Sob a perspectiva do direito à convivência familiar**, de Juliana Rodrigues de Souza, no qual a autora traz o pensamento de diversos membros do Ministério Público, e também muito bem retratada na obra coordenada por Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**.

O tipo de pesquisa apresentada será em relação à atuação do Ministério Público nos casos de alienação parental, mostrando que essa atuação poderá ocorrer de forma a legitimar a tutela do direito individual indisponível da criança e do adolescente, uma vez que estes se encontrem em situação de risco. Esta atuação se dá com o intuito de promover uma maior integração da Lei da Alienação Parental com a norma que visa à tutela dos direitos das crianças e dos adolescentes contra qualquer lesão ou ameaça a estes. Atuação que se legitima a partir da realidade social em que esses menores estejam inseridos.

Para tanto, foi observada a atuação do Ministério Público da Promotoria da Infância e da Juventude, nos casos de alienação parental pelo método indutivo, haja vista a necessidade em trazer uma maior eficiência, para que se possa abraçar todas as peculiaridades existentes na formação da relação parental. Ademais, para que se pudesse apresentar a atuação e viabilizar o procedimento, foi necessária a exploração pelo método dedutivo, utilizando nos processos – a partir de normas, decretos, resoluções, ordem de serviço e, também, das doutrinas e artigos –, que puderam caminhar para um norte, demonstrando possível a prevenção e proteção da criança e do adolescente das violências realizadas nas relações familiares desequilibradas, ao se tomar como resultado a prática dos atos de alienação parental.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. Noções Básicas

Elizio Luiz Perez¹, autor do anteprojeto que deu origem à lei sobre alienação parental, no livro **Incesto e Alienação Parental – Realidades que a Justiça insiste em não ver**, sob a coordenação de Maria Berenice Dias, diz que o rol exemplificativo apresentado no art. 2º, parágrafo único da Lei, por reiterar a natureza abusiva do ato, permitiu trazer maior importância ao tema, fazendo com que o magistrado possa lançar mão do poder geral de cautela, aplicando medidas de urgência e de natureza cautelar, possibilitando a atuação de forma preventiva pelo Judiciário.

1 PEREZ, Elizio Luiz. "Breves Comentários acerca da Lei da Alienação Parental (Lei 12.318/2010)". In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Incesto e Alienação Parental: Realidades que a Justiça insiste em não ver**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 76.

Ao ser levada em consideração a natureza abusiva do ato de alienar e a não taxatividade da prática, o *Parquet* se vê perante a tutela dos direitos individuais indisponíveis dos infantes e amparado pela garantia prevista do acesso à justiça de toda criança ou adolescente, como previsto pelo art. 141 do ECA e art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, não podendo impedir tal direito de ação.

O art. 6º do ECA também estabelece que, na interpretação do Estatuto, devem ser levados em consideração os fins sociais a que ele se dirige, com a primazia de entender que os ali tutelados estão em fase peculiar de desenvolvimento, pois a análise, quanto à realidade social em que cada um desses seres vivem, é essencial para compreender as melhores medidas que poderão ser aplicadas.

Quanto ao procedimento de perda e suspensão do poder familiar, verifica-se que, conforme o artigo 155 do ECA, terá início por provocação do Ministério Público, além dos que detêm legítimo interesse. A análise desse dispositivo pode assinalar que quem pode mais também pode menos. Confirmada a atuação do MP como legitimado extraordinário nos casos mencionados acima, também é legítima a atuação nos casos de alienação parental, cujas medidas de recomendações, como inclusão de família em escola de pais ou acompanhamento escolar, visando restabelecer a convivência familiar sadia, como até de perda e suspensão do poder parental, poderão ser recursos solicitados pelo membro do Ministério Público, diante da tutela dos direitos individuais indisponíveis desses menores.

2.2. Atuação do Ministério Público nos casos de Alienação Parental

Hugo Nigro Mazzilli² aponta que a Constituição de 1988 garantiu ao Ministério Público consideráveis avanços institucionais. Ao analisarmos a evolução do Órgão Ministerial, aponta-se o seu começo: “[...] como defensor do rei, passou a defensor do Estado, depois a defensor da sociedade, e hoje, nos termos do perfil que lhe traçou a Constituição de 1988,

2 MAZZILLI, Hugo Nigro. "Garantias Constitucionais do Ministério Público". Tese apresentada ao IX Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em Salvador – BA, de 1º a 4 de setembro de 1992, e publicada em: a) **Anais do IX Congresso Nacional do Ministério Público**, Bahia, 2:714, 1992; b) Revista **Justitia** do Ministério Público do Estado de São Paulo, 159:15). Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/>>. Acesso em: 22 out. 2015.

passou a ser defensor de uma sociedade democrática”.³ Mazzilli⁴ enaltece que é indispensável a presença social do Órgão, consagrando sua autonomia e independência. Destaca, ainda, a importância do MP para acionar a jurisdição caso seja necessário, pois a Lei Maior também outorgou a este Órgão e aos seus agentes garantias excepcionais. Lembra o autor que tais garantias devem ser utilizadas para servir a coletividade, o que pode significar a atuação na defesa da parte mais frágil da relação processual ou do meio social.

É possível extrair que o Ministério Público possui uma atuação voltada não só a fiscalizar as leis, mas também como o órgão defensor da sociedade e dos direitos indisponíveis, como o direito da personalidade, visto que este Órgão possui autonomia e independência funcional para tanto. Olympio de Sá Sotto Maior Neto⁵ destaca que os membros desse Órgão têm o **dever funcional** de atuar com o intuito de assegurar a execução das normas criadas em favor das crianças e adolescentes. Afirma que caminhou bem o legislador do ECA quando atribuiu ao *Parquet* tão generosa missão, por se tratar de um país onde a maioria da população não tem acesso à Justiça.

As funções institucionais do Ministério Público estão previstas no artigo 129 da Constituição Federal de 1988, dentre elas, a legitimidade para promover procedimentos administrativos e ações civis, o que também não impediria a legitimação por terceiros, conforme dispõe o parágrafo primeiro do dispositivo acima mencionado. Ademais, aponta-se no artigo 127 da Carta Magna a função jurisdicional que tal Órgão exerce, para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático de direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. E é este último ponto de suma importância para a análise desenvolvida em relação à atuação do Ministério Público nos casos que envolvem a alienação parental.

Em artigo publicado por Hugo Nigro Mazzilli⁶, o autor aponta que, ao se analisar os principais direitos ligados à proteção da infância e da

3 Idem. "Ministério Público e cidadania". Artigo publicado na **Revista Justiça**, volume 194, p. 127 (São Paulo, Brasil, Editado pela Procuradoria-Geral de Justiça, abril a junho de 2001). Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/>>. Acesso em: 22 out. 2015.

4 Idem. 1992, *op. cit.*, [s.p.].

5 MAIOR NETO, Olympio de Sá Sotto. "Criança e adolescente sujeitos de direito". In: LOPES, Cláudio Soares; JATAHY, Carlos Roberto de Castro (Org.) **Ministério Público: O Pensamento Institucional Contemporâneo**. ed. [s.l.]: CNPG, 2012, p. 251.

6 MAZZILLI, Hugo Nigro. "A Ação Civil Pública no Estatuto da Criança e do Adolescente". Palestra proferida em 14-08-1990 no Ministério Público-SP, pub. na Revista **Justitia**, 153/16. Este mesmo artigo também foi traduzido para o espanhol e publicado pela UNICEF, organismo da ONU, na revista **Justicia y Derechos del Niño**, v. 1, p. 159 (1999), sob o título "*La acción civil pública en el estatuto del niño y del adolescente*" (<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/accioncivilpublica.pdf>). Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/acpnoeca.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2015.

juventude elencados pelo art. 227, *caput*, da Constituição da República, verifica-se que a indisponibilidade do direito é predominante, o que torna o Ministério Público naturalmente legitimado à sua defesa. Mazzilli destaca ainda que as funções do MP não se esgotam no ECA (art. 200 e 201, ECA), competindo-lhe todas as expressamente ou implicitamente apresentadas. Destaca Mazzilli⁷ que não se pode excluir a intervenção do Órgão em ações que tutelam direitos individuais ligados à proteção da criança e do adolescente.

O artigo 201 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) apresenta as competências pertinentes ao Ministério Público na defesa dos infantojuvenis. Dentre elas, destacam-se: “promover e acompanhar as ações de alimentos e os procedimentos de suspensão e destituição do poder familiar [...] e demais procedimentos da competência da Justiça da Infância e da Juventude”; “promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos [...]” e “instaurar procedimentos administrativos [...]”. Além de “zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis.”

Diante de algumas das competências apontadas, deve-se aplicar tal dispositivo observando o artigo 98, inciso II, do ECA, no que diz respeito à prática da alienação parental. Para que o *Parquet* instaure expedientes e promova demandas no âmbito cível, deve-se estar atento se os direitos das crianças e adolescentes foram violados ou ameaçados, além de avaliar a situação de risco do infante e se há a hipótese de falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis. Para tanto, o ministro relator Luis Felipe Salomão, do Supremo Tribunal de Justiça, completa, em julgado dessa Corte: “é exatamente mediante a ação manejada pelo Ministério Público que se investigaria a existência de ofensa ou ameaça a direitos. Vale dizer, sem ofensa não haveria ação, mas sem ação não se descortinaria eventual ofensa”.⁸

Porém, deve-se ter como base a Constituição Federal para a atuação do Ministério Público, nos casos que envolvam os interesses das crianças e adolescentes, o que outorgou a legitimidade ao *Parquet* nas demandas deste gênero, para só, então, buscar reforço suplementar nas

7 Idem. "Alguns Casos de Atuação do Ministério Público". Artigo publicado no RT, 688/252 (Ed. Revista dos Tribunais, fev. 1993, São Paulo). Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/>>. Acesso em: 01 out. 2015.

8 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Recurso Especial nº 1.327.471 – MT, 2011, p.16. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=REPETITIVOS.NOTA.&processo=1327471&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 21 set. 2015.

leis infraconstitucionais, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgado RESP nº 1.327.471 – MT: “[...] Para que o aplicador do direito não incorra em erro hermenêutico dos mais graves, que é interpretar a Constituição Federal segundo a legislação ordinária, quando, na verdade, a hierarquia das normas impõe exatamente o contrário”.⁹ É apresentado no mesmo Recurso Especial o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF), sob a relatoria do Ministro Ayres Britto, ao mencionar que “o rol de atribuições conferidas ao Ministério Público pelo artigo 129 da Constituição Federal não constitui *numerus clausus*”.¹⁰ Conforme posição do STF, ao esclarecer acerca do dispositivo constitucional, não deve o operador do direito limitar a atribuição do *Parquet*, pois assim o legislador não o fez.

Diante dos dispositivos apresentados, no que institui legítima a atuação do Ministério Público da tratar de direitos dos infantes, deve-se observar também a competência da Justiça da Infância e da Juventude, destacando o inciso IV e o parágrafo único do artigo 148 do ECA: “conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, [...]”, e o parágrafo único, que apresenta a competência da Vara da Infância e Juventude para as hipóteses do artigo 98 do ECA, como nas alíneas “b” e “f”; nos casos de “conhecer de ações de destituição do poder familiar, perda ou modificação da tutela ou guarda;” e “designar curador especial em casos de apresentação de queixa ou representação, ou de outros procedimentos judiciais ou extrajudiciais em que haja interesses de criança ou adolescente”.

Do exposto, pode-se extrair a atribuição para o Ministério Público da Promotoria da Infância e da Juventude para agir na tutela dos interesses individuais indisponíveis das crianças e adolescentes, visto tal atribuição ser amparada na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, que foram bem cuidadosos em prever a proteção para os infantes, também protegidos pela doutrina da proteção integral, diante da condição especial em que se encontrem.

O Estatuto da Criança e do Adolescente apresenta que “é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos [...]”, colocados no artigo 4º do ECA, apresentando também, em seu parágrafo único, o que

⁹ *Ibid.*, p. 9.

¹⁰ *Ibid.*, p. 11.

compreende a garantia de prioridades, e dentre elas, destaca-se na alínea “a”: “primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias”.

A Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o Estatuto do Ministério Público da União, em seu artigo 5º, inciso III, alínea “e”, apresenta, dentre as funções institucionais, a defesa de interesses e direitos da criança e do adolescente, e a Constituição Federal, no artigo 227, *caput*, referenda ser dever da família, da sociedade e do Estado a tutela dos direitos das crianças e dos adolescentes, que deve ser tratada com absoluta prioridade.

De acordo como autor Galdino Augusto Coelho Bordallo¹¹, para propositura das ações de natureza cível, o MP não tem legitimidade exclusiva, mas concorrente e disjuntiva, atuando o presentante do Ministério Público como substituto da relação processual, exercendo suas funções em ocasiões em que o legitimado ordinário se mantiver inerte, devendo fundamentar todas as suas manifestações de acordo com o artigo 205 do ECA.

Para Galdino¹², o promotor da infância e da juventude, diante dos inúmeros casos que chegam à sua esfera de atuação, precisa avaliar para constatar a veracidade e colher provas para formar a sua *opinio*, a fim de escolher a providência a ser adotada.

A forma de atuação do Ministério Público nas ações que envolvem a prática dos atos de alienação parental é uma questão ainda pouco discutida, mas bem polêmica. O *Parquet* funciona nas demandas que versam sobre este tema atuando como fiscal da lei, opinando nos processos instaurados nas Varas de Famílias. Contudo, esta atuação não deverá ser tão limitada na Vara da Infância e Juventude, sendo insuficiente para atender todas as necessidades da criança ou do adolescente que são encontradas na realidade social, visto que o MP está “consciente das potencialidades próprias da criatividade patológica do genitor alienador [...]”,¹³ conforme mencionado pelo promotor Vicente Elísio de Oliveira Neto, ao fazer referência ao rol não taxativo do art. 2º da Lei que dispõe sobre a alienação parental. Destaca ainda que uma atuação limitada irá impedir

11 BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. "Ministério Público". In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*: Aspectos teóricos e práticos. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 746. Ebook.

12 *Ibid.*, p. 748. Ebook.

13 OLIVEIRA NETO, Vicente Elísio de Oliveira. "A Lei da Alienação Parental e a Atuação do Ministério Público". *Revista Eletrônica Jurídico-Institucional do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte*, Natal/RN, 6 jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.mp.rn.gov.br/revistaeletronicamprn/revista.asp>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

que o Órgão do Ministério Público atue na qualidade de agente, pois na área da infância e juventude é difícil apontar todas as violações que poderão ser descobertas.

Trata-se o ato de alienação parental de qualquer interferência na formação psicológica, promovida por um dos genitores ou pelos que possuem sobre o infante a vigilância ou autoridade parental. Ao induzir negativamente a criança ou adolescente, com o intuito de denegrir a imagem do outro genitor, bem como dificultar ou obstar o convívio familiar, realizando campanhas de desqualificação, dificultando o convívio da autoridade parental, omitindo informações sobre a criança ou até mesmo a implantação de falsas memórias, conforme definido no artigo 2º da Lei que dispõe sobre o tema.

O fato que precisa ser abordado em um contexto social é que nem toda a prática de alienação parental poderá ser abordada ou descoberta em uma fase processual na Vara de Família, como, por exemplo, aquela advinda de dissolução da sociedade conjugal ou guarda; e a que chega à Vara é realmente aquela em que já existe instalada a Síndrome da Alienação Parental, como constatada em pedidos de revisão de guarda ou de sua inversão. Como já apresentado, alienação parental é o ato de interferir na formação psicológica da criança ou do adolescente, fazendo alterar a sua percepção, para que esta/este rejeite o outro genitor. Já a Síndrome da Alienação Parental, designada pela sigla SAP, é o conjunto de sintomas que aqueles podem apresentar perante o ato praticado.

A prática de ato de alienação parental fere os direitos fundamentais da criança e do adolescente, como a convivência familiar, além de prejudicar as relações de afeto com os genitores e com a entidade familiar; e também configura abuso moral e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental, perante o previsto no artigo 3º da Lei da Alienação Parental.

A criança e o adolescente têm prioridade absoluta na tutela dos seus direitos, devendo ser observado o princípio do melhor interesse, fazendo com que a família, a sociedade e o Estado possam atuar, conforme preveem a Carta Magna, em seu art. 227 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 4º. Ao estabelecer que todos devem promover a tutela dos direitos, bem como devem denunciar qualquer prática de abuso, negligência, violência, dentre outros, à criança e ao adolescente. E a alienação parental é uma prática psicológica cruel que poderá interferir não só na relação com o ente alienado, como em toda formação psicológica deste ser que está em fase peculiar de desenvolvimento.

A partir do momento em que forem notificados os casos de alienação parental ao Ministério Público, este deverá autuar o expediente com o intuito de apurar a veracidade dos fatos, cuidando para que seja adotada a melhor solução para a criança ou adolescente, com base no princípio da proteção integral. É “ideal que o Promotor de Justiça determine a imediata autuação e registro dos fatos notificados como procedimento administrativo, com numeração sequencial”.¹⁴

Caso seja verificado conflito de interesses em relação aos genitores e o infante, bem como nas hipóteses de falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis, deverá o Ministério Público atuar, em razão da indisponibilidade do direito desses, ao se tratar a convivência familiar como direito fundamental e indisponível para este menor. Entendendo que, “a partir do momento em que a Constituição confere legitimidade ao Ministério Público para a defesa de direitos individuais indisponíveis, é evidente que se trata de hipótese de substituição processual [...]”¹⁵, como será apresentado no próximo tópico.

2.3. O Ministério Público como Agente

O fundamento legal para a atuação do Ministério Público como substituto processual está pautado no artigo 6º do Código de Processo Civil de 1973, e continuará a ser abordado no art. 18 do novo CPC, instituído pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. O novo CPC ainda previu em seu parágrafo único que o substituído poderá intervir na demanda como assistente litisconsorcial. O legislador, com o novo CPC, talvez tenha tentado corrigir uma ausência de técnica na aplicação do instituto da legitimação extraordinária, ao fazer previsão incluindo a assistência litisconsorcial, corrigindo o que já era feito anteriormente, como interessado.

Robson Renault Godinho¹⁶, em sua tese, apresenta que o legitimado ordinário faz parte da demanda processual, atuando para defender direito

14 BORDALLO, *op. cit.*, p. 748.

15 SILVA, José Afonso da *apud* GODINHO, Robson Renault. "O Ministério Público como Substituto Processual". 2006. 8 f. Tese (Tese vencedora do XXV Encontro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, realizado no período de 09 a 12 de fevereiro de 2006). Disponível em: <<http://www.amperj.org.br/artigos/view.asp?ID=93>>. Acesso em: 17, set. 2015.

16 GODINHO, Robson Renault. "O Ministério Público como Substituto Processual". 2006. 8 f. Tese (Tese vencedora do XXV Encontro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, realizado no período de 09 a 12 de fevereiro de 2006). Disponível em: <<http://www.amperj.org.br/artigos/view.asp?ID=93>>. Acesso em: 17, set. 2015.

próprio, coincidindo o resultado da relação material com a titularidade da relação processual. O que já não ocorre com o legitimado extraordinário que, embora autorizado pelo sistema normativo a fazer parte da relação processual, não é o destinatário do provimento final. O resultado prático da demanda não tem como titular o autor da demanda, atuando o legitimado extraordinário em nome alheio. Fazendo um silogismo com a legitimidade do MP para as ações de alimentos, segundo o autor, a legitimação do *Parquet* se dá em razão da indisponibilidade do direito e da existência de uma situação de risco. No que tange aos casos da alienação parental, verificam-se as mesmas premissas apontadas na ação de alimento, ao ser o infante encontrado em situação de risco diante da prática psicológica cruel, realizada pelo alienador, o que trata por ferir o direito fundamental de uma convivência familiar sadia.

Robson Renault Godinho¹⁷ também menciona que o Ministério Público pode contribuir de forma efetiva para o acesso à justiça, possuindo compatibilidade com a função constitucional do Órgão a tutela dos direitos individuais indisponíveis, visto que a legitimidade outorgada ao *Parquet* para tutelar os interesses sociais e direitos individuais indisponíveis amplia a possibilidade de acesso à justiça, possibilitando um êxito maior, além de tornar o processo socialmente efetivo.

O resultado da demanda promovida pelo Órgão ministerial em legitimação extraordinária faria com que os atos da demanda viessem a produzir efeitos sobre quem não atuou integrando a lide – as partes que são estranhas nesta relação processual, neste caso, a criança e o adolescente. Isto acontece em virtude de omissão ou abuso, em razão da falta de interesse processual dos legitimados ordinários, os representantes legais. Desta forma, irá se tornar legítima pelo Ministério Público a atuação como substituto processual, postulando interesse alheio em nome próprio, operando na defesa dos interesses das crianças e dos adolescentes, ao terem os seus direitos violados por atos da prática de alienação parental.

Existem casos dos que litigam com falsas denúncias de abuso sexual, e, neste caso, também ocorre a prática da alienação pelo genitor alienante ao tentar com suas mentiras afastar o genitor que não possui a guarda, cabendo para aquele uma ação com a aplicação de medidas pertinentes, visando à punição pela prática da alienação parental, sem prejuízo da responsabilização civil e penal.

17 GODINHO, *op. cit.*, [s.p.].

O Ministério Público deve promover ações que versem em seu bojo não apenas declarar os atos da prática de alienação parental, mas para que sejam aplicadas as medidas protetivas de urgências em favor das crianças ou dos adolescentes e as pertinentes em relação aos pais e responsáveis – este é o objeto da sua demanda processual –, o que será delimitado conforme a situação de risco em que aqueles foram encontrados.

O laudo pericial será a prova documental determinante para a apuração e tipificação dos atos de alienação parental. A partir do laudo elaborado por uma equipe técnica multidisciplinar é que serão requisitadas as medidas adequadas para o caso concreto. A Lei da Alienação Parental é omissa em seu artigo 5º quanto à requisição de perícia pelo Ministério Público. Porém, o Estatuto, nos artigos 161 e 162, ambos nos parágrafos primeiros, trata da perda ou suspensão da autoridade parental em ação que terá início por provocação do *Parquet*. Discorrem tais artigos sobre a requisição deste Órgão, por perícia ou realização de estudo social a ser praticado por equipe interprofissional ou multidisciplinar. Ademais, os artigos 201, inciso VI, alínea “b” e 223, ambos do ECA, abordam sobre a competência do MP, bem como, as possibilidades de ações para a tutela de interesses individuais, como dispõe o artigo 208, parágrafo único do Estatuto.

2.3.1. Direito Fundamental à Convivência Familiar e a Realidade Social

Os direitos das crianças e dos adolescentes são tratados nos artigos 3º e 5º do ECA e no artigo 227 da Constituição Federal, e visam à proteção integral e absoluta prioridade. Essa proteção tem por finalidade colocar os infantojuvenis a salvo de qualquer forma de violência, negligência, dentre outras práticas abusivas, além de garantir diversos direitos fundamentais, dentre eles, a convivência familiar que é tratada nos casos de alienação parental. Verifica-se que a atuação do Ministério Público é legítima, diante da tutela de direitos indisponíveis e da condição especial de desenvolvimento. “[...] A criança e o adolescente, por se acharem na peculiar condição de pessoas humanas em desenvolvimento, se encontram em situação especial e de maior vulnerabilidade.”¹⁸ E o Órgão do Ministério Público tem o *status* de agente político, devendo atuar de maneira a intervir positivamente na realidade social,¹⁹ de modo que garanta

18 MACHADO, Martha de Toledo *apud* SOUZA, Juliana Rodrigues de. **Alienação Parental: Sob a perspectiva do direito à convivência familiar**. 1. ed. Leme/SP: Mundo Jurídico, 2014, p. 73 e 74.

19 MAIOR NETO, *op. cit.*, p. 251.

a fiel observância da Constituição e das leis, promovendo a sua execução e atuando com o seu dever funcional. O Ministério Público está “assumindo através de seus agentes a responsabilidade profissional, política e ética da construção de uma ordem social mais justa”, esclarece Olympio de Sá Sotto Maior Neto²⁰. Ele completa ainda que o MP “poderá fazer do Estatuto da Criança e do Adolescente seu instrumento fundamental de luta em favor da sociedade”.

No art. 25, inciso IV, alínea “a”, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei nº 8.625, de fevereiro de 1993, além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, e em outras leis, destaca-se a promoção de inquérito civil para interesses individuais indisponíveis. Cabe ao MP zelar pela observância da Constituição e das leis, promovendo a sua execução. Cumpre salientar que “o interesse indisponível (individual ou coletivo), os difusos e até aqueles que reflexamente atinjam toda a sociedade — todos integram a noção de interesse público.”²¹

A convivência familiar é um direito fundamental, sendo indisponível, e a criança e o adolescente vítimas de alienação parental têm este direito violado, o que prejudica suas relações de afeto com o outro genitor ou com o grupo familiar. Além de constituir abuso moral, é uma agressão psicológica com o menor. Verifica-se também que o genitor alienante, ao dificultar ou impedir a convivência familiar, está descumprindo com os seus deveres inerentes à autoridade parental, conforme prevê o artigo 3º da Lei que dispõe sobre a alienação parental e o artigo 227 da Constituição Federal que trata da família, da criança, do adolescente e do jovem. “Conviver em família e na comunidade é sinônimo de segurança e estabilidade para o desenvolvimento de um ser em formação.”²² Está prevista a tutela constitucional à convivência familiar, sendo vedada qualquer ameaça ou violação na tentativa de obstar esse direito da criança e do adolescente, fazendo cessar qualquer ameaça ou lesão, e restabelecendo os direitos violados.

Há uma grande confusão entre a relação formada pelo casal e a relação parental. Na primeira, os laços afetivos existirão até o momento em que houver uma colaboração mútua, contribuindo para que este vín-

20 MAIOR NETO, *op. cit.*, p. 252.

21 MAZZILLI, Hugo Nigro. “Defesa da criança e do adolescente”. Artigo publicado no jornal **O Estado de S. Paulo**, ed. 03-10-1990, p. 24. Disponível em: <www.mazzilli.com.br/pages/artigos/defcrado.pdf>. Acesso em: 01 out. 2015.

22 MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade *apud* SOUZA, Juliana Rodrigues de. **Alienação Parental**: Sob a perspectiva do direito à convivência familiar. 1. ed. Leme/SP: Mundo Jurídico, 2014, p. 92.

culo seja mantido. Na última, os laços são eternos e não serão rompidos com a separação do casal. A psicóloga jurídica e mediadora Roberta M. N. Ferreira, em entrevista concedida para a monografia "Alienação Parental e a Falsa Comunicação de Incesto"²³, comenta que, segundo Douglas Darnall, a alienação parental é parte das relações familiares, não é disfuncional, e sim constitutiva do sujeito, e só se torna um problema quando as pessoas deixam de, momentaneamente ou definitivamente, considerar as necessidades da criança na relação familiar, fazendo parte do processo de separação. Porém, passa a ser um problema quando os pais não conseguem mais olhar para a criança, ante as necessidades dela, passando a se concentrar pessoalmente nos seus próprios interesses, colocando a criança como secundária. A psicóloga também destaca, sob a perspectiva de Richard Garner, que a alienação parental é um sintoma da criança. Ela também diz que, para Douglas Darnall, é um sintoma da família, e a criança irá aderir ao sintoma dos pais – o litígio, a discussão –, com o intuito de se resguardar, “resolvendo” ela mesma o problema dos pais, associando o sintoma familiar. Esta é a forma de a criança se proteger, pois é maciçamente destruída pela relação conturbada dos pais que não compreenderam o rompimento do vínculo de afeto como casal.

Ao apresentar um rol exemplificativo no art. 2º da Lei que dispõe sobre Alienação Parental, o legislador não restringe a aplicação da norma, permitindo que esta fosse interpretada de acordo com a realidade social e a evolução da sociedade, sendo esses importantes fatores para que se tenha uma melhor aplicação do direito. O promotor Cristiano dos Santos Lajoia Garcia, com atribuição na 1ª Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude da Comarca da Capital, alerta sobre a aplicação da lei: “A Lei da Alienação Parental é muito complicada de ser aplicada, a lei não é uma relação social. Não podemos deixar a lei definir uma relação social, aplicando-a literalmente, pois não irá dar certo.”²⁴

O Estatuto da Criança e do Adolescente apresenta os princípios que regem a aplicação das medidas específicas de proteção, aplicadas às crianças e adolescentes, nos casos em que forem encontrados em situação de risco, como de uma alienação parental. Dentre os princípios, temos a condição da criança e do adolescente como sujeitos titulares de direitos

23 SILVA, Fernanda Amaral. "A Alienação Parental e a Falsa Comunicação de Incesto". 2012. 50 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, RJ, 2012.

24 Entrevista fornecida por Cristiano dos Santos Lajoia Garcia, na 1ª Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, em julho de 2015.

– e não apenas como parte integrante de uma instituição familiar, sendo, desta forma, possível pleitear a sua tutela constitucional; e a proteção integral e prioritária – toda lei que dispõe sobre o tema deve estar voltada com atenção para o infante, no que dispõe sobre a sua interpretação e aplicação. Sobre estes princípios, deve ser esclarecido que, em se tratando dos direitos da criança e do adolescente, titulares de direitos fundamentais, qualquer descuido na tutela desses direitos poderá ser crucial para o resultado prático da demanda.

Visto que, em casos como a alienação parental, o *Parquet* receberá a notícia sobre os indícios da prática, não deve haver demora para as averiguações e a adoção das medidas protetivas de urgência, com as devidas providências, caso contrário, podemos estar diante de graves violações a direitos indisponíveis, que, ante a natureza do ato praticado pelo alienador, não poderão ser corrigidas sem que já tenham causado lesões irreparáveis ou de difícil reparação a esses menores. Como ressalta o promotor de Justiça Cristiano dos Santos Lajoia, “[...] um ser em formação, depois que cria determinados conceitos ou pré-conceitos em relação à uma determinada situação, é muito difícil. Até acalmar toda a situação, já se perdeu infância, adolescência, perdeu pai, perdeu mãe [...]”.²⁵

Deve ser destacado, também, o princípio da intervenção precoce, um dos princípios que legitimam a atuação do Ministério Público, com o fim de atuar sempre que for verificada qualquer situação de risco em que se encontre a criança e o adolescente. Além dos já destacados, o ECA prevê outros que devem ser observados, ao se aplicar as medidas protetivas, levando em consideração as necessidades pedagógicas, como estabelece o artigo 100 do referido dispositivo.

Diante da prática do ato de alienação parental, o Ministério Público deve promover uma atuação de acordo com a realidade social. Aponta-se que serão encontradas as mazelas da sociedade parental através da análise do contexto social, as quais precisam ser suprimidas, objetivando satisfazer eventuais lacunas e omissões que o legislador não pôde suprir, atuando em benefício do menor. O legislador tenta acompanhar as mudanças da sociedade, *a contrario sensu*, será o operador do direito quem irá promover a integração da norma jurídica ao caso concreto, adequando a realidade social às normas preexistentes, a fim de atender as peculiari-

25 Entrevista fornecida por Cristiano dos Santos Lajoia Garcia, na 1ª Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, em julho de 2015.

dades das crianças e adolescentes, que se encontram em fase de desenvolvimento. Verifica-se também que “a atuação do Ministério Público na defesa dos direitos individuais não pode ser ignorada, nem considerada ultrapassada, mas sim, deve ser adequada à realidade social e ao perfil constitucional da instituição.”²⁶

As necessidades humanas devem ser percebidas, abandonando-se questões predefinidas e apenas voltadas para o senso comum, ampliando-se o conhecimento, a fim de agir para realizar a integração com o campo multidisciplinar, sendo, assim, possível compreender as carências sociais desses infantes. Levando-se em consideração os direitos de quinta geração ou dimensão, o sistema de direitos busca satisfazer os anseios e as necessidades humanas.²⁷ Tais anseios só poderão ser encontrados se o operador do direito atuar com toda a equipe de psicólogos, pedagogos, assistentes sociais, psiquiatras, para auxiliá-lo nas questões que vão além do saber jurídico, ante as diversidades na relação parental.

2.4. A rotina administrativa de atuação pela Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude nos casos da Alienação Parental

O Órgão ministerial poderá atuar através de um processo autônomo, impulsionado por uma comunicação ou representação administrativa, sendo esta, a princípio, apresentada a um órgão administrativo ou de execução e apontada sem efeito, por aplicação de uma medida protetiva ineficaz ou em razão da omissão ou abuso familiar. O promotor Cristiano dos Santos Lajoia²⁸ diz que, ao ser verificada uma situação de risco, os pais são chamados e diversas recomendações são realizadas, a fim de facilitar o desenvolvimento do menor e para que os pais promovam um desenvolvimento adequado. Neste momento, caso todas as orientações não surtam efeito, a Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude passa a atuar.

A comunicação é feita por qualquer pessoa diretamente a um órgão de execução, que irá atuar primeiramente o expediente, a partir do

²⁶ GODINHO, *op. cit.*, [s.p.].

²⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite *apud* DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. "Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais?" Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750>. Acesso em: 16, set. 2015.

²⁸ Entrevista fornecida por Cristiano dos Santos Lajoia Garcia, na 1ª Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, em julho de 2015.

qual serão apurados e colhidos os materiais necessários para que se possa instruir a notícia do fato, peça de informação ou o procedimento administrativo, em que todos os dados servirão como base para a investigação da suposta prática de alienação parental.

Ao ser analisada a gravidade da prática dos atos de alienação parental, a legitimidade do MP para atuar irá se fundamentar utilizando como parâmetro a Constituição Federal, por uma aplicação sistemática da Lei da Alienação Parental e do ECA, nos quais se irá buscar todo o fundamento de validade para a intervenção. Isso ocorre tendo-se por objeto as leis infraconstitucionais, nas hipóteses da alienação parental, com base nos princípios do melhor interesse e da proteção integral, visando sempre à situação de risco, na qual o infante se encontra.

O Ministério Público deverá representar a prática ao juiz, depois de verificada a notícia do fato que chega ao conhecimento da Promotoria ou de peça de informação ou procedimento administrativo instaurado pelo próprio Órgão, atuando, desta forma, em razão da ausência ou abuso dos pais ou responsáveis, promovendo, ainda, a representação com todas as medidas que entender cabíveis ao caso de acordo com a lei.

A lei que dispõe sobre a alienação parental possibilita ao operador do direito, a partir dos indícios da suposta prática, abraçar outras consequências jurídicas, como a violação ao art. 227 da Constituição Federal; a utilização de guarda unilateral quando se tornar intransitável a guarda compartilhada e infração administrativa por violação aos deveres inerentes à autoridade parental, exemplos esses que são utilizados no livro sob a coordenação de Maria Berenice Dias, **Incesto e Alienação Parental**: "Realidades que a Justiça insiste em não ver."²⁹ Outro exemplo apresentado é a caracterização do ato da prática de alienar que viabilizaria a maior atuação dos Conselhos Tutelares, no que define as suas atribuições, conforme o art. 136 do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como a adoção das medidas pertinentes aos pais e responsáveis, previstas no art. 129, inciso I ao VII, da mesma lei.

Nota-se a importância do MP ao atuar como órgão agente nos casos de alienação parental. Porém, a intervenção do *Parquet*, apesar da previsão estar pautada na Constituição e em leis infraconstitucionais, precisa de mais do que isto. O Ministério Público calçou seu procedimento em regulamentos e decretos promovidos por membros da instituição, diante

29 PEREZ, *op. cit.*, p. 74.

da falta de regulamentação legislativa. Contudo, poderão ocorrer casos de insegurança jurídica, em razão da ausência de previsão legal.

A convenção que trata sobre os direitos da criança, pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, em seu artigo 19, dispõe que os Estados Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental. Ademais, acrescenta que essas medidas de proteção deveriam incluir procedimentos eficazes para a elaboração de programas sociais capazes de proporcionar uma assistência adequada à criança.

O promotor Cristiano dos Santos Lajoia Garcia³⁰ esclarece que a atuação da Promotoria da Infância se dá em duas situações distintas. Num primeiro momento, é feita a configuração da situação de risco que legitima a atuação do Ministério Público, verificando se existe um menor em situação de abandono, quando há negligência de ambos os pais. Ou se é verificada uma relação de negligência para com o menor, em relação à omissão do pai que possui a guarda e do outro genitor em não querer uma aproximação. Neste caso, o MP atua dando o suprimento. Mas, o promotor ressalta que essa atuação se dá com muita reserva.

A atuação do Ministério Público será realizada diante da informação ou notícia que foi recebida, podendo constatar a veracidade e gravidade das informações. Por vezes, não se demonstra necessário remeter o expediente para o Conselho Tutelar para que este analise as medidas pertinentes cabíveis aos pais e as protetivas para os menores, ante a possibilidade de risco de abuso. Ao atuarmos com criança ou adolescente vítima de alienação parental, qualquer demora na tramitação dos procedimentos é forte aliada para cristalizar o processo de uma SAP.

Ao ser apontado um ou mais indicativos de alienação parental, deve o Ministério Público apurar os fatos através de peças de informação ou por procedimento administrativo. Depois de realizadas todas as diligências e procedimentos necessários, a fim de obter a busca pela melhor solução que atenda aos interesses dos infantojuvenis, e sendo concluída pela existência de atos da prática de alienação parental, deverá o *Parquet*, em via autônoma, iniciar uma ação de representação, com pedidos de providências a serem aplicadas, com base na Lei de Alienação Parental, e

30 Entrevista fornecida por Cristiano dos Santos Lajoia Garcia, na 1ª Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, em julho de 2015.

no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, solicitando a aplicação da(s) medida(s) pertinente(s) aos genitores, bem como, a(s) medida(s) protetiva(s) necessária(s) aos menores, concluindo o juiz pela aplicação daquelas mais adequadas ao caso.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema sobre a atuação do Ministério Público na tutela dos direitos individuais indisponíveis é muito debatido, sendo questionada a sua forma de intervenção. Entretanto, neste trabalho, foi retratada a atuação do *Parquet* nos casos de alienação parental, diante do risco de abuso que se encontra a criança ou o adolescente. Verificou-se que essa intervenção estatal é perfeitamente possível ao serem preenchidos os requisitos para que aquele Órgão atue por legitimação extraordinária. Ao ser identificado um menor em situação de risco, em razão da omissão ou abuso dos deveres inerentes à autoridade parental, bem como a inércia do representante legal – como legitimado ordinário ativo –, para atuar na proteção dos direitos dos infantojuvenis. Cabe ao *Parquet* a proteção desses direitos, em razão da sua indisponibilidade e falta de interesse dos representantes legais, agindo por legitimação extraordinária, tutelando o direito de outrem, – neste caso, da criança ou do adolescente –, em nome próprio, como autor da demanda processual.

Não deve ser negado a esses menores o direito de acesso à justiça, visto tratar-se de uma garantia constitucional. Contudo, caso seja negada a atuação do Ministério Público como órgão agente, haverá manifesta violação àquele dispositivo constitucional, além de desatenção aos princípios constitucionais. Nota-se, portanto, que os direitos dos infantojuvenis têm um caráter indisponível, não podendo ser negada a intervenção ministerial.

O fato de não existir expressa disposição constitucional regulando o tema não significa que ele não esteja previsto. A Constituição apresenta disposição genérica, que pode ser mais detalhada por legislações específicas do Ministério Público e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Porém, o operador do direito precisa voltar o olhar para essas questões, a fim de promover debates que cooperem para o desenvolvimento destas, bem como sua devida regulamentação legislativa. Só assim, serão evitadas injustiças e inseguranças jurídicas decorrentes de atuações uniformes.

Almeja-se que este tema possa ser futuramente pacificado, visto que não se deve ignorar as relações sociais, princípios e garantias constitucionais, para que a lei pura e simples prevaleça na sua forma literal, pois, diante dessa postura, não será possível atender às peculiaridades da sociedade, neste caso, representada pelas crianças e pelos adolescentes. ❖

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil** (2002). Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Conanda (1991). Lei nº 8.242, de 12 de outubro de 1991. Brasília, DF: Senado Federal, 1991.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto nº 5.089, de 20 de maio de 2004. Dispõe sobre a composição, estruturação, competências e funcionamento do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - CONANDA, e dá outras providências. **Diário Oficial** [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, D.O.U. DE 21/05/2004, p. 5.

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. **Diário Oficial** [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, D.O. DE 22/11/1990, p. 2.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente (1990)**. Lei nº 8.069, 13 de julho de 1990. Brasília, DF: Senado Federal, 1990.

BRASIL. Lei de Alienação Parental (2010). Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Brasília, DF: Senado, 2010.

BRASIL. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Brasília, DF.

DIAS, Maria Berenice. **Incesto e Alienação Parental: Realidades que a Justiça insiste em não ver**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. "Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais?" Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750>. Acesso em: 16, set. 2015.

GARCIA, Cristiano dos Santos Lajoia: entrevista [jul. 2015]. Entrevistador: F. Amaral. Rio de Janeiro: 1ª Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude da Comarca da Capital, 2015. 1 pendrive. Entrevista concedida sobre a atuação do Ministério Público nos casos de alienação parental, para elaboração do artigo científico da pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Público e Privado pela Universidade Estácio de Sá – RJ.

GODINHO, Robson Renault. "Ministério Público como Substituto Processual". 2006. 8 f. Tese (Tese vencedora do XXV Encontro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, realizado no período de 09 a 12 de fevereiro de 2006). Disponível em: <<http://www.amperj.org.br/artigos/view.asp?ID=93>>. Acesso em: 17, set. 2015.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: Aspectos teóricos e práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. *Ebook*.

MAIOR NETO, Olympio de Sá Sotto. "Criança e adolescente sujeitos de direito". In: LOPES, Cláudio Soares; JATAHY, Carlos Roberto de Castro (Org.) **Ministério Público**: O Pensamento Institucional Contemporâneo. ed. [s.l.]: CNPG, 2012, p. 251-252.

MAZZILLI, Hugo Nigro. "Ministério Público e cidadania". Artigo publicado na **Revista Justiça**, volume 194, p. 127 (São Paulo, Brasil, Editado pela Procuradoria-Geral de Justiça, abril a junho de 2001). Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/>>. Acesso em: 22 out. 2015.

_____. "Alguns Casos de Atuação do Ministério Público". Artigo publicado na **RT**, 688/252 (Ed. Revista dos Tribunais, fev. 1993, São Paulo). Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/>>. Acesso em: 01 out. 2015.

_____. "Garantias Constitucionais do Ministério Público". Tese apresentada ao IX Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em Salvador – BA, de 1º a 4 de setembro de 1992, e publicada em: a) Anais do IX Congresso Nacional do Ministério Público, Bahia, 2:714, 1992; b) revista **Justitia** do Ministério Público do Estado de São Paulo, 159:15). Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/>>. Acesso em: 22 out. 2015.

_____. "Defesa da criança e do adolescente". Artigo publicado no jornal **O Estado de S. Paulo**, ed. 03-10-1990, p. 24. Disponível em: <www.mazzilli.com.br/pages/artigos/defcrado.pdf>. Acesso em: 01 out. 2015.

_____. "A Ação Civil Pública no Estatuto da Criança e do Adolescente". Palestra proferida em 14-08-1990 no Ministério Público-SP, pub. na Revista **Justitia**, 153/16. Este mesmo artigo também foi traduzido para

o espanhol e publicado pela UNICEF, organismo da ONU, na revista **Justicia y Derechos del Niño**, v. 1, p. 159 (1999), sob o título "*La acción civil pública en el estatuto del niño y del adolescente*" (<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/accioncivilpublica.pdf>). Disponível em: <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/acpnoeca.pdf>. Acesso em: 01 out. 2015.

OLIVEIRA NETO, Vicente Elísio de Oliveira. "A Lei da Alienação Parental e a Atuação do Ministério Público". **Revista Eletrônica Jurídico-Institucional do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte**, Natal/RN, 6 jan./jun. 2013. Disponível em: <http://www.mp.rn.gov.br/revistaeletronicampn/revista.asp>. Acesso em: 15 jul. 2015.

RIO DE JANEIRO (Estado) Resolução GPGJ nº 1.572. Expede recomendação, sem caráter normativo, dirigida aos membros do Ministério Público, no que concerne aos expedientes oriundos do "Programa Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes – Disque 100" e do serviço "Disque Denúncia" que tragam, em seu bojo, fatos que, no âmbito do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente, exigem exclusivamente a atuação do Conselho Tutelar. Procurador-Geral de Justiça, Rio de Janeiro, RJ, 10 mar. 2010. Disponível em: [http://www.mprj.mp.br/documents/112957/1538470/publica%C3%BD%C3%BDo%2011-03-2010%20\(2\)%20-%20Recomenda%C3%BD%C3%BDo%20Disque%20100.pdf](http://www.mprj.mp.br/documents/112957/1538470/publica%C3%BD%C3%BDo%2011-03-2010%20(2)%20-%20Recomenda%C3%BD%C3%BDo%20Disque%20100.pdf). Acesso em: 23 set. 2015.

RIO DE JANEIRO (Estado) Resolução GPGJ nº 1.769. Regulamenta os arts. 34, VI, e 35, I, da Lei Complementar Estadual nº 106/03, disciplinando, no âmbito do Ministério Público do Rio de Janeiro, a instauração e tramitação do inquérito civil. Procurador-Geral de Justiça, Rio de Janeiro, RJ, 06 set. 2012. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/112957/1458116/Resolucao_GPGJ_1769_2012.pdf. Acesso em: 23 set. 2015.

RIO DE JANEIRO (Estado) Resolução GPGJ nº 1.778. Regulamenta os arts. 34, I e XV, e 35, I, da Lei Complementar Estadual nº 106/03, disciplinando, no âmbito do Ministério Público do Rio de Janeiro, a instauração e tramitação de procedimentos administrativos voltados à tutela dos direitos individuais indisponíveis. Procurador-Geral de Justiça, Rio de Janeiro, RJ, 25 out. 2012. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/112957/1458116/Resolucao_GPGJ_1778_12.pdf. Acesso em: 23 set. 2015.

RIO DE JANEIRO (Estado) Resolução GPGJ nº 1.883. Extingue e cria

órgãos de execução do Ministério Público, altera atribuições e dá outras providências. Procurador-Geral de Justiça, Rio de Janeiro, RJ, 13 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.amperj.org.br/emails/informe-legislativo/GPGJ1883.pdf>>. Acesso em: 23. Set. 2015.

RIO DE JANEIRO (Estado) Ordem de Serviço nº 01, de 13 de agosto de 2014. Regulariza o trâmite dos expedientes administrativos e “disque 100”. Ministério Público do Rio de Janeiro, 1ª Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude, Promotor de Justiça, Rio de Janeiro, RJ, 13 ago. 2014.

SILVA, Fernanda Amaral. "A Alienação Parental e a Falsa Comunicação de Incesto". 2012. 50 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, RJ, 2012.

SOUZA, Juliana Rodrigues de. **Alienação Parental: Sob a Perspectiva do Direito à Convivência Familiar**. 1. ed. Leme/SP: Mundo Jurídico, 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Recurso Especial nº 1.327.471 – MT, 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=REPETITIVOS.NOTA.&processo=1327471&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 21 set. 2015.

Orçamento Público, Ajuste Fiscal e Administração Consensual

Jessé Torres Pereira Junior

Desembargador do TJRJ. Professor coordenador dos cursos de pós-graduação em Direito Administrativo da Escola da Magistratura e da Escola de Administração Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Professor visitante da Escola de Direito-Rio, da Fundação Getúlio Vargas.

Thaís Boia Marçal

Bacharela em Direito pela UERJ. Especialista em Direito Público pela Universidade Candido Mendes. Pós-graduada pela EMERJ. Advogada.

RESUMO: O estado pós-moderno compromete-se a efetivar os direitos fundamentais que a Constituição assegura aos cidadãos, sem exclusão, entre eles o direito à boa administração pública. É instrumento de conformação desta, no direito público contemporâneo brasileiro, a Lei de Responsabilidade Fiscal, cuja edição completa 15 anos e em face da qual se promovem ajustes conciliadores das leis orçamentárias com a realidade socioeconômica em permanente mutação. Ajustes que devem resultar do diálogo entre as instituições representativas da sociedade, de sorte a conduzir a escolhas que serão tanto mais eficientes quanto pautadas na consensualidade.

PALAVRAS-CHAVE: Orçamento público. Ajuste fiscal. Administração pública dialógica. Lei de Responsabilidade Fiscal.

TITLE: Public budget, fiscal adjustment and public administration consensus.

ABSTRACT: The postmodern state is guided to achieve fundamental rights, including the right for a good public administration. In such purpose, and to enable respect for fiscal responsibility law, it is imperative to carry out fiscal adjustments that allow the adequacy of budget laws to contempo-

raneous not stable socioeconomic contexts. These adjustments ought to be based on dialogue among institutions, in order to improve efficient choices grounded on consensualism.

KEYWORDS: Public budget. Fiscal adjustment. Dialogic public administration. Fiscal responsibility law.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Orçamento público; 2.1. Conceito. 2.2. Despesa pública: implementação de direitos fundamentais. 3. Lei de Responsabilidade Fiscal. 3.1. Concretização do direito fundamental à boa gestão pública; 3.2. Ajuste fiscal como forma de planejamento e de respeito à gestão consequente. 4. Administração pública dialógica. 4.1. Conceito. 4.2. O compromisso intergeracional do ajuste fiscal. 5. Síntese conclusiva.

1. INTRODUÇÃO

Exsurge, nos últimos trinta anos, o estado pós-moderno, gerencial, mediador e garantidor. Estado jungido ao respeito pela dignidade da pessoa humana¹, tangido pela efetivação dos direitos fundamentais², entre os quais o direito à boa administração pública³.

No cenário da pós-modernidade, cumprem nodal importância a discussão, a elaboração e o cumprimento das leis orçamentárias, na qualidade de instrumento destinado a viabilizar o desempenho das funções estatais.

1 Dignidade da pessoa humana, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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 protejam 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. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 62. Ana Paula de Barcellos ressalta, ainda, que "o efeito pretendido pela dignidade da pessoa humana consiste, em termos gerais, em que as pessoas tenham uma vida digna. Como é corriqueiro acontecer com os princípios, embora este efeito seja indeterminado a partir de um ponto (variando em função de opiniões políticas, filosóficas, religiosas etc.), há também um conteúdo básico, sem o qual se poderá afirmar que o princípio foi violado e que assume caráter de regra e não mais de princípio. Esse núcleo, no tocante aos elementos materiais da dignidade, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas, sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo encontra-se em situação de indignidade". Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 368.

2 A expressão "direitos fundamentais" é desenvolvida na cultura juspolítica alemã, que demonstra a intenção de conferir a tal categoria de direitos fundamentação transcendente. A doutrina francesa denomina tais direitos como liberdades públicas, na busca de enaltecimento do caráter limitador da potestade estatal. A doutrina anglo-saxônica prefere direitos civis (*civil rights*), com o fim de reforçar a sua vinculação com a temática da cidadania e de seu reconhecimento no âmbito da esfera pública (*civitas*). Cf.: GOUVÊA, Marcos Maseli. "O direito ao fornecimento estatal de medicamentos". In: GARCIA, Emerson (coord.). **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 220.

3 PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. "Presença da Administração Consensual no Direito Positivo Brasileiro". In: FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coords.). **Direito Administrativo e Democracia Econômica**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 293.

Sobrevindo retração econômica, reclama-se da gestão estatal a promoção de ajustes fiscais, com o fim de viabilizar o manejo do orçamento de molde a atender à conjuntura, sem extrapolação dos limites da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000).

O desafio desses ajustes estará em identificar escolhas que satisfaçam a lógica da boa governança, o que demanda diálogo institucional entre os poderes executivo e legislativo em busca de soluções pautadas pela consensualidade, cuja origem estará, porém, na sociedade e não, apenas, na interpretação que dela fazem os agentes políticos, segundo suas próprias conveniências.

2. ORÇAMENTO PÚBLICO

2.1. Conceito

Nos estágios do estado liberal (*gendarme*) e do estado do bem-estar (*welfare*), o orçamento público relacionava receitas⁴ e despesas, ou seja, estimativa das primeiras e fixação das segundas⁵, a cada ano, constituindo o marco delimitador da atividade financeira do estado no período de sua respectiva vigência⁶.

A concepção persiste como conceito básico, mas deve ser coadunada com a noção de que se trata de instrumento utilizado pelo governo para atingir metas traçadas em plano de gestão⁷, inferido como instrumento de controle político das atividades governamentais⁸.

Com o crescimento do *Welfare State*, no pós-guerra do século XX, a preocupação estrita com o equilíbrio contábil anual das contas públicas dá lugar a considerações mais amplas⁹ a respeito da função social do orçamento público. Nasce o chamado “orçamento-programa”, por meio do qual se expressa, se aprova, se executa e se avalia o nível de cumprimento

4 Para Eduardo Mendonça “soa razoável que o Estado, em princípio, só arrecade coativamente aquilo que for necessário” - “Alguns pressupostos para um orçamento público conforme a Constituição”. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Livro Comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 644.

5 GONÇALVES, Hermes Laranja. **Uma visão crítica do orçamento participativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 40.

6 NASCIMENTO, Carlos Valder do. “O orçamento público na ótica de responsabilidade fiscal: autorizativo ou impositivo”. **Revista Ibero-americana de Direito Público**, nº 6, 2001, p. 16.

7 GONÇALVES, *op. cit.*, p. 34.

8 *Ibidem*, p. 41.

9 CORREIA NETO, Celso de Barros. “Orçamento Público: uma visão analítica”. Disponível em http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/sof/sof_2010/monografias/tema_2_3%C2%BA_monografia_celso_de_barros.pdf. Acesso em 28/09/2011, p. 12.

do programa de governo para cada período orçamentário, levando-se em conta as perspectivas de médio e longo prazos, a constituir um instrumento de planejamento¹⁰.

Élida Graziane Pinto¹¹ dá um passo adiante e pondera que “falar em controle das contas públicas é tratar – pela interface da previsão orçamentária e da efetiva alocação de recursos financeiros – do custeio de políticas públicas... cumpre não perder de vista que o orçamento é, além de instrumento de controle, uma peça imprescindível de planejamento e definição das prioridades do Estado. As políticas públicas integram o núcleo normativo definidor das atividades-fim do Estado. São, em última instância, a representação – organizada em diretrizes gerais e dentro de projetos e atividades – das funções constitucionalmente atribuídas à Administração Pública. Exemplo disso são os deveres de segurança pública, de saúde, de educação, de proteção ao meio ambiente, de tutela à criança e ao adolescente, de garantia da estabilidade da moeda e das relações econômicas etc. Certo é que o Estado se desincumbe de tais deveres por meio de estruturados planos de ação governamental, aos quais podemos individualmente chamar, grosso modo, de política pública. Em se considerando que o regime de orçamentação adotado no Brasil é o de orçamento-programa (de acordo com o art. 22, IV, da Lei nº 4.320/1964), tem-se que o conceito de política pública envolve o desempenho de programas de trabalho nas mais diversas funções sob incumbência do Estado (como são a função de acesso à justiça, a legislativa, a de educação, a de saúde etc.). Os programas de trabalho, por seu turno, pressupõem a interação dinâmica de meios de que o Estado dispõe (no que se incluem pessoal, bens, verbas, prerrogativas e processos) para o cumprimento de determinadas finalidades públicas. Não se trata apenas de planejar a ação estatal, mas de assegurar a sua consecução, dentro das metas físicas e financeiras inscritas na lei de orçamento”.

O orçamento-programa, como instrumento de planejamento¹², permite identificar o rol de projetos e atividades que o governo pretende realizar e, em alguns casos, identificar os objetos, as metas e os resultados

10 GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. 13ª Edição. São Paulo: Atlas, 2005, p. 33.

11 PINTO, Élida Graziane. **Financiamento de Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: O Lutador, 2010, p. 83-84.

12 O planejamento deve ser compreendido como uma aglomeração de múltiplas atividades, incluindo análises socioeconômicas, definição de metas, apresentação de premissas, estudos, seleção e escolha final de cursos de ação, orçamento, programação de trabalhos, instituição de normas e métodos, medidas dos resultados, em quantidade e qualidade e revisão contínua dos planos. Cf. NASCIMENTO, João Alcides do. "O papel do orçamento público no processo de planejamento da ação política. Energia, entropia e informação, fatores a considerar." **Revista da ESG**, volume IX, nº 25, ano 1993, p. 24.

esperados¹³, gerando influência direta na economia do país na medida em que traduz a execução de planos e projetos voltados para o desenvolvimento¹⁴ da comunidade¹⁵.

Programa é o instrumento de organização da ação governamental, daí o orçamento público passar a instrumento de programação da ação governamental¹⁶ ao articular um conjunto de ações para cumprir objetivos predeterminados, mensurados por indicadores estabelecidos em plano plurianual comprometido com o atendimento a necessidades ou demandas da sociedade.

Assim, o desafio atual das nações soberanas é o da persecução mais eficaz de domar os gastos públicos, redirecionando-os à execução das políticas públicas legitimadas no texto das Constituições e de leis a elas complementares¹⁷.

2.2. Despesa pública: implementação de direitos fundamentais

A despesa pública é o mecanismo pelo qual o Estado, além de sustentar sua própria estrutura de funcionamento, cumpre finalidades e atinge objetivos. Do ponto de vista formal, as despesas públicas deverão estar previstas no orçamento, nos termos constitucionais e legais, devendo o seu conteúdo vincular-se, juridicamente, às prioridades eleitas pelo constituinte originário¹⁸.

A cidadania fiscal abrange, em seu sentido amplo, além da problemática da receita, os aspectos mais largos da cidadania financeira, que, vertente da despesa pública, envolve as prestações positivas de proteção aos direitos fundamentais e aos direitos sociais, segundo as escolhas orçamentárias¹⁹.

¹³ NASCIMENTO, Carlos Valder do, *op. cit.*, p. 12.

¹⁴ Ao incorporar o sistema de planejamento, o orçamento deve definir a política econômica, e não o contrário. Cf. SABBAG, César. **Orçamento e Desenvolvimento – Recurso público e dignidade humana: o desafio das políticas desenvolvimentistas**. São Paulo: Millennium Editora, 2006, p. 264.

¹⁵ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 41.

¹⁶ SILVA, Guilherme Amorim Campos da; TAVARES, André Ramos. "Extensão da ação popular enquanto direito político de berço constitucional elencado no título dos direitos e garantias fundamentais dentro de um sistema de democracia participativa". **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, nº 3, 1995, Rio de Janeiro, p. 119-120.

¹⁷ Adota-se o conceito de políticas públicas proposto por Maria Paula Dallari Bucci, de modo a entendê-las como "programas de ação governamental que visam a coordenar os meios à disposição do Estado e às atividades privadas, para realização de objetivos socialmente e politicamente relevantes". Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 241.

¹⁸ MENDONÇA, *op. cit.*, p. 647.

¹⁹ *Ibidem*, p. 646.

A efetivação dos direitos fundamentais sociais pressupõe a definição, pelos poderes Executivo e Legislativo, dos instrumentos de deliberação sobre verbas necessárias e suficientes para a consecução das políticas públicas²⁰.

A escassez de recursos em face de necessidades complexas e de grande porte reclama eficiência na avaliação da tormentosa conciliação entre resultados a alcançar e recursos finitos, relação instigante das chamadas “escolhas trágicas” com que se defrontam os poderes públicos, inclusive o Judiciário, quando chamados a estabelecer prioridades, definir deveres jurídicos, configurar inadimplementos e ordenar investimentos. Em outras palavras, trata-se de representar as realizações em índices e indicadores, para possibilitar comparação com parâmetros técnicos de desempenho e com padrões já alcançados anteriormente²¹.

Com a avaliação da eficiência do ato aperfeiçoado ou da política pública implementada, procura-se analisar o grau com que os objetivos e as finalidades do governo (e de suas unidades) foram alcançados. Trata-se, então, de medir o progresso alcançado, se é que o foi, dentro da programação governamental²².

Tal eficiência deve ser entendida de forma ampla,²³ a orientar toda e qualquer atuação da pública administração, não se limitando à sua função administrativa.

3. LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

O art. 165, § 9º, da Constituição remete à lei complementar a matéria versada nos incisos I e II: “dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual” e “estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como condições para a instituição e o funcionamento de fundos”.

Eis a raiz da Lei Complementar nº 101. Houve demora dos poderes

20 MACHADO, Clara Cardoso. **Direitos Fundamentais Sociais, custos e escolhas orçamentárias**: em busca de parâmetros constitucionais. Disponível em http://www.oab.org.br/ena/pdf/Clara_CardosoMachado_DireitosFundamentaisSociais.pdf. Acessado em 25/05/2015.

21 GIACOMONI, James. *Op. cit.*, p. 309.

22 *Ibidem*, p. 310.

23 CALIENDO, Paulo. “Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 179.

Legislativo e Executivo na elaboração do projeto que cumpriria o que a Constituição de 88 prometia, ainda que abreviado por força, como notório, de pressão internacional para que estados em dificuldades no equilíbrio entre receita e despesa de seus orçamentos nacionais se ajustassem à responsabilidade fiscal, proposta que circulava no cenário financeiro internacional desde o início da década de 1990, tanto que a Nova Zelândia inaugurou o ciclo ao aprovar a sua lei de responsabilidade fiscal em 1994²⁴. O modelo neozelandês foi instituído por incentivo da OCDE e importado pelo Brasil em suas linhas gerais²⁵.

Segundo José Maurício Conti²⁶, a Lei de Responsabilidade Fiscal foi um marco para o Direito Financeiro, pois regulamentou o artigo 163 da CR/88, que exige lei complementar para estabelecer normas gerais de finanças públicas. É “divisor de águas” entre o período que a antecedeu, marcado por forte inflação e descontrole de contas públicas, e o que a sucedeu, quando esses problemas foram submetidos a controle.

Para Ives Gandra Martins, a Lei Complementar nº 101/2000 representa o mais avançado instrumento legislativo da história brasileira para controle dos orçamentos²⁷.

3.1. Concretização do direito fundamental à boa gestão pública

A gestão pública transforma-se ao longo dos últimos anos. Deve passar a pautar-se pelo efetivo atendimento às demandas da sociedade, em perfeita consonância com as premissas da Constituição da República²⁸. Daí a exigência de paradigmas mais gerenciais e transparentes.²⁹ Surge a proposta de governança pública, na qual a sociedade possa ter conhecimento e cobrar as definições das despesas governamentais, assegurando-

24 PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. "Aspectos constitucionais da Lei de Responsabilidade Fiscal." *Revista da EMERJ*, v. 4, n. 15, 2001, p. 63.

25 TORRES, Ricardo Lobo. "Alguns problemas econômicos e políticos da Lei de Responsabilidade Fiscal". In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 281-283.

26 CONTI, José Maurício. "Irresponsabilidade fiscal ainda persiste, 15 anos após a publicação da lei". *Revista Consultor Jurídico*, 7 de abril de 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-abr-07/contas-vista-irresponsabilidade-fiscal-persiste-15-anos-publicacao-lei>. Acesso em 10/6/2015.

27 MARTINS, Ives Gandra. "Os fundamentos constitucionais da Lei de Responsabilidade Fiscal n. 101/2000." In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 165.

28 CAMARGO, Guilherme Bueno de. "Governança republicana e orçamento: as finanças públicas a serviço da sociedade". CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 783.

29 SLOMSKI, Valmor; PERES, Úrsula Dias. "As despesas públicas no orçamento: gasto público eficiente e a modernização da gestão pública". CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 930.

se de que a entrega do serviço ou do bem público desejado se faz segundo parâmetros aferíveis, eficientes e eficazes³⁰.

A adoção de práticas de governança corporativa pela administração pública se recomenda como ferramenta capaz de aproximar o cidadão do estado, democratizando a sua participação nas questões que o afetam³¹. Ou seja, a gestão financeira do estado deve conciliar eficiência econômica e exercício da democracia³².

Outro ângulo sob o qual se deve entender o planejamento “determinante para o setor público” (CR/88, art. 174) é o de sua utilidade para o manejo da administração responsiva e de resultados, no estado democrático de direito. Traduzindo este, como traduz, a contemporânea versão do estado servidor e regulador, é de exigir-se que todos os seus poderes, órgãos e agentes estejam persuadidos de que devem respostas e satisfações à sociedade civil. Ou seja, esta é a titular do poder político de decidir sobre os seus próprios destinos, incumbindo àqueles realizá-los na conformidade das opções da sociedade, na medida em que harmonizadas com a ordem jurídica constitucional e os direitos fundamentais que prescreve.

Em outras palavras, os planos de ação governamental não são concebidos, como outrora, para atender aos desígnios das autoridades estatais. Estas devem colher os reclamos legítimos da sociedade e atendê-los. Daí a visceral importância de elos permanentes e hábeis de comunicação entre a sociedade e o estado, de sorte a que este absorva os comandos daquela e os implemente no que consensuais. O estado democrático de direito é o garante da efetivação dos direitos consagrados na Constituição, sejam os individuais, os econômicos, os políticos ou os sociais. Ser-lhe fiel é o dever jurídico indeclinável do estado.

Essa fidelidade há de estar presente em todos os níveis do planejamento. Cada plano de ação governamental deve ser uma resposta à efetivação dos direitos fundamentais e do respeito à dignidade humana que os inspira. Se assim não for, não haverá estado democrático de direito, nem a administração responsiva e de resultados que lhe deve corresponder.

30 SLOMSKI, Valmor; PERES, Úrsula Dias. "As despesas públicas no orçamento: gasto público eficiente e a modernização da gestão pública". CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 930.

31 CAMARGO, Guilherme Bueno de. "Governança republicana e orçamento: as finanças públicas a serviço da sociedade". CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 769.

32 *Ibidem*, p. 770.

Nada obstante, há uma condição cultural, em seu sentido sociológico, para que assim ocorra: a sociedade brasileira há de emancipar-se da polarizada relação entre tutores e tutelados, que caracteriza nossa cultura desde o seu berço colonial. Entendendo-se por tutor todo aquele que ocupe posição de prestígio e poder na hierarquia social - seja qual for a natureza dessa hierarquia - e por tutelado todo aquele que se sirva do tutor para obter vantagem ou proteção de qualquer sorte.

Não seria necessária maior digressão para perceber-se como essa relação compromete a emancipação da sociedade brasileira; basta lembrar os critérios segundo os quais grande número de candidatos se elege, por prometer vantagens e ganhos pessoais a seus eleitores (material de construção, empréstimos, empregos, cargos, apadrinhamentos, atendimentos pelos serviços públicos etc.). O socialmente patológico dessa relação está em que o tutor compraz-se em ser tutor e o tutelado anseia por encontrar o seu tutor e permanecer como tutelado. Em outras palavras: não há espaço para o mérito nessa relação, só para o interesse egoístico. Logo, tampouco há real preocupação em controlar e avaliar resultados, com o fim de dar-se início a novo ciclo virtuoso de gestão mediante a correção de erros acaso cometidos no planejamento da ação anterior, na medida em que esses erros refletem aqueles interesses personalistas e partidários, além de transferir ou elidir responsabilidades.

De modo a atender ao planejamento e à execução orçamentária, a LRF estabeleceu para o administrador público e para o cidadão um novo marco de governança republicana, exigindo transparência e ampla divulgação das informações e relatórios, inclusive em meio eletrônico de acesso público, incentivo à participação popular e a adoção de sistema integrado de administração financeira e controle³³.

3.2. Ajuste fiscal como forma de planejamento e de respeito à gestão consequente

“A ação do poder público vincula-se ao conjunto de instrumentos que norteia o planejamento governamental, delineada em normas jurídicas estruturadas em sintonia com o texto constitucional. São eles o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual. Nesta estão compreendidos o orçamento fiscal, o da seguridade social e o

³³ *Ibidem*, p. 773.

de investimentos. Com isso, o estado ordena suas atividades, bem como estabelece prioridades na persecução de seus objetivos primordiais³⁴.

Na sistemática da LRF, ressalta Moacir Marques da Silva³⁵, o planejamento governamental compreende o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual, como forma, respectivamente, de planejamento estratégico³⁶, tático³⁷ e operacional³⁸.

Os desequilíbrios da gestão estatal – prioridades indefinidas ou mal definidas, decisões açodadas, desconsideração dos riscos inerentes à atividade, comprometimentos de recursos para finalidades pouco ou nada estruturadas, ensejando desvios e malversações –, lesivos àquela consecução dos planos orçados, são o autorretrato da sociedade brasileira³⁹, que, ao encaminhar cidadãos a cargos e funções públicos, deles não exige preparo para bem planejar antes de decidir, nem para identificar as causas antes de contentar-se em atacar os efeitos. Produzem respostas paliativas e inconsistentes, que se esmaecem no curto ou médio prazo, tornando crônicos os problemas e insuficientes ou desbaratados os meios orçamentários disponíveis ou mobilizáveis.

Nesse panorama, surge a chamada crise fiscal, definível como o desequilíbrio administrativo-orçamentário causado pela desproporção entre os valores recolhidos pelos cofres públicos e os desembolsados⁴⁰. A crise fiscal mantém íntima relação com a dimensão do estado em si⁴¹ e de suas atividades⁴².

34 NASCIMENTO. Carlos Valder do. "Arts. 1º a 17, da Lei Complementar n. 101". In: MARTINS, Ives Gandra; NASCIMENTO. Carlos Valder do. **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 51.

35 SILVA, Moacir Marques da. "A lógica do planejamento público à luz da Lei de Responsabilidade Fiscal". In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 764.

36 Nas palavras de Osvaldo Maldonado Sanches, planejamento estratégico significa "aquilo que é relativo à estratégia, ou seja, à criação de condições favoráveis para realização dos grandes objetivos da instituição". Cf. SANCHES, Osvaldo Maldonado. **Dicionário de orçamento, planejamento e áreas afins**. Brasília: Prisma, 1997, p. 190.

37 Significa o "processo de detalhamento das ações e dos meios necessários para a implementação das ações que levem ao atingimento das metas atribuídas às unidades funcionais de um órgão ou instituição, dentro de um prazo determinado". Cf. SANCHES, *op. cit.*, p. 190.

38 Traduz-se na "modalidade de planejamento voltada para assegurar a viabilização dos objetivos e metas dos planos a longo prazo e para a otimização do emprego de recursos num período determinado de tempo". Cf. SANCHES, *op. cit.*, p. 190.

39 Tal realidade não pode ser imputada tão somente ao Brasil, constituindo tendência internacional, conforme se pode depreender da leitura do seguinte pensamento de Zygmunt Bauman: "Vivemos a crédito: nenhuma geração passada foi tão endividada quanto a nossa – individual e coletivamente (a tarefa dos orçamentos públicos era o equilíbrio entre receita e despesa; hoje em dia, os 'bons orçamentos' são os que mantêm o excesso de despesas em relação a receitas no nível do ano anterior." Cf. BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008, p. 16.

40 Não se desconhece a incidência de outros fatores, tais como crises internacionais, juros dos empréstimos internacionais, corrupção, desvios, entre outros.

41 Faz-se menção ao item deste estudo dedicado ao aumento das funções estatais.

42 MOREIRA, Egon Bockmann. "O princípio da transparência e a responsabilidade fiscal." In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 137.

O desequilíbrio fiscal experimentado pelos entes da federação brasileira radica nas deficiências do planejamento governamental e prossegue pela via das más práticas orçamentárias, quadro que não é desconhecido da experiência europeia, na qual, em certa medida, o quadro da qualidade das finanças públicas apresenta, conforme ressaltado por João Ricardo Catarino⁴³, os seguintes pontos nodais: (i) composição e eficiência das despesas públicas; (ii) estrutura e eficiência do sistema de receitas; (iii) gestão orçamental; (iv) dimensão das administrações públicas; (v) políticas públicas financeiras que influenciam o funcionamento dos mercados; (vi) ambiente empresarial global.

Reconhece-se que, mesmo em casos de orçamentos bem elaborados, o surgimento de despesas imprevistas provoca desequilíbrios nas contas públicas, prejudicando a consistência fiscal. É nesse contexto que a LRF obriga a elaboração de anexos de riscos fiscais, nos quais devem ser avaliados e quantificados os passivos contingentes e outros riscos capazes de afetar as contas públicas. Daí a relevância de providências a serem adotadas, em caso de materialização desses riscos⁴⁴.

Orçamento realista e efetivo será, antes de tudo, um instrumento de concretização e harmonização das escolhas políticas, além de constituir fórum privilegiado para a fiscalização social do Estado⁴⁵.

O planejamento deve abrir e racionalizar a rota de realização das políticas públicas, na medida em que estas visualizam objetivos, preveem comportamentos e definem metas⁴⁶, o que se conjuga com o principal objetivo do planejamento, que é a concretização máxima dos objetivos constitucionais.

A efetividade financeira da cidadania e dos direitos sociais cumpre processo gradual e contínuo de planejamento, alocação e gestão de recursos para o financiamento de políticas públicas. Estas, desde a agenda de seus temas até a sua avaliação, circulam pelo espaço público democrático, onde a autonomia privada e os deveres públicos podem e devem ser compatibilizados mediante ações e decisões coletivas em busca da

43 CATARINO, João Ricardo. "Processo orçamental e sustentabilidade das finanças públicas: o caso europeu". In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 787.

44 FIGUEREDO, Carlos Maurício C. "Lei de Responsabilidade Fiscal – o resgate do planejamento governamental". In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 40.

45 MENDONÇA, *op. cit.*, p. 640-641.

46 TIMM, *op. cit.*, p. 59.

“sociedade bem ordenada”. Esta se mostra compatível com os objetivos republicanos, em especial a solidariedade, nos termos do artigo 3º, I, da CR/88, que prevê a construção de uma sociedade livre, justa e solidária⁴⁷.

O planejamento foi introduzido na legislação brasileira, inicialmente, com a Lei nº 4.320/1964, que instrumentalizou os denominados orçamentos-programa⁴⁸ da administração⁴⁹.

Na presente quadra, diante do cenário admitido pelo governo brasileiro, mostra-se imperiosa a necessidade de um ajuste fiscal. Contudo, há que se destacar, nas palavras de José Marcos Domingues⁵⁰, que a necessidade de adequação de prioridades consoante os valores constitucionais deve induzir, também, o planejamento de investimentos indutores do desenvolvimento socioeconômico da população, a ensejar: mais geração e recirculação de bens e serviços; otimização da estrutura e custeio da administração pública para servir; eficiente gestão do gasto público, que deve ser equitativo para ser profícuo; consequente redução e redistribuição da carga tributária, que não pode beirar o confisco e se realimentar da regressividade fiscal.

O planejamento deve apresentar-se como o primeiro passo do ciclo da gestão, em sua acepção técnico-administrativa de gerir meios para a consecução de resultados do interesse da organização, seja esta uma sociedade empresarial privada (movida pelo lucro que a mantenha) ou uma entidade pública (impulsionada pelo interesse público que lhe cumpre atender). Lançando olhar prospectivo sobre o conceito, Peter Drucker⁵¹ descortinava que:

“O centro de uma sociedade, economia e comunidade modernas não é a tecnologia, nem a informação, tampouco a produtividade. É a instituição gerenciada como órgão da sociedade para produzir resultados. E a gerência é a ferramenta específica, a função específica, o instrumento específico para

47 MACEDO, Marco Antônio Ferreira. "A reconstrução republicana do orçamento: uma análise crítico-deliberativa das instituições democráticas no processo orçamentário". Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sob orientação do professor Dr. Ricardo Lobo Torres, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Público. Rio de Janeiro, 2007, p. 56-57.

48 Acerca do tema “orçamento-programa”, confira-se o item 1.1 deste estudo.

49 DIAS, Francisco Mauro. "Visão global da Lei de Responsabilidade Fiscal". **Revista da EMERJ**, v. 5, ano 17, 2002, p. 112.

50 DOMINGUES, José Marcos. "Ajuste fiscal deve se adequar às prioridades previstas na Constituição". **Revista Consultor Jurídico**, 20 de maio de 2015.

51 DRUCKER, Peter. **Desafios Gerenciais para o Século XXI**, trad. Nivaldo Montingelli Jr. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2001, p. 41.

tornar as instituições capazes de produzir resultados. Isto, porém, requer um novo paradigma gerencial final: a preocupação da gerência e sua responsabilidade é tudo o que afeta o desempenho da instituição e seus resultados, dentro ou fora, sob o controle da instituição ou totalmente além dele”.

No caso brasileiro, é preciso aperfeiçoar o planejamento da ação governamental, a fim de que os recursos necessários ao êxito na execução dos objetivos do estado sejam despendidos em plena atenção à *accountability*. Em outras palavras, significa a necessidade de gastar da melhor forma possível⁵² e prestar contas de forma ampla e aberta, a induzir a redução de fraudes e corrupção de agentes públicos e privados⁵³.

4. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIALÓGICA

4.1. Conceito

A relação entre a administração pública e o cidadão ganha peculiaridades contornos no estado democrático de direito, para além do modelo de reforma administrativa gerencial⁵⁴.

O estado-dirigente, comprometido com a gestão de resultados balizada por Constituições que traçam políticas públicas vinculantes, substitui a imperatividade⁵⁵ da clássica teoria da tripartição de poderes, que se desenvolveu entre os séculos XVII e XX como dogma central do exercício republicano do poder político, pela busca do consensualismo diante do pluralismo de ideias e interesses que se devem igualmente respeitar no estado democrático de direito⁵⁶.

52 A este respeito vale menção a teoria da moralidade incompleta, que destaca a eficiência estatal quando se trata de arrecadação tributária, sem a necessária parcimônia na realização das despesas públicas. Cf. FIGUERÊDO, Carlos Maurício C. "Lei de Responsabilidade Fiscal – o resgate do planejamento governamental". In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 27.

53 ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. "O planejamento financeiro responsável: boa governança e desenvolvimento no estado contemporâneo". In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 597.

54 DIAS, Maria Tereza Fonseca. "Reforma administrativa brasileira sobre o impacto da globalização: uma (re)construção da distinção entre o público e o privado no âmbito da reforma administrativa gerencial" In: TELLES, Vera da Silva; HENRY, Etienne (Orgs.). **Serviços Urbanos, Cidade e Cidadania**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 282.

55 Por imperatividade entende-se "que os atos administrativos são cogentes, obrigando a todos quantos se encontrem em seu círculo de incidência". Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 116.

56 PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres e DOTTI, Marinês Restolatti. **Convênios e outros instrumentos de "Administração Consensual" na gestão pública do século XXI: restrições em ano eleitoral**. 3ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2015, p. 259. Nesse sentido, confira-se ainda: PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. "Presença da Administração Consensual no Direito Positivo Brasileiro". In: FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coords.). **Direito Administrativo e Democracia Econômica**. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 293-317.

A democracia implica, além da atribuição do poder decisório às maiorias, a instauração de um contexto de diálogo, de respeito pela posição do outro e de garantia dos direitos fundamentais⁵⁷, sem exclusão.

Por isto que a administração pública dialógica contrasta com a administração pública monológica, refratária à instituição e ao desenvolvimento de procedimentos comunicacionais com a sociedade.

É possível identificar nos modelos dialógicos o princípio da separação de poderes com o sistema de freios e contrapesos, que, “embora seja relativamente recente na Europa Continental, não é propriamente novo nos Estados Unidos”. Atualmente, vem se verificando a globalização do modelo concebido pelos *founding fathers*, em que nenhum dos “poderes” assume a função de exclusivo produtor de normas jurídicas e de políticas públicas - *police-maker*; antes os “poderes” constituem fóruns políticos superpostos e diversamente representativos, cuja interação e disputa pela escolha da norma que regulará determinada situação tende a produzir um processo deliberativo mais qualificado do que a mítica associação de um departamento estatal à vontade constituinte do povo⁵⁸.

No universo doutrinário anglo-saxão, há grande número de estudos salientando as vantagens dos modelos teóricos que valorizam diálogos entre órgãos e instituições, como se pode depreender das pesquisas de Laurence G. Sager⁵⁹, Christine Bateup⁶⁰, Mark Tushnet⁶¹, Mark C. Miller e Jeb Barnes⁶². Tal tendência é acompanhada pela doutrina canadense (Peter W. Hogg e Allison A. Bushell⁶³).

Janet Hiebert⁶⁴ sugere uma compreensão da teoria dialógica segundo a qual deve ocorrer interação horizontal entre as instituições. Assim

57 SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa**: um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 302-303.

58 BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais** – a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 221.

59 SAGER, Laurence G. **Justice in Plainclothes: a theory of american constitutional practice**. New Haven: Yale University Press, 2004.

60 BATEUP, Christine. “*The Dialogical Promise*”: assessing normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006.

61 TUSHNET, Mark. “*Weak Courts, strong rights: judicial review and social welfare right in comparative constitutional law*.” Princeton: **University Press**, 2008.

62 MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb (Eds.). “*Making police, making law: an interbranch perspective*”. Washington D.C: **Georgetown University Press**, 2004.

63 HOGG, Peter W.; BUSHHELL, Allison A. “*The charter dialogue between Courts and legislatures (Or Perhaps The Charter Of Rights Isn’t Such A Bad Thing After All)*.” **Osgood Hall law journal**, v. 35, n. 1, 1997, p. 105.

64 HIEBERT, Janet. “*New Constitutional Ideas. But can new parliamentary models resist judicial dominance when interpreting rights?*” Texas: **Law Review**, v. 82:7, 2004, p. 1963-1987.

também Carol Harlow e Richard Rawling⁶⁵, ao ressaltarem o desenvolvimento de um processo administrativo por eles definido como “um curso de ação, ou passos na implementação de uma política”, de modo a permitir a concretização da governação em rede⁶⁶, instrumento permanente da dialética em busca dos melhores resultados nas escolhas administrativas.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto alerta que:

“essas posturas indicam a busca incessante das soluções negociadas, nas quais a consensualidade aplaina as dificuldades, maximiza os benefícios e minimiza as inconveniências para todas as partes, pois a aceitação de ideias e de propostas livremente discutidas é o melhor reforço que pode existir para um cumprimento espontâneo e frutuoso das decisões tomadas. O Estado que substituir paulatinamente a imperatividade pela consensualidade na condução da sociedade será, indubitavelmente, o que garantirá a plena eficiência de sua governança pública e, como consequência, da governança privada de todos os seus setores”⁶⁷.

Dessa releitura do papel do estado, ainda nas palavras de Moreira Neto, resultam “características distintas das que habitualmente lhe são conotadas e tudo indica que terá como marcas a instrumentalidade, a abertura democrática substantiva, o diálogo, a argumentação, a consensualidade e a motivação”⁶⁸.

Ou, como pondera Egon Bockmann Moreira⁶⁹, a participação ou a influência que o cidadão possa verdadeiramente ter na formação da decisão administrativa tende a gerar decisão quase consensual, provida, por isto mesmo, de maiores chances de ser espontaneamente cumprida; o dever de obediência transmuda-se em espontânea aceitação devido à uniformidade de opiniões (ou ao menos devido à participação e ao convencimento recíproco).

65 HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. *“Process and procedure in Eu Administration”*. London: Hart Publishing, 2014.

66 Governação em rede é o conceito que permite concentrar a atenção sobre a pluralidade de temas, distintos, mas independentes, que participam interativamente na administração europeia.

67 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, Direito e Estado**: o Direito Administrativo em tempos de globalização. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 142-143.

68 *Ibidem*, p. 141.

69 MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 73.

4.2. O COMPROMISSO INTERGERACIONAL DO AJUSTE FISCAL

Há sinais de que o governo federal brasileiro propõe-se a dialogar sobre o processo de ajuste fiscal em curso⁷⁰, mas importa que as partes dialogantes reconheçam ser o diálogo inerente ao estado democrático de direito, e, não, um disfarce para o prevalecimento de posições ou para correções unilaterais de erros pretéritos que não se podem admitir abertamente. Nem, muito menos, que desse diálogo participem apenas agentes dos poderes constituídos, resultando excluídas instâncias representativas da sociedade civil.

Os poderes Legislativo e Executivo possuem capacidades institucionais⁷¹ que lhe são próprias. A simbiose entre seus integrantes beneficia o processo democrático pautado nas razões públicas⁷², que cumpre papel fundamental em um modelo presidencialista de coalizão⁷³.

O sistema orçamentário decorrente da Constituição de 1988 pressupõe coparticipação equilibrada de legislativo e executivo, bem como a existência de um sistema de planejamento econômico a orientar a criação e a execução das normas orçamentárias, a cada ano⁷⁴.

Tal dialeticidade pode ser extraída das correlações estabelecidas no Texto Fundamental entre plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e orçamento anual (art. 166, CF/88), constitutivas de mecanismos de planejamento, aplicação e controle sobre os recursos públicos, de sorte a que executivo e legislativo interajam na efetivação das políticas públicas⁷⁵.

A flexibilidade é inerente à execução orçamentária, mas isto não significa que possa descumprir o estabelecido na legislação orçamentária,

70 AQUINO, Yara. "Governo quer diálogo com Congresso para aprovar ajuste fiscal." Disponível em <http://www.abc.com.br/noticias/politica/2015/05/governo-quer-dialogo-com-congresso-para-aprovar-ajuste-fiscal>. Acesso em 14/6/2015.

71 Acerca do tema capacidades institucionais, confira-se: SARMENTO, Daniel. "Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades do intérprete". In: SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 217-232.

72 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. "Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática". In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 3-32.

73 Sobre presidencialismo de coalizão merecem destaque os estudos desenvolvidos por Paulo Ricardo Schier, principalmente: SCHIER, Paulo Ricardo. "Vice-presidente da República no contexto do presidencialismo de coalizão". In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Org.). **Direito Constitucional Brasileiro**. v. 2., 2. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2014, p. 519-522.

74 ROCHA, Francisco Sérgio Silva. "Orçamento e planejamento: a relação de necessidade entre as normas do sistema orçamentário". CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 741.

75 ROCHA, Francisco Sérgio Silva. "Orçamento e planejamento: a relação de necessidade entre as normas do sistema orçamentário". CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 730.

o que também vincula os ajustes fiscais que se venham a mostrar imprescindíveis para adaptar o orçamento às imprevisibilidades surgidas ou aos desvios embutidos no decorrer do exercício financeiro⁷⁶. O equilíbrio das contas públicas nada mais é, ou deve ser, do que o cumprimento de metas e resultados entre receitas e despesas, bem como a observância de certos limites e condições impostas pela Constituição Federal e pela Lei de Responsabilidade Fiscal⁷⁷.

Assim visto e praticado, o planejamento se torna referencial seguro e politicamente consensual⁷⁸, sobretudo quando se está a tratar de finanças públicas, ao mesmo tempo em que se revela instrumento essencial para o desenvolvimento da atividade administrativa estatal de fomento público⁷⁹. Segue-se que o planejamento fiscal é um dos subsistemas mais importantes da Lei de Responsabilidade Fiscal, nos termos de seu art. 4º, §1º⁸⁰.

A LRF quer que os resultados buscados sejam claros, devendo haver a prefixação transparente de metas fiscais, tomando a feição de compromissos públicos exigíveis, por isto que juridicizáveis; basta frisar que os seus artigos 15 e 16 cominam a sanção de nulidade para os atos de ação governamental que, implicando despesas de capital não previstas no orçamento (investimentos em equipamentos e imóveis que se acrescentarão ao patrimônio público), desatendam aos requisitos ali estatuídos. O estado deve definir suas finalidades fiscais, tornando-as transparentes, e envidar esforços para o seu atendimento e controle, este demandando, como preliminar prejudicial de sua efetivação, a prévia definição do escopo visado em cada ação política administrativa, sem o que não se viabiliza o controle por falta de parâmetros⁸¹.

76 CONTI, José Maurício. "Aprovação do orçamento impositivo não dá credibilidade à lei orçamentária". *Revista Consultor Jurídico*, 10 de março de 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-mar-10/paradoxo-corte-aprovacao-orcamento-impositivo-nao-credibilidade-lei-orcamentaria>. Acessado em 10/6/2015.

77 SILVA, Francis Waleska Esteves da. *A Lei de Responsabilidade Fiscal e os seus princípios informadores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 45.

78 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Considerações sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 105.

79 SOUTO, Marco Juruena Villela. *Aspectos jurídicos do planejamento econômico*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, *passim*.

80 OLIVEIRA, Weder de. *Curso de Responsabilidade Fiscal – Direito, Orçamento e Finanças Públicas*. V. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 55.

81 MOREIRA, Egon Bockmann. "O princípio da transparência e a responsabilidade fiscal." *In*: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 142.

Subjaz na edição da LRF o seu caráter intergeracional, do qual se extrai o cuidado de evitar que se transfira à geração futura peso financeiro excessivo, formado por despesas (especialmente correntes) iniciadas hoje e de dívidas contraídas no presente, que repercutirão negativamente no porvir⁸².

O orçamento é instrumento do planejamento, mas não é o planejamento em si⁸³. Daí a necessidade da instituição de mecanismos institucionais viabilizadores de uma nova forma de atuação da administração pública financeira. Exemplifique-se com o *performance budget* (em livre tradução, orçamento de desempenho), que significa redefinir o modelo de administração pública, substituindo o modelo burocrático (vertical) por mecanismos de tomada de decisão horizontal, com maior envolvimento de funcionários e dirigentes, além de maior responsabilização de todos os atores, indispensável à maturação de uma cultura de *accountability*⁸⁴, cultura essa que conduzirá à entronização, nas práticas orçamentárias, da avaliação permanente de programas de governo com vistas à eficiência dos gastos públicos⁸⁵.

Em outras palavras, o modelo deve ser integrativo dos fundos providos pelo setor público e os respectivos resultados (*outputs* e *outcomes*) alcançados, considerando as informações sobre o desempenho dos programas de governo e a utilização dessas informações pelos tomadores de decisão, gerentes, políticos e sociedade. O principal objetivo é o de aprimorar a alocação e a eficiência dos recursos públicos⁸⁶.

A preocupação com a melhoria na qualidade do processo orçamentário retrata a experiência europeia, ao que sublinha João Ricardo Catariño⁸⁷, *verbis*:

“Os Estados europeus têm ainda vindo, em paralelo, a alterar substancialmente os respectivos processos orçamentais, ten-

82 SANTOS, Ricart César Coelho dos. Debutante, "Lei de Responsabilidade Fiscal tem novos desafios". *Revista Consultor Jurídico*, 24 de maio de 2015.

83 ROCHA, Francisco Sérgio Silva. "Orçamento e planejamento: a relação de necessidade entre as normas do sistema orçamentário". CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 742.

84 CABRAL, Nazaré. "Orçamentação pública e programação: tendências internacionais e implicações sobre o caso português". In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 653.

85 NÓBREGA, Marcos. "Orçamento, eficiência e performance budget." CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 717.

86 *Ibidem*, p. 719.

87 CATARINO, *op. cit.*, p. 789.

do em vista melhorar a disciplina orçamental e a eficiência e a eficácia da despesa pública. A OCDE tem salientado que os Estados europeus ainda se apegam a uma concepção do processo orçamental predominantemente centrada no respeito pelos limites legais e em modelos de controle detalhado da despesa pública e menos orientados para um controle mais flexível, mais focado na execução orçamental. Alguns Estados, sobretudo os de matriz anglo-saxônica ou do norte da Europa estão, tradicionalmente, mais habituados a este segundo modelo e possuem hoje, em resultado disso, processos orçamentais mais em linha com as modernas necessidades de controle, mais inclinados para as questões da eficiência do que as de estrita e rígida observância da lei.

Ainda assim, sendo a evolução do processo orçamental uma questão transversal na Europa, têm-se verificado sucessivas reformas do processo orçamental e em especial no que respeita ao modo como se processa a prestação de contas, envolvendo ou não a criação de novos órgãos de controle ou o robustecimento dos poderes dos órgãos existentes.

A União Europeia tem defendido uma abordagem global em matéria de política orçamental tendo em vista o aumento da qualidade das finanças públicas e a promoção do crescimento econômico a longo prazo. E reconhece que o processo requer uma ação política concertada que favoreça o crescimento e promova a competitividade com recurso a medidas que permitam aumentar a eficiência dos regimes de despesas e de receitas.”

Seja no desenho de novos modelos orçamentários ou no cenário de adequação das alocações orçamentárias, imperioso se apresenta o diálogo entre os poderes na busca da solução mais eficiente diante das conjunturas econômicas e sociais, a que se deve acrescentar a perspectiva da sustentabilidade (não apenas ambiental, mas, também, social, econômica e gerencial). Ajustes serão sempre necessários em face da constante mudança das realidades socioeconômicas. A mudança é inerente a essas realidades e o poder público deve estar preparado para com ela lidar de

forma eficiente e eficaz, criando e mantendo espaços de debate de ideias, qualificado pelo norte do interesse público.

5. SÍNTESE CONCLUSIVA

1. Nos estados modernos dos séculos XIX e XX, o orçamento público se limitava a relacionar as receitas com as despesas, ou seja, um ato de estimativa das receitas e de fixação das despesas, sendo este o repositório da essência da atividade financeira do estado a cada período de vigência orçamentária.

2. A partir de meados do século XX, a preocupação estrita com o equilíbrio contábil anual das contas públicas cede lugar a considerações mais amplas a respeito da função social do orçamento público, o que faz surgir o “orçamento-programa”, definível como um processo por meio do qual se expressa, se aprova, se executa e se avalia o nível de cumprimento do programa de governo para cada período orçamentário, levando em conta as perspectivas de médio e longo prazo, uma vez que, ao refletir os recursos financeiros a serem aplicados no exercício, haveria de constituir um instrumento de planejamento.

3. A Lei Complementar nº 101/2000, a chamada de Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) - em curso, destarte, o seu 15º aniversário -, representa o mais avançado instrumento legislativo da história da administração pública brasileira para o controle dos orçamentos, na pós-modernidade do estado democrático de direito. Mercê dela, a gestão da despesa pública no Brasil passa a pautar-se por critérios mais gerenciais e transparentes, seguindo-se uma proposta de governança pública na qual a sociedade possa acompanhar criticamente as despesas governamentais, com o fim de assegurar que a entrega do serviço ou do bem público desejado ocorrerá segundo parâmetros aferíveis, eficientes e eficazes.

4. Dentre outros fatores, o desequilíbrio fiscal experimentado pelos entes da federação brasileira tem origem nas deficiências do planejamento governamental, associadas a más práticas orçamentárias.

5. Ajustes fiscais devem resultar de diálogo entre os poderes constituídos e a sociedade que os constituiu, de modo a adequar as finanças públicas à realidade socioeconômica, sempre mutante, e balizadas pela qualidade de vida e o mínimo existencial que se deve garantir a toda a população, sem exclusão e sem retóricas fantasiosas. ❖

A 'Desconsideração Inversa' e o Novo CPC

Jorge Lobo

Mestre em Direito da Empresa pela UFRJ e Doutor e Livre-Docente em Direito Comercial pela UERJ

A “desconsideração inversa” é um “veneno” que causa à sociedade controlada danos de ordem política, administrativa, financeira, econômica, operacional e de marketing e prejuízos a minoritários e credores, e, por isso, deve ser encarada com suspeita, até mesmo com temor. Daí a nossa crítica acerba, mas construtiva, ao art. 133, § 2º, do novo Código de Processo Civil, que a positivou, transformando-a em suposto “remédio” contra os males da lentidão da Justiça.

Estas afirmações soam dramáticas; todavia, não há nelas nenhum exagero, consoante demonstraremos, pois se baseiam no fato de a “desconsideração da pessoa jurídica”, que visa a coibir abusos, transmudada em “inversa”, denominada pelos alemães “invertida”, estar sendo utilizada abusivamente, inclusive estendendo-se a sociedades coligadas ...

Rolf Serick e Ulrich Drobnig, sistematizadores da jurisprudência americana da “*disregard*” (“desconsideração”) e alemã do “*Durchgriff*” (“penetração”), ao fim de longa pesquisa, chegaram a idênticas conclusões quanto à desconsideração “direta”, “inversa” ou “invertida”, “limitada direta” e “especial”: (1ª) o “princípio da separação” entre a sociedade e seus sócios é a regra; (2ª) excepcionalmente, afasta-se a autonomia jurídica e patrimonial da sociedade nas hipóteses de fraude à lei, a normas contratuais e a credores, e, neste caso, se presentes o pressuposto subjetivo (intenção dolosa de lesar credores) e o pressuposto objetivo (insuficiência patrimonial da devedora), e (3ª) a responsabilidade dos sócios é sempre subsidiária.

Ao discorrer sobre a jurisprudência germânica, Drobnig enfatiza: (1º) “*a penetração invertida, em que o patrimônio da sociedade é chamado a responder por dívidas do sócio, é relativamente rara*” (apud, J. Lamar-

tine Correa de Oliveira, **A dupla crise**, p. 342); (2º) “os pressupostos fáticos da penetração invertida raramente ocorrem” (loc. cit.); (3º) “esse remédio jurídico extraordinário só será admissível quando a obtenção normal do valor das quotas sociais pertencentes ao sócio, e que garantem primariamente o credor pessoal, seja difícil e ponha em perigo a satisfação da pretensão” (*idem*), e Serick afirma: (1º) “o *Durchgriff* do sócio, por quebrar o princípio de autonomia da pessoa jurídica, deve ser sempre uma exceção: (2º) se houver “outra solução capaz de atender aos interesses envolvidos, não se deverá recorrer a essa solução excepcional” (loc. cit.); (3º) “ter a jurisprudência com razão observado que os credores do sócio estão frequentemente em situação de poder obter satisfação através da penhora e alienação das cotas por via judicial” (*idem*).

Assim era, na Alemanha, na primeira metade do século XX, como é hoje nos EUA, segundo o profundo estudo “*Reverse Piercing of the Corporate Veil: Straightforward Path to Justice*”, de Nicholas B. Allen, publicado na **St. John’s Law Review**, 2011, v. 85, nº 3, p. 1.147 e segs., no qual se lê: (1º) não é corrente a prática da “desconsideração inversa” nos EUA; (2º) vários estados expressamente a rejeitam e, nos que a aceitam, (3º) “a desconsideração inversa” está longe de ser “uniforme” (art. cit., p. 1.149) e (4º) sua aplicação “requer prova de que acionistas ou credores inocentes não serão prejudicados” (loc. cit.), o que, acrescente-se, dificilmente deixará de ocorrer.

No Brasil, a “desconsideração inversa” vem sendo adotada nos casos de confusão patrimonial e/ou transferência de bens dos controladores para a controlada em fraude a credores e fraude à execução, e, agora, infelizmente, terá respaldo no novo CPC, o que nos obriga a fazer três ponderações para análise dos doutos, em especial dos magistrados.

Primeira: a absoluta carência do pressuposto objetivo da “desconsideração inversa”, isto é, a inexistência de bens, que jamais ocorre, eis que os controladores sempre detêm a maioria das cotas ou ações com direito a voto em que se divide o capital da controlada; segunda: a interpretação do art. 133, § 2º, do novo CPC deve inspirar-se no pragmatismo jurídico norte-americano — que propõe a fusão dos princípios de segurança, justiça e eficiência —, em seu viés consequencialista —, que (a) prioriza os efeitos práticos da decisão judicial e não apenas e tão só um conjunto supostamente completo, integrado e harmônico de regras, e (b) visa a evitar resultados indesejáveis e minimizar os custos sociais; terceira: na exegese

do art. 133, § 2º, do novo CPC e na aplicação da “desconsideração inversa”, deve-se atentar para os nefastos resultados que ela produz.

São nefastos os resultados da “desconsideração inversa” porque, sob o prisma (a) político: incita conflitos societários entre minoritários e controladores; (b) administrativo: quebra a harmonia que deve existir entre representantes de minoritários e controladores no conselho de administração e na diretoria; (c) financeiro: os bancos elevam o prêmio de risco, reduzem prazos de pagamento, exigem reforço das garantias, negam-se a conceder renovações e novos empréstimos; (d) econômico: bens e direitos, até então livres, tornam-se objeto de garantias reais devido ao aumento do risco da controlada; (e) operacional e de marketing: esses inesperados problemas têm imediata repercussão no funcionamento da empresa e na imagem e distribuição dos seus produtos e serviços.

Apesar dessa plethora de danos e prejuízos, o novo CPC “veio” “facilitar” — sim “facilitar” — a “vida” do credor, não obstante o direito positivo preveja e ponha à sua disposição, de há muito: (1º) se tiver havido (a) fraude a credores, a ação pauliana, (b) fraude à execução, a declaração de ineficácia do ato translativo da propriedade nos próprios autos da execução, (c) simulação para lesar terceiros, a ação de nulidade ou anulabilidade do ato; (2º) o pedido de falência da controladora, ou de insolvência civil dos controladores, e conseqüente arrecadação e venda de suas cotas ou ações, e, *the last but not the least*, (3º) a penhora da participação societária dos controladores na controlada, na esteira da doutrina de Rolf Serick e Ulrich Drobnig. ❖

Ação Rescisória e Uniformização Jurisprudencial: Considerações sobre a *Jihad* Nomofilática

Marcelo Barbi Gonçalves

Doutorando em Direito Processual pela UERJ. Mestre em Direito. Juiz Federal.

SUMÁRIO: 1. A coisa julgada como *ponte de saída* 2. Fixando algumas premissas 3. O sentido vetorial de estabilidade das posições jurídicas: *certeza da lei*, *certeza da jurisprudência* e *certeza do direito* 4. Ação Rescisória no caso de lei sujeita à interpretação controvertida 4.1 Desvendando alguns equívocos 4.2 Tribunais Superiores e Função Nomofilática 4.3 Da vocação da ação rescisória 4.4 Da indevida assimilação entre os Enunciados 343 e 400 do STF 5. A doutrina da interpretação razoável e o princípio da legalidade 6. Existem Cortes Supremas *do A* e *do B*? 7. Efeitos pró-futuro e a isonomia 8. Conclusão.

1. A COISA JULGADA COMO PONTE DE SAÍDA

A inter-relação entre o direito material e o processo é um fenômeno que pode ser observado através da própria história do Direito Processual. Com efeito, as teorias civilista, concreta, abstrata e eclética da ação, assim como os estudos acerca do instrumentalismo e do formalismo-valorativo, possuem um fio-condutor em comum: as recíprocas influências entre o direito processual e o substancial. Essa percepção torna-se ainda mais clara quando se tem em linha de perspectiva que, de um lado, o processo é o instrumento por excelência de atuação do direito material, e, de outro, que este deve influenciar aquele a fim de que as técnicas processuais sejam adequadas à crise de direito substancial lamentada.¹

¹ “Sustenta-se, aqui, que os aspectos fundamentais do direito processual são concebidos à luz da relação material. As questões maiores do processo são solucionadas com dados inerentes à relação da vida e ao direito substancial que a regula. Daí por que, embora fenômenos distintos, há entre processo e direito material evidente nexos unindo o meio ao fim”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo**. 6ª ed, São Paulo: Malheiros, 2011, p. 17/18).

Nessa linha de considerações, o estudo parte da premissa de que, em relação ao processo, há uma nítida *ponte de entrada* e outra de *saída* do direito material que se vislumbra nos lindes do estado de litispendência.

A primeira verifica-se a partir da propositura da demanda judicial, que nada mais representa senão a forma pela qual o direito material ingressa no processo, ou seja, é o ponto de passagem entre o cumprimento voluntário das normas jurídicas e a observância imposta autoritativamente pelo Estado.

A segunda *ponte*, por sua vez, relaciona-se com a forma pela qual o direito substancial sai do processo, na medida em que apenas no caso de julgamento procedente coincidirá com o sentido, extensão e o significado afirmados pelo autor em sua petição inicial. A sentença recorrível já é um primeiro aceno a respeito da disciplina normativa que deverá reger a conduta das partes. Mas, em virtude de estar sujeita à cassação ou revisão, não é necessariamente o último ponto de contacto entre os direitos processual e substancial, pois outra norma jurídica do caso concreto poderá ser ditada pelo órgão jurisdicional superior (efeito substitutivo dos recursos).

Com o trânsito em julgado e a formação da coisa julgada material,² porém, *tollitur quaestio*: a ponte derradeira - salvo vício de rescindibilidade - é alçada e não cabe mais discutir os ditames do *dever-ser* ou eventual injustiça da decisão. Na vida em geral, e no processo em particular, é preciso que se pratique um *trade-off* entre os distintos interesses que concorrem em uma determinada tomada de decisão. E a coisa julgada significa exatamente isso: o resultado de uma ponderação levada a efeito em um plano pré-processual entre, de um lado, a segurança jurídica e a estabilidade das expectativas, e, de outro, a justiça e a isonomia.³

2 Vale-se aqui do conceito de Crisanto Mandrioli: “Ocorre, a questo punto, precisare che questa incontrovertibilità è tradizionalmente designata come cosa giudicata, la quale può pertanto essere definita come la situazione in forza della quale nessun giudice può pronunciarsi su quel diritto sul quale è già intervenuta una pronuncia che abbia esaurito la serie dei possibili riesami” (*Corso di Diritto Processuale Civile. Nozioni Introduttive e disposizioni generali*. V. 1, 11ª ed., Torino: G. Giappichelli Editore, 2013, p. 14).

3 “Per provvedere alla certezza della sfera giuridica dei litiganti, dando un valore fisso e costante alle prestazioni, l’ordinamento giuridico vuole che l’attività giurisdizionale si spieghi un’unica volta (sebbene di solito colla possibilità di più gradi): applicando la legge del minimo mezzo, esso mira al maximo risultato col minimo impiego d’attività; fra i vantaggi della certezza giuridica e i danni dei possibili errori del giudice nel caso concreto dà la prevalenza ai primi”. (CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile* (3ª ed., 1923) ristampa inalterata. Napoli: Jovene Editore, 1965, p. 911. No mesmo sentido, Nelson Nery Junior: “Entre o justo absoluto, utópico, e o justo possível, realizável, o sistema constitucional brasileiro, a exemplo do que ocorre na maioria dos sistemas democráticos ocidentais, optou pelo segundo (justo possível), que é consubstanciado na segurança jurídica da coisa julgada material” (*Principios do processo na Constituição Federal*. 10ª Ed., São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 52).

Mais não se precisaria dizer caso a processualística não tivesse, no último decênio, cerrado fileiras em uma *jihad* contra a coisa julgada. Esse instituto, dotado de dignidade constitucional,⁴ caro ao Estado Democrático de Direito e representativo da ideia de segurança jurídica, está, fragorosamente, sendo perseguido por certo setor da doutrina como se fora o mais infiel dos valores.

E, assim como o Alcorão é indevidamente bradado pelos fundamentalistas para a prática das maiores atrocidades, o mesmo se passou com a coisa julgada. A arma de combate dos *jihadistas*, legítimo instrumento vocacionado a corrigir em caráter excepcional vícios taxativamente previstos, tem nome e sobrenome: ação rescisória.

É interessante destacar que há um vírus que desencadeou essa guerra santa contra a estabilidade das situações definitivamente julgadas. Trata-se do embevecimento dos profetas com a nomofilaquia, responsável, em apertadíssima síntese, pela evolução do ordenamento jurídico através da uniformização jurisprudencial. Deveras, em um quadro crônico de absoluta dispersão na aplicação do direito objetivo, o deslumbre com a importação de institutos dirigidos à coerência na interpretação das normas jurídicas não poderia ser desprezível. Mas o encanto ultrapassou as raias do legítimo.

Passou-se, assim, a advogar a possibilidade de rescisão, em virtude de literal violação de lei - art. 485, inc. V, CPC/73, correspondente ao inc. V do art. 966 do novo CPC: “violar manifestamente norma jurídica” -, da sentença transitada em julgado face à formação posterior de um precedente de lavra das Cortes Superiores em sentido contrário. A existência de divergência interpretativa no âmbito dos tribunais à época da decisão rescindenda, dessa forma, não seria obstativa da possibilidade de, quando firmado o *princípio de direito* em última instância, rescindir a sentença anteriormente prolatada. Uma nomofilaquia, portanto, com efeitos não apenas pretéritos, como, ainda, rescindentes.

O objetivo declarado do presente artigo é demonstrar, à luz da Teoria Cética da Interpretação, da compreensão linguística do fenômeno nor-

4 “Exigência essencial à segurança jurídica, a coisa julgada tem, entre nós, assento constitucional (art. 5º, inc. XXXVI, CF), exatamente porque a relevância da imutabilidade e da indiscutibilidade das sentenças concretiza o anseio de certeza do direito presente nas relações sociais” (GRINOVER, Ada Pellegrini. “Ação rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional.” **A Marcha do Processo**, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 4). No mesmo sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. III, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 302.

mativo e da eficácia pró-futuro da nomofilaquia, que o vírus relativizante que desencadeou a cruzada contra a coisa julgada não se pode espriar sobre o novo Código de Processo Civil.

2. FIXANDO ALGUMAS PREMISAS

É preciso estabelecer, de plano, algumas premissas para que se possa atingir a conclusão aventada. Conquanto haja um evidente nexu lógico entre os pontos de partida fixados, cuida-se de fundamentos analíticos autônomos, de sorte que a adesão a apenas um deles é suficiente para que se comungue com a linha de raciocínio exposta.

Inicialmente, é preciso que se compreenda que as normas apresentam-se sob a forma de linguagem. É fundamental perceber que isso se manifesta tanto no plano da lei processual (enunciados prescritivos) quanto no da Ciência Processual (enunciados descritivos). No primeiro caso, a *linguagem da lei* consubstancia o conjunto de princípios, regras e postulados expressos mediante signos linguísticos que buscam instrumentalizar a aplicação de normas substanciais. No segundo, por sua vez, a *linguagem dos juristas* refere-se descritivamente a um conjunto de enunciados prescritivos de um determinado ordenamento jurídico. Trata-se, pois, de uma linguagem sobre a linguagem, ou seja, uma *metalinguagem*.

As palavras, portanto, são a matéria-prima do jurista. E, considerando-se que a linguagem e o processo são interdependentes, é preciso que se domine esse instrumento de trabalho. Não se pode pensar, *v.g.*, nos princípios processuais constitucionais senão à luz da consideração de que estes são vazados por signos linguísticos vagos e ambíguos, carentes de significação, densificação conceitual e determinação semântica. Em termos outros: os princípios do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, vedação de provas ilícitas e juiz natural apenas podem ser compreendidos caso se parta da premissa de que estes, por si sós, são signos linguísticos que nada dizem semanticamente. São, assim, antes do processo interpretativo, um *sem-sentido deôntico*.⁵ Disposições legais, sim. Normas, não.

⁵ "O texto consiste num conjunto de palavras que formam os enunciados prescritivos; já a norma jurídica é o produto de sua interpretação. Finda a interpretação, surge a norma jurídica. Impossível pensar em norma sem prévia atividade interpretativa" (IVO, Gabriel. **Norma Jurídica - produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006, p. XXXVIII).

Nesse contexto, o trabalho perfilha, como pressuposto metodológico, em contraposição às doutrinas *Cognitivista* e *Mista*, a Teoria *Cética* da Interpretação. Ou seja, inexistente uma relação biunívoca entre enunciado prescritivo e norma jurídica, de maneira que apenas quando se encerra a atividade interpretativa é que surge a disciplina da controvérsia *sub judice*. Ou seja: a norma jurídica é o resultado do processo interpretativo.⁶

O ensaio parte, também, da premissa de que o processo é semanticamente construtivo - permeado de juízos valorativos, escolhas e influências extratextuais -, jamais descritivo ou dedutivamente lógico⁷. Dessa forma, a jurisdição, ao contrário do que preceituou Chiovenda - um dos principais fautores da Teoria Dualista do Ordenamento Jurídico - não pode jamais ser compreendida como responsável por uma atuação declaratória da vontade concreta da lei.⁸

A sentença, com efeito, é *atributiva* de um significado dentre tantos outros possíveis,⁹ razão pela qual, uma vez formada a coisa julgada, deve a imutabilidade cobrir a norma jurídica individualizada à revelia de eventuais desdobramentos semânticos que o Direito Jurisprudencial possa ulteriormente regurgitar. À segurança legal, *a priori*, macrométrica, sucede-se a judicial, qualificada pela visão micrométrica do juiz. Significa dizer, com Adroaldo Furtado Fabrício, que “eliminando a incerteza e operando a ‘exclusão de alternativas possíveis’, a sentença firme toma o lugar antes ocupado pela lei”.¹⁰

6 É imprescindível trazer à baila, como principais artífices da Teoria Cética, os nomes de Giovanni Tarello (*L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 9/10); Riccardo Guastini (*Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 8/9); Michele Taruffo (*La Corte de Cassazione e la legge. Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991, p. 78); Vincenzo Marinelli (*Il problema dell'ermeneutica giudiziaria*. *Rivista Analisi e diritto*, 1998, a cura de P. Comanducci e R. Guastini, p. 153); Enrico Diciotti (*L'ambigua alternativa fra cognitivismo e scetticismo interpretativo*). Dipartimento di scienze storiche, giuridiche, politiche e sociali dell'Università degli Studi di Siena. Working Paper 45, Siena, 2003, p. 5).

7 Trata-se, em verdade, de acompanhar a “*tesi della pervasività o dell'onnipresenza dell'interpretazione o delle attività di ragionamento*”, cujo “*nucleo fondamentale può essere riassunto nella tesi per cui le attività conoscitive sono processi, in parte valutativi, attraverso i quali se determina e si costruisce l'oggetto della conoscenza*”. (BERTEA, Stefano. *Certeza del diritto e argomentazione giuridica*. Catanzaro: Ed. Rubbertino, 2002, p. 22).

8 *Principii di Diritto Processuale Civile*. 3ª ed., ristampa inalterata, Napoli: Jovene Editore, 1965, p. 62 - 83.

9 O fato de que o magistrado possui uma discricionariedade regrada no exercício da função interpretativa foi objeto de uma magistral obra de Aharon Barak. A seguinte passagem condensa a sua tese central: “*Il mio punto di partenza è che vi sono situazioni in cui il giudice opera una scelta discrezionale tra un certo numero di linee di pensiero e di azione ciascuna delle quali è conforme all'ordinamento giuridico*” (*La discrezionalità del giudice*. Milano: Ed. Giuffrè, 1995, p. 8).

10 “A coisa julgada nas ações de alimentos”. *Revista de Processo* n° 62, abr.-jun./1991, p. 11.

3. O SENTIDO VETORIAL DE ESTABILIDADE DAS POSIÇÕES JURÍDICAS: CERTEZA DA LEI, CERTEZA DA JURISPRUDÊNCIA E CERTEZA DO DIREITO

Um ponto nodal reside na consideração de que não existe *uma única ontologia eficaz* da segurança jurídica, senão várias, cada qual com suporte fático e perfis funcionais, estruturais e eficaciais os mais diversos. Com efeito, não se pode homogeneizar *status* díspares de estabilidade normativa. Explica-se: a segurança que advém da lei abstrata e genérica é apenas um *projeto de segurança* que pode ser infirmado pelas mais diversas razões.

Sob o prisma normativo, a ambiguidade, vagueza, complexidade, implicabilidade e derrotabilidade das prescrições textuais são hoje um *dado* até para os formalistas mais afeitos ao princípio da coerência do ordenamento jurídico. No que atine à práxis, os quase cem milhões de processos atualmente em curso são uma prova eloquente de que a lei, por si só, apresenta apenas uma *segurança hipotética*: todo litígio é incerteza, ou, melhor dizendo, uma falência do projeto *legal* de certeza.¹¹

Não obstante, o princípio da legalidade como pressuposto *suficiente* da segurança jurídica consubstancia a bandeira típica da Teoria *Cognitiva* da Interpretação: “O ponto importante a fixar é que o intérprete já encontra uma norma concreta consumada e sua atividade é meramente receptiva”.¹² Essa tese, contudo, é insustentável. Como se sabe, a aposta *codificista* de que a previsão legislativa de todos os fatos da realidade seria um instrumento apto à garantia de segurança jurídica foi derribada pelo porvir da história. Na atual quadra, o mito da completude, o da coerência e clareza do direito são, de fato, autênticos *topoi* do discurso jurídico.¹³ A mistificação legalista e o “absolutismo do Parlamento”¹⁴ sofreram

11 “Quando se litiga, há uma insegurança insegura, que já se denominou de ‘insegurança da segurança’; podemos falar de ‘incerteza da certeza’; a decisão judicial, que se transformará em caso julgado, não é uma reconstrução da segurança anterior, fundada na lei, mas o caso julgado é constitutivo da certeza do direito em discussão, sob nova forma de Segurança” (SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança Jurídica e Jurisprudência - Um enfoque filosófico-jurídico*, São Paulo: Ed. LTr, 1996, p. 144).

12 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo Civil Moderno*, v. 1. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 84. A defesa da atividade meramente declaratória do intérprete é evidente: “Quando ele intervém, já encontra uma realidade consumada - o fato em sua relação lógica com a hipótese da norma geral, o significado axiológico desta e, enfim, a norma concreta que brotou de encontro do fato com a norma” (p. 85).

13 “Noi non possiamo capire il significato pregnante di questa concezione se pensassimo alla legge come alle leggi che conosciamo oggi, numerose, mutevoli, frammentarie, contraddittorie, occasionali” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite - Legge, diritti, giustizia*. Torino: Ed. Einaudi, 1992, p. 37).

14 MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes - recompreensão do sistema processual da Corte Suprema*. São Paulo: RT, 2013, p. 69.

derrotas, dentre outras causas, devido à crise do sistema de democracia representativa, *al mercato delle leggi*¹⁵ e à percepção de que o Judiciário e o Legislativo atuam *coparticipativamente* no processo de produção do direito.¹⁶

Torna-se imperioso, dessa forma, que essa segurança situada no plano legal se qualifique. E, para tanto, ela passa por dois aperfeiçoamentos.

Primeiramente, a partir de sucessivos julgamentos colegiados convergentes, soergue *em termos gerais*¹⁷ o princípio de direito que deve ser apreendido de um determinado enunciado. Desloca-se, pois, do plano estático e atinge a práxis. É nesse sentido que deve ser interpretado o art. 65 da *Legge sull'Ordinamento Giudiziario*, o qual preceitua que é função da *Corte Suprema di Cassazione* assegurar “*l’uniforme interpretazione della legge*”.

Trata-se, agora, de uma segurança não mais legal, senão *jurisprudencial*. Este é, porém, um patamar ainda intermediário dentro do espectro possível de estabilidade que se pode reconhecer a uma expectativa de orientação. Isso porque, se, por um lado, a segurança outorgada pela jurisprudência dos Tribunais é mais robusta do que aquela concedida *a priori* pela lei, por outro, é menos vigorosa do que aquela decorrente da certificação judicante concreta. A inserção da coisa julgada em uma esfera mais sensível da segurança jurídica decorre do entendimento de que o direito não encerra uma unicidade sîgnica: o intérprete deve *escolher*

15 “*A fianco de queste spiegazioni deve aggiungersi anche la sempre piú marcata contrattualizzazione dei contenuti della legge. L’atto creativo di diritto legislativo è l’esito di un processo politico nel quale operano numerosi soggetti sociali particolari (gruppi di pressione, sindacati, partiti). Il risultato di questo processo a piú voci è per sua natura segnato dai caratteri della occasionalità. Ciascuno degli attori sociali, quando ritiene de aver acquisito una forza sufficiente per spostare a proprio favore i termini dell’accordo, richiede l’approvazione di nuove leggi cha sanciscano il nuovo rapporto di forze. E questa occasionalità à la perfetta contraddizione della generalità e dell’astratezza delle leggi, queste ultime legate a una certa visione razionale del diritto, impermeabile al puro gioco dei rapporti di forza*” (Zagrebel'sky, *op. cit.*, p. 44).

16 De acordo com Daniel Mitidiero: “O isolamento das atividades de legislação e jurisdição foi rompido a favor de uma relação de colaboração entre essas duas funções estatais” (**Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**, São Paulo: RT, 2013, p. 54).

17 “*Per un verso, infatti, è possibile intendere la nomofilachia come orientata essenzialmente all’individuazione del significato proprio della norma in sé considerata. Non sembra dubbio che nessuna norma abbia in sé un solo significato o un solo significato ‘esatto’, e che al contrario l’interpretazione sia opera essenzialmente creativa nella quale il prodotto (ossia il significato che viene assegnato alla norma) dipende dalle scelte dell’interprete (...). Nel caso della Cassazione, può appunto accadere che l’attività interpretativa (creativa e non determinata a priori da alcun significato presupposto) sia orientata nel senso di indicare in termini generali quella che la Corte ritiene essere l’interpretazione propria della norma. L’analisi del caso singolo può essere utile per mettere alla prova l’interpretazione, ed eventualmente per far emergere l’opportunità di integrazioni o modificazioni, ma l’opera di nomofilachia consisterebbe pur sempre nella formulazione in termini generali del significato della norma sottoposta a giudizio*”. (TARUFFO, Michele. *Introduzione. Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991, p. 12/13).

e *valorar* entre duas ou mais opções de significado a fim de se obter a norma jurídica individual do caso concreto.¹⁸ A decisão, conforme ensina Adroaldo Furtado Fabrício, “não apenas adquire a ‘força de lei’ de que falam os códigos, mas *toma o lugar da lei*, substituindo-a no que diz com a particular relação considerada. Lei do caso concreto, prevalecerá a sentença sobre a norma abstrata, se discordantes”.¹⁹

De fato, é apenas com o trânsito em julgado da sentença que haverá um acréscimo axiológico àqueles graus de segurança, já que à *inesgotabilidade de sentido(s)* subroga-se a *imutabilidade do sentido*. Trata-se, portanto, de segurança(s) jurídica(s) com ontologias próprias. Em sentido vetorial crescente de estabilidade, pode-se traçar o seguinte escalonamento decorrente de juízos sucessivos de definitividade das posições jurídicas: *certeza da lei*, *certeza da jurisprudência* e *certeza do Direito*.

Tendo em vista, de um lado, a lição de Barbosa Moreira segundo a qual a coisa julgada é “instituto de função essencialmente prática que existe para assegurar estabilidade à tutela jurisdicional”,²⁰ e, de outro, a compreensão de que os institutos processuais não devem ocorrer à revelia da realidade subjacente ao conflito, pode-se pensar no seguinte exemplo: a *certeza da lei* é aquela que decorre das normas do Código de Trânsito Brasileiro; a *certeza da jurisprudência* se concretiza mediante os semáforos, os quais indicam as diretrizes de conduta mediante sinais luminosos (que não sejam idiomáticos é desimportante); e, por fim, as ordens do guarda de trânsito dirigidas especificamente aos motoristas seriam a *certeza do direito*.

É intuitivo que os motoristas ordinariamente obedeçam indistintamente a todos esses comandos. Mas é cristalino que, caso um agente de trânsito altere o compasso de um sinal, é essa ordem concreta - e não o que se encontra nas leis e regulamentos administrativos (*certeza da lei*), ou o que outro guarda disse ontem (*certeza da jurisprudência*) - que deve ser obedecida e, mais, disciplinar as consequências jurídicas de seus atos (*certeza do direito*). No contraste entre o CTB, o semáforo e o guarda de trânsito, qual diretriz o *uomo della strada* observa? A última. E no conflito

18 “A doutrina de que uma norma jurídica tem efetivamente apenas um significado e de que existe um método científico que nos capacita sempre a descobrir o seu único significado correto é uma ficção usada pela ciência jurídica tradicional para sustentar a ilusão da segurança jurídica” (KELSEN, Hans. **O que é justiça? A justiça, o direito e política no espelho da ciência**, São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 366).

19 *Op. cit.*, p. 10.

20 “Ainda e sempre a coisa julgada”. **Revista dos Tribunais** n° 416, junho/1970, p. 10.

entre o enunciado textual, a jurisprudência e a sentença, à qual diretiva o jurisdicionado se vincula? *Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*. E, concluindo a analogia, pode-se dizer que é a tutela da norma individualizada que consubstancia o substrato axiológico seja do art. 502 do novo CPC, seja do art. 195 do CTB, o qual prevê como infração grave “desobedecer às ordens emanadas da autoridade competente de trânsito ou de seus agentes”.

A linha argumentativa exposta parte da constatação de que a estrutura normativa da segurança jurídica comporta uma graduação que pode ser representada, seguindo as fases anteriormente expostas, pelo *halo* (segurança legal), pelo *invólucro* (segurança jurisprudencial) e pelo *núcleo* (segurança jurisdicional) do componente de certeza que cada uma dessas manifestações importa. E isso se dá porque, segundo Vittorio Denti, “la funzione del processo, infatti, è quella di eliminare l’incertezza intorno ai rapporti o stati giuridici sostanziali”.²¹⁻²²

21 *La giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 133.

22 Neste momento da exposição poder-se-á perceber que o artigo, em uma de suas premissas, discorda de uma proposição da obra *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas - Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis* de Antônio do Passo Cabral. Uma das teses do livro é que inexistia justificativa para diferenciar a estabilidade dos atos jurisdicionais daquela existente para os demais atos estatais. Assim, para Cabral, estes podem ser analisados em conjunto no que se refere à sua estabilidade normativa: “Isso poderia fazer pensar que a sentença necessária de uma estabilidade normativa mais forte do que aquela necessária aos demais atos estatais. Nessa linha, a coisa julgada seria um fenômeno excepcional, que afastaria a disciplina da estabilidade da sentença final de mérito daquela de outros atos do Estado. Ora, mas por quê a sentença? Se outros atos estatais (pense-se na lei ou num ato administrativo regulativo) possuem um efeito sistêmico muito maior, atingindo milhões de pessoas, não seria a alteração destes atos que deveria causar uma preocupação maior em termos de segurança? Na ótica do sistema, não seria a estabilidade normativa mais necessária para uma lei do que para uma sentença, cuja eficácia se estende apenas inter partes? Entretanto, aqui já podemos perguntar: se os atos estatais não são mais ou menos respeitados pelos indivíduos porque sejam imutáveis ou alteráveis, por que então a ênfase tão grande que se deu à ideia de que, ‘sem coisa julgada, não haveria segurança?’” (p. 268) E, considerando que “um dos objetivos da academia é o constante debate no plano das ideias” (p. 46), as razões para nossa discordância serão brevemente suscitadas. Em primeiro lugar, a assimetria no tratamento das estabilidades decorre do fato de que, se é verdade que todos os que lidam com o direito o interpretam, apenas o intérprete autêntico é que, para além da atividade interpretativa, produz a norma decisória do caso concreto. O legislador e o administrador, em suas respectivas esferas de atribuições, criam enunciados prescritivos. Decidir definitivamente casos concretos, porém, ao menos em suas funções típicas, não o fazem. Em uma linguagem cara ao leitor carneluttiano: decidem controversias, mas não julgam a lide (composição definitiva de conflitos de interesses). Enfim, a pluralidade de intérpretes não importa uma equiparação no grau de sua importância para o sistema normativo. Em segundo lugar, a estabilidade oriunda dos atos estatais *lato sensu* sempre comporta uma pluralidade de interpretações, e, por isso, pode ser considerada uma certeza *a priori*. A coisa julgada, por sua vez, opera como uma cláusula de encerramento das alternativas de significação. De uma lei podem-se depreender diversas normas jurídicas, ao passo que quem lê uma sentença extrai apenas uma, sob pena de embargos de declaração. Em terceiro lugar, a utilização do critério da eficácia subjetivamente ampla das leis em relação às sentenças (efeitos inter partes), para fins de determinação do grau de estabilidade normativa, prova demais. Isso porque, seguindo essa linha de exposição, o quórum para a revogação de uma lei federal deveria ser maior do que para a de uma lei municipal. Que uma emenda constitucional pressuponha uma maioria qualificada para aprovação é só uma evidência de que à vontade constituinte se submetem as maiorias de ocasião e, quer nos parecer, não infirma o argumento. E, por fim, a maior ou menor respeitabilidade dos atos estatais como critério para atribuição de maior ou menor estabilidade adota um referencial externo ao ato para definir a sua essência. A efetividade/eficácia social do comando é uma contingência exógena ao ato jurídico, mutável no tempo e espaço,

Assim, dimensões há de um princípio que são intangíveis, uma vez que materializam o mínimo irreduzível do valor que lhe está à base. E a coisa julgada (*certeza do direito*), por retratar o núcleo da segurança jurídica, não deve se submeter a uma infausta condição resolutiva relacionada à estabilização futura dos desacordos jurisprudenciais.

Dessa forma, é imperioso que o art. 966, inc. V do Novo Código de Processo Civil seja interpretado à luz da necessidade de encerramento do discurso jurídico após a formação da coisa julgada material.²³ Significa dizer que, uma vez concedida uma resposta hospedada pelo ordenamento jurídico, deve-se precluir a possibilidade de revolvimento do campo semântico. Assim não fora, e a se permitir que a imutabilidade decorrente da coisa julgada fosse sujeita a um evento futuro e incerto, restaurar-se-ia, na pena sempre certa de Barbosa Moreira, o *pseudoproblema* dos limites temporais da *res iudicata*, já que, em verdade, “a autoridade da coisa julgada, como tal, não se subordina a limite temporal algum”.²⁴

Posto, assim, e assim sumariamente assente, que (i) o Direito Processual consubstancia um conjunto de regras, princípios e postulados reguladores da conduta humana dentro e fora do arco procedimental; (ii) que esses dispositivos textuais consistem em um conjunto de signos linguísticos carentes de sentido antes do processo interpretativo;²⁵ (iii) que a pluralidade semântica antes da exegese - pressuposto de existência da Ciência Hermenêutica²⁶ - alberga a possibilidade de diversas normas jurídicas válidas serem colhidas a partir da mesma unidade fático-jurídica; (iv) é imperioso concluir que a *inesgotabilidade de sentido(s)* durante o processo judicial transmuda-se em *intangibilidade do sentido* após a formação da coisa.

razão pela qual não pode servir como elemento para a conceituação de um instituto. São essas, em apertadíssima síntese, as razões pelas quais se sustenta um sentido vetorial crescente de estabilidade decorrente do aprofundamento cognitivo da definitividade das posições jurídicas: *certeza da lei, certeza da jurisprudência e certeza do direito*.

23 MARINONI, Luiz Guilherme. *Cosa julgada institucional*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2010, p. 185.

24 Ainda e sempre a coisa julgada. *Revista dos Tribunais* n° 416, jun./1970, p. 15.

25 É nesse sentido a posição de Calmon de Passos: “(...) o Direito, mais que qualquer outro saber, é servo da linguagem. Como Direito posto é linguagem, sendo em nossos dias de evidência palmar constituir-se de quanto editado e comunicado, mediante a linguagem escrita, por quem com poderes para tanto. Também linguagem é o Direito aplicado ao caso concreto, sob a forma de decisão judicial ou administrativa. Dissociar o Direito da Linguagem será privá-lo de sua própria existência, porque, ontologicamente, ele é linguagem e somente linguagem”. (“Instrumentalidade do processo e devido processo legal”. *Revista de processo* n°. 102, 2001, p. 63/64).

26 “Se o sentido não fosse tão rico, se ele fosse único, não existiria qualquer motivo para se cogitar da Hermenêutica. O resultado da interpretação seria o mesmo. Aliás, não haveria o sentido, pois aquilo que fosse extraído, por ser único, não seria sentido. Este pressupõe alternativas de racionalidade. Por isso, também não haveria interpretação. (...) A Hermenêutica, portanto, origina-se da inexauribilidade do sentido”. (FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. 2ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2013, p. 244/245).

4. AÇÃO RESCISÓRIA NO CASO DE LEI SUJEITA À INTERPRETAÇÃO CONTROVERTIDA

Conforme se registrou, a cruzada contra a coisa julgada utiliza-se da ação rescisória para fins de relativização da segurança jurídica. Este instrumento, porém, é absolutamente inidôneo ao fim pretendido, o que pode ser depreendido, fundamentalmente, a partir de sua *ratio* e da causa de pedir próxima deduzida na ação autônoma de impugnação.

À luz do CPC/73, os *ihadistas* amparavam-se no art. 485 (“A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: V - violar literal disposição de lei”) para fins de impugnação da sentença transitada em julgado cuja norma jurídica estivesse em desconformidade com *princípio jurídico* posteriormente firmado pelos Tribunais Superiores. É de se esperar, portanto, que, sob o regime do novo Código de Processo Civil, semelhante atitude ocorra face à dicção do art. 966 (“A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: V - violar manifestamente norma jurídica”).

Sob o pálio do diploma revogado, Flávio Luiz Yarshell, ao analisar o conceito de *literal disposição de lei*, asseverou que “(a violação) exige que tenham sido frontal e diretamente violados o sentido e o propósito da norma”.²⁷ Sérgio Rizzi, por sua vez, ressalta que “é objeto da ação rescisória a decisão que afronta literal disposição de lei, não a decisão divergente”.²⁸

O Supremo Tribunal Federal, de sua parte, já teve oportunidade de afirmar que: (i) “Quando se julga uma rescisória não se julga com o mesmo critério jurídico com que se aprecia um recurso. De resto, a rescisória não é um recurso. Quando julgamos essa ação, não cabe apreciar qual a melhor interpretação da lei, mas, se a decisão rescindenda é nula por violação manifesta e enganada da lei”;²⁹ (ii) “só há tal violação quando a decisão rescindenda envolve contrariedade estridente com o dispositivo, e não a interpretação razoável ou a que diverge de outra interpretação, sem negar o que o legislador consentiu ou consentir no que ele negou”;³⁰

27 **Ação Rescisória – Juízos Rescindente e Rescisório**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 323.

28 **Ação Rescisória**, São Paulo: RT, 1979, p. 109/110. Rodrigo Klippel trabalha também com a ideia de divergência ao tratar do art. 485, V, CPC, veja-se: “A violação à literal disposição de lei é uma terminologia que pretende demonstrar, portanto, a existência de um consenso sobre o sentido jurídico da norma e a desatenção, por parte do julgador, a este significado” (**Ação Rescisória. Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 104).

29 Emb. Infring. AR 602/Guanabara, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, j. 22.11.1963.

30 RE 89.824/SP, Rel. Min. Moreira Alves, j. 29.08.1978.

(iii) “O pedido rescisório não é meio idôneo para postular-se nova abordagem hermenêutica de prescrições legais a cujo respeito a jurisprudência não seja unívoca”.³¹

Nesse contexto, foi editada a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, a qual dispõe que: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.³² O enunciado, deste modo, foi concebido como um *parâmetro negativo de subsunção*: sendo controvertida a matéria nos tribunais, não haveria violação a ensejar a rescisão.³³

Ocorre, porém, que no RE nº. 89.108/GO, Rel. Min. Cunha Peixoto, j. 19.12.80, entendeu-se que a Súmula 343 não se aplica no caso de desacordos interpretativos constitucionais. Isso porque, segundo o voto do Min. Soares Muñoz, seguido pelos demais ministros: “A inconstitucionalidade é o maior vício que a lei pode conter. O efeito da declaração de inconstitucionalidade é *ex tunc*”. E, após um período de dormência argumentativa, o Min. Gilmar Mendes, relator do RE nº. 328.812/AM-AgR, j. 10.12.2002, sobre encampar essa guinada jurisprudencial, trouxe novos aportes para o debate: “A melhor linha de interpretação do instituto da rescisória é aquela que privilegia a decisão desta Corte em matéria constitucional. Estamos aqui falando de decisões do órgão máximo do Judiciário, estamos falando de decisões definitivas e, sobretudo, estamos falando de decisões que, repito, concretizam diretamente o texto da Constituição. (...) A aplicação da Súmula 343 em matéria constitucional revela-se afrontosa não só à força normativa da Constituição, mas também ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional”.

Em sede jurisprudencial, a vigência da Súmula 343 vem sendo trabalhada a partir de duas perspectivas, uma relacionada com o campo da constitucionalidade e, outra, com o da legalidade. Quanto ao primeiro, é conhecida a posição do STF no sentido de que referido enunciado não se

³¹ AR 1.124/SP, Rel. Min. Francisco Rezek, j. 26.04.1984.

³² Ostentam semelhante teor as Súmulas 134 do extinto TFR e 83, I do TST, respectivamente: “Não cabe ação rescisória por violação de literal disposição de Lei se, ao tempo em que foi prolatada a sentença rescindenda, a interpretação era controvertida nos tribunais, embora posteriormente se tenha fixado favoravelmente a pretensão do autor”; “Não procede o pedido formulado na ação rescisória por violação literal de lei se a decisão rescindenda estiver baseada em texto legal infraconstitucional, de interpretação controvertida nos Tribunais”.

³³ Para exame de copiosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acolhendo o parâmetro negativo podem ser conferidos os acórdãos anotados por Theotônio Negrão (*Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor*. 44ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, nota 18 – 30 ao art. 485 do CPC).

aplica no âmbito da jurisdição constitucional.³⁴ No que se refere à legislação federal, conforme se observa de julgados do Superior Tribunal de Justiça, há uma tendência de aproximação com o entendimento do Supremo. Essa constatação decorre, *v. g.*, do voto do então Ministro do STJ Teori Zavascki, segundo o qual “a manutenção da Súmula 343 constitui, como se pode perceber, um significativo empecilho ao desempenho integral das funções institucionais do STJ, devendo, portanto, ser afastado”.³⁵

Não se pode olvidar que secundam esse entendimento processualistas de tomo. É o caso, *v. g.*, da Prof.^a Teresa Arruda Alvim Wambier, a qual preceitua que a Súmula 343 compromete os princípios da legalidade e da igualdade, pois “de nada adiantaria a existência de comando constitucional dirigido ao legislador se o Poder Judiciário não tivesse que seguir idêntica orientação, podendo decidir, com base na mesma lei, no mesmo momento histórico (ou seja, sem que fatores históricos possam influir no sentido que se deva dar à lei), em face de idênticos casos concretos, de modo diferente. Esses princípios têm, portanto, aplicação, por assim dizer, ‘engrenada’, funcionando ambos como pilares fundamentais da concepção moderna de Estado de Direito”.³⁶

Com amparo em Wambier e no mesmo diapasão, Robson Carlos de Oliveira sustenta que a Súmula 343 favorece o acaso, pois “alguns terão o azar de serem vencidos em ações propostas em período de divergência jurisprudencial, em que o julgado tenha se inclinado pela interpretação errada (fato constatado posteriormente pelo STF). Em outras ações, no mesmo período de tempo, haverá vencedores que tiveram a sorte de terem suas lides julgadas por tribunais que deram a correta interpretação à lei (posteriormente verificada equivar à do STF, em controle difuso da constitucionalidade)”.³⁷

34 Exceção a esse entendimento pode ser diagnosticada no RE nº 590.809, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 22.10.2014, o qual versava a possibilidade de rescisão de decisões que garantiram aos contribuintes o crédito-prêmio de IPI em virtude de isenção, não tributação ou alíquota zero. Como a jurisprudência do STF é manifestamente errática, ao sabor da composição sempre cambiante do tribunal, não se pode dizer que houve, nesse julgamento, um *overruling* do anterior entendimento.

35 Embargos de Divergência em REsp nº. 928.302/DF, Primeira Seção, Rel. Min. José Delgado, j. 23.04.2008. Essa posição foi acompanhada pela 1ª Turma no julgamento do REsp 1.026.234/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 27.05.2008.

36 **Nulidades do Processo e da Sentença**. 4ª ed., São Paulo: Ed. RT, 1997, p. 325. Da mesma autora, e no mesmo sentido, pode-se consultar “Sobre a Súmula 343” (**Revista de Processo** nº 86, abr./1997, p. 148 e ss.). Em 2014, essa posição foi reiterada na 7ª ed. do festejado **Nulidades** (p. 416/417).

37 “Ação rescisória de sentença baseada em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal via controle difuso da constitucionalidade: crítica à Súmula 343 do STF.” *In*: Nery Jr., Nelson; Wambier, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. V. 9, São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 548. Igualmente: De igual forma, ao se manifestar nos seguintes termos: “Essa posição ambígua do Superior Tribunal de Justiça não é digna de encômios e termina por demonstrar a falta de sensibilidade do Tribunal com sua

4.1 Desvendando alguns equívocos

O Min. Zavascki, em voto proferido nos Emb.Div. REsp. nº. 928.302/DF, j. 23.04.2008, insurge-se contra a Súmula 343 com esteio na função nomofilática do Superior Tribunal de Justiça, a qual conceitua como aquela “destinada a *aclara* e *integrar* o sistema normativo, propiciando-lhe uma aplicação uniforme”. Aduz o Ministro, ainda, que “seria mais natural que o STJ tivesse adotado, em relação à Súmula 343, a mesma postura que teve em relação à Súmula 400, rejeitando ambas, exatamente como fez o STF em matéria constitucional. Não se compreende que tenha tido posturas opostas em relação a cada uma delas. As mesmas razões que levaram o Tribunal a afastar a aplicação de uma, deveriam ter provocado o afastamento também da outra, já que ambas têm origem e sustentação na mesma corrente hermenêutica de tolerar sentenças com interpretação menos exata da lei, desde que razoável”.

Dois são, portanto, os pontos ventilados: (i) a função nomofilática desempenhada pelo STJ em sede rescisória e (ii) o argumento de que as mesmas razões que sustentaram o afastamento da Súmula 400 do STF³⁸ amparam a derrogação da Súmula 343.

4.2 Tribunais Superiores e Função Nomofilática

Quanto ao primeiro argumento, segundo Taruffo, a nomofilaquia consiste na atividade de tutela do *ius constitutionis*, mediante a prolação de sentenças capazes de formular em termos gerais a interpretação da lei e “*di impone questa interpretazione come canone di decisione dei casi successivi*”.³⁹⁻⁴⁰

função institucional de assegurar a uniformidade do direito federal. Talvez o Superior Tribunal de Justiça não tenha ainda percebido de que, a exemplo do que ocorre com o Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, é o STJ o responsável pela última e, conseqüentemente, única, obrigatória e vinculante interpretação do direito federal infraconstitucional”. (SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 45).

38 “Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra “a” do art. 101, III, da Constituição Federal”.

39 “*Precedente e giurisprudenza*”, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Editoriale Scientifica, 2007, p. 36. No mesmo sentido: NETO, Carlos Romero Lauria Paulo. **A decisão constitucional vinculante**, São Paulo: Método, 2011, p. 130.

40 Outra forma possível de se abordar a nomofilaquia - mas que não prevalece - a compreende como tutela da legalidade da decisão no caso concreto, de modo que a atividade interpretativa transforma-se num meio, e não no fim do conceito. Nesse caso, o papel nomofilático não é orientado a identificar a melhor interpretação da norma, pois “*se di una norma sono possibili più interpretazioni lecite, e se la sentenza impugnata ha applicato una di queste, ciò deve bastare per dire che la legalità è stata rispettata in quel caso, anche se l’interpretazione in esso adottata non è quella ottimale, o non è idonea a funzionare come regola generale. Diventa così possibile l’eventualità di diverse interpretazioni della stessa norma in funzione di fattispecie diverse, purché tutte queste interpretazioni rispettino il*

Perceba-se, na definição exposta, que há uma expressa referência à utilização do critério interpretativo em casos futuros, ou seja, a função de uniformização jurisprudencial não deve afetar situações jurídicas já constituídas, sob pena de violação à segurança jurídica. Os precedentes dos tribunais, portanto, projetam sua eficácia vinculante prospectivamente, conforme se colhe de outra obra do processualista: “É claro, de fato, que essas cortes acabam por conseguir o objetivo da uniformidade da jurisprudência *sucessiva* na medida em que as suas decisões adquirem eficácia de precedente diante dos juízes que devem decidir *casos futuros*”.⁴¹

É bem de ver que não se discute que as alterações nos enunciados prescritivos decorrentes das fontes formais do direito sejam inidôneas a revolver o manto preclusivo da coisa julgada. Trata-se de uma decorrência imediata do princípio da irretroatividade previsto no inc. XXXVI do art. 5º da Constituição Federal. Nesse sentido, veja-se que Chiovenda, a propósito da irretroatividade das leis interpretativas, após asseverar que esta objetiva “*togliere valore alle sentenze fondate sopra una interpretazione della legge precedente contraria alla nuova interpretazione autentica*”, prelecionou que: “*Che per sè una legge interpretativa non possa esercitare alcuna influenza sulle sentenze passate in giudicato deriva dalla natura stessa della cosa giudicata*”.⁴² Ora, se essa exegese vale para a lei interpretativa, por que a mesma conclusão não se aplica para o precedente? Existe alguma peculiaridade no sistema das fontes que justifique tratamento diverso?

As respostas perpassam a constatação de que o inc. XXXVI do art. 5º da Constituição Federal deve ser interpretado em sentido amplo (*irretroatividade do Direito*), do que resulta a necessidade de colher sob sua égide preceitos que se enfeixem dentro de uma compreensão lata do ordenamento jurídico. Quer-se dizer, com isso, que as normas produzidas através do Direito Jurisprudencial não podem retroagir, com amparo no art. 966 inc. V do NCP, para restabelecer o discurso hermenêutico sobre o âmbito semântico da *res* já definitivamente julgada.

Essa linha de exposição não é infirmada pelos efeitos *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato. Costuma-se afirmar que a decisão baseada em lei declarada incompatível com

critério di minima della compatibilità con il sistema e con i canoni generali dell'interpretazione della legge” (Introduzione. Il **vertice ambiguo**. **Saggi sulla Cassazione Civile**, Bologna: Il Mulino, 1991, p. 13.)

41 “As funções das Cortes supremas. Aspectos gerais”. In: **Processo civil comparado: Ensaios**. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 131.

42 *Op. cit.*, p. 917/918.

a Lei Maior aplicou lei inexistente e, portanto, deve ser rescindida. É a famigerada tese da *coisa julgada inconstitucional*, a qual já recebeu rios tangidos pelas mais diversas tintas. A esse respeito, é interessante colacionar a doutrina de Michele Taruffo, Luigi Paolo Comoglio e Conrado Ferri, segundo os quais: "*L'efficacia preclusiva del giudicato non è violata né può essere superata da una normativa che entri successivamente in vigore o da pronunce di illegittimità costituzionale delle disposizioni sostanziali applicate con la decisione poi passata in giudicato, nè quindi da modifiche intervenute successivamente.*"⁴³

Marinoni segue no mesmo diapasão e, após destacar a ressalva à coisa julgada dos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade prevista no art. 282 da Constituição portuguesa de 1976, leciona que: "É preciso esclarecer, em relação a este ponto, que a decisão que aplica lei posteriormente declarada inconstitucional não contrasta com a Constituição. (...) Ora, a decisão que viola frontalmente a Constituição ou que aplica lei já declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal obviamente não é irrelevante, podendo igualmente ser rescindida com base no art. 485, V, do Código de Processo Civil. Sustenta-se, aqui, a não assimilação destas decisões por decisão que aplicou – em época em que se controvertia sobre a questão constitucional – lei posteriormente declarada inconstitucional".⁴⁴

Não se pode concordar, portanto, com Ronaldo Cramer, quando afirma que "a lei inconstitucional não é nula, mas inexistente juridicamente. Se a lei inconstitucional é inexistente juridicamente, não houve jurisdição (que é justamente a atuação da vontade concreta da lei) no processo em que foi proferida uma sentença com baseada nessa lei. E se não houve jurisdição, inexistiram, também, processo, sentença e coisa julgada".⁴⁵ A uma, porque a caracterização da natureza jurídica de uma atividade não pode ficar submetida a uma condição resolutiva relacionada à uniformização jurisprudencial. A duas, porque a tese, arbitrariamente, cria um pressuposto processual de existência do processo sem qualquer supedâneo normativo. E, a três, porque, salvo a concepção autárquica de uma *fattispecie* específica, é impossível a subsunção da atividade de apli-

43 Lezioni sul processo civile. Il processo ordinario di cognizione. V. 1. 5ª ed., Bologna: Il Mulino, 2011, p. 762.

44 *Op. cit.*, p. 84-85.

45 "Impugnação da sentença transitada em julgado fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional". *Revista de Processo* nº 164, out./2008, p. 232.

cação da lei pelo juiz com foros de definitividade a qualquer categoria que não seja a jurisdicional.

Na esteira dessas convicções, apenas quando o STF tiver declarado a inconstitucionalidade da norma *anteriormente* ao trânsito em julgado da decisão rescindenda - em sede de fiscalização concentrada ou difusa⁴⁶ - há que se transigir com a Súmula 343.⁴⁷ Nessa situação, a função no-mofilática aplica-se imediatamente às ações em estado de litispêndia, mas não possui efeitos rescindentes, pois, conforme aduz Fernando Rubin: “a decisão transitada em julgado, sob o pálio de cognição exauriente, que observa os princípios constitucionais e os ditames legais atinentes ao caso, é, de fato, decisão suficiente, justa e ponderada. Não merecendo, portanto, mesmo com a superveniente alteração de interpretação do direito posto, ser reformada”.⁴⁸

Para além da preservação da segurança jurídica, duas outras razões podem ser ventiladas a fim de que os efeitos uniformizadores se manifestem apenas prospectivamente.

A primeira é que, conforme aduz Taruffo em referência a uma realidade em tudo semelhante àquela brasileira, “*sarebbe infatti inimmaginabile il caos che deriverebbe da una giurisprudenza fatta da diverse pronunce contraddittorie ma tutte vincolanti*”.⁴⁹ A diversidade de orientações jurisprudenciais em solo pátrio é alarmante em todos os graus de jurisdição. A uniformidade não é observada nem mesmo pelas cortes de vértice. E, como se sabe, quem não se respeita não se faz respeitar.

Um exemplo - dentre a plethora que poderia ser citada - é elucidativo do quadro que se vem de expor. No Resp nº 1.346.571/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 05.09.2013, em discussão acerca da condenação da parte ré sucumbente em ação de improbidade administrativa, averbou-se que “É firme a jurisprudência da Primeira Seção no sentido de que, por critério de simetria, não cabe a condenação da parte vencida em ação civil pública ao pagamento de honorários advocatícios”. Já no Resp. 1.320.315/DF, j. 12.11.2013, mesmas Turma (!) e Relatora (!), decidiu-se, em caso

46 Nesse ponto, destaque-se que em outra oportunidade tínhamos nos manifestado no sentido de que, em sede de controle difuso, seria necessária a resolução suspensiva do Senado Federal (GONÇALVES, Marcelo Barbi. “O resgate da Súmula 343 do STF: respostas corretas, segurança jurídica e razoável duração das controvérsias”. *Revista Dialética de Direito Processual* nº 135, jun./2014, p. 62 **passim**), posição que ora revimos.

47 No mesmo sentido: Ada P. Grinover (*op. cit.* p. 13); Eduardo Arruda Alvim (*op. cit.*, p. 956).

48 “Cabimento restritivo da ação rescisória diante da formação da coisa julgada material - O respeito à histórica Súmula 343 do STF.” *Revista Dialética de Direito Processual* nº 143, fev./2015, p. 28.

49 “*La Corte de Cassazione e la legge*”. In: **Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile**. Bologna: Il Mulino, 1991, p. 17.

com idêntico suporte fático, sem fazer qualquer menção à necessidade de *overruling*, que é “Inaplicável o art. 18 da Lei 7.347/1985 à hipótese, uma vez que a condenação em honorários advocatícios recaiu sobre os réus, em razão de sua sucumbência”. Ora, à vista desta realidade, o *ius superveniens* com eficácia retroativa atende ao princípio da segurança jurídica?

A segunda razão é que, atualmente, não se tem ainda um eficiente e seguro sistema de *reports* para fins de conhecimento da jurisprudência dos Tribunais. E, na pena certa de Gino Gorla, “*Il diritto, come guida del comportamento, è ridotto al livello di una cosa semplicemente inutile se è ignorato ed inconoscibile*”.⁵⁰ Significa dizer que, para além do grave problema de múltiplas respostas atualmente para a mesma tese jurídica, um eficaz meio de acesso à jurisprudência deve ser pensado como um pressuposto à implantação de um sistema de precedentes vinculantes. Gorla, após lembrar que durante a Segunda Guerra Mundial os arquivos da Corte de Londres foram salvos dos bombardeios por serem considerados depósitos de livros sacros, registra que o precedente judicial, assim como a lei, “*finchè non è portato alla luce, non fa storia*”.⁵¹

4.3 Da vocação da ação rescisória

Para além do quanto exposto, percebe-se que Zavascki incorre em um vício de impositação, eis que sustenta que a função nomofilática conferida ao STJ encontra-se inserta no plexo de todas as suas atribuições. Esse intuito ressoa evidente da competência para processar a reclamação constitucional (art. 105, inciso I, “f”) e o recurso especial (art. 105, inciso III), mas o mesmo não se pode dizer, *v.g.*, no caso de homologação de sentenças estrangeiras e concessão de *exequatur* (inciso I, “i”), *habeas corpus* (inciso I, “c”) e, notadamente, no caso de ações rescisórias (inciso I, “e”).

Essa função, sublinhe-se o ponto, é antitética à teleologia da rescisória, a qual não é instrumento destinado a impugnar disceptações de qualquer ordem, já que não tem por fim uniformizar o processo interpretativo, senão proteger o direito da parte. Significa dizer que, embora possa contribuir satelitariamente para a unidade da ordem jurídica, este não é seu objetivo primordial. Essa identificação do propósito da ação

50 Introduzione. “*Raccolta di saggi sull’interpretazione e sul valore del precedente giudiziale in Italia*”. Il Foro Italiano v. LXXXIX, 1966, Roma, 6.

51 *Op. cit.*, p. 12.

rescisória com a proteção do direito subjetivo - e, não, com a uniformização do direito objetivo - foi captada por Rosalina Pinto da Costa Rodrigues Pereira: “Este é um dos pontos de distinção entre a ação rescisória do recurso extraordinário. Embora sob a égide do Código anterior houvesse entendimento de que a rescisória e o recurso extraordinário têm a mesma finalidade, qual seja, manter a unidade do direito federal, estes institutos não se confundem. A rescisória, fundada na violação à literal disposição de lei, não visa à uniformização da interpretação das normas jurídicas. Tal função é inerente ao recurso extraordinário. Pontes de Miranda já afirmara que ‘a rescisória não visa, como o recurso extraordinário, manter a unidade do direito federal. *O remédio da rescisão nunca possuiu tal função*’.”⁵² Em síntese: a rescisória tem por objeto a decisão inquinada de vícios graves; não, assim, a decisão que deu *razoável interpretação à lei*.

É bem de ver que a função nomofilática dos recursos extraordinários (Re e Resp) manifesta-se no bojo de uma relação processual em curso, antes, pois, de a coisa julgada emergir como instituto *preclusivo do discurso argumentativo*.⁵³ Nesse sentido, veja-se o seguinte julgado do STF: “Quando se julga uma rescisória não se julga com o mesmo critério jurídico com que se aprecia um recurso. De resto, a rescisória não é um recurso. Quando julgamos essa ação, não cabe apreciar qual a melhor interpretação da lei, mas, se a decisão é nula por violação manifesta e desenganada da lei”.⁵⁴

Dessa forma, sob o manto diáfano da fantasia nomofilática, o que transparece é o intuito de transmudar a rescisória em mais uma instância recursal, ou seja, ter-se-ia um anômalo recurso de direito estrito com prazo bienal vocacionado à tutela da ordem jurídica objetiva. Com inteira razão, assim, Carlos Eduardo Araújo de Carvalho, ao afirmar que: “Imaginar que a ação rescisória pode servir para unificar o entendimento sobre a Constituição é desconsiderar a coisa julgada. Se é certo que o Supremo

52 “O artigo 485, V, do Código de Processo Civil”. **Revista de Processo** n° 86, abr.-jun./1997, p. 134. No mesmo sentido, Rizzi (*Op. cit.*, p. 109); Lucas Rister de Souza Lima (“Rescisória por violação à literal disposição de lei – aspectos polêmicos e atuais”. **Revista de Processo** n° 222, ago./2013, p. 299).

53 “Não há sentido em realizar um discurso jurídico sem que a discussão jurídica tenha termo. Na verdade, um discurso jurídico perpetuamente revisável não é um discurso jurídico, mas um discurso prático-geral. Nesta dimensão, a coisa julgada é uma regra formal do discurso jurídico, uma daquelas regras que fazem do discurso jurídico um caso especial do discurso moral” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. 2ª ed., São Paulo: RT, 2010, p. 185).

54 Emb. Infring. AR 602/Guanabara, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, j. 22.11.1963. Em outra passagem, colhe-se o seguinte excerto: “Desejo salientar aos eminentes colegas que o julgamento foi proferido em ação rescisória e não em recurso de revista, que é o recurso próprio para unificar jurisprudência”.

Tribunal Federal deve zelar pela uniformidade na interpretação da Constituição, isso obviamente não quer dizer que ele possa impor a desconsideração dos julgados que já produziram coisa julgada material”.⁵⁵

Tal tendência não pode, porém, ser aceita. A rescisória deve ser interpretada como um remédio processual excepcional.⁵⁶ Prova disso é a irrevocabilidade com esteio na *injustiça* da decisão,⁵⁷ bem como a orientação de interpretação restritiva das suas hipóteses de cabimento, notadamente do inc. V do art. 485,⁵⁸ haja vista o uso do termo linguístico *literalidade* para fins de rescisão.

A rescindibilidade com espeque na lesão ao princípio isonômico, ademais, importa na subversão de uma tradicional característica da rescisória, qual seja, seu incabimento à base da violação da jurisprudência. A admissão, portanto, do *iudicium rescindens* com fundamento na disparidade de tratamento oriunda de uma jurisprudência incoerente e contraditória⁵⁹ é uma extravagância⁶⁰. Ora, se sequer as súmulas persuasivas⁶¹ ou vinculantes⁶² - que condensam o posicionamento uniforme de um Tribunal acerca de determinada matéria - nunca deram azo à rescisória, é

55 "Coisa julgada inconstitucional por prejudicialidade transrescisória". *Revista Brasileira de Direito Processual - RBDpro* n. 88, ano 22, out.-dez./2014, p. 113.

56 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VI (Arts. 476-495), Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 246.

57 Conforme aduz Pontes de Miranda: "As sentenças injustas que não caibam numa das espécies dos arts. 485 e 486 são injustas, porém não rescindíveis" (Idem, p. 337). O art. 800 do CPC/1939 preceituava que "A injustiça da sentença e a má apreciação da prova ou errônea interpretação do contrato não autorizam o exercício da ação rescisória". Embora não tenha sido reiterado no atual CPC, o dispositivo, conforme notícia Alexandre Freitas Câmara, veícula norma que continua a ser pacificamente admitida pela doutrina (**Ação Rescisória**). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 10, 53 e 86). Equivoca-se no ponto, com a devida vênia, Welder Queiroz dos Santos, ao afirmar que a rescisória tem por finalidade a desconstituição da coisa julgada por motivos de injustiça da decisão rescindenda. ("Ação Rescisória: de Pontes de Miranda ao projeto de novo CPC". In: DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (coords.). **Pontes de Miranda e o Direito Processual**, Salvador: Jus Podium, 2013, p. 1.203.

58 YARSELL, *op. cit.*, p. 323.

59 É bem de ver as seguintes ponderações de Taruffo que, conquanto direcionadas à Corte di Cassazione, aplicam-se integralmente à realidade nacional: "*Per altro verso, il numero incontrollato delle decisioni favorisce una ulteriore degenerazione, ossia il frequente verificarsi di incoerenze, e spesso di evidenti contraddizioni, e di repentini mutamenti di indirizzo, nell'ambito della medesima giurisprudenza della Cassazione. Si tratta, purtroppo, di fenomeni assai noti e frequenti, sui quali non possiamo approfondire il discorso. Per quanto qui interessa, essi portano a far sì che l'uso della giurisprudenza sia spesso un'impresa complicata, difficile e rischiosa. Da un lato, invero, non si sa quasi mai se davvero si è arrivati a conoscere tutta la giurisprudenza (il che è spesso impossibile), o almeno tutta la giurisprudenza rilevante su una determinata questione. Dall'altro lato, spesso si scopre che la giurisprudenza è incoerente e contraddittoria: si tratterà allora di stabilire se vi è o non vi è giurisprudenza conforme, se vi è una giurisprudenza prevalente, se la giurisprudenza è incerta, o se addirittura vi è una situazione di caos giurisprudenziale" (Precedente e giurisprudenza..., p. 19).*

60 Por todos, Rosalina Pinto Costa Rodrigues Pereira (*op. cit.*, p. 127).

61 Nesse sentido, por todos, Freitas Câmara (*op. cit.*, p. 82).

62 Compartilhar desse entendimento Yarshell (*op. cit.*, p. 324, nota de rodapé nº 79).

coerente que se adote entendimento diverso para a violação de julgados colegiados não formalizados? Como a sumulação não pode acarretar uma *capitis diminutio* do acórdão, a resposta é desengadamente negativa.

4.4 Da indevida assimilação entre os Enunciados 343 e 400 do STF

No que respeita ao argumento de Zavascki referente à necessidade de adoção, em relação à Súmula 343, da mesma postura que se teve em relação à de nº 400,⁶³ uma vez que ambas teriam sustentação na *doutrina da tolerância de interpretação razoável*, é mister um breve esboço histórico.

A Súmula 400 foi aprovada na Sessão Plenária de 03/04/1964, ou seja, ao tempo da Carta de 1946, a qual preceituava que:

Art. 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes: a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal;

Como se observa, há uma *gradação da lesão* para fins de cabimento de recurso extraordinário caso se trate de matéria constitucional ou legal. Essa intelecção pode ser depreendida, inclusive, das precedentes Constituições de 1934 e 1937, respectivamente:

*Art. 76 - A Corte Suprema compete: 2) julgar: III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância: a) quando a decisão for contra **literal** disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado;*

*Art. 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: III - julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instâncias: a) quando a decisão for contra **a letra** de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado;*

Essa distinção não passou despercebida ao Prof. Arruda Alvim, veja-

63 Esse posicionamento é encampado por Eduardo Arruda Alvim (*Direito Processual Civil*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2008, p. 964); Wambier (*Nulidades...*, p. 335); Silva (*op. cit.*, p. 45).

-se: “Diversos textos evidenciam o cabimento do antigo recurso extraordinário apenas diante da infração *grave* à lei federal, o que ensejou graduação do teor de ilegalidade, para o fim de cabimento, ou não, do recurso extraordinário. Assim, a Constituição de 1934 aludia à hipótese de ser a decisão ‘contra *literal disposição de tratado* ou de *lei federal*’; a de 1937 referia-se à decisão ‘contra *a letra de tratado* ou *lei federal*’”.⁶⁴ Dessa forma, à época da edição da Súmula 400 era suficiente *contrariar* normas constitucionais, ao passo que, tangentemente à lei federal, haveria de ter ocorrido uma infração mais grave. Palmar o propósito restritivo.

Essa dualidade de tratamento, porém, não é observada na Carta de 1988,⁶⁵ a qual, em seus artigos 102 inc. III “a” e 105 inciso III “a”, vale-se do mesmo verbo, a saber, *contrariar*. Resultado: os critérios jurídicos mais flexíveis adotados para aferição do desrespeito ao texto constitucional devem ser transladados para fins de cabimento de recurso especial.

Mas, perceba-se, foi uma alteração na estrutura recursal extraordinária - notadamente em um requisito intrínseco de admissibilidade -, a razão pela qual não se continuou a aplicar a Súmula 400, e, não, um suposto afastamento da *teoria da tolerância de interpretação razoável*. Esclarece-se a afirmação com a seguinte passagem da lavra do Min. Sálvio de Figueiredo: “(...) este Tribunal, com raras exceções, não tem agasalhado o Enunciado nº 400 da Súmula do Pretório Excelso, *que se me afigura incompatível com o sistema recursal introduzido pela Carta de 1988*”.⁶⁶

Não bastasse esse argumento, outro há que deve ser salientado para denunciar a indevida assimilação entre as Súmulas 343 e 400 do Supremo Tribunal Federal. Conforme já se abordou, a função de uma corte suprema é elaborar pautas interpretativas vocacionadas a orientar prospectivamente a sociedade. Trata-se de escopo, em verdade, relacionado à própria razão de ser das cortes de vértice, as quais existem, precisamente, para definir a interpretação da lei mais consentânea com o ordenamento jurídico. E apenas a Súmula 400 obsta esse mister. É nesse sentido que se manifesta Mitidiero quando aduz que “(...) a *ratio* subjacente à Súmula 400 impede a definição do sentido que deve ser dado aos enunciados linguísticos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Jus-

64 “O Recurso Especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens”. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário**. São Paulo: RT, 1997, p. 23.

65 Esse viés de abertura pode ser antevisto com a Carta de 1967 ao se estabelecer a negativa de vigência da lei federal (art. 114, inciso III, “a”) para tornar o recurso extraordinário admissível.

66 Resp 5.936/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 04/06/1991.

tiça”, de forma que sua solução “carrega em si um equívoco evidente e sua superação foi altamente positiva para o sistema”. Quanto à Súmula 343, por sua vez, aduz que ela “apenas reconhece a possibilidade de um determinado enunciado linguístico *contar com duas ou mais interpretações possíveis*”, e que sua *ratio* opera “no âmbito da proteção que deve ser dada à segurança jurídica”.⁶⁷

Não há, portanto, que se falar em identidade de razões aptas à revogação da Súmula 400 e 343 do STF, pois a primeira, e não a segunda, atenta contra o ordem constitucional.

5. A DOCTRINA DA INTERPRETAÇÃO RAZOÁVEL E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Em obras doutrinárias, lê-se com frequência que a Súmula 343 viola o princípio da legalidade, o que exige, necessariamente, que se rejeite a existência de interpretações multifárias do mesmo texto normativo. Veja-se, seguindo essa linha de argumentação, o que diz a Prof.^a Teresa Arruda Alvim Wambier: “Se viram feridos de morte o princípio da legalidade e o da isonomia: a lei é uma só (necessariamente vocacionada para comportar um só e único entendimento, no mesmo momento histórico, e nunca mais de um entendimento simultaneamente válidos...), mas as decisões podem ser diferentes, porque os Tribunais podem decidir diferentemente, e esta circunstância está imune ao controle da parte pela via da ação rescisória”.⁶⁸ Em outras palavras: admite-se que as Cortes Superiores fixam a *única exegese correta*, de modo que, se a decisão rescindenda perfilou o sentido *errado*, deve ser conformada àquela.

Conquanto já se tenha dito que a rescisória não é instrumento predicado de nomofilaquia - o que, por si só, tornaria ociosa a discussão acerca da doutrina da *única resposta correta* nesta sede -, cabe refutar o argumento exposto.

Antes de abordar o tema sob uma perspectiva normativa, saliente-se que a interpretação do Direito, em certa medida, não se distancia dos parâmetros fundantes da interpretação em geral.⁶⁹ Volver luzes sobre *Os*

⁶⁷ *Op. cit.*, p. 122.

⁶⁸ **Nulidades...**, p. 326. Igualmente: MEDINA, José Miguel García (*Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2011, p. 495); ALVIM, Arruda (*op. cit.*, p. 33); OLIVEIRA, Robson Carlos de (*op. cit.*, p. 546 *et passim*).

⁶⁹ Nesse sentido, Aulis Aarnio: “*La interpretación de una novela y la interpretación jurídica se consideran muy parecidas a causa de que ambas implican una reacción del lector a um mensaje escrito dado*” (*Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica*. *Revista Doxa* n.º. 4 - Cuadernos de Filosofía del Derecho, 1987, p. 113).

limites da interpretação de Umberto Eco é, por isso, nodal, segundo Taruffo.⁷⁰ Trata-se, em síntese, de uma reunião de ensaios sobre os limites da interpretação de textos literários nos quais se rejeita peremptoriamente o mito do sentido único. A seguinte passagem de Eco é elucidativa acerca da indeterminação dos enunciados linguísticos: “Um texto, uma vez separado do seu emissor (bem como da intenção do emissor) e das circunstâncias concretas de sua emissão (e conseqüentemente de seu referencial implícito), flutua (por assim dizer) no vazio de um espaço potencialmente infinito de interpretações possíveis. Conseqüentemente, texto algum pode ser interpretado segundo a utopia de um sentido autorizado fixo, original e definitivo”.⁷¹

Depreende-se do escólio de Eco, de um lado, severa crítica à ficção da interpretação semântica única,⁷² e, por outro, a refutação da possibilidade de que a mensagem textual possa significar qualquer coisa.⁷³ Não apenas a pintura, cinema, esculturas e obras de arte, como também os textos jurídicos, à luz da perspectiva semiótica, admitem variadas exegeses, sendo “impossível dizer qual a melhor interpretação de um texto”.⁷⁴ Para que bem se compreenda o que se vem de expor, o estudo da Teoria *Cética* da Interpretação é essencial.

Conforme aduz Riccardo Guastini, um de seus principais expoentes, o vocábulo *norma* é usado de forma indistinta para fazer referência a objetos radicalmente diversos. Por vezes, se denomina *norma* o enunciado pertencente a uma fonte do direito. Em outras, porém, refere-se ao “contenido de significado de un enunciado legislativo, tal como resulta de su interpretación”.⁷⁵ Dessa forma, e agora com Giovanni Tarello, se pode concluir que “(...) *prima dell'attività dell'interprete, del documento ogetto*

70 “O que escreve Umberto Eco é uma crítica literária; mas sem trocar uma só vírgula, isso é válido também para a interpretação da lei, no plano dos conceitos gerais” (O **Precedente**. Tradução de Rafael Zanatta. Disponível em <http://cadernodeestudosjuridicos.blogspot.com.br/> Acesso em 04.03.2015).

71 **Os limites da interpretação**, São Paulo: Perspectiva, 2012, p. XIV.

72 *Idem*, p. 13.

73 A tese de que algumas leituras são indubitavelmente inválidas é exemplificada nos seguintes termos: “Se Jack, o Estripador nos viesse dizer que fez o que fez inspirado na leitura do Evangelho, nossa tendência seria pensar que ele leu o Novo Testamento de modo pelo menos inusitado. Um texto pode, assim, significar muitas coisas, mas sentidos há que seria arriscado perfilar, e esses – já que inadmitidos pela comunidade de intérpretes – devem ser rejeitados” (*Idem*, p. 34).

74 *Idem*, p. 81.

75 **Distinguendo - estudios de teoría y metateoría del derecho**, Editorial Gedisa, Barcelona, 1999, p. 100. Aduz, em seguida, Guastini que: “En este sentido, la disposición constituye el objeto de la actividad interpretativa, la norma su resultado. La disposición es un enunciado del lenguaje de las fuentes sujeto a interpretación y todavía por interpretar. La norma es más bien una disposición interpretada y, en ese sentido, reformulada por el intérprete: es, pues, un enunciado del lenguaje de los intérpretes” (p. 101).

dell'interpretazione si sa solo che esprime una o più norme, non quale questa norma sia o quali queste norme siano".⁷⁶

A propósito, Adrián Rentería Díaz, ao discorrer sobre a *trama aperta* do Direito, afirma que a sentença não é uma consequência automática de um procedimento exegético, senão o produto de uma atividade valorativa que perpassa as convicções morais, religiosas e sociais compartilhadas pela classe social da qual provém o juiz.⁷⁷ Díaz, ademais, elaborou uma didática conceituação acerca das três teorias da interpretação, a saber, a *cognitiva*⁷⁸, a *cética*⁷⁹ e a *intermediária*.⁸⁰ Mauro Barberis, por sua vez, dissertando sobre essa *tripartizione*, denomina-as, respectivamente, de *formalismo interpretativo*, *giurealismo* e *teoria mista*.⁸¹

Cabe salientar, de antemão, que apenas a Teoria *Cética* é compatível com o fenômeno hermenêutico, pois considera um pressuposto fundamental: o Direito é e *se manifesta* pela linguagem. Encampa-se na integralidade, desse modo, o pensar de Díaz: "*Sembra un dato incontrovertibile che nelle diverse fasi di un processo giurisdizionale il giudice trovi – im maggior o minor misura – spazi nei quali egli può esercitare la propria discrezionalità. In ragione di diversi fattori, che vanno dalla open texture del linguaggio normativo alla speciale natura dei fatti sui quali verte solitamente una questione giuridica, ad una produzione legislativa per lo più eterogenea e caotica, e alla tendenza del potere legislativo a lasciare la soluzione di complessi problemi sociali al potere giudiziario, risulta agevole sottolineare che nel processo di determinazione concreta del diritto il giudice non sempre trova una unica risposta, ma come, invece, egli debba scegliere fra un ventaglio di possibilità, tutte legittime dal punto di vista giuridico.*"⁸²

76 L'interpretazione della legge. Milano: Giuffrè, 1980, p. 63.

77 "Discrezionalità del giudice o risposta corretta?" *Revista de Processo* n° 83, São Paulo: RT, p. 164.

78 "I sostenitori della teoria cognitiva affermano che interpretare consiste nell'individuare un significato già dato, indipendente dall'interprete. (...) Secondo tale teoria (o famiglia di teorie), chiamata anche formalistica – per dirla in poche parole – è sempre possibile 'trovare l'interpretazione giusta o própria di ciascun enunciato giuridico, adatta a risolvere in modo giuridicamente esatto ciascun caso concreto'" (*Idem*, p. 160).

79 "D'altra parte, i sostenitori delle teorie scettiche dell'interpretazione sostengono – in aperto contrasto quindi con le teorie formalistiche – che l'interpretazione è attività non di conoscenza, ma di valutazione e decisione'. Le teorie scettiche, quindi, si fondano sull'opinione che non vi sia nulla che possa essere chiamato 'il significato próprio delle parole', e che ogni testo può essere inteso in una grande pluralità di modi diversi" (*Idem*, p. 161).

80 "Tuttavia, un tentativo di conciliazione è possibile trovarlo nella teoria intermedia di Carriò, secondo cui vi sono casi in cui la soluzione interpretativa è ovvia e automatica, mentre vi sono altri casi 'difficili' in cui non è così" (*Idem, ibidem*).

81 "Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione". *Rivista Analisi e diritto*, 2004, a cura de P. Comanducci e R. Guastini, p. 9.

82 *Idem*, p. 128.

Nesse ponto, é preciso trazer à colação a *moldura normativa kelseniana*, figura geométrica que bem retrata os lindes da exegese *cética*. É no capítulo oitavo da Teoria Pura do Direito (*Relativa indeterminação do ato de aplicação do Direito*) que se deve mergulhar para examinar como o Mestre de Viena vislumbra o processo interpretativo. Nesta ocasião, extrai-se inexoravelmente que, na perspectiva da pirâmide normativa, a regra de escalão superior não vincula em todas as direções (sob todos os aspectos) os atos mediante os quais é aplicada: “O Direito a aplicar forma uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível”.⁸³⁻⁸⁴

Percebe-se, assim, que o normativista visualizava a interpretação como uma atividade dirigida à redução da equivocidade do texto que comporta um juízo valorativo: “(...) na aplicação do direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva”.⁸⁵ Dessa maneira, como se entende por interpretação a fixação do conteúdo, sentido e alcance possíveis de um texto, o resultado do itinerário hermenêutico será o estabelecimento de um quadro no qual opções várias são simultaneamente legítimas. A jurisdição, por conseguinte, não conduz a uma única solução correta, senão a soluções dignas de igual respeito.⁸⁶

A Teoria *Mista* da Interpretação, por sua vez, afirma que apesar de o direito ser fundamentalmente indeterminado, não o é em todas as situações. Muitos casos se encontrariam em uma região de certeza semântica das regras, de forma que, nessas hipóteses, poder-se-ia falar em uma única

83 Teoria Pura do Direito, 8ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 390.

84 “Estamos convencidos, não obstante, de que a sentença é ato de criação do direito, embora o seja também e, ao mesmo tempo, de aplicação da norma legal. E, nessa afirmativa, inexistente algo de novo. Há tantas décadas, Hans Kelsen já afirmava expressamente que toda norma seria ato de aplicação e, ao mesmo tempo, de criação do direito” (DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2009, p. 226).

85 *Idem*, p. 394.

86 “A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação ‘correta’. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal de segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente. Não se pretende negar que esta ficção da univocidade das normas jurídicas, vista de uma certa posição política, pode ter grandes vantagens. Mas nenhuma vantagem política pode justificar que se faça uso desta ficção numa exposição científica do Direito positivo, proclamando como única correta, de um ponto de vista científico-objetivo, uma interpretação que, de um ponto de vista político-subjetivo, é mais desejável do que uma outra, igualmente possível do ponto de vista lógico. Neste caso, com efeito, apresenta-se falsamente como uma verdade científica aquilo que é tão-somente um juízo de valor político” (**Teoria Pura...**, p. 396).

solução correta. Nesse sentido, Herbert Hart trabalha essencialmente com a *textura aberta do direito* ao sustentar que um amplo leque de possibilidades pode ser vislumbrado a partir do caráter polissêmico da lei. Veja-se a lição que se colhe daquele que talvez seja o mais denso livro de filosofia jurídica do século XX: “Qualquer que seja a estratégia escolhida para a transmissão de padrões de comportamento, seja o precedente ou a legislação, esses padrões, por muito facilmente que funcionem na grande massa de casos comuns, se mostrarão imprecisos em algum ponto, quando sua aplicação for posta em dúvida; terão o que se tem chamado de *textura aberta*”.⁸⁷⁻⁸⁸

Em seu pós-escrito, Hart afirma que todas as normas têm uma *zona de penumbra* na qual o juiz precisa escolher entre alternativas igualmente corretas, e, para tanto, deve exercer o poder de criar o Direito. Nesse mister, deve ser sempre capaz de “justificar sua decisão mediante algumas razões, e deve atuar como faria um legislador consciencioso, decidindo de acordo com suas próprias convicções e valores”.⁸⁹⁻⁹⁰ Assim, por um lado, a Teoria *Mista* detém o mérito de trazer para o debate a indeterminação da linguagem. Mas, a despeito disso, continua presa à fantasia da *resposta correta*, típica expressão da Teoria *Cognitivista*.

Severa crítica a esse paradigma é fornecida por Aulis Aarnio, o qual, após distinguir suas versões forte⁹¹ e fraca⁹², rejeita-o ao argumento de

87 **O conceito de Direito.** 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 166. No mesmo sentido, Domingo Garcia Belaunde, após salientar que a linguagem jurídica “como todo lenguaje, se presta a confusiones, tiene zonas de penumbra, muchas veces es vago o circular o requiere precisiones para aclarar su significado”, conclui que “esto nos induce inevitablemente a tener humildad al enfocar el problema interpretativo y a aceptar sus limitaciones. No hay ni habrá, em el proceso interpretativo, una solución única y excluyente para cada caso.” (“La interpretación constitucional como problema”. **Revista de Estudios Políticos**, Nueva época, n° 86, octubre-diciembre/1994, p. 21).

88 “Existe um caminho do meio entre a Cila da indeterminação radical e a Caribdis da posição ingênua que sustenta uma determinação absoluta. Admite-se que o direito não é e não pode ser totalmente indeterminado. Entretanto, o que é crucial entender é que, apesar do fato de o direito ser necessariamente indeterminado, isso não significa que ele seja permeado por uma indeterminação difusa e radical. A sua indeterminação se dá nas beiradas”. (Struchiner, Noel. “Indeterminação e objetividade. Quando o direito diz o que não queremos ouvir”. In: Macedo Junior, Ronaldo Porto; Barbieri, Catarina Helena Cortada (coords.). **Direito e interpretação - racionalidades e instituições.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 123).

89 *Op. cit.*, p. 352.

90 No sentido de que o juiz dispõe de um espaço de livre decisão, o escólio de Winfried Hassemer: “No entanto, a ideia de que o veredicto judicial decorreria, inequivocamente, da norma codificada, foi, entretanto, superada. Ela deu lugar ao reconhecimento de que o juiz cria o direito. (...) Admite-se que as palavras da lei nem sempre dão indicações claras, que elas necessitam de ser preenchidas com valores, que são porosas ou vagas. (“Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei”. In: Kaufmann, A.; Hassemer, W (orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 283-298).

91 “Según esta versión, para caso concreto existe una respuesta correcta que, además, puede ser detectada. La respuesta está oculta em algún lugar dentro del ordenamiento jurídico, y la habilidad del juez consiste justamente em hacer explícito lo que está ya implícito”. (“La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”. **Revista Doxa** n° 08 - Cuadernos de Filosofía del Derecho, 1990, p. 24).

92 “Esta versión acepta la idea de que existe la respuesta correcta pero vacila a propósito de las posibilidades de descubrirla. La única respuesta correcta no puede detectarse siempre (quizá nunca)”. (*Idem, ibidem*).

que as expectativas legítimas dos jurisdicionados devem se cingir a “la mejor justificación posible, no a soluciones absolutamente correctas”.⁹³ Deveras, é inequívoca a impossibilidade de se assegurar qual decisão é a única correta, tendo em vista que a lei não possui um significado transcendente e tampouco é aplicada à revelia das valorações do intérprete.⁹⁴

O autor faz interessantes críticas ao juiz Hércules,⁹⁵ conhecido ideal regulativo de Dworkin que “dotado de sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, e orientado pelos princípios e capaz de identificá-los nas controvérsias, alcançaria o melhor julgamento de um caso”.⁹⁶ Em antagonismo a essa ficção, finca a racionalidade do discurso nas teorias da *argumentação jurídica*, *auditório universal* e *princípio majoritário*, as quais, por si sós, demandariam um artigo *ad hoc*.⁹⁷

93 Idem, p. 31.

94 “A interpretação da norma jurídica pode ser divergente, e nada há de equivocado nisto. Afinal, a interpretação varia conforme o intérprete, que jamais é neutro em sua exegese. Cada intérprete afirma o sentido da norma jurídica que lhe parece apropriado conforme seus próprios valores e a partir de sua visão pessoal de mundo. Assim, não se pode considerar que dada interpretação é certa ou errada. A interpretação é um horizonte aberto que conhece possibilidades e alternativas diversas. Deste modo, é de se afirmar que qualquer interpretação razoável da norma jurídica é compatível com a norma interpretada e, por isso, não a ofende. Por tal razão, não se pode rescindir um provimento judicial pelo simples fato de se ter baseado em uma das diversas possíveis interpretações da mesma norma jurídica. É verdade, porém, que para os que não estão habituados com o estudo da ciência jurídica, isso pode parecer aberrante. Afinal, pode mesmo acontecer de duas pessoas em situações jurídicas substancialmente iguais chegarem a resultados diferentes porque magistrados distintos julgaram suas causas. Cabe, porém, ao advogado advertir seu cliente sobre esse risco e tentar explicar as razões dessa possibilidade” (Câmara, Alexandre Freitas. *op. cit.*, p. 86).

95 Uma delas decorre do impasse lógico a que se chegaria caso se admitisse a possibilidade de uma mesma questão controvertida ser submetida à apreciação de dois juízes Hércules, veja-se: “*Una manera de formular el núcleo de la crítica es preguntar: qué ocurre si hay dos Hércules J.? Ambos son ciertamente seres racionales pero son capaces de resolver genuínos problemas axiológicos? Esto es importante, porque las elecciones finales en el razonamiento jurídico no descansan solamente sobre la racionalidad del procedimiento del razonamiento y las estructuras libres que aseguran la discusión ideal. El otro factor decisivo es el input, es decir, los datos que se introducen en la discusión. En fin, Hércules J. también está vinculado v. g. a los intereses que presenta o está obligado a presentar en el discurso. Hablando toscamente, ellos no abordan el problema desde el mismo – o incluso similar – punto de vista. Por consiguiente dos o más Hércules J. pueden alcanzar varias respuestas no equivalentes pero igualmente bien fundadas*”. (“La tesis”..., p. 32). Em sentido semelhante, Marcelo Neves ao afirmar que o juiz Hércules, “monológico e solipsista”, não atenta para o fato de que “o problema não reside na discricionariedade (do intérprete), mas sim na forma seletiva de estruturação da complexidade. A produção normativa constituinte ou legislativa (em sentido amplo) importa já uma forte redução ou estruturação seletiva de expectativas normativas existentes na sociedade sobre quais são os direitos e os deveres. Essa seleção pelos procedimentos constituintes ou legislativos não esgota o processo seletivo. A interpretação dos textos constitucionais e legais e a respectiva concretização normativa perante o caso importam uma nova seleção sobre as diversas expectativas normativas e também cognitivas que se desenvolvem em torno de definir-se quais os direitos e os deveres estabelecidos na Constituição e nas leis” (**Entre Hércules e Hidra – princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**, São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 57).

96 **Levando os direitos a sério...**, p. 165.

97 Para fins de aprofundamento, recomenda-se, do mesmo autor, “*Sobre la ambigüedad semántica...*”, p. 115 e ss. Ricardo Luis Lorenzetti, da mesma forma, refuta a tese da resposta correta ao aludir à migração de um contexto de descobrimento para um de justificação (**Teoria da decisão judicial**, 2ª ed., São Paulo: RT, 2010, p. 157, 163, 169, 172, 178 e 182). Domingo Garcia Belaunde também enfoca a necessidade de que as consequências do processo interpretativo configurem o resultado de uma argumentação jurídica que possa justificar-se por si mesma, que não seja arbitrária ou caótica, mas tampouco única ou absoluta (*Op. cit.*, p. 26 *et passim*).

À luz do princípio da segurança jurídica depreende-se, portanto, que a adoção de uma exegese, ao ser coberta pelo *manto preclusivo da coisa julgada*, não deve ficar condicionada a uma exata interpretação da lei. A essa persecução *ad infinitum* da resposta correta pode-se responder com a seguinte passagem de Crisanto Mandrioli: “*In realtà, se si ha riguardo alla fallibilità di ogni giudizio umano, neppure una lunga serie di giudizi di riesame potrebbe assicurare il giudizio perfetto, tale cioè da esprimere una certezza assoluta*”.⁹⁸ Destarte, com a preclusão das vias recursais, ocorre a escolha definitiva de uma *alternativa de significado*, é dizer, com a imutabilidade da sentença *fecham-se as demais alternativas antes possíveis de significação*.⁹⁹

Nessa linha, a incerteza das expectativas de conduta - resultante do caráter aberto da linguagem, e não apenas dos conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais - cessa com a formação da coisa julgada. Ou seja, continuar o debate argumentativo, *ad eternum*, solapa a confiança legítima na estabilidade das posições jurídicas.¹⁰⁰ Dessa forma, resulta claro que a Súmula 343 não viola o princípio da legalidade, ao revés, o enaltece ao prestigiar a segurança jurídica, corroborando com a juridicidade (conformação não apenas com a lei, senão com o Direito) das decisões judiciais.

6. EXISTEM CORTES SUPREMAS DO A E DO B?

Deve-se analisar, outrossim, o argumento de que a Súmula 343 não pode ser admitida em sede de jurisdição constitucional face ao Princípio da Força Normativa da Constituição.¹⁰¹ Veja-se a posição exposta pelo Min. Gilmar Mendes: “Uma decisão definitiva do STJ, pacificando a interpretação de uma lei, não possui o mesmo alcance de uma decisão definitiva desta Corte em matéria constitucional. Controvérsia na interpretação de lei e controvérsia constitucional são coisas absolutamente distintas e para cada uma delas o nosso sistema constitucional estabeleceu mecanismos de solução diferenciados com resultados também diferenciados”

98 Corso di Diritto Processuale Civile. Nozioni Introductive e disposizioni generali. 11ª ed., Torino: G. Giappichelli Editore, 2013, v. 1., p. 14.

99 A expressão é de Derzi, *op. cit.*, p. 188, 227 e 266.

100 Gregório Cesar Borges e Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo correlacionam a coisa julgada e o princípio da confiança com rigor: “Coisa julgada inconstitucional: contornos em face da segurança jurídica” (**Revista de Processo** n° 221, jul./2013, p. 93).

101 Posição defendida pelos Min. Gilmar Mendes (RE n°. 328.812/AM-Agr, j. 10.12.2002) e Teori Zavaski (Embargos de Divergência em Resp n°. 928.302, j. 23.04.2008).

(...) “A violação à norma constitucional, para fins de admissibilidade de rescisória, é sem dúvida algo mais grave que a violação à lei. Isto já havia sido intuído por Pontes de Miranda ao discorrer especificamente sobre a hipótese de rescisória hoje descrita no art. 485, inciso V, do CPC. Sobre a violação à Constituição como pressuposto para a ação rescisória, dizia Pontes que ‘o direito constitucional é direito, como os outros ramos. Não o é menos; em certo sentido, é ainda mais’”.

De plano, duas considerações. A primeira é que inexistente qualquer diferença entre a interpretação constitucional e a infraconstitucional, pois “em ambos os casos é necessário individualizar sentidos possíveis, valorá-los e escolher aquele que encontra maior suporte na ordem jurídica”.¹⁰² A segunda é que o STF é tão intérprete último da Constituição Federal quanto o é o STJ da legislação federal. Sem assomos de vaidade, cada qual é Corte Suprema em sua esfera de competências. Ambos possuem, como se sói dizer, a prerrogativa de *errar por último*, já que fixam, em caráter irrecorrível, em seus âmbitos de atribuições, uma dentre as várias possibilidades hermenêuticas.¹⁰³ Não há que se falar em um Tribunal Superior *do A* e outro *do B* na perspectiva de uma assimetria nomofilática.

É preciso, ademais, contextualizar a citação realizada pelo Min. Gilmar Mendes. Trata-se da segunda frase de um parágrafo que principia com a desaprovação de Pontes a dois acórdãos do TJSP que ostentam a seguinte ementa: “A sentença que julga contrária à Constituição regra jurídica de decreto ou lei não é suscetível de rescisão”.¹⁰⁴

Com a devida vênia ao Ministro, o objetivo de Pontes é simplesmente afirmar que a Lei Fundamental também é “lei” para fins de rescisão. Nada mais. Conquanto essa assertiva, hoje, seja elementar, não o era em meados do século XX, época na qual vicejava uma percepção de *baixa normatividade* das leis supremas.¹⁰⁵ A ascensão das constituições ao patamar normativo é fenômeno relativamente recente, remontando, no cenário pátrio, à Carta de 88. Outrora, como é cediço, eram vistas como programas políticos e cartas de intenções desprovidas de vinculatividade, de maneira que o enquadramento das normas constitucionais no concei-

¹⁰² Mitidiero, *op. cit.*, p. 80.

¹⁰³ É por isso que o STF deve obediência à interpretação do STJ ao julgar ação de competência originária que verse lei federal.

¹⁰⁴ **Comentários ao Código de Processo Civil**, Tomo VI (Arts. 476-495). Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 296.

¹⁰⁵ Ao dissertar sobre a supremacia da lei no Estado Liberal, assim se manifesta Gustavo Zagrebelsky: “L’*espressione giuridica di questa egemonia era la legge alla quale, per conseguenza, era riconosciuto il primato tra tutti gli atti giuridici e anche rispetto ai documenti costituzionali di allora*” (*op. cit.*, p. 35).

to de “lei” fora afirmação tudo menos óbvia. É nesse contexto, pois, que a citação deve ser compreendida.

E a leitura de Pontes que vimos de expor torna-se palmar quando se lê em outra passagem que: “A violação ao próprio direito constitucional, em tese, não é mais suficiente como pressuposto da ação rescisória do que a violação do direito ordinário, processual ou material público ou privado (...) Se o juiz viola regra de direito pré-processual, processual, material, constitucional, administrativo, judiciário interno, sobredireito no tempo ou no espaço, ou no espaço-tempo, a rescisória cabe. O recurso extraordinário seleciona direito, a ação rescisória, não”.¹⁰⁶ Então, se se pode dizer, sem recursos mediúnicos, que Pontes *intuiu* algo, certamente não é que a violação à norma constitucional, para fins de admissibilidade de rescisória, é mais grave que a violação à lei.

Resulta claro, assim, que a *tutela constitucional da coisa julgada* não oscila em virtude do grau hierárquico do dispositivo desrespeitado. Não há uma *res iudicata* mais e outra menos imutável e indiscutível. Em suma: se é válido o argumento de que não existem Cortes Supremas *do A* e *do B*, igualmente o é aquele que refuta uma coisa julgada *do A* e, outra, *do B*.

7. EFEITOS PRÓ-FUTURO E A ISONOMIA

É evidente que a vinculação à jurisprudência dos Tribunais é medida salutar que privilegia a isonomia, segurança jurídica, duração razoável dos processos e a credibilidade do Poder Judiciário. O respeito à jurisprudência é um consectário lógico da função de nomofilaquia interpretativa que se reconhece aos Tribunais Superiores. Antes: é uma decorrência da própria concepção de sistema, que independe, quer nos parecer, de expressa previsão normativa. Contudo, esse não é o ponto. O de que se trata é se, a fim de exaltar esses valores, deve-se transigir com a coisa julgada.

Destaque-se, além disso, que os efeitos pró-futuro da nomofilaquia são uma decorrência do princípio da segurança jurídica que não se chocam com a isonomia. Igualdade é tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente. Dessa forma, não se pode pretender que aqueles que estão cobertos pela imutabilidade da coisa julgada são iguais àqueles que não o estão. São situações fáticas absolutamente díspares, de forma que a isonomia deve ser vislumbrada a partir da seguinte cisão: (*i*) aqueles

¹⁰⁶ *Op. cit.*, p. 306.

cujas posições jurídicas ainda estão processualmente indefinidas devem seguir a orientação jurisprudencial pretérita; (ii) e, por sua vez, aqueles que se submeteram a um processo jurisdicional transitado em julgado devem ter sua expectativa de estabilidade assegurada.

É sob o prisma substancial, pois, que se deve aplicar a igualdade quando se está a perquirir sobre a incidência da Súmula 343 sobre o direito fundamental à tutela jurisdicional definitiva. E, conforme salienta Mitidiero, “a igualdade realiza-se aí pelo tratamento isonômico deferido a todos que se encontram na mesma situação: aqueles que contam com a proteção da coisa julgada têm suas esferas jurídicas protegidas contra o precedente superveniente; aqueles que não contam com a proteção da coisa julgada ficam sujeitos à força do precedente”.¹⁰⁷

8. CONCLUSÃO

A estabilidade é elemento ínsito ao Estado de Direito, de forma que a tutela das legítimas expectativas dos jurisdicionados decorrente da coisa julgada não pode ficar à mercê da decisão - sempre cambiante - dos Tribunais. É difícil acreditar que outro instituto incorpore na esfera jurídica dos cidadãos um sentimento maior de previsibilidade do que a sentença passada em julgado. Leis, portarias e quejandos não o fazem. A Constituição, desbragadamente emendada, é o retrato das promessas incumpridas. A coisa julgada, não. Esta potencializa o princípio da confiança, pois o processo, quando ela se forma, já está encerrado. Nos casos de leis, atos normativos e decisões jurisdicionais não definitivamente prolatadas, a previsibilidade jaz em *estado de potência*. Após o trânsito em julgado, a calculabilidade já é um *dado*, e como o passado não pode ser incerto, a segurança jurídica deve ser superlativamente tutelada.

O Poder Legislativo, atento à magnitude dos valores em contraposição no processo, concebeu institutos vocacionados a tutelar cada uma dessas eficácias da segurança jurídica. Assim, durante a litispendência, busca-se arrostar as divergências interpretativas e resguardar a igualdade de tratamento. É o caso, *v.g.*, do incidente de uniformização de jurisprudência, da assunção de competência, do recurso especial por dissídio jurisprudencial, dos embargos de divergência e etc. Mas, após o trânsito em julgado, prevalece, para além de eventual tratamento díspare, e em

¹⁰⁷ *Op. cit.*, p. 114.

abono da segurança jurídica, a imutabilidade da *res iudicata*. Ou seja: o argumento em favor da uniformidade perde força com o passar do tempo.

Reiterando o quanto dito, não se pode olvidar que a decisão correta é uma quimera. Chega de rubor: a multiplicidade de interpretações possíveis de um litígio não é arrolada na motivação das decisões por razões de política judiciária. Apenas por isso. Não são infrequentes as vezes em que se principia a motivação sentencial com uma determinada orientação interpretativa e, em seu curso, se depara com outra igualmente válida.¹⁰⁸

Por fim, destaque-se que a importância do tema em foco se mantém com a edição do novo Código de Processo Civil, o qual, em verdade, não altera o *estado da arte* do quanto aqui debatido. Com efeito, abstém-se da discussão ao simplesmente prever o cabimento de ação rescisória quando a decisão “violou manifestamente norma jurídica” (art. 966, inc. V). Apenas uma variação sobre o mesmo tema, como se pode verificar. O advérbio utilizado leva a crer que a Súmula 343 permanece vigente. Mera especulação, claro. O que não o é, infelizmente, é a constatação de que o novo CPC já nasce com o sabor de mais do mesmo. E, assim, a infantil lógica binária da decisão certa ou errada ainda será um espectro a acossar os princípios constitucionais do Estado de Direito, da segurança jurídica e da duração razoável das controvérsias. ❖

108 Passagem há de Benjamin N. Cardozo que, conquanto longa, é digna de transcrição: “Resta por fim uma porcentagem – não muito grande, mas também nem tão pequena a ponto de ser desprezível – em que a decisão num ou noutro sentido será levada em conta no futuro e poderá avançar ou retardar, ora muito, ora pouco, o desenvolvimento do Direito. São esses os casos em que o elemento criativo do processo judicial encontra sua oportunidade e potencialidade. Foi basicamente deles que me ocupei em tudo o que disse aqui. Em certo sentido, é verdade que muitos desses casos podem ser decididos de uma maneira ou de outra. Com isso quero dizer que é possível encontrar razões plausíveis e totalmente convincentes para justificar uma ou outra conclusão. (...) em meus primeiros anos como juiz, era tamanha minha perturbação do espírito que eu não conseguia perceber que não havia rastros ou vestígios no oceano em que me lançara. Eu buscava a certeza. Fiquei deprimido e desanimado quando descobri que essa busca era fútil, estava tentando alcançar a terra, a terra firme das normas fixas e estabelecidas, o paraíso de uma justiça que se revelasse ainda mais clara e mais dominante do que seus pálidos e tênues reflexos em minha própria mente e consciência vacilantes”. (**A natureza do processo judicial**, São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 122-123).

Notas sobre Competência nas Ações de Alteração de Identidade de Gênero por Transexualidade

(Gênero vs. orientação sexual em perspectiva civil-constitucional)

Marco Aurélio Bezerra de Melo

Desembargador do TJRJ, Mestre em Direito e Professor de Direito Civil e do Consumidor da EMERJ.

Fábio de Oliveira Azevedo

Advogado, Mestre em Direito e Professor de Direito Civil e do Consumidor da EMERJ.

I. Apresentação do problema; II. Distinção entre orientação sexual e identidade de gênero; III. Critérios de competência; IV. A competência das Varas de Registro Público na experiência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

I - APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA

Discute-se, em doutrina e jurisprudência, a viabilidade jurídica da alteração do sexo e do prenome da pessoa humana que não se sinta psicossocialmente conforme seu sexo biológico, caracterizando a transexualidade.

Esse tema já foi objeto de decisão favorável no Egrégio Superior Tribunal de Justiça¹ e de Resolução do Conselho Federal de Medicina² reconhecendo a insuficiência do critério biológico para traduzir o direito à autodeterminação e à diversidade humana.

Para além dessa possibilidade, baseada no modelo binário que compreende, em tom excludente, somente as identidades masculina e feminina, a realidade social e a velocidade das transformações sociais, o respeito à pluralidade e a aversão constitucional ao preconceito e discriminação tem encorajado a revelação de novos modos particulares de identificação do gênero a que pertence cada um, aí se incluindo a neutralidade de gênero, como já admitem alguns países europeus.

Em tese, ao menos na experiência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, pode-se cogitar três possibilidades de competência em relação ao pedido de alteração do nome e do sexo no caso de transexualidade: i) Varas Cíveis; ii) Varas de Família; iii) Vara de Registro Público.

Este singelo trabalho tem o propósito de apontar, em conformidade com a Constituição da República e o substrato existente nas referidas ações, o órgão competente para julgar o referido processo, e, para isso, partirá de algumas premissas que serão desenvolvidas separadamente: a) distinção entre orientação sexual e identidade de gênero; b) os fundamentos civis-constitucionais para o reconhecimento do direito ao pertencimento; c) os critérios de competência; d) a definição da competência na experiência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

1 Registro público. Mudança de sexo. Exame de matéria constitucional. Impossibilidade de exame na via do recurso especial. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 211/STJ. Registro civil. Alteração do prenome e do sexo. Decisão judicial. Averbção. Livro cartorário. 1. Refoge da competência outorgada ao Superior Tribunal de Justiça apreciar, em sede de recurso especial, a interpretação de normas e princípios de natureza constitucional. 2. Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 211/STJ quando a questão suscitada no recurso especial, não obstante a oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pela Corte *a quo*. 3. O acesso à via excepcional, nos casos em que o Tribunal *a quo*, a despeito da oposição de embargos de declaração, não regulariza a omissão apontada, depende da veiculação, nas razões do recurso especial, de ofensa ao art. 535 do CPC. 4. *A interpretação conjugada dos arts. 55 e 58 da Lei n. 6.015/73 confere amparo legal para que transexual operado obtenha autorização judicial para a alteração de seu prenome, substituindo-o por apelido público e notório pelo qual é conhecido no meio em que vive.* 5. *Não entender juridicamente possível o pedido formulado na exordial significa postergar o exercício do direito à identidade pessoal e subtrair do indivíduo a prerrogativa de adequar o registro do sexo à sua nova condição física, impedindo, assim, a sua integração na sociedade.* 6. *No livro cartorário, deve ficar averbado, à margem do registro de prenome e de sexo, que as modificações procedidas decorreram de decisão judicial.* 7. Recurso especial conhecido em parte e provido. (REsp 737.993/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 10/11/2009, DJe 18/12/2009).

2 Resolução CFM nº 1.955/2010.

II – DISTINÇÃO ENTRE ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO

Algumas vezes por preconceito, outras por ignorância, vê-se não ser raro haver profunda confusão conceitual entre orientação sexual e identidade de gênero, conceitos apartados e que podem possibilitar as mais diversas combinações.

Vê-se pela orientação sexual – e não opção, pois não se trata de escolha pura e simples - apenas a indicação do (s) gênero (s) em relação ao qual a pessoa sente-se atraída física e/ou emocionalmente por outra. Daí falar-se em orientação heterossexual (atração por outro gênero), homossexual (atração pelo mesmo gênero), bissexual (atração pelos dois gêneros), assexuada (sexual e/ou afetivamente) ou panssexual (atração por todos os gêneros).

Distingue-se da identidade de gênero, pois, ao contrário da posição de atração em relação aos outros que caracteriza a orientação sexual, na identidade de gênero identifica-se a pessoa e o modo como ela se reconhece a partir dos padrões de gêneros apresentados socialmente.

Nesse sentido, a posição até hoje adotada pela doutrina civil clássica associa a identidade de gênero ao critério biológico e aos respectivos papéis de gênero historicamente desenvolvidos pelas culturas ocidentais - nem sempre correspondentes a constituição do sentimento individual de identidade - de modo que existiriam apenas dois gêneros: i) masculino; ii) feminino.

Tal realidade mostra-se inteiramente insuficiente para explicar as transformações pelas quais passa a sociedade, a exigir do operador olhar atento para verificar os valores constitucionais que essas mudanças expressam em cada caso concreto, a partir do qual será produzida a norma jurídica que disciplinará as questões que o tema suscita.

A distinção entre orientação sexual e identidade de gênero não é difícil de ser compreendida.

Pense-se no indivíduo, reconhecido biologicamente como sendo do sexo masculino, mas que psicossocialmente enxergue-se como pertencente à identidade feminina. Dito de outro modo, esse homem, biologicamente, é uma mulher psicossocialmente.

Esse transexual, todavia, pode sentir atração por homens (transexual heterossexual), mulheres (transexual homossexual), por ambos (transexual bissexual), ser transexual assexuado ou até mesmo revelar-se um transexual pansexual.

Veja-se que a realidade social mostra episódios absolutamente distantes dos padrões convencionais, aí se incluindo a premissa, até pouco tempo inabalável, de que apenas mulheres poderiam engravidar. Na Argentina, Alexis Taborda casou-se com Karen Bruselario. Seria um casamento convencional, não fosse o fato de que suas identidades não refletem o gênero a que pertencem pelo critério biológico. Os dois são transexuais, ou seja, Alexis é biologicamente do gênero feminino, ao passo que sua mulher Karen é biologicamente do gênero masculino, tendo sido preservadas suas capacidades reprodutivas biológicas. Alexis, assim, engravidou de sua esposa, dando à luz uma saudável criança, batizada como Genesis Evangelina.

Nota-se, pela transexualidade, a ausência de correspondência entre a identidade de gênero do transexual e aquela designada pelo registro público, por ocasião do seu nascimento.

É o caso Lili, ocorrido na década de 20, que ganhou notoriedade a partir de 2016 pela (pseudo) cinebiografia “garota dinamarquesa”. Tal enredo retrata uma das primeiras cirurgias realizadas em transexual visando a adequação do fenótipo. Gerda Gottlieb precisava concluir a pintura de um quadro retratando uma atriz vestida de bailarina. Pela ausência da modelo, solicitou que seu marido Einar colocasse um vestido com saia plissada, sapatos altos e meias. Após curta hesitação, o marido aceitou a experiência que viria a mudar para sempre sua vida e revelaria sua verdadeira identidade. Passou a vestir-se como mulher em viagens para França e Itália, apresentando-se publicamente como Lili Ebe.

No Brasil, o Conselho Federal de Medicina editou a resolução 1.955/2010, definindo o transexual como “portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoextermínio”, contrariando sistemas mais avançados, como o Francês, que desde 2010 deixou de considerar a transexualidade um transtorno mental, pioneirismo que tende a ser seguido pela Organização Mundial de Saúde - OMS.

Vê-se, desse modo, que a cirurgia disciplinada pelo CFM representa uma simples readequação do corpo à identidade de gênero, não haven-

do, tecnicamente, uma “mudança de sexo”, mas uma simples correção registral.

Dito de outro modo, busca-se apenas readequar o fenótipo à identidade de gênero, não se tratando a transexualidade de simples questão sexual, tal como ocorre com a homossexualidade, ou mesmo associando-se com o fetiche pelo travestismo, outra possibilidade incluída no grupo de transgêneros, assim entendida toda forma de incompatibilidade entre a identidade de gênero e o registro civil da pessoa.

III – FUNDAMENTOS CIVIS-CONSTITUCIONAIS PARA A TUTELA DA IDENTIDADE DE GÊNERO DO TRANSEXUAL E A RETIFICAÇÃO DO NOME E DO GÊNERO

Sabe-se que a dignidade da pessoa humana foi catapultada ao *status* de fundamento da República federal brasileira, de modo a reconhecer o direito ao desenvolvimento pleno da personalidade jurídica e a tutela dos conteúdos que compõem a dignidade: (i) autonomia, (ii) conteúdo intrínseco e (iii) conteúdo comunitário.

Para além da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II, CF), outros valores constitucionais sustentam a pretensão de retificação do nome e do sexo: i) vedação a discriminação odiosa (art. 3, IV, CF); ii) igualdade (art. 5º, CF); iii) privacidade (art. 5º, X, CF).

A interpretação conforme a Constituição não pode ser considerada em termos absolutos e, muito menos, ser realizada de modo a-histórico, em busca de verdades universais e imutáveis. Cabe ao intérprete, abandonado o positivismo jurídico e sua lógica formal positivista, individuar o valor constitucional presente no caso concreto, a partir de todas circunstâncias verificadas, extraíndo-se do ordenamento jurídico a norma a ser aplicada.

Define-se o papel do estado e do direito a partir dessas premissas, de modo a reconhecer-lhe o dever de proteger a diversidade no exercício do direito a autodeterminação que compõe o princípio da dignidade da pessoa humana, respeitando essa pluralidade, criando mecanismos para realizá-la e fomentando a tolerância sem a qual difícil se mostra superar o preconceito e a discriminação.

IV – COMPETÊNCIA DAS VARAS DE REGISTRO PÚBLICO PARA AS AÇÕES QUE BUSCAM A ALTERAÇÃO DA IDENTIDADE DE GÊNERO DO TRANSEXUAL. INEXISTÊNCIA DE AÇÃO DE ESTADO

Como dito anteriormente, ao menos em princípio, podem-se vislumbrar três possibilidades de fixação de competência: i) Varas Cíveis; ii) Varas de Família; iii) Vara de Registro Público.

Para identificar a competência para julgar esta ação de alteração de identidade de gênero e nome é preciso lembrar que existem três critérios para a fixação de competência: i) territorial; ii) funcional; iii) objetivo.

Interessa no presente caso o critério objetivo, que pode basear-se no valor, pessoa ou matéria, sendo fixado de acordo com as leis de organização judiciária. Na experiência do Código de Organização e Divisão Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, observa-se que a competência das Varas de Família e Registros Público são fixadas pela matéria, sendo, pois, de natureza absoluta.

A alteração do prenome e do sexo enquadram-se nas matérias que deveriam ser elencadas em razão da matéria, afastando, *ipso facto*, a competência genérica das Varas Cíveis. Nesse diapasão, o artigo 84 do CODJERJ assim se pronuncia: “os Juízes de Direito das Varas Cíveis têm competência genérica e plena na matéria de sua denominação, inclusive no que se refere às causas de reduzido valor econômico ou de menor complexidade, ressalvada a privativa de outros juízes, competindo-lhes, ainda, cumprir precatórias pertinentes à jurisdição cível.

Assim, com base na própria autorização contida no referido art. 84 do CODJERJ, identifica-se a existência de dispositivos afastando essa competência genérica e comum, criando-se, assim, competências específicas em razão da matéria.

Em relação à Vara de Registro Público, estabelece o art. 89 do CODJERJ competir aos juízes de direito, especialmente em matéria de registro público, salvo o de registro civil das pessoas naturais: I - processar e julgar os feitos contenciosos e administrativos, principais, acessórios e seus incidentes relativos aos registros públicos;

Já com relação às Varas de Família, estabelece o art. 85 do CODJERJ um extenso rol de matérias submetidas a sua competência, sendo certo que a matéria aqui tratada não está incluída expressamente em nenhuma

das hipóteses ali elencadas. Entendemos, outrora, que diante dessa lacuna, seria essa a competência correta por se tratar de ação de alteração de estado, mas revemos nossa posição³, pois os estudos sobre a designação do sexo mostram que na realidade o requerente postula em juízo tão-somente a retificação do seu registro pela desconformidade entre o sexo biológico e o psicológico, sendo então um feito que guarda relação direta e imediata com o registro público de nascimento. Não há alteração do estado pela identificação do sexo masculino ou feminino que se pretende afirmar, mediante a análise circunstanciada que o juízo fará das provas apresentadas.

Destarte, afastando-se a competência comum das Varas Cíveis e diante da lacuna do CODJERJ, parece-nos que as Varas de Registros Públicos atraem a competência para julgar as ações de alteração de identidade de gênero, especificamente em relação ao sexo e ao nome, tendo aplicação o artigo 109 da Lei 6.015/73 que assim reza: “quem pretender que se restaure, supra ou retifique assentamento no Registro Civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou indicação de testemunhas, que o juiz o ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de 5 (cinco) dias, que correrá em cartório.”.

Concluindo, temos que o estado da arte na medicina e nos demais ramos afins das ciências humanas estão a indicar que a identidade do gênero no caso de transexualidade é típico caso de retificação registral sem litigiosidade a fim de compatibilizar, para o bem da dignidade humana, o sexo psicológico com a certidão de nascimento do cidadão (ã). ❖

3 "Família. Ação de Retificação de Registro. Mudança de Sexo e Prenome. Conflito Negativo de Competência entre os Juízos da Vara de Registro Público da Comarca da Capital e da 2ª Vara de Família da Comarca da Capital. Competência do juízo de família eis que envolve a análise de mudança de sexo do requerente, além da alteração de seu registro civil. A despeito da omissão do CODJERJ, a ação objetiva mudança de estado e não apenas alteração do prenome, afinando-se com a competência da vara de família. Ademais, a questão demanda a realização de provas. Julgo procedente o presente conflito, determinando-se a competência do juízo suscitado para julgar o presente feito". (TJRJ, Conflito de Competência nº 0059904-92.2013.8.19.000, 16ª CC, Rel. Des. Marco Aurélio Bezerra de Melo, julg. Em 05/02/2014).

A Extinção das Obrigações do Falido pela Satisfação Parcial do Crédito e o Princípio Constitucional da Segurança Jurídica

Maria Cristina de Brito Lima

Juíza Titular da 6ª Vara Empresarial do TJERJ

SUMÁRIO: 1. A figura do empresário no ordenamento jurídico brasileiro. 2. Mitigação de riscos. 3. A figura estereotipada do empresário brasileiro. 4. O papel do Estado neste contexto. 5. Circunstância autorizativa da extinção das obrigações do falido pela satisfação parcial dos créditos. 6. Conclusão.

1. A FIGURA DO EMPRESÁRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

De acordo com o Código Civil (Lei nº 10.406/2002), empresário é aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços (artigo 966). Mas o que efetivamente está por trás deste perfil de quem exerce esta atividade profissional? Que figura é esta no contexto brasileiro? O que caracteriza este profissional? O que a sociedade espera dele?

O mestre Rubens Requião (2005) destaca dois elementos essenciais para a configuração da figura do empresário: *(i) iniciativa* e *(ii) capacidade de assumir riscos*.

Em outras palavras, a *iniciativa* do empresário está caracterizada por sua competência para determinar o caminho a ser percorrido pela empresa (estrutura organizada para a produção e circulação de bens ou de serviços), com conveniência e determinação no ritmo de sua atividade.

Já na *capacidade de assumir riscos*, evidencia-se a aptidão para assunção dos riscos do negócio, pelos quais responderá o empresário, uma vez que a ele cabe analisar as melhores perspectivas para sua atividade, assumindo, ainda, as desvantagens do insucesso.

Nessa linha, tem-se que, para ser empresário, é imperioso que se tenha uma boa dose de *audácia*, uma *visão de longo prazo* e uma *flexibilidade inovadora*, uma vez que não se pode desconsiderar eventuais obstáculos no percurso, os quais devem ser superados.

Na verdade, a observância dessas características acabam por beneficiar toda a sociedade, pois é inegável que a atividade empresarial promove o desenvolvimento econômico e social da Nação. Insta evidenciar que a figura do empresário é imperiosa para que se alcance a estatura de uma sociedade minimamente desenvolvida.

São muitos os exemplos que comprovam a mudança de cidades e pessoas com a chegada de empresas; são empregos criados, diretos e indiretos, são necessidades educacionais e de saúde atendidas, são formas de lazer propiciadas; enfim, é uma mudança plena na vida da sociedade, que só se verifica justamente pela *audácia* e *espírito empreendedor* do empresário.

Vale, por exemplo, lembrar como era a da cidade de Volta Redonda (RJ), antes da Companhia Siderúrgica Nacional (CSN); a cidade de Concórdia(SC), antes da (ex) Sadia (atual BRF); a cidade de Pindamonhangaba (SP), sem a empresa Nobrecel S/A Celulose e Papel; a cidade de Ribeirão Preto (SP), sem a Indústria de Alimentos Nilza; o que falar ainda da cidade de Ibema (PR), que nasceu em 1988 por desmembramento do Município de Catanduvas (PR) e assim foi batizada em homenagem à empresa Ibema Papelcartão, lá sediada.

Amartya Sen (1999:19), fundador do Instituto Mundial de Pesquisa em Economia do Desenvolvimento, laureado com o Prêmio de Ciências Econômicas em memorial de Alfred Nobel de 1998, por suas contribuições à teoria da decisão social e do “*welfare state*”, é cirúrgico ao revelar que:

“a ligação entre liberdade individual e realização de desenvolvimento social vai muito além da relação constitutiva – por mais importante que ela seja. O que as pessoas conseguem positivamente realizar é influenciado por oportunidades eco-

nômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por condições habilitadoras como boa saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas. As disposições institucionais que proporcionam essas oportunidades são ainda influenciadas pelo exercício das liberdades das pessoas, mediante a liberdade para participar da escolha social e da tomada de decisões públicas que impelem o progresso dessas oportunidades”.

Por aqui se pode perceber o quão importante é para a sociedade que alguns de seus membros possam desenvolver e nutrir a *audácia* de ter *iniciativa* e forte *capacidade de assumir riscos* pelo seu exercício, pois o Estado “sozinho” não conseguiria suprir todas essas necessidades humanas. Sua função constitucional precípua, portanto, está em ser agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo, na forma da lei, funções de fiscalização, incentivo e planejamento (artigo 174), revertendo o proveito fiscal advindo das atividades econômicas desenvolvidas pelo empresário no atendimento das necessidades sociais (educação, saúde, seguridade social, segurança pública, dentre outros direitos sociais – artigos 6º, 144, 196, 205, 217).

Na essência, se o empresário desempenha bem sua atividade econômica, significa maior circulação de riqueza e, por conseguinte, maior recolhimento de tributos, possibilitando uma melhor arrecadação do Estado para atender ao seu fim primordial. Além dos benefícios decorrentes da atividade econômica propiciarem incremento do PIB do País, o seu exercício ainda tem o condão de incrementar o IDH populacional (vide nota 1).

Sem a atividade empresarial não estaríamos, nem de longe, experimentando o atual nível de desenvolvimento tecnológico em todos os segmentos que hoje o mundo vivencia.

2. MITIGAÇÃO DE RISCOS

Nada mais justo que, nesse contexto, a sociedade concorde em assumir algumas responsabilidades inerentes ao desenvolvimento econômico e tecnológico, a fim de incentivar que aqueles seus membros audaciosos possam promover o esperado desenvolvimento econômico e social que almejamos. Os empresários assumem os riscos, mas, com efeito, todos nós nos beneficiamos dos resultados.

Veja-se, por exemplo, a telefonia celular. Ela já é parte indissociável do nosso cotidiano. A sociedade até tem ciência da probabilidade de eventual dano à saúde que o seu uso corriqueiro possa ocasionar, mas mesmo assim não abre mão de utilizar o fabuloso aparelhinho celular que pode, a todo momento, ser utilizado.

Da própria leitura do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) verifica-se que o legislador impõe à sociedade a assunção de determinados riscos em produtos e serviços, ou seja, se o uso e os riscos são aqueles que razoavelmente se espera, não há falar em defeito (artigos 12 § 1º, II e 14 §1º, II). Tudo para demonstrar que compete também à sociedade arcar com uma parcela do desenvolvimento tecnológico e social implementado por aqueles que desbravam o árduo e inovador campo da tecnologia, como atividade econômica que gera benefícios diretos para toda a sociedade.

Mas não é só aqui que vemos esta necessária divisão de responsabilidades entre o empresário e a sociedade brasileira.

Não é em vão a preocupação que a quebra de qualquer sociedade empresária gera no meio em que está inserida. Desemprego, queda de arrecadação, distúrbios familiares (vide nota 2), falta de perspectivas de vida, entre outras tantas mazelas. E tanto isso é verdade que levou o legislador brasileiro a positivar, no artigo 47 da Lei de Recuperação Judicial e Falência (Lei 11.101/2005), o princípio da preservação da empresa (vide nota 3).

A preservação da empresa norteia-se pela geração de riqueza econômica que contribui para o crescimento e o desenvolvimento social do País. Os princípios que a sustentam não só prestigiam a sua preservação, mas também passam pela separação dos conceitos de empresa e empresário, pela celeridade e eficiência dos processos judiciais e, em especial, na segurança jurídica.

A empresa acaba se tornando mais importante que o seu criador, leia-se empresário. Frise-se que ela cria emprego e renda, desempenhando, assim, uma função social de relevo no contexto brasileiro, além dos diversos benefícios que traz à sociedade, principalmente no que toca à estabilidade das relações sociais.

Ao distinguir o conceito de empresa e de empresário, evidenciando naquela um conjunto organizado de capital e trabalho para a produção ou circulação de bens ou serviços e neste a pessoa natural ou jurídica que a controla, a Lei especial reitoria da matéria viabilizou uma nova oportu-

nidade para ambos os entes: empresa e empresário. A empresa recupera-se; o empresário reabilita-se. A criatura separa-se do criador. É como um filho que nasce; uma vez nascido, separado da mãe está, tendo vida própria. Como filho, recebe os conselhos e advertências paternos e, uma vez amadurecido, ganha autonomia. No caso da empresa, a autonomia se reflete numa governança corporativa eficaz, que se desvincula, de certa forma, do seu criador (vide nota 4).

3. A FIGURA ESTEROTIPADA DO EMPRESÁRIO BRASILEIRO

Outro aspecto que convém ser abordado é o do imaginário popular. Para este, o empresário é aquele que usufrui dos benefícios que o lucro propicia e nada mais. Daí a conclusão de que aquele que tem um “carrão”, ou um “casarão” beneficiou-se dos “favores” do capital às custas do suor alheio.

Essa visão está impregnada de crenças religiosas, que, via de regra, fazem do agente econômico um “usurpador”, numa visão distorcida do que efetivamente é a atividade empresarial. Vale dizer, desconsidera todo o esforço e poupança empregados, bem como os elevados riscos que lhe são inerentes.

Confunde-se o exercício da atividade econômica e seus riscos com a usura. Sabe-se que a proibição à usura vem desde há muito. O Código de Hamurabi já abolia a usura, entendendo tratar-se de cobrança de remuneração abusiva pelo uso do capital. Aristóteles (1998:28), em sua obra **Política**, já evidenciava ser a usura abominável, considerando-a *mais odiosa que o tráfico de dinheiro, que consiste em dar para ter mais e com isso desviar a moeda de sua destinação primitiva*.

Contudo, essa visão parece ser equivocada, uma vez que o próprio empresário também sofre os efeitos da incidência de cobrança abusiva de juros. O capital também é para ele relevante, viabilizador do fim maior: a organização econômica destinada a fazer circular a riqueza (bens e serviços).

A despeito de tempos difíceis como o hodierno, em que os efeitos da “Operação Lava Jato” (vide nota 5) vem desconstruindo moralidades falsificadas e revelando verdades ocultas dos seus autores (outrora conhecidas como figuras respeitáveis), é preciso atentar para a necessidade de o País mudar de mentalidade e dar crédito a quem merece ter crédito.

Existem Empresários e empresários. Assim, como Profissionais e profissionais. Existem aqueles que efetivamente assumem o seu papel de

agente propulsor do desenvolvimento econômico e social e aqueles que pensam ser a vantagem pessoal sua meta. Com os primeiros, a lei deve dialogar; com os últimos, ela deve rugir!

Diferenciar o bom do mau é uma verdadeira lei natural. O próprio sistema econômico se encarrega de fazê-lo diariamente. É lei de mercado. O bom pagador goza de benefícios, enquanto o mau pagador é punido, sequer consegue crédito.

O mau empresário também deve ser punido, justamente para que se fortaleça a figura do bom empresário, aquele que gera riqueza, propiciando o desenvolvimento econômico e social da Nação.

E o ordenamento jurídico brasileiro está em linha com essa tese, tanto punindo o mau empresário por meio das diversas normas existentes — como por exemplo a Lei 7.492/1986 (conhecida como *Lei do colarinho branco*), a Lei 12.683/2012 (*Lavagem de dinheiro*) e a Lei 4.729/1965 (*Sonegação fiscal*) — como concedendo o justo tratamento ao bom empresário —, como o da Lei de Recuperação Judicial, a Lei 9.964/2000 (*Programa de Recuperação Fiscal – Refis*) e a Lei Complementar 123/2006 (*instituidora de regime tributário diferenciado, simplificado e favorecido para microempresas e empresas de pequeno porte*).

Na verdade, se não houvesse essa distinção entre o bom e mau empresário, estar-se-ia frente a um ordenamento jurídico injusto, com consectários extremamente negativos para o próprio País. Desestimular-se-ia os valores que a própria Constituição brasileira pugna como seus princípios e objetivos fundamentais (artigos 1º, IV, 3º, II, 170, 173 e 174).

A atividade empresarial é uma atividade essencialmente de risco. O empresário, quando tem a ousadia de investir seus esforços, capital e patrimônio em uma atividade econômica, ele não se baseia apenas na sua capacidade intelectual, pois fatores variáveis e exógenos podem interferir diretamente no resultado que propugna.

É fato que o empresário deve se empenhar em desenvolver um bom plano de negócios, que resulte da análise de diversas variáveis, mas ele não pode afastar as áleas extraordinárias (vide nota 6).

Essas hipóteses, por exemplo, até constituem exclusão de responsabilidade do gestor da empresa, nos termos da Lei Sociedade Anônima (6.404/1974), artigo 159 § 6º, que autoriza o juiz a considerar a sua conduta de boa-fé, visando ao interesse da companhia.

4. O PAPEL DO ESTADO NESTE CONTEXTO

O Estado, a seu turno, tem um papel relevante nessa trajetória, o qual está bem delineado na Constituição, qual seja, o de: *agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado* (art. 174).

Não é à toa que o Brasil adota como um dos seus princípios fundamentais os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º, IV), tendo por objetivo fundamental a garantia do desenvolvimento nacional (artigo 3º, II).

E mais. Por escolha constitucional, a sociedade brasileira também decidiu que a atividade econômica será exercida preponderantemente pelo particular, ficando patente pelo seu artigo 173 que, *“ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”*.

Logo, o Estado colocou-se na posição de subsidiariedade no que toca à execução direta da atividade econômica, só atuando com esse viés em situações excepcionais e em caráter subsidiário.

Nesse diapasão, o legislador infraconstitucional, no que tange à atividade econômica, imbuí-se do dever de discipliná-la de forma coerente e conforme os princípios eleitos pelo Estado brasileiro.

É fato que a Constituição de 1988 deu nova roupagem ao papel do Estado, tornando hoje mais claro o seu mister. Entretanto, é forçoso reconhecer que os diplomas fundamentais anteriores já consignavam a importância do empresário e da empresa privada como parte inerente do desenvolvimento econômico e social do País.

Tal assertiva é corroborada pelos comandos normativos emanados das normas infraconstitucionais, reflexos, pois, dos princípios já eleitos à época.

Em outras palavras, o Decreto-Lei nº 7.661/1945 é um exemplo típico para a presente análise. Este não só reconhecia a necessidade de intervenção do Estado-juiz para garantir ao empresário o benefício da concordata, como favorecia a extinção das obrigações do falido nas hipóteses em que este ou (i) pagava o débito ou novava os créditos com garantia real;

ou (ii) rateava mais de quarenta por cento (40%) do seu crédito, depois de realizado todo o ativo, ..., se para tanto não bastou a integral liquidação da massa; e ainda quando (iii) decorria o prazo de cinco anos, contado a partir do encerramento da falência, se o falido, ou o sócio gerente da sociedade falida, não tivesse sido condenado por crime falimentar ou, caso tivesse, após o decurso do prazo de dez anos (artigo 135 e seus incisos).

5. CIRCUNSTÂNCIA AUTORIZATIVA DA EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DO FALIDO PELA SATISFAÇÃO PARCIAL DOS CRÉDITOS

A Lei de Recuperação Judicial (Lei nº 11.101/2005) vem dando continuidade ao anteriormente previsto na legislação reitora da matéria, estabelecendo outrossim, no artigo 158 que:

Extingue as obrigações do falido:

I – o pagamento de todos os créditos;

II – o pagamento, depois de realizado todo o ativo, de mais de 50% (cinquenta por cento) dos créditos quirografários, sendo facultado ao falido o depósito da quantia necessária para atingir essa porcentagem se para tanto não bastou a integral liquidação do ativo;

III – o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado do encerramento da falência, se o falido não tiver sido condenado por prática de crime previsto nesta Lei;

IV – o decurso do prazo de 10 (dez) anos, contado do encerramento da falência, se o falido tiver sido condenado por prática de crime previsto nesta Lei.

Se para a análise da incidência dos incisos III e IV do dispositivo legal invocado importa a sentença de encerramento da falência, para os incisos I e II esta não tem a menor relevância. Para eles, requer-se a ocorrência do fato, ou seja, um dado objetivo.

Assim é que a lei reitora da matéria, em consonância com o arcabouço constitucional brasileiro, permite a extinção das obrigações do falido com o *pagamento, depois de realizado todo o ativo, de mais de 50% (cinquenta por cento) dos créditos quirografários.*

O legislador garantiu o pagamento integral aos créditos que merecem tratamento especial em razão de sua importância, destacando-se nestes os créditos derivados da legislação do trabalho, os com garantia real até o limite do bem gravado, os tributários, os privilégios especial e geral (artigo 83). E quanto aos quirografários, entendeu que, uma vez atendido 50% (*cinquenta por cento*) deles mesmo após a integral liquidação do ativo, o restante seria considerado ônus de toda a coletividade, pelo esforço pessoal do empresário falido.

Veja-se, ainda, que há entendimento da Corte Superior, no sentido de que nem mesmo a existência de crédito tributário se apresenta como fato impeditivo à declaração de extinção das obrigações do falido. E isto porque a obrigação tributária não é alcançada pela decisão declaratória extintiva das obrigações, continuando o Fisco com seu direito independente do juízo falimentar. Vale aqui trazer à baila o referido julgado:

“o reconhecimento da extinção das obrigações não tributárias do falido nos termos do art. 135 do Decreto-Lei 7.661/1945 (art. 158 da Lei 11.101/2005) não depende de prova da quitação de tributos. Inicialmente, destaca-se que, tanto no regramento anterior (Decreto-Lei 7.661/1945) quanto na atual Lei de Falências (Lei 11.101/2005), a questão é tratada da mesma forma. Nesse passo, se o art. 187 do CTN - mesmo com a redação anterior à LC 118/2005 - é taxativo ao dispor que a cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, e se o mesmo CTN não arrola a falência como uma das causas de suspensão da prescrição do crédito tributário (art. 151), não há mesmo como se deixar de inferir que o crédito fiscal não se sujeita aos efeitos da falência. Tem-se, então, que o pedido de extinção das obrigações do falido poderá ser deferido: a) com maior abrangência, quando satisfeitos os requisitos da Lei Falimentar e também os do art. 191 do CTN, mediante a “prova de quitação de todos os tributos”; ou b) em menor extensão, quando atendidos apenas os requisitos da Lei Falimentar, mas sem a prova de quitação de todos os tributos, caso em que as obrigações tributárias não serão alcançadas pelo deferimento do pedido de extinção. Assim, na segunda

hipótese, como o Fisco continua com seu direito independente do juízo falimentar, a solução será a procedência do pedido de declaração de extinção das obrigações do falido consideradas na falência, desde que preenchidos os requisitos da Lei Falimentar, sem alcançar, porém, as obrigações tributárias, permanecendo a Fazenda Pública com a possibilidade de cobrança de eventual crédito fiscal. De fato, a declaração de extinção das obrigações do falido poderá referir-se somente às obrigações que foram habilitadas ou consideradas no processo falimentar, não tendo, por isso, o falido, a necessidade de apresentar a quitação dos créditos fiscais para conseguir o reconhecimento da extinção daquelas suas obrigações, em menor extensão”. **REsp 834.932-MG, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 25/8/2015, DJe 29/10/2015.**

Com efeito, não se pode olvidar que a escolha sobre as hipóteses legais de extinção das obrigações do falido coube ao legislador, legitimado pela própria sociedade para tanto.

Portanto, não se pode afastar do empresário falido o direito constitucionalmente assegurado de ser reabilitado para a prática da atividade empresarial. Atar-lhe a possibilidade de retornar à atividade econômica por não atender integralmente aos créditos quirografários é ceifar direito construído com base nos princípios e objetivos fundamentais do Estado brasileiro, ferindo, de morte, a segurança jurídica.

Aquele que apresenta uma demanda a julgamento, nutre a expectativa de que o Estado-juíz vá examinar os argumentos que servem de suporte à sua pretensão. Afinal, de outra forma não haveria qualquer sentido a determinação de se fazer necessariamente incluir na peça inicial, além do fato e do próprio pedido, os seus fundamentos jurídicos, aqui entendidos como argumentos que justifiquem a demanda posta, como impõe o diploma processual civil.

A contrapartida para a forma processual vem justamente na fundamentação deduzida pelo julgador ao decidir o pleito. Nessa esteira, tem-se que ao juiz se impõe o dever de fundamentar suas decisões, a fim de que, não só o autor do pedido de prestação jurisdicional, mas também a outra parte, possam se convencer da acuidade da decisão conferida à hipótese fática apresentada.

A ideia de que o Poder Judiciário — em um Estado Democrático de Direito, como o brasileiro — deve se mover sob o enfoque dos princípios fundamentais estabelecidos pela sua Constituição, vem reforçar a assertiva de que a legitimação da decisão judicial decorre necessariamente da argumentação jurídica desenvolvida especificamente para o caso concreto.

Afirmar princípios e regras diante de interesses emergentes exige do Estado-juiz o necessário enfrentamento das questões postas, dos argumentos deduzidos pelas partes e o adequado delineamento estruturante da decisão tomada. Qualquer decisão (de deferimento ou indeferimento) deve caminhar para a legitimação formal dos direitos constitucionais.

Nesse afã, ganha grande relevo no direito a decisão judicial fundamentada (Constituição da República Federativa do Brasil, art. 93, IX c/c 5º, § 2º), como corolário do direito à tutela jurisdicional, conforme artigo 5º, XXXV.

A concretização do ordenamento jurídico pelo Judiciário demonstra que a distinção apresentada pela doutrina entre regra e princípio não se apresenta previamente ao aplicador. Assim, a ele, aplicador e intérprete, diante do caso concreto a solucionar, caberá desenvolver conexões axiológicas entre eles (caso e dispositivo), chegando à construção do significado da norma. Assim, o teor e densidade da fundamentação a ser produzida dependerão desse passo inicial.

Porém, é certo que a conexão axiológica desenvolvida pelo julgador consubstanciará a fundamentação da decisão, a qual necessariamente deverá ser exteriorizada, compondo, assim, o seu conteúdo. Aduza-se que a fundamentação converte-se no insumo de eventual recurso a uma instância superior.

Logo, imperioso que atenda ao fim a que se destina, ou seja, que possa efetivamente demonstrar as razões que levaram o julgador a decidir da forma como o fez. Ademais, a fundamentação da decisão judicial é indissociável do seu núcleo, não se podendo admitir uma decisão que não exteriorize claramente no seu bojo as razões consideradas pelo julgador para decidir.

Portanto, a fundamentação da decisão judicial é mais do que um simples dever do Estado-juiz, constituindo-se, com efeito, em um direito fundamental do jurisdicionado (para o contexto, o empresário falido), o qual se impõe por força do princípio constitucional do Estado Democrático de Direito (vide nota 7).

6. CONCLUSÃO

De todo o exposto, o pagamento *pelo empresário falido, depois de realizado todo o ativo, de mais de 50% (cinquenta por cento) dos créditos quirografários* (Lei nº 11.101/2005, art. 158, II) configura dado objetivo à hipótese de incidência da extinção material de suas obrigações — sub-sunção legal do fato à norma —, não podendo o Estado-juiz esquivar-se de reconhecê-lo a qualquer pretexto, pois obraria *contra legem*, criando distinções não autorizadas pelo legislador. ❖

NOTAS

1. O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) é uma medida resumida do progresso a longo prazo em três dimensões básicas do desenvolvimento humano: renda, educação e saúde. O objetivo da criação do IDH foi o de oferecer um contraponto a outro indicador muito utilizado, o Produto Interno Bruto (PIB) *per capita*, que considera apenas a dimensão econômica do desenvolvimento. Criado por Mahbub ul Haq com a colaboração do economista indiano Amartya Sen, ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 1998. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/IDH/DH.aspx>. Acessado: 25.10.2015.

2. Vale aqui o dito popular: *“Em casa que não há pão, todos brigam sem razão”*.

3. *“Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”*.

4. O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) define a Governança Corporativa como um sistema pelo qual as sociedades são dirigidas e monitoradas, envolvendo os acionistas e os cotistas, conselho de administração, diretoria, auditoria independente e conselho fiscal. As boas práticas de governança corporativa têm a finalidade de aumentar o valor da sociedade, facilitar seu acesso ao capital e contribuir para a sua perenidade. Disponível em: <http://www.ibgc.org.br/inter.php?id=18161>. Acessado em: 25.10.2015.

5. Disponível em: <http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato/>. Acessado: 25.10.2015.

6. Como por exemplo: crises políticas, fato do príncipe, caso fortuito, força maior, entre outros fatores que interferem na movimentação urbana, como obras do Poder Público, desvio de percurso, que afetam diretamente o seu negócio.

7. O preâmbulo da Constituição brasileira dá o propósito de sua existência, qual seja, o da constituição de um Estado Democrático. O artigo 1º combinado com o seu parágrafo único, a seu turno, reforça o indicador preambular, gizando que o Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Foi na Constituição de 1988 que a expressão brilhou pela primeira vez na conceituação constitucional brasileira. De tal expressão emerge que o Estado Brasileiro é um Estado submetido ao Direito, isto é, um Estado com uma constituição limitadora de poder através do império do direito.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Lei nº 11.101, de 09.2.2005.

Jornal **Folha de São Paulo** – "Operação Lava Jato". Disponível em: <http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato/>. Acessado: 25.10.2015.

Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD Brasil. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/IDH/DH.aspx>. Acessado: 25.10.2015.

Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Disponível em: <http://www.ibgc.org.br/inter.php?id=18161>. Acessado em: 25.10.2015.

ARISTÓTELES, 1252 a.C.. **A Política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2 ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2005.

BEZERRA FILHO, Manuel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência**. Lei nº 11.101/2005. 9ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NEGRÃO, Ricardo. **Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e de falências**. Lei nº 11.101/2005. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. V. 1 - 26ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Cia das Letras, 1999.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **O dever da fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: 1992.

Repensando a Atuação do Poder Judiciário: o Caso *WhatsApp*

Reis Friede

Desembargador Federal, Vice-Presidente do TRF/2ª Região, Professor Titular da Universidade Veiga de Almeida e do Mestrado em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM).

Uma das notícias mais veiculadas nos últimos dias – certamente decorrente do impacto social por ela causado - refere-se à decisão judicial que determinou o bloqueio do *WhatsApp* no Brasil.

Como amplamente divulgado, tal fato decorreu face à negativa do *Facebook*, dono do aplicativo em questão, quanto ao cumprimento de uma decisão judicial que determinava, por seu turno, o compartilhamento de informações que subsidiariam uma investigação criminal destinada a apurar o cometimento de crime de tráfico ilícito de drogas no município de Lagarto, no Estado de Sergipe.

Sem adentrar no mérito da decisão, cabe trazer à tona algumas considerações fundamentais.

Em primeiro lugar, cumpre destacar que o *amparo legal* de qualquer *decisão judicial* é sempre o ponto de partida a ser considerado por aquele que a profere, ou seja, pelo Magistrado. Todavia, este jamais pode ser o único fator a se observar.

Nesse sentido, como bem leciona o Ministro Luiz Fux (STF, Primeira Turma, **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 730067, julgamento em 18/06/2013**), outros importantes elementos devem ser considerados, indicando, por exemplo, que, ao fixar o valor de uma indenização, o Juiz deve sempre se orientar pelo *princípio da razoabilidade*, “valendo-se da sua experiência e do bom senso e atento à realidade da vida”.

Com efeito, atentar para a “realidade da vida” é providência crucial para que uma decisão judicial possa alcançar a sua almejada *finalidade social*, sem a qual nenhum sentido finalístico restará à mesma. Afinal, como

se sabe, o Poder Judiciário é, em última análise, um *prestador de serviços para a sociedade* e, portanto, precisa estar sempre em perfeita sintonia com os interesses preponderantes da coletividade social. Vale dizer, o Poder Judiciário não serve a si mesmo, muito menos é um fim em si mesmo, e seus operadores, os Magistrados, na qualidade de representantes do Estado-Juiz, não podem estar contaminados pelos vícios da *personalidade*, como bem assim por outros defeitos humanos.

No caso em questão, parece-nos, *data maxima venia*, que a “realidade da vida” foi absolutamente olvidada. Ora, o *WhatsApp*, sem dúvida, é um dos meios de comunicação mais usados atualmente. Segundo informações veiculadas pelo próprio MARK ZUCKERBERG, fundador do *Facebook*, em dezembro de 2015 mais de 100 milhões de brasileiros já usavam diariamente o aplicativo de mensagens.

Na esteira do raciocínio do Ministro Fux, não seria, portanto, minimamente razoável que se bloqueasse o referido aplicativo. De igual forma, não há razoabilidade na paralisação do trânsito de toda uma cidade com o intuito de se perseguir um bandido em fuga, pois o benefício experimentado pela sociedade em decorrência da prisão seria muito menor que os males causados pela ação estatal.

Assim, incumbe ao Julgador, necessariamente, - e por imperioso dever de ofício -, ponderar a forma mais adequada para fazer cumprir as suas decisões, de modo que o meio escolhido para tanto seja, ao mesmo tempo, o mais *efetivo* e o menos *prejudicial* para a sociedade.

A título de ilustração comparativa, vale consignar que todo médico, ao prescrever um anti-inflamatório, deve sempre ponderar se os benefícios decorrentes do seu uso superam os malefícios causados pelos respectivos efeitos colaterais, razão pela qual, não raro, o profissional da medicina, diante da magnitude das consequências previsíveis, simplesmente deixa, em muitos casos, de receitar o medicamento aparentemente mais indicado pela farmacologia, pois de nada adiantaria a eventual cura de uma inflamação ao custo de se provocar uma úlcera péptica no paciente.

Transportando tal inteligência médica para o campo jurídico, cabe relembrar - posto que lamentavelmente esquecido nos últimos tempos - que as *medidas coercitivas* para abrigar o cumprimento das decisões judiciais possuem inexorável *caráter excepcional*, uma vez que a regra jurídica preconiza que o descumprimento destas deve ser imediatamente comunicado ao Ministério Público para que este, no contexto de suas

atribuições constitucionais, requeira as medidas que entender cabíveis, inclusive de natureza penal, em nome da sociedade que a Instituição Ministerial representa.

Por fim, cumpre afirmar que o *bom senso*, algo tão raro nos dias de hoje, deve pautar diuturnamente a atuação do Poder Judiciário, notadamente nas demandas que envolvam (direta ou indiretamente) o conjunto da sociedade brasileira, até porque a atuação do Poder Judiciário representa, em última análise, a *orientação derradeira* do correto atuar de todos os agentes públicos, como bem assim de todos os integrantes da própria sociedade.

Destarte, precisamos urgentemente repensar a atuação do Poder Judiciário, de modo a conciliar o postulado da legalidade com os ditames do *equilíbrio e da serenidade*. ❖

Rodeios, Vaquejadas e Eventos Assemelhados: Entretenimento ou Covardia? Cultura ou Tortura? (Visão legal e realista dessas nefastas práticas no Brasil)

Rosana Navega Chagas

Juíza de Direito do 1º Juizado Especial Criminal da Comarca de Niterói-RJ.

1. BREVE HISTÓRICO

Uma linda arena com bandeiras vermelhas espalhadas, peões exibindo suas belas vestimentas e se apresentando como homens valentes e corajosos; luz, som alto, ambiente alegre, grandes patrocinadores, uma plateia ávida por entretenimento, uma festa magnífica! Por detrás da arena, um curral, bovinos e equinos de grande porte estão lá e, sem a visão do público, são submetidos aos mais diversos meios de maus-tratos, que serão detalhados neste trabalho, e tudo para ficarem no “ponto certo” de estresse, sofrimento e dor: o ponto que transforma um pacífico animal em uma fera indomável... Vamos aos fatos e as práticas.

São promovidos no Brasil, especialmente em áreas rurais, eventos denominados rodeios e vaquejadas, nos quais, no primeiro caso, bovinos, novilhos e equinos são utilizados, a fim de serem dominados pelos peões. Para a preparação dos animais, que deverão corcovear, pular e demonstrar agressividade, são utilizadas uma série de técnicas, a fim de estressá-los

ao máximo, torturá-los, provocando intensa dor. Tudo, tal como já descrito, para que os animais se apresentem na plateia transparecendo a (falsa) agressividade, com movimentos de pulo, já que, como todos nós sabemos, bois não pulam! Dessa forma, desvendado o mistério: por que os animais pulam e corcoveiam nas arenas dos rodeios? Aí está a resposta!

Dentre outras, as técnicas de rotina são as seguintes: “**sedém**”, que é o cinturão posto sobre o pênis e os testículos dos bovinos e equinos, que são violentamente puxados no momento do ingresso nas arenas, sendo ele que produz o efeito “pula pula”, uma vez que causa intensa dor nos testículos e no órgão sexual; “**esporas**”, que são objetos pontiagudos, acoplados às botas dos peões, para golpear os animais na cabeça, pescoço, etc., que junto com as demais torturas, fazem com que os animais corcoveiem de forma intensa.

É utilizada a “**peiteira**”, que é uma corda ou faixa amarrada aos animais, atrás das axilas, que causam muita dor; “**polacos**” ou “**sinos**” são instrumentos que produzem barulhos altamente irritantes e estressantes, e que ficam cada vez mais intensos a cada pulo; **choques elétricos e mecânicos, pimenta e outras substâncias abrasivas além de golpes e marretadas** e, finalmente, a “**descorna**”, quando os chifres dos bovinos são aparados com a utilização de serrotes, sem utilização de anestesia, causando sofrimento e muita dor.

Outra prática comum, também bastante estressante, costuma ser o som muito alto utilizado nos eventos dos rodeios que, juntamente com a plateia, causam bastante desespero nos animais, que estão atrás do palco, e cuja sensibilidade auditiva é comprovadamente muito grande. Dentre outras práticas, são estas as mais usuais para a preparação dos bovinos e equinos, para o grande espetáculo baseado na dor e no sofrimento dos animais: os rodeios.

Ressalte-se que o nível de estresse é tão intenso, que uma égua faleceu no dia 25/06/2011, na famosa “Festa do Tomate”, em Paty do Alferes, após ser chutada e cutucada por 4 pessoas, por não querer entrar na arena, em um rodeio promovido pela Cia. de Rodeios Falcão, conforme vastas notícias na mídia, sendo acessível o vídeo do trágico evento no You Tube, sob o título: “Cavalo Morre em Rodeio na Festa do Tomate”. Evidentemente, a égua faleceu face ao grande estresse, já prevendo os maus-tratos que viria a sofrer se ingressasse na arena.

2. A PROTEÇÃO LEGAL, CONSTITUCIONAL E A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DOS ANIMAIS

Inicialmente, frise-se que a expressão “direito dos animais” tem em vista que os seres não humanos têm a capacidade de sentir sofrimento e dor, embora desprovidos de um raciocínio humano. Dessa forma, muito embora os animais sejam “coisas”, para o Direito Civil, efetivamente assim não são tratados no sistema vigente, especialmente porque a Constituição Federal prevê diversos artigos que os protegem dos maus-tratos, inserindo-os dentro do conceito de meio ambiente, o mesmo o fazendo a Lei 9.605/98.

A Constituição Federal reserva o Capítulo VI à proteção ao Meio Ambiente, estabelecendo no seu artigo 225, verbis: “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 futuras gerações.”

Inegável me parece que a Constituição Federal atribui aos animais direitos, já que todos têm direito ao meio ambiente “ecologicamente equilibrado”! Ademais, literalmente os protege, nos termos do inciso § 1º, VII deste artigo, verbis: “Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:...VII- proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção das espécies ou submetam os animais a crueldade.”

Por sua vez, o artigo 32 da Lei 9.605 estabelece o crime de maus-tratos aos animais nos seguintes termos: “Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: pena – detenção de 3 meses a 1 ano e multa.” Em termos de normas internacionais, às quais o Brasil deve obediência por ser membro da ONU, há a “Declaração Universal dos Direitos dos Animais”, a qual estabelece no seu artigo 10, verbis: “nenhum animal deve ser usado para divertimento do homem. A exibição de animais e os espetáculos que utilizam animais são incompatíveis com a dignidade do animal.”

Dessa forma, inegavelmente os animais devem ser protegidos de qualquer espécie de tortura ou sofrimento com fins de entretenimento, uma vez que há normas expressas e que, infelizmente, na esmagadora maioria das vezes, não são consideradas.

3. INSTRUMENTOS LEGAIS PARA A EFETIVAÇÃO DA PROTEÇÃO DOS ANIMAIS VÍTIMAS DOS RODEIOS E EVENTOS QUE CAUSEM MAUS-TRATOS

A ação popular é o instrumento constitucional à disposição de qualquer cidadão, para impedir maus-tratos aos animais em rodeios, rinhas de galos, qualquer evento baseado em sofrimento. Tal ação tem sua previsão no artigo 5º, LXXIII, da Constituição Federal, “ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.”

Outro instrumento eficaz é a ação civil pública prevista na Lei 7.347/85, que estabelece, no seu artigo 1º, inciso I, a ação de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, em que consta um rol de legitimados para a sua propositura, previstos no seu artigo 5º, dentre eles o Ministério Público, a Defensoria Pública, as associações constituídas há mais de um ano e que tenham por finalidade a proteção aos animais, dentre outros legitimados.

No meu sentir, também entendo possível a atuação do Ministério Público nos Juizados Criminais, ou de qualquer entidade protetora dos animais, para proporem medidas judiciais liminares, com o fim de coibir a realização de um rodeio, uma vez que há neles os evidentes maus-tratos. Em sendo assim, incide a competência do Juiz do Juizado Criminal para prolatar decisões, a fim de impedi-los, antecipadamente, através das medidas cautelares criminais inominadas, baseadas no “poder de cautela do juiz”. O raciocínio me parece simples: na medida em que o juiz dos Juizados Especiais Criminais pode prolatar sentenças ou decisões judiciais contra autores do crime de maus-tratos, por quais motivos não poderia também prolatar decisões para liminarmente impedir um rodeio, onde, necessariamente, ocorrem os maus-tratos?

Na verdade, a proteção dos direitos dos animais contra os maus-tratos, ainda é muito tímida no Brasil, mas a mentalidade nacional e mundial caminha, a passos largos, para a conscientização e o respeito aos direitos dos animais. O ativismo me parece muito forte no Brasil e no mundo, contra rodeios (no Brasil) e contra touradas na Europa. O fim dos maus-tratos nesses eventos, na minha visão, é uma questão de tempo!

4. POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS LEGAIS PARA O DESCUMPRIMENTO DA LEI 10.519/2002, RELATIVA AOS RODEIOS. BREVES NOTAS SOBRE A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei federal 10.519/2002 estabelece normas para a realização de qualquer rodeio em nível nacional e, dentre elas, a obrigação de a entidade promotora do rodeio prover infraestrutura completa para atendimento médico, com ambulância de plantão, dentre outras providências; ademais também estabelece a imposição da comunicação da realização do evento, ao órgão estadual competente, com antecedência mínima de 30 dias (artigo 5º) .

Ocorre que, não raro, as imposições dessa lei não são cumpridas pelas Companhias de Rodeios e pelas Prefeituras Municipais, o que configura grave violação à legislação vigente.

Consequentemente, no meu sentir, o Prefeito Municipal que descumprir a Lei 10.519/2002, deixando de comunicar com a antecedência de 30 dias, a realização de um rodeio, ou não cumprindo qualquer exigência dessa lei, incide no artigo 11 da Lei 8.429/92, que estabelece ser ato de improbidade administrativa “qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, **legalidade** e lealdade às instituições.”

Na medida em que há uma lei federal que regula as providências que a Municipalidade deve realizar antes de um rodeio, o descumprimento da lei (o que de praxe ocorre), é ato de evidente ação de desrespeito à legalidade, no que o Prefeito Municipal que assim agir estará cometendo ato de improbidade administrativa, que acarreta sua inelegibilidade pelo período de 3 até 5 anos, nos termos do artigo 12, III. dessa lei.

Na verdade, tenho notado, de forma constante, que as liminares obtidas pelo Ministério Público e pelas ONGS de proteção aos animais são sempre baseadas no descumprimento desta Lei 10.519/2002, pois raramente são cumpridas as exigências legais, devendo ela sempre ser utilizada para a obtenção das liminares. Foi baseado no descumprimento dessa lei que o Juizado Especial Criminal de Japeri, através de ação do Ministério Público, deferiu a liminar, para proibir o rodeio em 2011, rodeio também proibido em Mangaratiba, por decisão judicial.

5. CIDADES ONDE OS RODEIOS SÃO PROIBIDOS POR LEI OU POR DECISÃO JUDICIAL

São várias as cidades onde os rodeios são proibidos por lei ou decisões judiciais, ou pelas duas hipóteses, e dentre elas, apenas para exemplificar, estão: Água de São Pedro, SP (Decisão Judicial e Decreto Estadual 40.400/95); Américo Brasiliense, SP (Decisão Judicial); Andradas, MG (Decisão Judicial); Araraquara, SP (Lei Municipal); Arealva, SP (Decisão judicial); Barra Bonita, SP (Decisão Judicial); Bauru, SP (Decisão Judicial); Boa Esperança, SP (Decisão Judicial); Cabreúva, SP (Decisão Judicial); Campinas, SP (Lei Municipal); Cravinho, SP (Decisão Judicial); Descalvado, SP (Lei, Tribunal de Justiça de 2009); Fortaleza, CE (projeto de lei ordinária); Florianópolis, Sta. Catarina (decisão judicial); Guarujá, SP (decisão judicial); Guarulhos, SP, (Lei Municipal); Itupeva, SP, (Tribunal de Justiça); Jundiaí, SP (Tribunal de Justiça); Limeira, SP (Decisão Judicial); Marília, SP (Ação Civil Pública); Mogi das Cruzes, SP (Lei Municipal); Nova Friburgo, RJ (Lei Municipal); Osasco, SP (Lei Municipal); Ribeirão Bonito, SP (Decisão Judicial); Ribeirão Preto, SP (Decisão Judicial); Rincão, SP (Decisão Judicial); Rio de Janeiro, RJ (Lei Municipal); Santa Lúcia, SP (Decisão Judicial); São Bernardo do Campo, SP (Lei Municipal), dentre outras cidades.

6. UMA HISTÓRICA E BRILHANTE DECISÃO JUDICIAL

Merece destaque, neste pequeno trabalho, a decisão mais bela que já avistei sobre direitos dos animais, especificamente sobre maus-tratos em rodeios e eventos semelhantes. Trata-se da recente decisão liminar na Ação Civil Pública nº 0000725-82.2015.8.16.0085, que proibiu a utilização de qualquer prática de tortura em bovinos, novilhos e equinos, ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Paraná, contra R.A.F.F, D.B.D.S e Município de Rosário de Ivaí, PR.

Tal decisão foi prolatada pela **Juíza Fernanda Orsomarzo**, que, de forma breve (mas aprofundada e de muita cultura e sensibilidade), expõe todo o sistema de proteção dos direitos dos animais, sendo que alguns fundamentos merecem destaque, por extrema beleza e clara visualização da situação dos animais submetidos às práticas cruéis, vedadas por sua decisão, *in verbis*:

“Infligir dor, sofrimento e morte a terceiros inocentes para obtenção de prazer é moralmente reprovável. Ora, a cultura de um povo deve ser interpretada como todo o processo

que, de algum modo, influencia o desenvolvimento ético e moral do homem, como ser pensante e racional, e não como algo que implica na desconsideração dos interesses de outros seres. Nesse íterim, “cultura” que subjuga e instrumentaliza vidas, camuflando os mais escusos interesses financeiros, não é “cultura”. É tortura. “Diversão” que explora o sofrimento de seres que não têm condição de defesa não é diversão. É sadismo. “Esporte” em que um dos envolvidos não optou por competir não é esporte. É covardia. (Grifos nossos)

7. O MOVIMENTO NO RIO DE JANEIRO PARA COMBATER A PRÁTICA DOS RODEIOS EM TODO ESTADO: A REALIZAÇÃO DA 1ª E HISTÓRICA AUDIÊNCIA PÚBLICA DA ALERJ SOBRE A PRÁTICA DOS RODEIOS E SOBRE OS DIREITOS DOS ANIMAIS

Aqui no Rio, embora ainda de forma tímida, teve início o movimento para a proibição desta prática, e, para tanto, a Comissão de Proteção aos Animais do Estado do Rio de Janeiro, presidida pela Deputada Danielle Guerreiro, realizou a primeira Audiência Pública do Estado do RJ em 24/09/2015, da qual tive a honra de participar como convidada, para discutir os maus-tratos aos animais em rodeios, restando estabelecidas diversas medidas para a mobilização e conscientização da população sobre a verdade dos rodeios.

8. CONCLUSÃO

Por tudo, rodeios, vaquejadas, rinhas de galo e qualquer outro dito “entretenimento” baseado na dor e no sofrimento dos animais não é diversão: é crime de maus-tratos!

É impossível ocorrer um rodeio sem que ocorram maus-tratos aos bovinos, novilhos e equinos, por razões muito simples: esses animais, via de regra, são tranquilos, somente transparecendo muita ferocidade após serem submetidos a muita dor e estresse e através das práticas já descritas de torturas: sedém, descorna, etc.

A questão dos maus-tratos deve ser enfrentada corajosamente pelos juízes e Tribunais do país, pois, no âmbito de uma sociedade dita civilizada, não podem mais ocorrer tais práticas de tortura, sadismo e covardia. Novos tempos, de mais respeito aos seres não humanos, que também sentem dor e que, segundo o Papa Francisco, têm almas: os nossos animais! ❖

Acessibilidade e Cidadania

Tânia Rodrigues

Deputada Estadual. Vice-presidente da Comissão da Pessoa com Deficiência da ALERJ.

Que espaço cabe à pessoa com deficiência na sociedade? Em que circunstância o deficiente merece e deve ser auxiliado? A sociedade está preparada para lidar com a questão da deficiência? Todos esses questionamentos poderiam render intermináveis justificativas. Afinal, as diferentes formas de vivência de cada grupo social, seus valores e suas crenças acabam por moldar determinados conceitos e preconceitos.

Partindo desse ponto, cada sociedade cria uma forma de tratamento para sua convivência com o deficiente. Fraco, incapaz e lento, por exemplo, são alguns dos adjetivos utilizados de forma pejorativa para qualificá-lo. Ou seja, é aquele que, em tese, não corresponde aos parâmetros de produção. Por essa perspectiva, seriam desvalorizados por evidenciar as contradições do sistema.

Muito há que se fazer pelo deficiente em relação à conquista de seus direitos como cidadão; o que é um contrassenso, pois temos uma legislação para lá de avançada. Na prática, porém, ela se torna letra morta perto das dificuldades enfrentadas no dia a dia. O Estatuto da Pessoa com Deficiência, a Lei 13.146/2015, sancionada em meados do ano passado, surgiu como mais uma legislação sobre os direitos da pessoa como deficiência.

Entretanto, dificilmente ele será cumprido. Isso porque temos inúmeros capítulos na própria Constituição – com avanços importantes no que diz respeito ao direito da pessoa com deficiência – que sequer foram regulamentados, e, mesmo assim, uma nova lei já está em vigor. O próprio nome não é apropriado, pois estatuto significa tutela; e tudo que um deficiente não quer é ser tutelado ou chancelado por quem quer que seja.

Fora isso, a Lei 13.146/2015 careceu de uma ampla discussão. Poderia ter sido dada a oportunidade para que outros legisladores falassem sobre o tema, o que não ocorreu. Ao contrário disso, a também chamada Lei Brasileira da Inclusão (LBI) ainda retrocedeu em alguns aspectos. A obrigatoriedade da adaptação dos prédios coletivos ter se tornado op-

cional, por exemplo, é um deles. Os prédios não residenciais, por sua vez, terão que apresentar uma adaptação de 3% do seu térreo.

A moradia foi outro item em que a pessoa com deficiência saiu perdendo. Para não contrariar as construtoras, a oferta de reserva de unidades habitacionais adaptadas permaneceu em seus 3% - o texto original falava em 10%. Na prática, mesmo que o deficiente tenha um bom poder aquisitivo, ele continuará tendo dificuldades de encontrar um imóvel. Em vez de optarem pelo desenho universal, usou-se a famosa tática do percentual para fazer crer que os direitos estavam sendo preservados.

Não é segredo para ninguém que os imóveis hoje são cada vez menores. Se eles já são ruins para quem não é deficiente, imagina para quem é. Tenho familiares que residem em apartamentos nos quais, quando entro, tenho que ficar na sala. Não consigo entrar sozinha nem no banheiro, pois não dá para movimentar minha cadeira de rodas. E tudo isso por quê? Porque a construção foi planejada fora dos padrões de acessibilidade.

Vivemos num país em que a cidadania se equivale ao poder econômico e religioso, daí minha preocupação em se modificar legislações que sequer foram colocadas em prática. Não por acaso, o saldo final da LBI não foi positivo. Foram vetados pontos cujos avanços já se faziam sentir. Evidente que a lei tem aspectos positivos – a transferência da manutenção das calçadas para o poder público é uma delas –, mas teria sido mais interessante elaborar normas cuja eficácia abordaria aspectos novos, e não algo já existente.

Outro ponto de retrocesso diz respeito à criação de disciplinas com conteúdo sobre deficiência em cursos superiores, o que levou anos para ser aceito, mas que acabou fora do novo texto. Tivemos derrotas também na questão das escolas técnicas, cujo estímulo a capacitação será simultâneo à inclusão no mercado de trabalho. Trata-se de um contrassenso, pois não temos professores capacitados para lidar com todos os tipos de deficiência - hoje até há uma abertura no Sistema S, mas é reduzida.

Na prática, isso significa dizer que a pessoa com deficiência, para ser inserida no mercado - algo garantido pela lei de cotas –, terá que ser qualificada dentro do próprio trabalho. Ou seja, sem contar com profissionais qualificados, continuará dependente da boa vontade de colegas de trabalho para moldar seu perfil profissional. É a humanidade de cada um que está em jogo, com chances de todos acabarem robotizados, pois serão treinados para exercer somente aquela função, sem certificação.

Assim como as pessoas sem deficiência não estão preparadas para ingressar no mercado de trabalho do ponto de vista da escolaridade, da capacitação, o deficiente também não está. É preciso ter clareza de que ele não é diferente do restante da população. Há mais dificuldades? Sim, mesmo que a parte cognitiva seja preservada, o acesso à escola, às tecnologias assistivas mais simples tornam-se impossíveis.

Tomemos como exemplo o deficiente auditivo, que não tem nenhum déficit, e, no entanto, enfrenta grandes tormentos. Ele não tem condições de acompanhar uma aula de português, pois não o oportunizam com o ensinamento de Libras, que é a linguagem oficial dele. É o básico, mas sem ele o surdo fica impedido de conviver em sociedade e de ir à escola, não sendo possível ingressar na rede regular de ensino.

Tenho dito que as Paralimpíadas Rio 2016, a serem realizadas este ano, serão um bom termômetro. Creio que haverá um grande impacto na população ao se deparar com tantos deficientes ao mesmo tempo. Espero, contudo, que seja algo positivo e que sirva de lição. Além de atletas, a cidade do Rio de Janeiro receberá pessoas que estão acostumadas a fazer turismo em seus países e em outros. Mais do que isso: elas estão acostumadas a viver com acessibilidade.

A maioria da família paralímpica ficará em Copacabana e na Barra. Mas será que conseguirão caminhar com facilidade pelas pedras portuguesas desniveladas? Será que conseguirão ir ao banheiro de um restaurante? Temos as mais belas praias do mundo, mas todas com barreiras. Os banheiros da orla, para se ter uma ideia, ficam no subsolo. A liberdade de ir e vir ficará restrita a Ipanema, cuja orla tem toailete para a pessoa com deficiência. É bem difícil ser cidadão no país.

Curiosamente, a legislação do Rio de Janeiro é das mais avançadas do país. O estado já tem percentual de reserva em universidades (10%) e a garantia da meia-entrada em eventos culturais. Isso, aliás, está ameaçado com a nova lei. Só terá direito a meias-entrada o deficiente que tiver benefício de prestação continuada, ou seja, o aposentado por invalidez. Além dessas restrições, só 40% dos ingressos serão reservados a idosos, estudantes e pessoas com deficiência. Detalhe: como fiscalizar para saber se esse percentual reservado estará de fato esgotado? Isso, com certeza, não é para facilitar a vida do cidadão.

Como se não fosse pouco, a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen) ingressou com uma ação direta de inconsti-

tucionalidade no Supremo Tribunal Federal (STF) contra a obrigatoriedade da garantia de ensino aos estudantes com deficiência, prevista pela LBI. A partir deste ano, as escolas não poderão cobrar a mais desse segmento de alunos.

A oferta de auxiliar de vida escolar; reservas de no mínimo 10% de vagas em cursos de educação superior; obrigação de disciplinas com conteúdo sobre deficiência em cursos superiores; escolas de idiomas; informática e outros cursos livres, além da oferta de material acessível, também estão entre as mudanças propostas pela legislação que modifica o Código do Consumidor.

No ano passado, a Comissão da Pessoa com Deficiência da Assembleia Legislativa do Rio (ALERJ) fez uma audiência pública para debater o tema. Com o apoio da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), encaminhamos o relatório desse encontro para o ministro do STF Luiz Edson Fachin, relator da ação da Confenen, solicitando que todas as instituições nacionais ligadas ao tema sejam ouvidas no processo. Paralelamente, a ALERJ também enviou uma moção de repúdio ao Sindicato das Escolas Particulares de Santa Catarina, que, para se posicionar a favor da ação da confederação, distribuiu uma carta aberta no estado com um conteúdo preconceituoso e discriminatório em relação ao deficiente.

Como legisladora, reconheço que a LBI tem o mérito de procurar adaptar a legislação brasileira ao que prevê a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência - diretrizes que o Brasil segue desde 2009. Todavia, antes de mais nada é preciso preparar a sociedade, em especial as pessoas que detêm o poder e a informação.

Somos preparados para enfrentar a vida de uma forma geral. O específico e o diferente acabam por ser deixados de lado. Trata-se de um aprendizado que deve começar nas escolas, e seus reflexos devem impactar positivamente junto aos profissionais que estão no dia a dia da pessoa com deficiência. Nesse aspecto, ainda teremos muito que avançar. Evidente que as legislações devem existir, até porque são elas que vão garantir o direito. No entanto, temos que deixar de ser um país onde o diferente (não só a pessoa com deficiência) seja sinônimo de exclusão. ❖

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE ARTIGOS

- 1 - Os textos devem ser enviados por correio eletrônico, para o endereço *emerjpublicacoes@tjrj.jus.br*;
- 2 - Fontes:
 - ✓ no corpo do texto - **Times New Roman** – **12**
 - ✓ nas citações longas e notas de rodapé – **10**
 - ✓ cor preta (exceto para gráficos);
- 3 - Margens: esquerda e superior de **3 cm**; direita e inferior de **2 cm**;
- 4 - Espaços no corpo do trabalho: **1,5**;
- 5 - Espaço simples, nos seguintes casos:
 - ✓ citações literais de mais de três linhas,
 - ✓ notas, referências;
- 6 - Destaques: itálico ou negrito;
- 7 - Numeração de páginas - iniciada a partir da segunda folha da introdução, embora a inicial seja contada;
- 8 - Fazer referências às fontes de consulta através de citações no texto ou em notas de rodapé, observando que:
 - ✓ a primeira citação de uma obra deverá ter a sua referência completa.

Exemplo:

ÚLTIMO SOBRENOME do autor (exceto Filho, Neto, Júnior),
Prenome e outros sobrenomes (abreviados ou não). **Título**. Local:
editora, ano. página¹.

- ✓ as citações subsequentes da mesma obra podem ser feitas de forma abreviada, com as seguintes expressões:

a) *Idem* (id) – mesmo autor²

b) *Opus citatum* (op. cit.) – obra citada³

1 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 24.

2 *Idem*, 2001, p. 19.

3 RODRIGUES, *op.cit.*, p. 40.