

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1000

(Ano XIII)

(06/02/2021)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2021

## Conselho Editorial

**VALDINEI CORDEIRO COIMBRA** (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado.

**MARCELO FERNANDO BORSIO** (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

**RODRIGO LARIZZATTI** (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

**MARCELO FERREIRA DE SOUZA** (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

**KIYOSHI HARADA** (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

**SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO** (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

**CAMILA ALENCAR COIMBRA:** Bacharelada em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)  
[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

## SUMÁRIO

### COLONISTA DA SEMANA



#### **Industrialização de fatos pela jurisprudência em defesa dos interesses da Fazenda**

*Kiyoshi Harada, 05.*

### ARTIGOS

#### **É possível a incidência do art. 330 (desobediência) do Código de Penal Brasileiro no trânsito (ordem de parada por guarnição policial em atividade de trânsito ou tráfego)?**

*Joaquim Leitão Júnior, 09.*

#### **“Wergeld”: por que o identitarismo cria um risco de retrocesso ético - jurídico?**

*Eduardo Luiz Santos Cabette, 15.*

#### **Os equívocos do poder Judiciário na tramitação da nomeação de advogado dativo e seu respectivo pagamento de honorários**

*Elder Soares da Silva Calheiros, 21.*

#### **O Supremo Tribunal Federal: entre a guarda da Constituição e o ativismo judicial no Brasil**

*Márcio Barsanulfo da Silva, 28.*

#### **O regime disciplinar do procurador de Estado de Alagoas**

*Daniilo França Falcão Pedrosa, 111.*

#### **A responsabilidade civil do Estado pela perda de uma chance nos processos de desconstituição do poder familiar**

*Joana Nogueira Bezerra, 120.*

#### **Aspectos polêmicos sobre a condição de dependente previdenciário: o caso dos LGBTQQICAPF2K+s**

*Elder Soares da Silva Calheiros, 135.*

#### **As contribuições da teoria discursiva do direito para a teoria do processo**

*Guilherme Diniz Barbosa, 145.*

**A fluência do prazo prescricional entre cônjuges em decorrência de separação extrajudicial**

*Guilherme Francisco Souza Amaral, 160.*

**A possibilidade de venda de ativos na recuperação judicial sob o manto do Judiciário**

*Valéria Vaz de Lima, 173.*

**Limites à negociação coletiva pós Lei 13.467/2017**

*Bárbara Barbosa Fernandes, 184.*

**Reflexões sobre as pautas de conciliação, instrução e julgamento em colegiados da Administração Pública**

*Elder Soares da Silva Calheiros, 196.*

**Da hipótese de não observância de precedente obrigatório firmado pelos tribunais superiores em julgamentos de recursos especial e extraordinário repetitivos, por parte dos juízes e tribunais, em sede de juízo de retratação: aplicação direta do art. 1.041, e art. 1.030, v, c, ambos do Código de Processo Civil**

*Pablo Henrique Garcete Schrader, 205.*

**Controle de constitucionalidade e sua ampliação democrática como alternativa à crise de representatividade**

*Stanley Silva Ribeiro, 239.*

**Vitimologia do estupro**

*Mariana Lorusso do Carmo Pavan, 282.*

**Competência para dirimir conflito de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual.**

*Cláudio Facundo de Lima, 331.*

**Moderniza Brasil e Graciliano Ramos: um guia para o futuro da Administração Pública**

*Elder Soares da Silva Calheiros, 336.*

**Lei 12.318 de 2010 (Lei da Alienação Parental) e sua aplicação nos tribunais brasileiros**

*Juliana Gomes Dall'Acqua, 344.*

**O impacto do sistema de precedentes no controle de constitucionalidade brasileiro**

*Stanley Silva Ribeiro, 415.*

**Competência para processar e julgar as ações ajuizadas contra decisões do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) proferidas no exercício de suas competências constitucionais.**

*Cláudio Facundo de Lima, 444.*

**Responsabilidade administrativa ambiental subjetiva em observância ao entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça**

*Andreza Albuquerque Amore, 451.*

**Crise dos refugiados: estatuto jurídico e atual onda de criminalização**

*Camila Ungar João, 479.*

**Mandado de Segurança à luz da Constituição e da Lei N° 12.016/2009**

*Alexandro Marcos de Abreu, Cesar Madalena da Silva e Marciel Schuavab Macedo, 496.*

**A exclusão da responsabilidade dos pais por prejuízo causado pelos filhos**

*Guilherme Francisco Souza Amaral, 509.*

**A judicialização da saúde pública no Brasil pela inexistência de políticas de acesso à medicamentos órfãos para os portadores de doenças raras.**

*Jéssica Cavalcanti Barros Ribeiro, 521.*

## INDUSTRIALIZAÇÃO DE FATOS PELA JURISPRUDÊNCIA EM DEFESA DOS INTERESSES DA FAZENDA

**KIYOSHI HARADA:** Advogado em São Paulo (SP). Mestrado em Teoria Geral do Processo pela Universidade Paulista(2000). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP. Professor de Direito Tributário, Administrativo e Financeiro. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Presidente do Centro de Pesquisas e Estudos Jurídicos. Membro do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da Fiesp. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo. Site:www.haradaadvogados.com.br

Existem algumas derrotas que os advogados sofrem ante matérias controvertidas em direito.

O julgador posiciona-se n'um ou n'outro sentido, conforme suas convicções jurídicas pessoais. Nada a reclamar. Cabe ao advogado esgotar os recursos cabíveis envidando o melhor de seus esforços. A advocacia é uma profissão de meio e não de fim, mesmo porque quem decide em definitivo é o juiz.

Mas, existem algumas decisões em que o advogado não pode se conformar, porque prolatada a sentença *extra petita* para ajustar a decisão ao seu desejo de negar o direito e face da Fazenda Pública opressora.

Cito um exemplo para melhor entendimento.

Impetramos um mandado de segurança contra ato do Diretor de Rendas Mobiliárias da Secretaria de Finanças da Prefeitura de São Paulo, porque o Inspetor Fiscal lotado nessa unidade havia desenquadrado a sociedade uniprofissional – SUP – com efeito retroativo por ter encontrado na sociedade *sócios de especialidades diferentes*, porém, pertencentes ao *mesmo ramo científico*, ou seja, engenheiros de especialidades diferentes.

O auto de desenquadramento não apontou qualquer outro motivo a não ser a violação da uniprofissionalidade que, no entender do fisco só poderia abrigar, no caso, engenheiros da mesma especialidade no quadro social.

Em face da torrencial jurisprudência em sentido contrário, foi impetrado o mandado de segurança para invalidação desse auto de desenquadramento lastreado em prova preconstituída.

Qual não foi a surpresa do impetrante ante a decisão de primeira instância denegando a ordem por ausência de direito líquido e certo, discorrendo sobre a radical alteração da sistemática da SUP que teria ocorrido com o advento da Lei Complementar nº 116/03 a impor, no caso *sub judice*, o pagamento do ISS por faturamento mensal.

Certamente o ínclito magistrado não deve ter lido o texto da LC nº 116/03, que manteve na íntegra o art. 9º do Decreto-lei nº 406/68, que regula a prestação de serviço de natureza pessoal, individualmente ou por sociedade de profissionais liberais. Não se atentou para o pedido formulado no *writ*. Nada do que decidiu foi objeto do pedido inaugural incorrendo, de plano, na nulidade de sentença.

Embargos declaratórios interpostos foram sumariamente rejeitados mediante o uso de acórdão chapão: *quando o juiz encontra um fundamento para rejeição do pedido não está obrigado a examinar os demais*, como se tratasse de instância única.

Feita a apelação com preliminar de nulidade da sentença sobreveio uma surpresa maior.

A E. Câmara de Direito Público adentrou no exame do contrato social do Impetrante e chegou à conclusão de que ante as cláusulas contratuais (retirada pró-labore, distribuição de lucros na proporção do capital de cada sócio e não dissolução da sociedade em caso de falecimento de um dos sócios), a sociedade ostentava *natureza empresarial*, sendo que o Impetrante não conseguiu fazer a prova em sentido de enquadrar-se na SUP referida no art. 9º do Decreto-lei nº 406/68. Parece inacreditável, mas foi o que aconteceu.

Interposto embargos declaratórios, porque a impetração foi contra ato de desenquadramento motivado *unicamente pela existência de sócios de especialidades diferentes*, foram eles rejeitados nos termos do já citado acórdão chapão. E como que puxando a orelha do Impetrante consignou o óbvio e ululante: “no mandado de segurança não cabe dilação probatória”, exceto para denegar a ordem, eu diria!.

O tribunal, no caso, *claramente industrializou os fatos*. O motivo do desenquadramento era apenas e tão somente por figurar no contrato social sócios de especialidades diferentes, tese rejeitada por todos os tribunais do País. Até o tribunal de Uganda sabe disso! Daí o direito líquido e certo corporificado no auto de desenquadramento juntado na inicial. Não tinha que adentrar no exame do mérito

para, por meio de acurado exame do contrato social, concluir pela caracterização de sociedade empresária. Ninguém estava discutindo isso, nem a Prefeitura!

Era caso de concessão do *mandamus* para anular o auto de desenquadramento, ressalvada a faculdade de Prefeitura, se quiser, voltar a proceder ao desenquadramento por outro motivo, vedada a invocação da motivação que ensejou a impetração do *writ*..

O Recurso Especial foi denegado na origem porque decidido no plano fático, ensejando o agravo do Impetrante. Hoje, está na moda o deslocamento de discussões de direito para o plano fático, com o visível propósito de barrar o ingresso nas instâncias extraordinárias.

O Ministro Relator, em decisão monocrática, teceu longas considerações em torno da matéria citando jurisprudência favorável da Corte Especial no enquadramento das sociedades de profissionais liberais no regime de SUP ou Pluriprofissional na prestação de serviço intelectual de natureza para, ao depois, aplicar a Súmula 7 que impede a rediscussão de matéria fático-probatória negando provimento ao agravo.

Não se sabe por que cargas d'água estender o voto se estava predisposto a denegar o agravo com base em jurisprudência defensiva.

Era preferível que tivesse negado provimento *ab initio* por ter o acórdão recorrido decidido no plano fático, sem longas considerações em torno da tese de que fazem jus ao regime especial de tributação as sociedades uni ou pluriprofissionais que desenvolvem serviços intelectuais em caráter pessoal.

O STJ é useiro e vezeiro em invocar erroneamente a Súmula 7 para deixar de examinar o mérito do pedido. Em nenhum momento a Súmula 7 veda o conhecimento de matéria fática, mesmo porque a norma jurídica para incidir precisa de seu suporte fático. Ela não incide no ar, nem no abstrato. O que a Súmula veda é a rediscussão de matéria fática controvertida. No caso, não havia essa controvérsia. O auto de desenquadramento dizia com lapidar e solar clareza que o desenquadramento estava apoiado na existência de *engenheiros de especialidades diferentes*. Onde a controvérsia de matéria fática? A questão de o Impetrante se caracterizar como uma sociedade empresária à vista das suas cláusulas contratuais não estava sendo discutido no *mandamus*, nem na residência do monstro de sete barbas da Mesopotâmia.

Em outra passagem tomei conhecimento de um voto de um dos insígnis ministros do STJ que me causou vertigem. Apreciando recurso especial interposto contra acórdão que manteve a decisão proferido nos embargos à execução fiscal

dizia: *Noto que a certidão de dívida ativa que instrui a inicial não contém os requisitos exigidos pelo § 5º, do art. 2º da Lei nº 6.830/80 padecendo do vício de nulidade. Contudo, deixo de pronunciar a nulidade porque a Súmula 7 impede ingressar no exame do conjunto fático-probatório.* Fique atônito! Muito provavelmente o ínclito ministro deve ter deixado cair o processo. Ao apanhá-lo, sem querer, abriu na página em que estava a aludida CDA que foi lida, talvez, por curiosidade. É a única explicação plausível!

Isso é frustrante e causa desconforto e desânimo para quem vem exercendo a profissão de advogado com zelo ao longo de 54 anos ininterruptos, sendo 20 anos na advocacia pública. Três instâncias judiciais, que custam os olhos da carne para a sociedade em geral, não conseguiram identificar o singelo pedido formulado na inicial do mandado de segurança!

Deixa a ideia de que os tribunais não são confiáveis. Inventar fatos que não estão nos autos para decidir a favor da Fazenda era o que faltava. É a industrialização dos fatos de que falamos no início. Assim, não há como ganhar a demanda por mais justa que ela seja.

Os tribunais precisam colocar na cabeça que a Fazenda quando discute questão tributária em juízo não está defendendo interesse público, mas interesse privado do Poder Público que é coisa diversa. A Fazenda deve ser vista pela Justiça em posição de igualdade com o particular. Ela não está acima, nem abaixo do particular.

## **É POSSÍVEL A INCIDÊNCIA DO ART. 330 (DESOBEDIÊNCIA) DO CÓDIGO DE PENAL BRASILEIRO NO TRÂNSITO (ORDEM DE PARADA POR GUARNIÇÃO POLICIAL EM ATIVIDADE DE TRÂNSITO OU TRÁFEGO)?**

**JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR:** Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso, atualmente lotado como delegado adjunto da Delegacia Especializada de Roubos e Furtos de Barra do Garças. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Pós-graduado em Ciências Penais pela rede de ensino Luiz Flávio Gomes (LFG) em parceria com Universidade de Santa Catarina (UNISUL)<sup>1</sup>.

Fato que sempre causa discussão diz respeito à polêmica sobre o crime de desobediência, diante de recusa em obedecer ordem policial no trânsito.

O Código Penal Brasileiro dispõe no artigo 330 o delito sob “nomem iuris” de desobediência, em que o mencionado delito visa punir aquele que desobedece a ordem legal de funcionário público. Lembremos que, o referido crime é considerado crime de menor potencial ofensivo, sendo de competência do Juizado Especial Criminal, nos moldes do artigo 61 da Lei 9.099/95, em que via de regra é apurado por meio do Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO).

Pedimos vênias para trazer à redação do artigo 330 do Código Penal Brasileiro:

Desobediência

Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público:

Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

Apenas pela forma que o dispositivo do art. 330 do CPB se apresenta não se pode extrair mais detalhes do injusto penal em tela, devendo recorrer-se a doutrina

---

<sup>1</sup> Pós-graduado em Gestão Municipal pela Universidade do Estado de Mato Grosso - UNEMAT e pela Universidade Aberta do Brasil. Curso de Extensão pela Universidade de São Paulo (USP) de Integração de Competências no Desempenho da Atividade Judiciária com Usuários e Dependentes de Drogas. Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obra jurídica e autor de artigos jurídicos. Atualmente também é professor de cursos preparatórios para concursos públicos.

pátria para melhor exegese. A doutrina pátria sustenta que para a configuração do tipo do art. 330 do CPB exige-se:

- a) existência de uma ordem emitida por funcionário público;
- b) individualização desta ordem a um destinatário certo;
- c) obrigação do destinatário da ordem de atendê-la; e
- d) ausência de sanção especial para o seu descumprimento

Postas estas premissas, é possível afirmar que comete crime de desobediência quem desrespeita ordem de parada emanada por agente de trânsito **no exercício de atividades relacionadas ao trânsito ou correlatas?**

A resposta é negativa, ou seja, a doutrina apregoa que a intervenção exigida do direito penal deve ser mínima, tendo em vista seu caráter rigoroso. Logo, os elementos coletados em cognição efêmera ainda que fartos não podem render à tipificação almejada, vez que a **desobediência a ordem de parada dada pela autoridade de trânsito ou por seus agentes, ou por policiais ou outros agentes públicos no exercício de atividades relacionadas ao trânsito, não constitui crime (ato infracional) de desobediência, porquanto há previsão apenas e tão somente de sanção administrativa específica no art. 195 do CTB, o qual não estabelece a possibilidade de cumulação de punição penal.**

Notadamente, o comentado art. 195 do Código de Trânsito estabelece punição administrativa contra quem desobedecer às ordens emanadas da autoridade competente de trânsito ou de seus agentes. Cuida-se em verdade, de infração de natureza grave que acarreta a imposição de multa.

De outro lado, se a ordem emanada, no exercício de atividade ostensiva da Polícia Militar, por exemplo, destinada à prevenção e à repressão de crimes, tendo a abordagem do suspeito se dado em razão de suspeita de atividade ilícita, aí eventual recalcitrância configurará hipótese de incidência do delito de desobediência tipificado no art. 330, do CP.

Há quem sustente que, paralelamente à infração de trânsito, deve-se de qualquer modo punir o motorista rebelde pelo crime de desobediência, tendo em vista que a conduta se insere perfeitamente nas disposições do art. 330 do Código Penal. Todavia, não é a melhor posição a ser adotada.

O Superior Tribunal de Justiça pavimentou o entendimento de que, em regra, havendo punição administrativa sem referência à aplicação conjunta da lei penal, não há crime (ato infracional). Isso se denominada de aplicação do princípio da *ultima*

*ratio* do Direito Penal, que deve se manter subsidiário para intervir apenas quando outras normas não forem capazes de lidar adequadamente com determinada situação.

Cumprido frisar que, no entanto, é preciso verificar o contexto da ordem de parada. Nesse passo, o Superior Tribunal de Justiça tem edificado o entendimento de que não constitui delito (ato infracional) de desobediência, a situação na qual policiais militares ou rodoviários (entre outras forças policiais) na atividade de trânsito ou correlata determinam a parada do veículo, mas não são atendidos pelos motoristas. Vejamos a ementa do entendimento abaixo:

*"1. É cediço na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça **que a desobediência de ordem de parada dada pela autoridade de trânsito ou por seus agentes, ou mesmo por policiais, no exercício de atividades relacionadas ao trânsito, não constitui crime de desobediência, pois há previsão de sanção administrativa específica no art. 195, do CTB, o qual não estabelece a possibilidade de cumulação de sanção penal.***

*2. Na hipótese dos autos, contudo, a ordem de parada não foi dada por autoridade de trânsito, no controle cotidiano no tráfego local, mas emanada de policiais militares, no exercício de atividade ostensiva destinada à prevenção e à repressão de crimes, tendo a abordagem do recorrente se dado em razão de suspeita de atividade ilícita, o que configura hipótese de incidência do delito de desobediência tipificado no art. 330, do CP."* (STJ - AgRg no REsp 1.805.782/MS, j. 18/09/2019).

Noutro exemplo hipotético, podemos admitir a ocasião em que por suspeita de conduta ilícita, se emite a ordem emanada, no exercício de atividade ostensiva da Polícia Militar, destinada à prevenção e à repressão de crimes, tendo a abordagem do suspeito se dado em razão de suspeita de atividade ilícita, mas os policiais da guarnição não são atendidos pelos motoristas. Nesta situação entendemos que haveria o crime de desobediência. Nota-se que a Polícia Militar não estava no exercício da atividade de trânsito ou correlata quando deu a ordem de parada. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça alinha a este entendimento também, senão vejamos:

**PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. DESOBEDIÊNCIA. ART. 330 DO CÓDIGO PENAL. ORDEM DE PARADA EMANADA DE POLICIAIS MILITARES NO**

**EXERCÍCIO DE ATIVIDADE OSTENSIVA.** ORDEM NÃO DIRIGIDA POR AUTORIDADE DE TRÂNSITO E NEM DE SEUS AGENTES. INOCORRÊNCIA DA INFRAÇÃO DE TRÂNSITO PREVISTA NO ART. 195 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. TIPICIDADE DA CONDUTA. DESOBEDEIÊNCIA E FUGA. SUPOSTO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AUTODEFESA E DE NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. DIREITOS NÃO ABSOLUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO PARA A PRÁTICA DE DELITOS. AUSÊNCIA DE DOLO. REEXAME DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM ATENUANTE DA CONFISSÃO NO CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. *I – A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.* **II – Segundo jurisprudência deste Tribunal Superior, a desobediência de ordem de parada dada pela autoridade de trânsito ou por seus agentes, ou mesmo por policiais ou outros agentes públicos no exercício de atividades relacionadas ao trânsito, não constitui crime de desobediência, pois há previsão de sanção administrativa específica no art. 195 do Código de Trânsito Brasileiro, o qual não estabelece a possibilidade de cumulação de sanção penal. Assim, em razão dos princípios da subsidiariedade do Direito Penal e da intervenção mínima, inviável a responsabilização da conduta na esfera criminal.** **III – No presente caso, contudo, a ordem de parada não foi dada pela autoridade de trânsito e nem por seus agentes, mas por policiais militares no exercício de atividade ostensiva, destinada à prevenção e à repressão de crimes, que foram acionados para fazer a abordagem do paciente, em razão de atividade suspeita por ela apresentada, conforme restou expressamente consignado no v. acórdão impugnado. Desta forma, não restou configurada a hipótese de incidência da regra contida no art. 195 do Código de Trânsito Brasileiro e, por conseguinte, do entendimento segundo o qual não seria possível a responsabilização**

**criminal do paciente pelo delito de desobediência tipificado no art. 330 do Código Penal.** *IV – Os direitos ao silêncio e de não produzir prova contra si mesmo não são absolutos, razão pela qual não podem ser invocados para a prática de outros delitos. Embora por fatos diversos, aplica-se ao presente caso a mesma solução jurídica decidida pela Terceira Seção desta Corte Superior quando do julgamento do REsp n. 1.362.524/MG, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, no qual foi fixada a tese de que “típica é a conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial, ainda que em situação de alegada autodefesa”. V – Inviável o reconhecimento da atipicidade da conduta por ausência de dolo uma vez que restou expressamente consignado no v. acórdão combatido que o paciente, de forma consciente e deliberada, desobedeceu a ordem de parada dada pelos policiais militares.* Rever o entendimento do eg. Tribunal de origem para afastar o dolo do paciente demandaria, necessariamente, amplo reexame da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus. VI – O pedido de compensação integral entre a agravante da reincidência com a atenuante da confissão não foi apreciado pelo eg. Tribunal de origem, ficando impedida esta Corte de proceder a análise da matéria, sob pena de indevida supressão de instância. Habeas corpus não conhecido. (HC 369.082/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017)

Na mesma esteira de entendimento ainda se tem os precedentes abaixo:

- HC 385345/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 05/04/2017;
- HC 186718/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 06/09/2013 Decisões Monocráticas;
- REsp 1741575/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 08/08/2018, publicado em 20/08/2018;
- REsp 1735968/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2018, publicado em 21/06/2018;
- REsp 1718329/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 23/03/2018, publicado em 03/04/2018.

A luz de tudo que foi exposto, será sempre importante o “distinguishing” dos precedentes acima com o caso concreto, para avaliar se as forças policiais estavam no controle de tráfego e trânsito ou se era atividade diversa para fins de configuração ou não do crime de desobediência no trânsito.

#### **- Das considerações finais**

Por essas razões, dentro da independência e autonomia funcional o Delegado de Polícia deverá fazer o “distinguishing” dos precedentes acima com o caso concreto, para avaliar se as forças policiais estavam no controle de tráfego ou no controle de trânsito ou se era atividade diversa. Somente assim, se terá elementos no campo da tipificação para visualizar a configuração ou não do crime de desobediência no trânsito.

## **“WERGELD”: POR QUE O IDENTITARISMO CRIA UM RISCO DE RETROCESSO ÉTICO -JURÍDICO?**

**EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:**

Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós-graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós - graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal.

O antigo sistema da “Wergeld” estatuiu que a penalidade aplicada pelo ilícito variasse em grau de gravidade de acordo com a posição social da vítima.

É claro que ninguém estava preocupado com qualquer espécie de igualdade e nem mesmo tratamento paritário perante a lei em tal época.

Wergild, também designado como Wergeld, ou Weregild, (inglês antigo: “man payment”), na antiga lei germânica, descreve o valor da indenização paga por uma pessoa que comete um crime à parte lesada ou, em caso de morte, à sua família. Em certos casos, parte do wergild era paga ao rei e ao senhor - estes tendo perdido, respectivamente, um súdito ou um vassalo. O wergild era inicialmente informal, mas mais tarde foi regulamentado por lei.

Em certas áreas, o wergild de um homem era determinado por seu status na sociedade; por exemplo, na Inglaterra, o wergild de um senhor feudal era muitas vezes o de um homem comum. O wergild de uma mulher era geralmente igual e muitas vezes maior do que o de um homem da mesma classe; em algumas áreas, o wergild de uma mulher podia ser duas vezes maior que o de um homem. O clero também tinha sua própria taxa de wergild, embora isso às vezes dependesse da classe em que nasceram. Entre os francos, o wergild de um romano podia ser metade do de um franco.

Durante os séculos X e XI, em particular no Continente, onde as monarquias não tinham poder suficiente para cobrar a sua parte do wergild que tinha sido fixada por lei, as multas foram determinadas cada vez mais por acordo ou decisão judicial. Gradualmente, porém, certos crimes deixaram de ser expiáveis por compensação; os criminosos eram punidos pelas autoridades locais, geralmente com morte ou mutilação. [1]

É com a valorização do indivíduo em si, por sua condição humana e tão somente isso que é abolido o “Wergeld”, não se admitindo mais uma prática judicial que estabelecia a indexação da pena à posição social da vítima. Com sua abolição, o homicídio de qualquer indivíduo levava às mesmas sanções, não importando se era um nobre ou um camponês. Conforme aduz Boudon, com base em Simmel, “a abolição do ‘Wergeld’ emanou da afirmação do valor do indivíduo enquanto indivíduo, independentemente de sua condição social”. [2]

Ocorre que na atualidade há uma resistência ao reconhecimento da universalidade como sustento da igualdade, centrando-se as abordagens do tema, ao reverso, na diversidade. [3] Observe-se que a valorização do indivíduo, de cada indivíduo por si mesmo e seu tratamento igualitário torna-se inviável sem o reconhecimento de uma base de universalidade, de um elemento comum presente em todas as pessoas, e esse elemento comum é a própria humanidade do homem. Conforme afirma Kersting, a identidade primordial, que qualifica a todos como humanos se sobreleva a qualquer outra identidade particular que uma pessoa assuma no decorrer de sua vida. [4] Por isso, como aduz Bielefeldt, no que se refere aos Direitos Humanos, a identidade cultural, grupal ou qualquer outra de uma pessoa, somente pode ser objeto de garantias jurídicas de forma indireta. [5] O que garante a dignidade humana é a condição individual de participação na comunidade universal da humanidade. Sem essa relação dialética (no sentido dialogal) e complementar entre o “individual” e o “universal”, perde-se o fundamento para pleitear igualdade, bem como dignidade humana, de forma a justificar-se qualquer tratamento arbitrário diferenciador, baseado nos mais estapafúrdios critérios.

No entanto, existe uma tendência ao *identitarismo* que insiste em classificar, catalogar e rotular as pessoas, tendo por critério a pertença a algum coletivo cultural, sexual, de classe social, racial etc. E ainda mais, a sustentar a atribuição de direitos e garantias fundamentais nessas identidades e não na identificação de todo humano simplesmente como humano. É claro que o argumento para esse proceder é o de que se pretende um progresso do reconhecimento de uma *igualdade formal* para a consecução de uma efetiva *igualdade material*. Escapa, porém, a esses teóricos identitários, que a insistência na classificação, catalogação e rotulação das pessoas vai ao caminho contrário, seja da igualdade formal ou da material, acabando por desaguar numa falta de fundamento que conduz à perversão de toda e qualquer *boa intenção inicial*. O resultado é a aproximação cada vez maior de exemplos históricos de discriminação negativa. Como salienta Risério, a base filosófica do identitarismo caminha do “relativismo antropológico a um ideologismo relativista” [6] que, ao contrário de igualdade e paz social, somente cria discriminações e conflitos. Enfim, o resultado dessas distinções e rotulações é o surgimento do que Frascaia chama de “Tribos Extemporâneas”, ou seja, “uma coletividade intermediária entre indivíduo e

Estado, seja ela racial, étnica ou religiosa”. Sua extemporaneidade se caracteriza por surgir no contexto de sociedades que já superaram a condição tribal. [7]

A verdade é que essa fixação na *diferença* ao invés de naquilo que temos de comum, tende a ocasionar divisões que em nada contribuem para a promoção de qualquer igualdade ou pacificação. Ao contrário, como alerta Bruckner, “tudo o que distingue os homens acaba por opô-los”. [8] A reafirmação da diferença no exato momento em que se pugna por igualdade, tende, ainda que inadvertidamente, a perpetuar preconceitos, mesmo que com sinais ou polos opostos. [9] É preciso sempre lembrar que a Justiça não é uma versão da Injustiça de ponta – cabeça, nem a Igualdade uma versão da Desigualdade invertida. Fato é que “em nenhum caso a celebração da diversidade enquanto norma suprema pode criar uma base comum”. Nesse contexto, “é a própria ideia de uma igualdade humana que é sabotada”. [10]

No Brasil tem sido comum legislar de forma incontida para conferir especiais tratamentos a determinados grupos considerados hipossuficientes ou de alguma forma prejudicados, deserdados histórica, cultural, econômica ou socialmente. Assim é que se cria uma figura especial de homicídio com a denominação de “Feminicídio” e outra espécie de homicídio qualificado, tendo em vista a condição de agente de segurança pública, penitenciária ou militar. Há projetos para criar também uma figura especial de homicídio “homofóbico” ou “transfóbico” (PL 7292/17, de autoria da Deputada Federal Luizianne Lins (PT – CE), onde se usa a expressão “LGBTcídio”). [11]

É bom saber que esses dispositivos legais já vigentes em nosso país, bem como o projeto mencionado não incidem diretamente em algo como o “Wergeld”, ou seja, numa imediata tarificação de vidas humanas de acordo com a pertença a certos grupos ou a presença de certas características secundárias. O Feminicídio não é um homicídio qualificado somente pelo fato de a vítima ser mulher, mas pela motivação subjetiva do autor estar ligada à misoginia ou à situação de violência doméstica e familiar contra a mulher. O homicídio de agentes de segurança pública, penitenciária ou militares também não se qualifica somente pelo fato de se tratarem dessas espécies de funcionários, mas devido à motivação do crime ser ligada ao exercício das funções respectivas. Finalmente, o Projeto do “LGBTcídio” também não qualifica o homicídio e o clássica como hediondo somente pelo fato de a vítima ser homossexual ou transexual, mas tendo em conta que tenha sido morta devido à discriminação ligada a essa condição.

Não obstante isso, fato é que em todos os casos acima citados as mortes se dariam por “motivo torpe”, tendo em vista o “preconceito” ou um ato de “represália ou vingança injustificável”, o que já é previsto em nosso Código Penal desde 1940 (artigo 121, § 2º, inciso I, “in fine”, CP), bem como é considerado como “Crime

Hediondo” desde 1994, quando o homicídio qualificado foi incluído no rol da Lei 8.072/90 (artigo 1º, inciso I da Lei 8.072/90, com redação dada pela Lei 8.930/94).

Dessa forma, ainda que se adicionem especiais circunstâncias e elementos subjetivos para a qualificação nas novas figuras criadas ou projetadas, evitando um reacionário sistema direto e efetivo de “Wergeld”, fato é que a referência a determinadas categorias de forma especial tem um efeito simbólico que acaba remetendo a um tratamento diverso para seres humanos devido a determinadas características pessoais. O jurista em geral saberá discernir o traço especificador das figuras em discussão, mas no imaginário popular ou no senso comum, será recorrente o entendimento de que certas categorias de pessoas têm suas vidas avaliadas de forma superior a outras. Além disso, essa criação de figuras especiais para cada categoria de pessoas tende a se agigantar de forma irracional, exatamente devido a esse simbolismo subjacente ou mensagem oculta (ainda que espúria) de valorização especial de umas vidas em detrimento de outras. Ocorre que a tendência é a proliferação de reivindicações de grupos que passam a almejar a criação de figuras especiais a tratarem da violência perpetrada contra seus membros. A inexistência dessas previsões passa a ser interpretada como uma espécie de injustiça e indiferença estatal e social. E não funciona explicar que essas incriminações são meramente simbólicas. Um mecanismo reivindicatório marcado pelo ressentimento e pela sensação de discriminação está posto em funcionamento.

Dessa forma, estaremos sempre aguardando para saber quem será o hipossuficiente ou o deserdado da vez que ensejará motivação para a criação de um novo homicídio qualificado e crime hediondo. Estaremos sempre esperando o surgimento de algum “Negricídio”, “LGBTcídio”, “Gerontocídio”, “Juvenicídio”, “Obesocídio” e assim por diante “ad infinitum”.

Esse procedimento, além de inútil, irracional e ineficiente, provocador de uma hipertrofia normativa absolutamente contraproducente, acaba, ainda que simbólica e equivocadamente, alimentando uma discriminação inaceitável entre vidas humanas por categorias no imaginário popular, o que é extremamente danoso sob o ponto de vista ético. É neste sentido que se entende que o identitarismo tem o potencial de provocar um retrocesso jurídico semelhante aos tempos do “Wergeld”, de maneira que seria importante rever esse mecanismo de criação de figuras específicas e focar simplesmente nas motivações torpes e/ou preconceituosas para a prática de homicídio, seja essa torpeza ou preconceito de qual natureza for e vise quem quer que seja (homens, mulheres, crianças, jovens, adultos, idosos, negros, brancos, ricos, pobres, policiais, comerciantes, operários, religiosos, ateus, magros, gordos, prostitutas (os), heterossexuais, população LGBTI+, deficientes etc.).

## REFERÊNCIAS

BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos Direitos Humanos*. Trad. Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Unisinos, 2000.

BOUDON, Raymond. *O Relativismo*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Loyola, 2010.

SIMMEL, Georg. *Filosofia del Dinero*. Trad. Garcia Cotarello. Madrid: Capitán Swing Libros, 2013.

BRUCKNER, Pascal. *Um Racismo Imaginário Islamofobia e Culpabilidade*. Trad. Pedro Vieira. Lisboa: Gradiva, 2017.

FRASCOLLA, Bruna. *As Ideias e o Terror*. Salvador: República AF, 2020.

HAJE, Lara, MORAES, Geórgia. Projeto Endurece Pena para Homicídio contra população LGBT que envolva discriminação. Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/538399-projeto-endurece-pena-para-homicidio-contra-populacao-lgbt-que-envolva-discriminacao/>, acesso em 03.01.2021.

KERSTING, Wolfgang. *Universalismo e Direitos Humanos*. Porto Alegre: EdPucrs, 2003.

RISÉRIO, Antonio. *Sobre o Relativismo Pós – Moderno e a Fantasia Fascista da Esquerda Identitária*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2019.

SANTOS, André Leonardo Copetti, LUCAS, Douglas Cesar. *A (In)Diferença no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

THE Editors of Encyclopaedia Britannica. Wergild Germanic Law. Disponível em <https://www.britannica.com/topic/wergild>, acesso em 03.01.2021.

#### NOTAS:

[1] THE Editors of Encyclopaedia Britannica. Wergild Germanic Law. Disponível em <https://www.britannica.com/topic/wergild>, acesso em 03.01.2021.

[2] BOUDON, Raymond. *O Relativismo*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Loyola, 2010, p. 58. Ver também: SIMMEL, Georg. *Filosofia del Dinero*. Trad. Garcia Cotarello. Madrid: Capitán Swing Libros, 2013, p. 419. "El rescate de sangre fue una forma de compensación, normalmente el pago como reparación exigido a uma persona culpable de homicidio u otro tipo de muerte ilegal, aunque también podia ser exigido por cualquier otro crime serio".

[3] Cf. SANTOS, André Leonardo Copetti, LUCAS, Douglas Cesar. *A (In)Diferença no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, “passim”.

[4] KERSTING, Wolfgang. *Universalismo e Direitos Humanos*. Porto Alegre: EdUPUCRS, 2003, p. 162.

[5] BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos Direitos Humanos*. Trad. Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Unisinos, 2000, p. 210.

[6] RISÉRIO, Antonio. *Sobre o Relativismo Pós – Moderno e a Fantasia Fascista da Esquerda Identitária*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2019, p. 39.

[7] FRASCOLLA, Bruna. *As Ideias e o Terror*. Salvador: República AF, 2020, p. 35.

[8] BRUCKNER, Pascal. *Um Racismo Imaginário Islamofobia e Culpabilidade*. Trad. Pedro Vieira. Lisboa: Gradiva, 2017, p. 21.

[9] Op. Cit., p. 23.

[10] Op. Cit., p. 30.

[11] HAJE, Lara, MORAES, Geórgia. Projeto Endurece Pena para Homicídio contra população LGBT que envolva discriminação. Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/538399-projeto-endurece-pena-para-homicidio-contra-populacao-lgbt-que-envolva-discriminacao/>, acesso em 03.01.2021. Vide também o inteiro teor do Projeto: PL 7292/2017 Projeto de Lei. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2128135>, acesso em 03.01.2021.

## **OS EQUÍVOCOS DO PODER JUDICIÁRIO NA TRAMITAÇÃO DA NOMEAÇÃO DE ADVOGADO DATIVO E SEU RESPECTIVO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS**

**ELDER SOARES DA SILVA CALHEIROS:**

Procurador do Estado de Alagoas. Advogado. Consultor Jurídico. Ex-Conselheiro do Conselho Estadual de Segurança Pública de Alagoas. Ex-Membro de Comissões e Cursos de Formação de Concursos Públicos em Alagoas. Ex-Membro do Grupo Estadual de Fomento, Formulação, Articulação e Monitoramento de Políticas Públicas em Alagoas. Ex-Técnico Judiciário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ex-Estagiário da Justiça Federal em Alagoas. Ex-Estagiário da Procuradoria Regional do Trabalho em Alagoas. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

A Constituição Federal de 1988 (CF) garantiu no artigo 5º, inciso XXXV, que todos têm direito ao acesso à Justiça. Já no inciso LXXIV estipulou que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. E, em arremate, no inciso LXXVIII prescreveu que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Isto sem se mencionar as garantias do devido processo legal (LIV), da ampla defesa e do contraditório (LV).

Como se sabe estas normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, § 1º, da CF), cabendo ao Estado garantir a efetividade dos comandos emanados da Constituição. Não por outra razão, a Carta Magna prevê:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Quanto à relevância institucional da Defensoria Pública (DP) no cenário nacional, colhem-se os seguintes excertos de julgamentos da Suprema Corte:

A relação entre a atuação da Defensoria Pública e a defesa do Estado Democrático de Direito, ademais, deflui da interpretação sistemático-teleológica das cláusulas da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal em sua acepção substancial, eis que, por meio da Defensoria Pública, reafirma-se a centralidade da pessoa humana na ordem jurídico-constitucional contemporânea, deixando-se claro que todo ser humano é digno de obter o amparo do ordenamento jurídico brasileiro. [ADO 2, rel. min. Luiz Fux, j. 15-4-2020, P, DJE de 30-4-2020]

A Defensoria Pública, enquanto instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, qualifica-se como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades de que são titulares as pessoas carentes e necessitadas. É por essa razão que a Defensoria Pública não pode (e não deve) ser tratada de modo inconsequente pelo poder público, pois a proteção jurisdicional de milhões de pessoas – carentes e desassistidas –, que sofrem inaceitável processo de exclusão jurídica e social, depende da adequada organização e da efetiva institucionalização desse órgão do Estado. De nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam – além de desrespeitados pelo poder público ou transgredidos por particulares – também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (...), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República. Direito a ter direitos: uma prerrogativa básica, que se qualifica como fator de viabilização dos demais direitos e liberdades. Direito essencial que assiste a qualquer pessoa, especialmente àquelas que nada têm e de que tudo necessitam. Prerrogativa fundamental que põe em evidência. Cuidando-se de pessoas necessitadas (...). A significativa importância jurídico-institucional e político-social

da Defensoria Pública. [ADI 2.903, rel. min. Celso de Mello, j. 1º-12-2005, P, DJE de 19-9-2008]

O mesmo tratamento jurídico acima se vê no Código de Processo Civil (CPC) ao dispor que:

Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

No entanto, não obstante o inegável avanço que a Defensoria Pública (DP) obteve nas últimas décadas, o acesso à Justiça nem sempre é possível a todos os cidadãos. Os recursos públicos direcionados a esta Função Essencial à Justiça são insuficientes para todo o dispêndio necessário para mantê-la. Há carência de Defensores Públicos e servidores de assessoramento em todos os Estados da Federação, seja na Defensoria Pública Estadual (DPE), seja na Defensoria Pública da União (DPU). Existe carência de infraestrutura também.

Enfim, um cenário muito longe do ideal previsto na Carta Cidadã de 1988, como bem lembrado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em diversos julgados, a saber:

Defensoria Pública. Implantação. Omissão estatal que compromete e frustra direitos fundamentais de pessoas necessitadas. Situação constitucionalmente intolerável. O reconhecimento, em favor de populações carentes e

desassistidas, postas à margem do sistema jurídico, do "direito a ter direitos" como pressuposto de acesso aos demais direitos, liberdades e garantias. Intervenção jurisdicional concretizadora de programa constitucional destinado a viabilizar o acesso dos necessitados à orientação jurídica integral e à assistência judiciária gratuitas (CF, art. 5º, LXXIV, e art. 134). Legitimidade dessa atuação dos juízes e tribunais. O papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo poder público. A fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Estado. A teoria das "restrições das restrições" (ou da "limitação das limitações"). Controle jurisdicional de legitimidade sobre a omissão do Estado: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proibição insuficiente e proibição de excesso). Doutrina. Precedentes. A função constitucional da Defensoria Pública e a essencialidade dessa instituição da República. *Thema decidendum* que se restringe ao pleito deduzido na inicial, cujo objeto consiste, unicamente, na "criação, implantação e estruturação da Defensoria Pública da Comarca de Apucarana". [AI 598.212 ED, rel. min. Celso de Mello, j. 25-3-2014, 2ª T, DJE de 24-4-2014]

Em razão desta lamentável realidade, muitos magistrados brasileiros têm suprido a carência momentânea da Defensoria Pública (DP) por meio das nomeações de advogados dativos, notadamente em processos de índole criminal onde há o envolvimento de questões de direito à liberdade dos cidadãos, a exemplo das audiências de custódia exigidas e fiscalizadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Nesse toar, além dos dispositivos constitucionais acima, é bastante comum que os magistrados utilizem em sua decisão o fundamento legal a seguir:

Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

§ 1º O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado.

Deste ponto de partida, em muitos casos, iniciam-se os problemas jurídico-processuais e até mesmo administrativos para o Estado.

Primeiramente, não é incomum que haja uma completa arbitrariedade do juízo ao escolher quais advogados poderão ser indicados como dativos. Confere-se, assim, um poder imenso ao juiz para escolher quem poderá ser o escolhido na missão de defesa de determinado caso concreto.

É que na maioria das comarcas brasileiras não há um procedimento formal de habilitação destes advogados dativos, cabendo ao juiz escolhê-los sem qualquer critério objetivo, impessoal e isonômico. Quanto a isto, pontualmente, há Tribunais que ainda buscam formar uma espécie de credenciamento dos advogados dativos, exigindo até habilitações específicas, porém na prática brasileira isto é uma realidade distante, ao menos na maioria do país.

Outro ponto a se considerar é a ausência constante de fundamentação para a nomeação de advogados dativos. Em muitos casos, apenas porque o magistrado escolheu ao seu bel prazer a data da pauta de audiências para determinado dia da semana e o Defensor Público se encontra na Comarca apenas em outro dia, o juízo entende ser motivo justo para designar um advogado dativo. Algo que poderia ser resolvido mediante um simples diálogo institucional.

Ainda, há problemas quanto ao valor dos honorários para os advogados dativos, pois, não raro, há magistrados fixando quantias muito acima da Tabela da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ou daqueles praticados no mercado advocatício. Casos onde juízes fixam quantias elevadíssimas e estes advogados dativos acabam recebendo, mensalmente, muito mais que o teto do funcionalismo público brasileiro.

Também há uma preocupação bastante significativa com a perda da qualidade da defesa praticada pelo advogado dativo, haja vista que, em muitas situações, o nomeado mal conhece o caso narrado e somente é designado para um ato processual específico (júri ou audiência de instrução, por exemplo). Ao contrário, o Defensor Público teria melhores condições para realizar esta defesa, pois desde o princípio da ação estaria acompanhando a situação do cidadão assistido.

E as contendas não se resumem a isto.

Os juízes, não raro, expedem determinações de pagamento destes honorários de advogados dativos e estipulam um prazo completamente aleatório e desconectado da realidade constitucional e legal. Prazos de 5 dias, 10 dias ou 15 dias, por exemplo.

Ora, primeiramente, a decisão que nomeia o advogado dativo é passível de recurso pela Fazenda Pública a quem competirá o pagamento dos honorários advocatícios do advogado dativo, até porque pode não ser o caso de nomeá-lo, mas sim de simples remarcação de ato processual ou mesmo de comprovação da possibilidade de custeio dos honorários pelo suposto assistido.

Imagine-se que o juízo tenha nomeado advogado dativo para uma grande empresa detentora de ótimas condições financeiras. É óbvio que a Fazenda Pública, uma vez intimada desta designação e da fixação de honorários para aquele profissional e em favor da empresa, poderá interpor recurso.

De outro lado, somente após o trânsito em julgado da decisão judicial (decisão, sentença ou acórdão) que nomeou o advogado dativo e fixou os seus honorários, obviamente com a necessária intimação da Fazenda Pública, é que deverá haver a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor (RPV), a depender da legislação que fixa os limites de pagamento do ente federativo, nos termos do artigo 100 da Constituição Federal.

Nesse sentido, diz a Carta Política:

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

[...]

§ 3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

Portanto, descabe essa intimação da Fazenda Pública para pagar honorários de advogados dativos à revelia do regime constitucional de precatório e RPV,

inclusive mediante insustentáveis ameaças de prisão por descumprimento de ordem judicial, penhoras *on line* ou imposição de *astreintes*. O pagamento de dívidas estatais tem regras constitucionais que precisam ser observadas, não podendo o juiz entender que tem a autorização para determinar a quitação de quantias como bem entender.

Enfim, estas são apenas algumas reflexões sobre a necessidade de uma reestruturação maciça da Defensoria Pública (DP) em todo o Brasil, pois embora os advogados dativos sejam, em momentos pontuais de urgência, uma via possível para garantir o acesso dos cidadãos à Justiça, também vêm ocorrendo diversos problemas jurídicos, processuais e administrativos que poderiam ser evitados se estas designações sequer viessem a ocorrer.

## O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENTRE A GUARDA DA CONSTITUIÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

**MÁRCIO BARSANULFO DA SILVA:**

Graduando do Curso de Direito; estagiário concursado do Ministério Público do Estado de Goiás, lotado na 6ª Promotoria de Justiça na Comarca de Itumbiara-GO (desde 07/03/2019).

**RODRIGO PEREIRA MOREIRA**

(Orientador)

**RESUMO:** O presente trabalho se utilizará como método de abordagem, a análise crítica dedutiva sobre a teoria e a função que o Poder Judiciário, mais precisamente o Supremo Tribunal Federal, vem exercendo na atualidade, através do procedimento técnico de pesquisa bibliográfica e fontes interdisciplinares de forma exploratória e quantitativa. Discorre sobre o conceito de Estado Democrático de Direito, e a evolução do Princípio da Separação dos Poderes. Por meio dessa investigação, foram esclarecidos pontos necessários sobre o papel da Corte no sistema político-constitucional, bem como examinada sua evolução histórica, os modelos de composição dos Tribunais Constitucionais europeus e os predicados elementares dos referidos princípios. Ao fim, realizado um cotejo geral, conclui-se que o atual modelo carece de legitimidade popular e confere um alto risco à autonomia e à independência do Supremo Tribunal Federal, ferindo a divisão de Poderes e, por corolário, o perfil constitucional do Estado brasileiro; o seu aperfeiçoamento depende, essencialmente, da abolição do critério proporcional, com as garantias de pluralismo, representatividade e complementariedade da sua composição. Também visa, responder ao problema central que gira em torno deste trabalho, ao demonstrar uma das consequências da hipertrofia do Supremo Tribunal Federal que é o ativismo judicial, o qual supostamente encontra suporte na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e se ratifica como expressão autêntica de uma democracia real, passando a atuar diretamente nas decisões políticas no Brasil, numa suposta busca de equilíbrio das instituições estatais na efetivação e manutenção do Estado Democrático de Direito.

**Palavras chave:** Ativismo Judicial. Estado Democrático de Direito. Separação dos Poderes. Supremo Tribunal Federal.

**ABSTRACT:** The present work will be used as a method of approach, the deductive critical analysis about the theory and the function that the Judiciary Power, more precisely the Supreme Federal Court, has been exercising nowadays, through the

technical procedure of bibliographic research and interdisciplinary sources in an exploratory way and quantitative. It discusses the concept of the Democratic State of Law, and the evolution of the Principle of Separation of Powers. Through this investigation, necessary points about the Court's role in the political-constitutional system were clarified, as well as its historical evolution, the models of composition of the European Constitutional Courts and the elementary predicates of those principles were examined. In the end, after a general comparison, it is concluded that the current model lacks popular legitimacy and confers a high risk to the autonomy and independence of the Supreme Federal Court, injuring the division of Powers and, by corollary, the constitutional profile of the Brazilian State ; its improvement depends, essentially, on the abolition of the proportional criterion, with the guarantees of pluralism, representativeness and complementarity of its composition. It also aims to respond to the central problem surrounding this work, by demonstrating one of the consequences of the hypertrophy of the Supreme Federal Court, which is judicial activism, which supposedly finds support in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 and is ratified as an expression of a real democracy, starting to act directly in political decisions in Brazil, in a supposed search for balance of state institutions in the implementation and maintenance of the Democratic Rule of Law.

**Keywords:** Judicial Activism. Constitutional Court. Democratic state. Principle. Separation of Powers. Federal Court of Justice.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. 1.1 Objetivos do Estado Democrático de Direito. 1.2 Uma Breve Análise dos Direitos Fundamentais. 1.3 Separação dos Poderes. 1.4 Sistema de Freios e Contrapesos (Checks and Balances). 1.5 Emenda Constitucional nº 45/2004. 2. MODELO BRASILEIRO DE COMPOSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUAS COMPETÊNCIAS. 2.1 Breves Considerações Sobre a Criação do Supremo Tribunal Federal. 2.2 Breves Considerações sobre a Estrutura do Poder Judiciário. 2.3 O Supremo Tribunal Federal na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 2.4 Modelo de Composição/Investidura dos Ministros do Supremo Tribunal Federal em Face da Teoria da Separação dos Poderes. 2.5 Competências/Atribuições do Supremo Tribunal Federal. 2.6 Considerações Sobre o Controle de Constitucionalidade. 2.6.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2.6.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade. 2.7 Supremo Tribunal Federal Como Corte Constitucional. 3. ANÁLISE SOBRE O FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL. 3.1 Breves Considerações Sobre os Efeitos do Protagonismo Judicial. 3.2 O Ativismo Judicial. 3.3 Dimensões do Ativismo Judicial. 3.4 Autorrestrrição. 3.5 O Modelo de Estado e Constituição. 3.6 Atividade Normativa do Supremo Tribunal Federal. 3.7 O Risco de Institucionalização do Ativismo Judicial. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

Após a promulgação da Carta Magna de 1988, com o advento de um Estado Democrático de Direito, surgiram novos argumentos de interpretação constitucional, devido diversas modificações políticas, econômicas, culturais e sociais do país. A (co)relação entre política e justiça tem seu amparo na redefinição de poderes findados na redemocratização e na promulgação de nossa Constituição Federal de 1988, conforme disposto no artigo 2º do mesmo diploma: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

Dentre as questões de relevo está a tradicional indagação sobre a legitimidade do Poder Judiciário ao se expandir para outros domínios, o que pode vir a colocar em risco a idealização clássica de Montesquieu quanto à separação dos poderes.

O Estado Democrático de Direito é um Estado que visa garantir o exercício de direitos individuais e/ou sociais. Mas o que se nota hoje é que a conjectura constitucional de um Estado Democrático de Direito parece ter estatuído o Poder Judiciário a patamares anteriormente inimagináveis quando de Estado com forte empoderamento para o Poder Executivo. Assim sendo, analisaremos o papel do STF como o legítimo guardião da Constituição Federal de 1988, na busca de resposta a um dos temas mais polêmicos que gira em torno do Poder Judiciário brasileiro, qual seja: O Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal possui consequência positivas ou negativas no equilíbrio e manutenção do Estado Democrático de Direito?

Deste modo, surge um grande e inflamado dilema, se para alguns as decisões ativistas é a única solução diante das mazelas institucional brasileira, para outros, é o início de um grande problema institucionalmente constitucional, alimentado pela sobreposição do Poder judiciário em relação aos outros Poderes, provocando um desequilíbrio na separação dos Poderes e uma mancha com rigor de rebeldia na harmonia entre as instituições. Nessa órbita, a resposta que mais se aproxima a pergunta, é, a de que, a separação e harmonia entre os Poderes, constitui alicerce fundamental na instituição e manutenção de um Estado Democrático de Direito.

A ambiciosa Carta Magna de 1988, para alguns expertos, foi o que contribuiu para o avanço do Supremo Tribunal Federal, "rompendo uma tradição de quase dois séculos com a separação das funções como princípio constitucional", conferindo-lhe poderes de guardião constitucional, assim como tarefas que, normalmente, seriam divididas entre os três Poderes constituídos. Dessa forma, o Tribunal, além de proteger as regras, passou a elaborá-las por meios de suas decisões

sob o fundamento de que está vinculado com o alcance dos objetivos fundamentais do Estado.

O caput do artigo 102 de nossa Carta Magna, é claro ao discorrer que, “competete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”. Segundo a definição dos dicionários, “guardar subtende: vigiar para defender, proteger, preservar etc. Portanto o Supremo Tribunal Federal tem a função de proteger a Constituição. Possui a responsabilidade de zelar pela vontade emanada pelo povo. Não é dado a esta Corte a sua alteração, por mais nobre que seja o ato.

Contudo, importa registrar que as respostas possíveis a este debate não são obtidas mediante fórmulas simplificadas que nos permitem visualizar o fenômeno de forma resolutiva, tampouco estática.

Este trabalho, tem como objetivo geral, demonstrar o papel do Poder Judiciário, tanto na teoria quanto na prática, confrontando as funções atribuídas pela Constituição Federal e pelos doutrinadores com a função que ele exerce efetivamente, visto esta através da análise dos processos já tramitados, em tramitação e dos direitos neles pleiteados.

O primeiro objetivo específico, é conceituar e delinear os ideais do Estado Democrático de Direito. O segundo objetivo específico é descrever o modelo de composição do Supremo Tribunal Federal e suas competências. Já o terceiro e último objetivo específico é analisar o fenômeno do Ativismo Judicial no Brasil, mais precisamente com relação ao Supremo Tribunal Federal.

Este trabalho se justifica, pela necessidade de provocar um questionamento e reflexão sobre alguns aspectos estruturantes do pensamento jurídico e político, por uma parte, e histórico e sociológico por outra, inclusive sobre quais os efeitos de uma mudança na coordenação entre os Poderes para o arranjo político-constitucional do Estado e se existe um novo tipo de constitucionalismo; por isso a necessidade de nos aprimorarmos ainda mais da compreensão sobre as relações entre Política e Direito, de modo que esse novo cenário se explique e que essa possível mudança político-constitucional seja entendida, com suas consequentes formas de legitimação do poder e atuação de suas instituições.

Este trabalho realizar-se-á através de uma pesquisa exploratória de forma quantitativa, através do procedimento bibliográfico e fontes interdisciplinares, se utilizando como método de abordagem a análise crítica dedutiva sobre a teoria e a função que o Poder Judiciário, mais precisamente o Supremo Tribunal Federal, exerce na atualidade.

No primeiro capítulo, visa-se demonstrar ao leitor os aspectos do Estado Democrático de Direito conforme nossa Carta Magna de 1988, fazendo uma breve análise dos Direitos Fundamentais; Separação dos Poderes; Sistema de Freios e Contrapesos; bem como a Emenda Constitucional nº 45.

Partindo para o segundo capítulo, faz-se oportuno portanto, falar sobre o surgimento do Poder Judiciário, bem como suas funções típicas e atípicas, separação, organização, estrutura, o papel do Supremo Tribunal Federal como Guardião da Constituição, bem como sua relação com as Cortes Constitucionais, dentre outras atribuições.

Por fim, no terceiro e último capítulo, é absolutamente imprescindível efetuar o confronto entre as funções do judiciário até aqui estudadas com a função que ele vem desempenhando de fato na atualidade, tecendo breves considerações sobre os efeitos do protagonismo, o modelo de Estado e constituição e o fenômeno do ativismo judicial por parte do Supremo Tribunal Federal

## **1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**

Conforme bem preceitua Lenza (2016) o Estado Democrático de Direito é um conceito embasado que se refere a um Estado que preza pelos Direitos Humanos, bem como pelas Garantias Fundamentais, é um modelo de Estado através de um Direito Constitucional pautado na garantia dos direitos individuais, coletivos, sociais e políticos; a atuação do Estado, no Estado Democrático de Direito é definida e limitada única e exclusivamente pela Carta Magna; significa que, para que se atinja o objetivo primordial, de ser considerado um Estado democrático de direito, o Estado deve garantir à proteção jurídica de todos os direitos dos cidadãos por intermédio dos seus governos.

Deste modo, fica caracterizado que:

A Constituição de 1988 representa um importante avanço no campo das conquistas democráticas dos cidadãos e dos direitos sociais. Adotou a democracia e a dignidade da pessoa humana como valores fundamentais, bem como previu uma série de normas programáticas que atribuem objetivos a serem alcançados pelo Estado.

Igualmente, ampliou o pluripartidarismo e o regime das liberdades públicas, mediante a previsão expressa de vários direitos e garantias fundamentais. Todavia, repetindo a anatomia estatal do passado, concentrou poderes e

competências em favor da União, enfraquecendo a autonomia política dos demais entes federados (BARRETO, 2015, p. 90-91).

No Estado democrático de direito se faz necessário que haja o devido respeito por parte de seus governantes ao que é previsto nas leis, assim sendo, não se deve permitir o desrespeito e o descumprimento no que está definido em lei. Dito isso, é notório de que todas e quaisquer decisões devem ir de encontro ao que diz a lei, pois, somente assim, estarão assegurados os direitos fundamentais dos cidadãos.

### **1.1 Objetivos do Estado Democrático de Direito**

O Estado Democrático de Direito é aquele “fundado na harmonia social e assume o compromisso (na ordem interna e internacional) com a solução pacífica de controvérsias” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014, p.79), tendo como principal objetivo a garantia das liberdades civis, o respeito pela dignidade da pessoa humana, além dos demais direitos e garantias fundamentais, por intermédio da efetiva proteção jurídica, de maneira a estabelecer de fato a tão sonhada democracia em sentido amplo (social, econômica e cultural).

Segundo Dworkin:

O Estado de Direito dessa concepção é o ideal de governo por meio de uma concepção pública precisa dos direitos individuais. Não distingue, como faz a concepção centrada no texto legal, entre o Estado de Direito e a justiça substantiva; pelo contrário, exige, como parte do ideal do Direito, que o texto legal retrate os direitos morais e o aplique. (DWORKIN, 2001, p. 7).

Nesse sentido Miguel Reale, elucida as duas principais facetas do conceito de direito no senso comum: por um lado, trata-se de um conjunto de regras que orientam a conduta das pessoas e que são impostas pelo Estado; por outro, trata-se de um elemento necessário para a garantia das necessidades humanas de ordem e justiça (1995, p. 55).

Partindo dessa premissa, o Estado de Direito focado na lei, somente poderia tornar válidas as leis positivadas se antes de tudo refletisse primordialmente nos ideais de justiça. Assim, “torna-se bem claro, perquiridas as origens do Estado de direito, que este visava a estabelecer o império da justiça, não da lei, vista esta como vontade do legislador” (FERREIRA FILHO, 1987, p. 17).

Segundo Canotilho:

O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de 'contrarrevolução social' ou da 'evolução reacionária'. Com isto quer dizer que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. (CANOTILHO, 2003, p. 648).

É, portanto, um avanço do Estado que se adapta a democracia, sendo considerado inovador e não apenas uma mera continuidade dos outros estágios do Estado de Direito. Como descrito por Mário Lúcio Quintão Soares (2001, p. 305), "o Estado Constitucional molda-se pelos conceitos de direito fundamental, democracia, Estado de direito, primazia do direito e distribuição de competências e poderes do Estado, formulando sua imagem integral". Isso quer dizer, uma vez concretizado o direito, ele não poderia ser diminuído (princípio da vedação ao retrocesso), em face daquilo que a doutrina francesa chamou de *effet cliquet*.

Conforme elucida Luigi Ferrajoli, as condutas firmadas pautadas em um ordenamento jurídico, devem ser consideradas como fundamentais a todos os seres humanos, voltadas de modo a garantir o direito à vida, à saúde, à liberdade pessoal, à liberdade de consciência e de pensamento:

O Estado de direito equivale à democracia, no sentido que reflete, além da vontade da maioria, os interesses vitais de todos. Neste sentido, o garantismo, como técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, voltado a determinar o que estes não devem e o que devem decidir, pode bem ser concebido como a conotação (não formal, mas) estrutural e substancial da democracia: as garantias, sejam liberais ou sociais, exprimem de fato os direitos fundamentais dos cidadãos contra os poderes do Estado, os interesses dos fracos respectivamente aos dos fortes, a tutela das minorias marginalizadas ou dissociadas em relação às majorias integradas, as razões de baixo relativamente às razões do alto. (FERRAJOLI, 2014, p. 797).

Portanto, um governo moldado ao Estado de direito contrapõe-se a um governo arbitrário. Têm-se como imprescindível que o Estado disponha de normas claras, estáveis e fixas, de modo que os membros desta sociedade não sejam adstritos a uma legislação variável, e à insegurança jurídica. Pois, conforme os ensinamentos

de Miranda (2003) o Estado está em constante evolução e, mesmo regredindo, houve um grande processo para chegarmos ao Estado que existe hoje, que certamente não ficará parado e continuará a sua estruturação com o passar dos tempos.

O Estado Democrático de Direito, é, portanto, o modelo de Estado que visa à distribuição e racionalização do poder de forma paritária, tendo como objetivo a racionalização da violência para que esta seja combatida através da lei, de maneira a objetivar a organização de toda sociedade de maneira harmônica, segundo o ideal de justiça. Deste modo, a lei constitui fortemente Estado de Direito, mas sua característica basilar é a observância e respeito aos princípios fundamentais, com objetivo primordial de dar garantias ao cidadão. Embora a lei esteja em constante movimento em conformidade com as mudanças sociais, os princípios são imutáveis, pois são os fundamentos de todo o ordenamento jurídico.

## 1.2 Uma Breve Análise dos Direitos Fundamentais

Os direitos e as garantias constitucionais consubstanciam direitos paulatinamente conquistados pelo povo em face dos governantes. Esses direitos reconhecidos como indisponíveis e inalienáveis refletem um conjunto de medidas destinadas a proteger a dignidade da pessoa humana. Certamente o jusnaturalismo exerceu papel fundamental nesse reconhecimento.

Durante esse processo de conquista, houve um processo evolutivo conhecido como a “teoria das gerações ou dimensões de Direito”. Tais gerações se referem aos distintos momentos históricos em que surgiram as diversas categorias de direitos fundamentais.

Em que pese o fato de terem surgido em épocas diferentes da evolução do Constitucionalismo, não há hierarquia jurídica entre as diversas gerações dos direitos fundamentais. A teoria levou em consideração os dizeres da bandeira francesa “liberté, égalité, fraternité” e referem-se ao avanço das conquistas populares em termos de direitos obtidos em face dos governantes (FERNANDES, 2016).

As gerações ou dimensões dos direitos fundamentais são as seguintes:

**1ª geração** – Diz respeito aos direitos civis (direitos e garantias individuais) e políticos (isto é, as chamadas *liberdades públicas*), dos quais são exemplos a vida, a intimidade, a inviolabilidade de domicílio e a liberdade de pensamento.

**2ª geração (direitos sociais)** – São aqueles que exigem uma postura ativa do Estado no sentido de adotar mecanismos interventivos que visem a assegurar a igualdade e a justiça

social, mediante a proteção aos hipossuficientes e a superação das diferenças sociais.

**3ª geração (direitos de solidariedade e fraternidade)** – Consiste no rol dos direitos que ampliam o âmbito de proteção estatal e a emancipação dos cidadãos, isto é os direitos ao meio ambiente equilibrado, à qualidade de vida, ao progresso e à paz, bem como outros correlatos, todos de natureza difusa e transindividual.

**4ª geração** – São os direitos ligados à biogenética, como a clonagem, o estudo e a utilização terapêutica de células-tronco e a pesquisa genética bio científica (BARRETO, 2015, p. 214, grifo nosso).

Salienta-se por oportuno que para outros autores, existe uma quinta geração dos direitos fundamentais, direcionada aos preceitos inerentes à informática e ao ciberespaço. Desse modo, essa diferença de critérios de segmentação dos direitos fundamentais permite afirmar que não há um modelo uniforme na definição das referidas gerações, sendo uma matéria de conteúdo variável na doutrina constitucional, sobretudo no que tange às duas últimas gerações/dimensões.

É evidente que a CF/88 reconhece inúmeros princípios e direitos em prol de toda sociedade, sendo que, dentre todos eles, encontra-se o princípio da dignidade da pessoa humana, considerado como o princípio propulsor de todo nosso ordenamento jurídico, o qual está inserido no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna (BRASIL, 1988).

De acordo com Silva (1998, p. 85) “a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana”.

Tendo como base o princípio da Dignidade da Pessoa humana, podemos dizer que os direitos fundamentais são direitos inerentes à pessoa humana e essencialmente direcionados a uma vida digna. Dito isso, como bem preceitua Daniel Sarmento:

O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico [...] pode ser dito que o princípio em questão é o que confere unidade de sentido e valor ao sistema constitucional, que repousa na idéia de

respeito irrestrito ao ser humano – razão última do Direito e do Estado (2002, p. 59-60).

Ressalta-se que é dever do Estado dar-lhes a devida proteção. No entanto, eles também possuem algumas características próprias. Hoje, esses direitos são garantidos a todo e qualquer ser humano, enquanto indivíduos de direito. São garantias formalizadas no decorrer do tempo, única e exclusiva aos indivíduos.

Conforme preceitua Alex Muniz Barreto, a CF/88, dividiu os direitos fundamentais em cinco categorias, quais sejam:

Direitos individuais e coletivos (art. 5º). Direitos sociais (art. 6º). Direitos sócio-trabalhistas (arts. 7º ao 11). Direitos da nacionalidade (art. 12). Direitos políticos (arts. 14 ao 16). Pode-se afirmar que todos esses direitos estão vinculados à concepção do princípio da dignidade humana, o qual atua como *sobreprincípio* normativo e como vetor interpretativo de absoluta relevância na ordem constitucional vigente (BARRETO, 2015, p. 209).

Deste modo, pode-se inferir, que os direitos fundamentais advém da própria natureza humana, daí seu caráter inviolável, intemporal e universal, são direitos do ser humano, positivados na esfera constitucional em um Estado Democrático de Direito, sendo indispensáveis ao convívio harmonioso, ou seja, são frutos de uma construção histórica, variando de acordo com a época e lugar, bem como permanecem em constante evolução. (SILVA, 2011, p. 49).

Os direitos fundamentais tornaram-se então, a inspiração após a revolução industrial no século XVIII, vindo a findar a dominação dos burgueses que detinham o monopólio e o controle temporário sobre as pessoas. Portanto, observa-se que a democracia advém de grandes lutas populares em prol de direitos e garantias, exigindo um olhar diferenciado do ser humano por parte do Estado. Muitas dessas conquistas de direitos humanos dessa época em essência, predominam até os dias atuais (BOBBIO, 1992, p. 06).

O Brasil passou por um longo período sob a rege de um Estado absolutista, em que as pessoas não eram detentoras de direitos, para adentrar posteriormente, num momento de grandes mudanças políticas, sociológicas, bem como culturais, decorrentes dos movimentos de resistência, de crítica social com projeções de futuro inspiradas no ideal democrático, “por isso mesmo falar em **direitos fundamentais** é falar em condições para a construção e o exercício de todos os demais direitos previstos no Ordenamento Jurídico (interno), e não apenas em

uma leitura reducionista, como direitos oponíveis contra o Estado” (FERNANDES, 2016, p. 317, grifo do autor).

Portanto, se faz necessário uma análise desses direitos fundamentais de maneira objetiva, já que todo e qualquer indivíduo é parte dessa evolução histórica do processo de democratização do direito.

Como se pode notar, os direitos e garantias fundamentais constitucionais adentraram ao ordenamento jurídico já com status de cláusulas pétreas, diante do anseio da liberdade de expressão e da luta pela democracia, tendo como marco referencial a ruptura do Estado opressor, para um Estado galgado na defesa desses direitos e garantias fundamentais.

Conforme Silva:

A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico de fine-lhe um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas de direitos fundamentais do homem. (SILVA, 2011, p. 175).

Neste sentido, as garantias fundamentais textualizadas pelo ordenamento jurídico pátrio, advém também de princípios basilares. Para melhor elucidação quanto à força desses princípios, grande parte deles são vislumbrados de maneira universal, tendo em vista, que se fazem presentes tanto em nossa Carta Magna, como nos tratados internacionais, os quais, garantem maior efetividade e abrangência desses direitos.

Nas palavras de Flávia Piovesan, “[...] todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível em que os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e interdependentes” (PIOVESAN, 1998, p. 214). Existe ainda o entendimento de que os direitos humanos são os consagrados internacionalmente, enquanto os fundamentais estariam prescritos em normas materiais ou formalmente constitucionais. A forma empregada por nossa Constituição foi a de Direitos Fundamentais. Os direitos fundamentais, “ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana” (SARLET, 2001, p. 109).

A título de exemplo, cita-se o tratado da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que tem por objetivo a manutenção da paz entre os povos e

universalização das garantias constitucionais, como o direito à vida, liberdade, saúde, etc., de toda e qualquer pessoa do mundo; por isso, os princípios consagrados na DUDH inspiraram várias Constituições.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, contém um Preâmbulo e 30 artigos; vejamos alguns de seus artigos:

Artigo 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito fraternidade.

Artigo 3º Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo 7º Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Artigo 18º Toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos.

Artigo 19º Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão.

Artigo 21º 1.Toda a pessoa tem o direito de tomar parte na direção dos negócios, públicos do seu país, quer diretamente, quer por intermédio de representantes livremente escolhidos. [...]

Artigo 22º Toda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social; e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de

cada país. (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948).

Não resta dúvida, que o ser humano, no que se refere a sua escolha e modo de vida, bem como suas prerrogativas de direito, adquiriram novo status no ambiente civilizatório ao longo dos tempos, ainda que infelizmente algumas sociedades insistem em seguir o caminho inverso, com oscilações naturais quanto a sua duração, magnitude e amplitude no que se refere às violações desses direitos para com seus pares.

Ressalta-se que conforme disposto no caput do artigo 5º da CF/88, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes” (BRASIL, 1988).

Na dicotomia do supramencionado artigo, sob o prisma da igualdade, há que se analisar sob duas vertentes, sendo que a primeira diz respeito à igualdade formal, que é o texto de lei, “todos são iguais perante a lei”; enquanto na igualdade material, tem-se o modelo de igualdade, segundo o qual, todos os seres humanos devem receber tratamento igual ou desigual, a depender da situação concreta; se as situações são iguais, há a necessidade de tratamento igualitário (princípio da igualdade), se as situações forem diferentes, neste caso, haverá um tratamento diferenciado (princípio da isonomia) (BARRETO, 2015).

Os direitos individuais expressos na Constituição delimitam uma esfera de ação da pessoa a ser respeitada por terceiros e, sobretudo, por autoridades governamentais, que conforme os ensinamentos de André Ramos Tavares (2012):

Rui Barbosa já distinguia entre, de um lado, os direitos, e, de outro, as garantias dos direitos. E isto porque é imperioso separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições **assecuratórias**, que são as que, em defesa dos **direitos**, limitam o poder. Aquelas instituem os **direitos**; estas, as **garantias**; ocorrendo não raro juntar-se na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito (p. 898, grifo nosso).

É possível vislumbrar a existência de dois termos com sentidos diferentes neste enunciado, quais sejam: os Direitos e as Garantias. Deste modo, os Direitos dizem respeito às normas das quais declaram a existência de interesse, sendo, portanto, normas declaratórias. Enquanto às Garantias dizem respeito às normas que

visam assegurar o exercício de determinado interesse, assim sendo, são normas assecuratórias (SALEME, 2020).

Não se deve confundir garantias com remédios constitucionais, já que esse é tido como instrumento processual, tais como, o **direito de petição e certidão** (art. 5º, XXXIV, *a* e *b*); o **habeas corpus** (art. 5º, LXVIII), **habeas data** (art. 5º, LXXII); **mandado de segurança coletivo** (art. 5º, LXX) e **individual** (art. 5º LXIX); o **mandado de injunção** (art. 5º, LXXI); e a **ação popular** (art. 5º, LXXIII), com objetivo de assegurar o exercício pleno de um direito (SALEME, 2020, p. 150, grifo nosso).

É interessante reiterar, que todos remédios constitucionais são tidos como uma garantia, ainda que, nem toda garantia é tida como um remédio constitucional. Deste modo, a expressão “todos” deve ser vista como símbolo de universalidade, já que uma das características dos Direitos Fundamentais e das Garantias é a sua imprescindibilidade a todos.

### 1.3 Separação dos Poderes

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 2º, enuncia que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Essa “independência” traduz que nenhum dos órgãos são subordinados aos demais, sendo assim, independentes tanto de fato quanto de direito.

A “harmonia” está diretamente relacionada com o tratamento e respeito mútuo entre os órgãos. Nem por isso essa separação entre as funções de cada órgão deve ser absoluta, daí a necessidade de se instituir o sistema de freios e contrapesos (o qual falaremos no próximo tópico), com o intuito de se estabelecer o equilíbrio para o devido exercício das funções entre cada um dos Poderes.

O Princípio da Separação dos Poderes, não por acaso é considerado um dos mais importantes princípios constitucionais, também conhecido como Princípio da Tripartição dos Poderes, cuja criação remonta à Grécia Antiga.

Salienta-se por oportuno, que três são os filósofos responsáveis pelo desenvolvimento da teoria da Separação dos Poderes:

**Aristóteles** – Em sua obra *A política*, reconheceu, com base na análise de diversas constituições, na Antiguidade grega, a existência da assembléia geral do corpo de magistrados e do corpo judicial.

**John Locke** – O primeiro a afirmar, por meio da obra *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, a existência de três Poderes:

Executivo, Legislativo e Judiciário. Não obstante essa contribuição, ainda vislumbrou “um quarto poder por meio do qual o monarca poderia promover o bem comum na hipótese de lacuna legislativa.

**Montesquieu** – Afirmava existir em cada Estado três espécies de Poderes “o Legislativo, o Executivo e o de ‘julgar’ (SALEME, 2020, p. 74, grifo do autor).

Para Aristóteles (1998), era perigoso atribuir o Poder única e exclusivamente a um indivíduo, bem como injusto, pela falta de capacidade de uma pessoa ver tudo aquilo, que sequer a lei era capaz de prever. À época ele afirmava a existência de três poderes dentro de cada governo: a função Deliberativa – era o poder de deliberar sobre os assuntos e negócios do Estado; a função Executiva – era o poder que compreendia todos os demais poderes necessários à ação do Estado; e a função Judicial – era o poder que abrangia todos os cargos de jurisdição.

Ainda no auge da Revolução Inglesa, John Locke retornou à Inglaterra depois de ter sido exilado entre os anos de 1683-1688 na Holanda; este filósofo liberal inglês, já tinha formulado ainda que de maneira implícita a teoria supramencionada aproximadamente um século anterior à Montesquieu (PIOVESAN, 1998).

Dessa forma, pode-se inferir que com “Montesquieu, sob inspiração de Locke, vislumbrou-se a necessidade de interconectar as funções estatais, a fim de manter a autonomia e independência que lhes são típicas, nascendo daí a famosa **teoria dos freios e contrapesos** (**‘checks and balances’**)” (FERNANDES, 2016, p. 300, grifo do autor).

Vislumbra-se então, que a Teoria da Separação dos Poderes, não foi criada única e exclusivamente por Montesquieu, já, que somente tempos depois, essa Teoria lançada por Aristóteles, veio então, a ser desenvolvida e aprimorada pela visão precursora do Estado Liberal, por intermédio de Montesquieu, tendo sido ele quem efetivamente elevou-a, a um status de maior abrangência, a qual é adotada até os dias de hoje.

Conforme expõe Dimitri Dimoulis:

Seu objetivo fundamental é preservar a liberdade individual, combatendo a concentração de poder, isto é, a tendência ‘absolutista’ de exercício do poder político pela mesma pessoa ou grupo de pessoas. A distribuição do poder político entre órgãos estatais dotados de independência é tida pelos

partidários do liberalismo político como garantia de equilíbrio político que evita ou, pelo menos, minimiza os riscos de abuso do poder. O Estado que estabelece a separação dos poderes evita o despotismo e assume feições liberais. Do ponto de vista teórico, isso significa que na base da separação dos poderes encontra-se a tese da existência de nexo causal entre a divisão do poder e a liberdade individual. A separação dos poderes persegue esse objetivo de duas maneiras. Primeiro, impondo a colaboração e o consenso de várias autoridades estatais na tomada de decisões. Segundo, estabelece mecanismos de fiscalização e responsabilização recíproca dos poderes estatais, conforme o desenho institucional dos freios e contrapesos. (DIMOULIS, 2008, p. 145-146).

Seguindo a mesma linha de interpretação, consoante ensinamentos de Mendes (2018), o Princípio da Separação dos Poderes, têm como fundamento central a percepção de que os três poderes que formam o Estado (poder legislativo, executivo e judiciário), não devem ultrapassar os limites de suas atribuições, de modo a evitar que um se apodere das competências dos demais órgãos. Suas funções são independentes, porém, em constante harmonia, mantendo, no entanto, suas características próprias do poder de ser uno, indivisível e indelegável.

Dito isso, fato é que o princípio da separação dos poderes foi elevado à categoria de cláusula pétrea, conforme o art. 60, § 4º, III da CF/88, o qual tem como fundamento objeto, não somente a garantia da liberdade individual de cada um dos poderes, mas principalmente o combate à concentração de poder em um só órgão. Tem-se como foco a garantia do equilíbrio político, na distribuição dos poderes de modo equivalente, sem que se altere a independência funcional entre os três órgãos, visando minimizar o máximo possível, o risco do chamado abuso de poder entre os mesmos, por intermédio do sistema de freios e contrapesos (*Checks and Balances*).

#### **1.4 Sistema de Freios e Contrapesos (*Checks and Balances*)**

O sistema de Freios e Contrapesos baseia-se no controle do poder em face do próprio poder, deste modo, cada poder tem autonomia para exercer suas próprias funções, mas com o devido controle e fiscalização pelos demais poderes, senão, "tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares" (MONTESQUIEU, 2000, p. 168).

O Sistema de Freios e Contrapesos, serve justamente para que se evite a possibilidade de exagero no exercício de poder por qualquer um dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Vejamos alguns exemplos extraídos diretamente da Constituição Federal de 1988:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: V – vetar projetos de lei, total ou parcialmente;

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. (BRASIL, 1988).

Como visto, ainda que essa interferência exista, ela deve ser de maneira recíproca e harmônica entre os poderes, possibilitando que cada poder, no exercício de competência própria, controle outro poder e seja pelo outro controlado, sem que haja impedimento do funcionamento alheio ou mesmo invasão da sua área de atuação (MENDES, 2018).

Segundo entendimento de José Afonso da Silva, deve-se primeiramente existir reciprocidade entre os poderes, com respeito mútuo às prerrogativas de direito atribuídas a cada um dos poderes, já que, nenhum dos poderes possuem independência absoluta sobre a divisão das funções entre os órgãos. Essa classe de interferências, se fazem necessárias, tendo em vista justamente, a efetividade do equilíbrio, visando o bem coletivo, de modo a evitar possíveis arbítrios, de um poder em face do outro, conforme estabelecido pelo sistema de freios e contrapesos. (2005, p. 110).

Sob a observância aos princípios, regras e valores instituídos em nossa CF/88, nota-se que os três poderes estão fundados, em sua independência e harmonia, ainda que por vezes estes princípios se revelem de maneira oposta entre si, seu objetivo primordial visa à proteção e efetiva garantia ao exercício de tais direitos individuais bem como dos direitos coletivos.

Resta evidente que, com a entrada em vigor da CF/88, a relação entre os poderes no Brasil, ganhou novos contornos, senão vejamos outros exemplos da utilização do sistema de freios e contrapesos:

Art. 52, I: compete privativamente ao Senado Federal (legislativo) processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República (Executivo) nos crimes de responsabilidade;

art. 66, § 1º: o Chefe do Poder Executivo pode sancionar ou vetar projetos de lei aprovados pelo Parlamento (Legislativo);

art. 66, §§ 4º a 6º: o Parlamento (Legislativo) poderá “derrubar” o veto lançado pelo Chefe do Poder Executivo;

art. 97: os juízes (Judiciário) poderão declarar a inconstitucionalidade de lei (Legislativo) ou ato normativo do Poder Público (inclusive, como exemplo, de decretos autônomos elaborados pelo Executivo). (LENZA, 2016, p. 586).

Vale frisar, consoante as palavras de Silva (2005), que além das funções típicas, tidas como predominantes, cada poder exerce, também, outras duas funções atípicas de natureza típica dos outros dois poderes, cita-se como exemplo o Legislativo, que exerce tanto sua função típica, condizente à sua natureza, como exerce, também outras duas funções atípicas, uma de natureza executiva e outra de natureza jurisdicional.

Fica evidente, diante da expansão das esferas dos três poderes, que existe um delimitador visando à unificação perante à ordem jurídica/constitucional, conforme estipulado pela corrente tripartite, de modo a garantir o mútuo controle entre os poderes, garantindo suas atribuições e funções de forma individual em conformidade com a Constituição, porém, sem ultrapassar seus limites de forma soberana, devendo esses poderes serem interpretados por prévia previsão legal.

### **1.5 Emenda Constitucional nº 45/2004**

O STF passou a figurar de fato no rol das principais discussões políticas a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual lhe conferiu como função primordial a sua guarda.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 tramitou no Congresso Nacional por 13 anos, a qual entrou em vigor no ano de 2005, com mudanças estruturais, que afetaram diretamente na composição dos tribunais judiciais; mudanças em sua composição e forma de ingresso, com regras direcionadas aos membros da

magistratura; o direito de acesso à jurisdição; bem como, na criação de um novo órgão dentro do Poder Judiciário (CNJ – Conselho Nacional de Justiça), dentre outras, trazendo consigo à luz vários temas e controvérsias, motivos pelos quais até os dias de hoje, segue merecendo estudos por parte dos grandes juristas.

Essas modificações inseridas no sistema judicial brasileiro, visa não somente disponibilizar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, mas também, no direito à informação, de forma a adequar a ordem jurídica com a realidade socioeconômica do País; pautada, numa justiça organizada, formada por juízes comprometidos com o objetivo de realização de uma ordem jurídica justa, se utilizando dos instrumentos processuais necessários, capazes de promover a objetiva tutela desses direitos; de modo a remover todo e qualquer obstáculo que porventura venha a surgir (WATANABE, 1996).

Deste modo, é preciso entendermos o significado da expressão “acesso à justiça” sob a ótica da democratização do sistema judicial brasileiro, que segundo os ensinamentos de Cappelletti e Garth:

Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganhado particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos fundamentais – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos (1998, p. 11-12).

A “primeira onda de acesso à Justiça”, a universalização do acesso à Justiça, sucedeu justamente graças à assistência judiciária gratuita, por isso a Reforma do Judiciário veio a contemplar vários dispositivos objetivando ampliar o acesso do cidadão à Justiça. Podemos citar a título de exemplo, a autonomia da Defensoria Pública e a criação da justiça itinerante e das câmaras regionais (CAPPELLETTI; GARTH, 1998).

O acesso à Justiça é uma garantia constitucional, bem como os meios que visam tornar esse acesso seguro, eficiente e eficaz.

Outro ponto que merece destaque, diz respeito à celeridade processual, ou seja, sua rapidez quanto à prestação jurisdicional, que com a entrada em vigor da EC nº 45/04, acrescentou-se o inciso LXXVIII ao art. 5º da CF/88, o qual dispõe que, “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (BRASIL, 1988).

Resta evidente que uma das novidades introduzidas pela reforma do Judiciário, foi justamente a imposição constitucional do acesso à Justiça, bem como a tramitação do processo em prazo razoável e a celeridade de sua tramitação.

Ainda no art. 5º, foram acrescentados os parágrafos 3º e 4º ao inciso LXXVIII, que assim dispõem, respectivamente:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (BRASIL, 1988).

Dito isso, consoante o disposto no parágrafo 3º do artigo 5º da CF/88, resta evidente que foi concedido aos tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos, força de emendas constitucionais. Contudo, o mesmo parágrafo determina o rito que estes deverão se submeter antes da concessão de tal eficácia, qual seja, o mesmo quórum exigido para a aprovação das Emendas Constitucionais, previsto no parágrafo 2º do artigo 60 da CF/88 (MORAES, 2004).

Antes, porém, da entrada em vigor da EC nº 45/04, estes tratados e convenções somente poderiam vigorar por meio de Decreto Legislativo, os quais, tinham status de leis ordinárias.

Já o parágrafo 4º do artigo 5º da CF/88 é o primeiro dispositivo constitucional que limita a soberania do estado brasileiro, devendo o Brasil se sujeitar à jurisdição de um Tribunal Penal Internacional, desde que previamente manifestado (MORAES, 2004).

A maior inovação trazida pela EC n.º 45/2004 sobre toda a sistemática em torno da estrutura do Poder Judiciário foi justamente a criação do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), o qual se encontra disposto no art. 103-B da CF/88.

A criação deste órgão se traduziu em um dos pontos mais discutidos, emblemáticos e polêmicos da supracitada Emenda Constitucional, tendo em vista os setores dominantes do Judiciário que sempre se opuseram à ideia da criação de um órgão de controle de suas atividades, como organismo responsável pelo exercício do controle interno do Poder Judiciário. (MENDES, 2018).

Antes de prosseguir, vale ressaltar que com o advento da Constituição Federal de 1988, foi ampliada a soberania do Ministério Público, o qual, passou a se confundir com a defesa dos próprios interesses da cidadania, fazendo-se sentir nas mais diversas situações, seja na defesa do patrimônio histórico, artístico e cultural; pressão sobre o poder político constituído, por meio da utilização dos instrumentos de ajustamento de conduta; denúncias de desvio de recursos públicos, e dos atos de improbidade; tornando-se em um verdadeiro defensor da sociedade, na esfera cível, na fiscalização dos demais Poderes Públicos, na defesa da legalidade e moralidade administrativa, bem como no campo penal com a titularidade exclusiva da ação penal pública. (MORAES, 2004, p. 520).

Diante de tais fatores, a criação do CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público) pela EC nº 45/04, também, não foi vista com bons olhos, assim, como não foi com a criação do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), tendo sido recebida com total desprezo e repúdio por uma parte dos membros do Poder Judiciário à época, recebendo alcunha de “mordança do judiciário” (UCHÔA, 2006).

Não obstante, verifica-se que EC 45/04 veio no sentido de aprimoramento da própria garantia constitucional democrática, ao criar o Conselho Nacional do Ministério Público, sob a ótica de ampliação da possibilidade de atuação do Parquet, junto à sociedade em geral, obrigando-o a agir com transparência em suas ações, de maneira a verificar seu grau de eficiência e respeito para com a Carta Magna.

Como visto acima, com a entrada em vigor da supracitada emenda, foi assentado novas regras ao jogo democrático no panorama da interação entre Judiciário e a sociedade organizada.

Uma análise da reforma no aparelho jurisdicional não pode ser realizada sem antes atender à exigência de detectar o contexto em que se verificam as mudanças nesse segmento do complexo estatal. O cenário tem como telão de fundo o repensar das estratégias de desenvolvimento e reestruturação do papel do Estado na sociedade em geral e particularmente em terrenos que também abordam as Constituições contemporâneas, como por exemplo, a educação e a economia.

(...)

Em nosso meio, percebendo com clareza o assunto e comentando o adiamento da reforma em 2002, o ex-Ministro de Justiça Saulo Ramos manifestava que as regras constitucionais para o funcionamento judicial passam pelo repensar de várias matérias: economia, educação, legislação, processos mais ágeis, regramentos que levem justiça a seu único destinatário, o povo. (TAVARES; LENZA; ALARCÓN, 2005, p. 29).

Vê-se um potencial contributivo na EC nº 45/2004 na tentativa de se moldar e criar uma nova cultura, cambiando os padrões não só de comportamento, mas de atitudes.

Conclui-se, com a devida vênia, que a verdadeira essência da EC nº 45/2004 não tem a pompa correspondente ao rótulo que lhe deram, até porque a reforma de cultura, de padrão de comportamento e de atitudes de um povo e, do poder dele emanado, não se obtém com simples leis, ainda que haja nobreza no texto constitucional, só pode advir do enraizamento de costumes sociais, da conscientização moral, cívica e coletiva.

## **2.MODELO BRASILEIRO DE COMPOSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUAS COMPETÊNCIAS**

A Constituição de 1988 foi pensada por cidadãos recém-saídos das amarras de um regime militar que derrubara um governo legitimamente eleito e permanecera no poder por mais de duas décadas. Por isso, pairava na Assembleia Constituinte um clima de satisfação pela volta da democracia. O resultado foi uma Constituição que pretendia, nas palavras de Emília Viotti da Costa, "impedir a volta de um regime autoritário, afirmar ampla gama de interesses, reforçar o poder Judiciário, promover a democratização da sociedade, incorporar os excluídos, cujo número tinha aumentado nos últimos vinte anos, assegurar direitos adquiridos e ampliar seu rol" (2006, p. 15).

Ela representava diversos grupos, como os evangélicos que se multiplicaram exponencialmente desde 1964, políticos integrantes do governo militar e apoiadores do antigo regime, assim como outros que faziam parte da oposição, exilados que retornavam e, posteriormente, jovens criados sob as leis ditatoriais, regozijados com o novo cenário (BARRETO, 2015).

## 2.1 Breves Considerações Sobre a Criação do Supremo Tribunal Federal

Inspirado na matriz norte-americana, o Supremo foi concebido como órgão de cúpula do Poder Judiciário, recebendo, todavia, atribuições eminentemente políticas, tendo em vista que a ele cabia limitar a atuação dos Estados federados aos parâmetros constitucionais.

Conforme os ensinamentos de Lêda Boechat Rodrigues (1991):

Em julho de 1889, indo Salvador Mendonça, acompanhado de Lafayette Rodrigues Pereira, despedir-se de D. Pedro II, a fim de cumprir missão oficial nos Estados Unidos, ouviu do Imperador as seguintes palavras: 'Estudem com todo o cuidado a organização do Supremo Tribunal de Justiça de Washington. Creio que nas funções da Corte Suprema está o segredo do bom funcionamento da Constituição norte-americana. Quando voltarem, haveremos de ter uma conferência a este respeito. Entre nós as coisas não vão bem, e parece-me que se pudéssemos criar aqui um tribunal igual ao norte-americano, e transferir para ele as atribuições do Poder Moderador da nossa Constituição, ficaria esta melhor. Deem toda a atenção a este ponto (apud VIEIRA, 2002, p. 1).

A denominação Supremo Tribunal Federal foi adotada na Constituição Provisória da República dos Estados Unidos do Brasil, publicada com o Decreto nº 510 de 22/06/1890, dispondo sobre sua criação, composição e demais competências da Corte, repetiu-se no Decreto nº 848, de 11/10/1890, editada pelo Governo Republicano provisório, que organizou a Justiça Federal.

Vejamos:

Proclamada a República e promulgada sua 1ª Constituição, em 1891, seu art. 55 da Constituição Federal de 1891 previa que "o Poder Judiciário da União terá por órgãos um STF, com sede na capital da República, e tantos juízes e tribunais federais, distribuídos pelo país, quanto o Congresso criar"; e, em seu art. 56, estipulava que o STF seria composto de 15 juízes, entre cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado e nomeados pelo Presidente da República, sujeitando-se à aprovação ao Senado (MORAES, 2011, P. 1352).

Nesse sentido, à luz dos ensinamentos de Lêda B. Rodrigues (RODRIGUES apud VIEIRA, 2002, p. 118), essa inspiração no modelo norte-americano era corrente

no Brasil pré-republicano: o aludido Decreto 848/1890 foi vanguardista no sentido de autorizar que os juízes deixassem de aplicar uma lei que considerassem inconstitucional, consagrando o controle difuso. Mesmo considerado oficialmente obra da República, o Supremo já aparecia como ideia monárquica (RODRIGUES apud VIEIRA, 2002, p. 1).

Passado a redemocratização de 1946, o golpe de 1964 com a introdução da Constituição de 1967 e, posteriormente com a restauração da democracia, a Constituição ora vigente, promulgada em 05/10/1988, realçou expressamente a competência precípua do Supremo Tribunal Federal, cabendo-lhe a guarda da Constituição da República Federativa do Brasil, dedicando-lhe os arts. 101 a 103.

Consoante os ensinamentos de Emília Viotti da Costa, O Brasil presenciou vários golpes de estado, com várias revogações e criação de novas Constituições, onde o estado de direito teve seu ciclo natural interrompido devido aos períodos de exceção; um Poder Executivo anti-democrático que insistia em governar por decretos e, que de tempos em tempos ignorou as regras e princípios constitucionais, chegando ao ponto até mesmo de dissolução do Congresso Nacional, com várias situações de estado de sítio, injustiças e prisões ilegais de inúmeros cidadãos sem o devido processo legal; governos autoritários que não respeitavam as decisões da mais alta Corte de Justiça, com alterações contínuas tanto na composição como na estrutura do STF; dito isso, o resultado não poderia ser de outro modo, um Poder Judiciário com batimentos cardíacos agitados, em face a tantas afrontas e desrespeito para com o próprio sistema jurídico no decorrer de nossa história nacional (2006, p. 23).

Diante disso, infere-se que o STF tem sido agente e paciente da história nacional, a qual, ipso facto, confunde-se com a própria história da Corte, vez que sempre foi inevitavelmente levado a participar das lutas políticas que se travam à sua volta e sofrendo suas consequências.

## **2.2 Breves Considerações sobre a Estrutura do Poder Judiciário**

Com a promulgação da CF/1988, apelidada de Constituição cidadã diante do seu status amplamente garantidor de direitos, este diploma legal trouxe de forma detalhada a complexa organização judiciária em nosso ordenamento jurídico, tendo como ápice o Supremo Tribunal Federal.

Essa estrutura institucional, conta com a chamada jurisdição ordinária, federal e estadual, bem como as “seções” especializadas materialmente, como justiça eleitoral, militar e do trabalho, conforme prevê o artigo 92 da Constituição Federal de 1988:

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal;

I-A - o Conselho Nacional de Justiça;

II - o Superior Tribunal de Justiça;

II-A - o Tribunal Superior do Trabalho;

III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI - os Tribunais e Juízes Militares;

VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

§ 1º O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal.

§ 2º O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional (BRASIL, 1988).

Conforme Bernardo Gonçalves Fernandes:

A estrutura dos órgãos do Poder Judiciário é definida à luz da Constituição e legislação infraconstitucional. Além dos órgãos de convergência (Tribunais Superiores: STF, STJ, TST, TSE e STM), temos ainda os Tribunais de 2ª instância (2º grau de jurisdição) (TRFs, Tjs, TRTs, TREs e TJMs) e os juízes de 1ª instância (1º grau de jurisdição), além dos Juizados Especiais (Federal e Estaduais) compostos por juízes de 1ª instância (inclusive em suas turmas recursais). Certo é que a estrutura do Poder Judiciário também pode ser dividida através da diferenciação entre o que é denominado de justiça comum e especial (ou, para alguns, especializada) (2016, p. 1108-1109, grifo do autor).

Compreende-se então que a justiça comum, é formada pela: i) Justiça Federal - que engloba os TRFs e os Juízes Federais bem como os Juizados Especiais

Federais; ii) Justiça Comum do Distrito Federal e Territórios - engloba o Tribunal de Justiça, assim como os Juízes de Direito do DF e Territórios, os quais são mantidos e organizados pela União; iii) Justiça Estadual Comum - que engloba os TJs, os Juízes de Direito, bem como os Juizados Especiais. Enquanto que a Justiça Especial envolve: i) a Justiça do Trabalho - composta pelo TST, os TRTs e Juízes do Trabalho; ii) a Justiça Eleitoral - composta pelo TSE, TREs, Juízes Eleitorais e Juntas Eleitorais; iii) a Justiça Militar da União - composta pelo Superior Tribunal Militar e Conselhos de Justiça, Especiais e permanentes, em suas sedes de auditorias militares; iv) a Justiça Militar dos Estados, Distrito Federal e Territórios - composta pelos TJMs ou TJs, Juízes de Direito togados (ou Juiz-auditor) e Conselhos de Justiça, com sede nas respectivas auditorias militares (BARRETO, 2015, grifo nosso).

Tanto o Superior Tribunal de Justiça (STJ) como Supremo Tribunal Federal (STF) são tidos como tribunais de superposição, enquanto o primeiro sobrepõe-se às Justiças locais e à Justiça Federal, o segundo sobrepõe-se a todas as Justiças e ao próprio STJ, pois, salvo raras exceções, não são competentes para apreciação e julgamento de "recursos ordinários" das instâncias inferiores como agravos, apelações, etc (CINTRA, 2010, p. 199).

O STF, na condição de órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional, se destaca pelo fato de ocupar uma posição de status frente aos demais Juízos e tribunais internos, bem como apresenta peculiaridades que o diferencia das demais Cortes Supremas existentes em âmbito supranacional. As garantias auferidas ao Supremo Tribunal Federal, têm como condão atribuir à instituição a necessária independência para o exercício da Jurisdição, livre das pressões do Legislativo e Executivo, não estando assim, subordinado a qualquer outro órgão estatal, devendo obediência somente à Constituição Federal.

### **2.3 O Supremo Tribunal Federal na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi pensada e elaborada por cidadãos num momento pós Ditadura Militar, direcionada a "impedir a volta de um regime autoritário, afirmar ampla gama de interesses, reforçar o poder do Judiciário, promover a democratização da sociedade, incorporar os excluídos, cujo número tinha aumentado nos últimos vinte anos, assegurar direitos adquiridos e ampliar seu rol" (COSTA, 2006, p. 15).

Nas palavras de Vieira (2002, p. 6) "não se trata, obviamente, de excentricidade brasileira", não obstante nos anos 80, a democracia já predominava em boa parte do mundo, como forma e/ou sistema de governo, com raras exceções

relativo aos regimes autoritários. Com o advento da CF/1988, foi possível colocar em marcha a criação de instituições com ideais capazes de assegurar o Estado de Direito.

Ressalta-se que somente a partir da promulgação da CF/1988, que o STF de fato passou a integrar o rol das principais discussões políticas. Foi conferido à Excelsa Corte uma notoriedade com patamares nunca antes vista, ao acumular as funções e atribuições de Tribunal Constitucional, reforçando ainda mais seu papel político através das Emendas 3/1993 e 45/2005, bem como pelas Leis 9.868 e 9.882 ambas de 1999, vindo a tornar-se uma instituição única e singular em comparação a outras Cortes existentes nas demais democracias (FERNANDES, 2016).

A constituinte de 1988 não realizou vultosas alterações na coluna vertebral do STF. Aos que aguardavam pela criação de uma Corte Constitucional, nos parâmetros das Cortes Europeias, restou nada mais que frustração e desilusão, o que não obsta dizer que o Supremo tenha obtido verossimilhantes prerrogativas. Certo é, que a Carta Magna conferiu garantias institucionais e funcionais, bem como alterações na seara de sua jurisdição, ao redefinir consideravelmente seu status no sistema político-constitucional vigente (VIEIRA, 2002).

Exemplo disso foi a ampliação dos mecanismos ofertados para a jurisdição constitucional conferindo à Excelsa Corte, a responsabilidade na emissão da última palavra sobre infundáveis questões de natureza substantiva, seja validando e/ou legitimando decisões dos órgãos representativos, seja substituindo as escolhas majoritárias.

Se esta é uma atribuição comum a outros Tribunais Constitucionais espalhados pelo mundo, a distinção do Supremo é de “escala” e de “natureza”. “Escala” pela quantidade de temas que no Brasil, têm caráter constitucional e são reconhecidos pela doutrina como passíveis de judicialização; de “natureza, pelo fato de não haver qualquer obstáculo para que aprecie atos do poder reformador.

## **2.4 Modelo de Composição/Investidura dos Ministros do Supremo Tribunal Federal em Face da Teoria da Separação dos Poderes**

Neste momento torna-se conveniente mencionar o disposto no artigo 101 da Constituição Federal de 1988:

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (BRASIL, 1988).

Depois de preenchido os requisitos do artigo supracitado, o cargo de Ministro do STF só será ocupado, desde que o escolhido seja brasileiro nato, bem como estar no gozo dos direitos políticos, conforme redação do art. 12, § 3º, inciso IV c/c art. 14, § 1º, inciso I, ambos da CF/1988.

Conforme visto no parágrafo único do art. 101 da CF/1988, o Presidente da República tem a faculdade de escolher livremente aquele que entende ser a pessoa adequada para investidura no cargo. Ou seja, o Presidente escolhe e indica o candidato, sendo submetido posteriormente à sabatina no Senado Federal, que deverá aprovar o nome escolhido pela maioria absoluta da casa; após aprovação pelo Senado Federal, o Presidente da República, nomeia-o para o cargo ministro seguida de sessão solene para sua posse que será presidida pelo Presidente do STF. Frisa-se, que os Ministros do STF, no momento de sua posse adquirem vitaliciedade automática (FERNANDES, 2016).

Em que pese essa particularidade do STF no Brasil, é praticamente consenso que tais membros realmente devem estar dotados de vitaliciedade, justamente pelo fato de que esta confere maior isenção e liberdade no exercício de suas funções judicantes, protegendo a mais alta Corte de Justiça de interferências políticas diversas. Tanto isso é assim que muitos países, ainda incipientes na questão de assegurar plena autonomia ao Poder Judiciário, já implementam estudos de viabilidade para a implantação desse modelo em suas legislações (BARRETO, 2015).

Há de se ressaltar, também, o fato de que atualmente na maior parte dos países, os membros das chamadas Cortes Constitucionais não têm vitaliciedade, mas apenas mandatos temporários, sendo que muitos deles, a escolha dos membros se dá por ato de indicação do Poder Executivo ou do Parlamento ou, ainda, por meio de processo de eleição direta.

O legislador constituinte, ao consagrar a divisão dos Poderes como cláusula pétrea, revestiu-se de imutabilidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro, com vistas a evitar o potencial desequilíbrio entre os detentores das funções estatais.

Nota-se que a divisão dos Poderes, funda-se em dois elementos, o primeiro diz respeito a independência orgânica, que visa garantir a não interferência dos órgãos de um Poder na investidura e permanência das pessoas que compõem os outros, de modo a coibir, entre eles, a existência de meios de subordinação, o que, fatalmente, levaria àquele desequilíbrio institucional.

No que se refere ao Poder Judiciário:

A independência tem uma dupla vertente, pois significa o Poder Judiciário estar livre de interferências institucionais dos Poderes Executivo e Legislativo (CF/1988, art. 2º) e, de outra parte, o órgão judicial e o juiz pessoa física estarem submetidos exclusivamente à lei e não a critérios particulares ou discriminadores (NERY, 2010, p. 136).

Compreende-se então, que por essa forma de organização do Poder, cada Órgão Supremo tem sua zona de atuação delimitada, e só há que se falar na interferência de um sobre o outro quando for para impedir eventuais abusos, afastando-se qualquer tentativa de dominação ou cooptação.

No Senado Federal, tramitou a Proposta de Emenda à Constituição nº 30, de autoria do Senador Lobão Filho, que visava alterar o art. 101 da Constituição Federal de 1988, a qual foi arquivada ao final da legislatura no ano de 2014, que ostentava a seguinte redação:

A nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal será feita pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha, pela maioria absoluta do Senado Federal, do nome eleito pelo Supremo, por voto secreto e maioria absoluta, dentre três candidatos indicados, na forma da lei, pelos seguintes órgãos:

I – Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

II – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal;

III – Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados (BRASIL, 1988, PEC nº 30/2008).

Como se pode perceber, a referida proposta visava amenizar a politização dos membros do Supremo Tribunal Federal. É bom acrescentar ainda que, Alexandre

de Moraes, após análise da composição bem como o modo de escolha dos ministros das Cortes Constitucionais no direito comparado, discorre que:

Para que o STF possa, em sua plenitude, assumir seu papel de órgão de direção do Estado, transformando-se exclusivamente em Corte de Constitucionalidade, não basta, porém, a simples alteração constitucional de suas competências, sendo igualmente necessárias as alterações de sua composição, investidura e impedimentos (MORAES, 2000, p. 288).

Neste sentido, imperioso estabelecer um equilíbrio institucional que impeça a politização do tribunal sem atingir sua independência e, ao mesmo tempo, assegure a legitimidade da jurisdição constitucional. Pois, a interferência que o Executivo exerce no Judiciário não visa impedir qualquer abuso de poder. Pelo contrário, gera desequilíbrio institucional e dando margem à cooptação do primeiro com relação ao segundo, lacerando explicitamente, assim, a teoria da Separação dos Poderes (BARRETO, 2015).

A Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal pretende analisar ainda neste ano de 2020, a PEC 35/2015 que visa dar fim a mandatos vitalícios de ministros do STF. Tramitam em conjunto com a PEC 35: a PEC 59/2015 e a PEC 16/2019, sendo que a PEC 35, está pronta para entrar em pauta na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, visando alterar o artigo 101 da Constituição com a seguinte redação:

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O art. 101 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, que comprovem pelo menos quinze anos de atividade jurídica.

§ 1º A escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal será feita pelo Presidente da República, dentre os integrantes de lista tríplex elaborada, no prazo de até um mês a contar do surgimento da vaga, por um colegiado composto pelos seguintes membros:

- I – o Presidente do Supremo Tribunal Federal;
- II – o Presidente do Superior Tribunal de Justiça;
- III – o Presidente do Tribunal Superior do Trabalho;
- IV – o Presidente do Superior Tribunal Militar;
- V – o Presidente do Tribunal de Contas da União;
- VI – o Procurador-Geral da República;
- VII – o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 2º O Presidente da República comunicará a escolha ao Presidente do Senado Federal, até um mês após receber a lista tríplice.

§ 3º Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para mandato de dez anos, vedada a recondução.

§ 4º Os Ministros do Supremo Tribunal Federal são inelegíveis para qualquer cargo eletivo, até cinco anos após o término do mandato.” (NR)

Art. 2º Aos Ministros do Supremo Tribunal Federal em exercício na data da publicação desta Emenda é aplicável o regime jurídico vigente no momento da nomeação.

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação (BRASIL, 1988, PEC. nº 35/2015, p. 1-2).

Essa alteração se justificativa pelo fato da forma de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) ser alvo de constantes questionamentos. De um lado, porque se alega que a escolha caber ao Presidente da República pode trazer prejuízos à impessoalidade dos critérios de seleção e até mesmo, no limite, ao desrespeito à necessária independência dos magistrados. A sociedade brasileira atual não tolera mais essa possibilidade de desvio de finalidade na escolha dos Ministros da mais alta Corte. Ainda mais se levarmos em conta que esse regramento já é adotado com sucesso em vários países, como Alemanha, Portugal, Itália, França, Espanha e Hungria. Desse modo a fixação de mandatos, aliada à escolha por um

colegiado, certamente oportunizará que inteligências hoje esquecidas tenham a chance de ser conhecidas e, se for o caso, escolhidas para comporem o STF (BRASIL, 1988, PEC. nº 35/2015, p. 2-3).

Após ser votada pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) precisa ser aprovada em dois turnos por ambas as Casas do Congresso Nacional antes de entrar em vigor.

É interessante reiterar, que as críticas advindas pelas diversas classes da sociedade organizada, é justamente pelo fato de o Supremo Tribunal Federal ser o órgão de cúpula do poder judiciário brasileiro, responsável pelas mais importantes decisões em detrimento dos mais complexos e variados assuntos, tendo em vista uma sociedade plural, como a nossa.

Data Vênia, considerando o quanto exposto, pensa-se que, com a adoção dos seguintes direcionamentos, conseguir-se-á aperfeiçoar o modelo de composição do STF, tornando-o consentâneo com a Teoria da Separação dos Poderes e do Estado Democrático de Direito, capaz de assegurar-lhe legitimidade popular, com a ampla participação do povo, essencialmente, por intermédio de seus representantes eleitos nos Poderes Legislativo e Executivo, na escolha dos membros, visando garantir a independência e a imparcialidade dos mesmos (FERNANDES, 2016).

Essa preocupação encontra fundamento na proporção em que o STF reúne os nomes que auferem as mais importantes decisões (a de última instância), são indicados baseado num critério exclusivamente pessoal e subjetivo conforme a visão do Presidente da República.

## **2.5 Competências/Atribuições do Supremo Tribunal Federal**

Como visto anteriormente no art. 92, §1º, da CF/1988, o STF tem sede na Capital Federal, o qual se encontra vinculado ao Poder Judiciário, que para além da atribuição de última instância do Poder Judiciário, foi também conferido ao STF, a função precípua de Guardião da Constituição da República Federativa do Brasil, competindo-lhe a guarda das normas, bem como dos princípios e valores constitucionais.

Como bem preceitua Alexandre de Moraes, "as competências do Supremo Tribunal Federal são definidas nos arts. 102 a 103 da Constituição Federal, sendo as principais competências divididas em dois grandes grupos, conforme a maneira de acioná-lo: *originária e recursal*" (2011, p. 1358).

Nas palavras de Vieira (2008), consoante redação original, do art. 102 da CF/1988, as competências do STF foram divididas em "originárias" (inciso I, alíneas

"a" a "r"), atuando como Juízo uno e definitivo; em "recursais", as quais também podem ser originárias (inciso II, alíneas "a" e "b"); bem como "extraordinárias" (inciso III, alíneas "a" a "d").

A competência originária, pode ser entendida como aquela na qual o Supremo Tribunal Federal tem a responsabilidade por processar e julgar originariamente. Neste caso o STF ocupa o topo da Pirâmide, como sendo o primeiro órgão de justiça.

Dito isso, no tocante a sua competência recursal ordinária, cabe única e exclusivamente ao STF julgar crimes políticos, habeas corpus, habeas data, mandado de segurança, e mandado de injunção, quando a decisão houver sido denegatória em única instância pelos Tribunais Superiores.

## **2.6 Considerações Sobre o Controle de Constitucionalidade**

Conforme redação do caput do artigo 102 da Constituição Federal de 1988, ficou estabelecido que o STF deve zelar pela guarda da Carta Magna de 1988, processando e julgando originariamente os casos previstos no inciso I do artigo supramencionado.

Nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que:

Desde a Emenda n. 16/65 à Constituição de 1946 existe no direito brasileiro uma ação visando a declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo federal ou estadual. É a chamada ação direta de inconstitucionalidade hoje prevista no art. 102, I, a, da Constituição em vigor (2012, p. 55).

Na ação declaratória de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal visa afirmar que determinada Lei ou ato normativo é constitucional dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Na ação direta de inconstitucionalidade o Supremo Tribunal Federal busca para si, de forma interventiva a guarda e a garantia dos princípios constitucionais. Ressalta-se por oportuno que as ações diretas de inconstitucionalidade por omissão também são de competência originária do STF (MENDES, 2018).

A doutrina clássica ensina que o Controle de Constitucionalidade é a verificação da adequação de um determinado ato jurídico à Constituição, configurando-se, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando

seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito. Ou seja, envolve a verificação tanto dos requisitos formais subjetivos, como a competência do órgão que o editou e requisitos objetivos, como a forma, os prazos, o rito, observados em sua edição quanto dos requisitos substanciais (MORAES, 2017).

A Constituição Federal de 1988, reconheceu não somente a ocorrência da inconstitucionalidade por ação, como também, por omissão, ao estabelecer uma técnica específica para manutenção da supremacia constitucional, denominada controle de constitucionalidade das leis.

### 2.6.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade

Amparando-se nas teorias de Bernardo Gonçalves Fernandes, é possível perceber que “a **inconstitucionalidade por ação** diz respeito a uma conduta positiva que contraria normas previstas na Constituição. Ou seja, o Poder Público produz atos normativos em desacordo com a normatividade constitucional” (2016, p. 1307, grifo do autor). Enquanto “a **inconstitucionalidade por omissão** decorre de uma conduta negativa dos Poderes Públicos. Ou seja, os mesmos não atuam, restam em inércia e com isso não viabilizam direitos previstos na Constituição (FERNANDES, 2016, p. 1307, grifo do autor).

A Constituição Federal de 1988, prevê tanto o controle preventivo quanto o repressivo. Tendo em vista que o primeiro é atribuído ao Presidente da República, por intermédio do veto presidencial (FERREIRA FILHO, 2012).

Esse poder de vetar um determinado projeto de lei que lhe parecer inconstitucional, está previsto no art. 66, § 1.º da CF/88. Contudo, esse veto presidencial pode vir a ser derrubado pelo Congresso Nacional, com fulcro no § 4.º do artigo supracitado. Não obstante essa deliberação advinda do Congresso Nacional, que determinada questão venha ser examinada pelo poder Judiciário, com a possibilidade de se reconhecer sua inconstitucionalidade, já que via de regra o controle repressivo é confiado ao Judiciário (FERREIRA FILHO, 2012).

Compreende-se então que no Brasil, o controle preventivo é exercido pelos três Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário.

Já o controle repressivo, em regra, é exercido pelo Judiciário; excepcionalmente é exercido pelo Legislativo, conforme redação do art. 49, V, da CF (Decreto Legislativo expedido pelo Congresso), e art. 62 da CF (MP após a edição pode ser convertida em lei pelo Congresso ou não, fazendo assim o controle) (MENDES, 2018).

No que se refere ao controle repressivo, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, conforme previsto em nossa Carta Magna vigente, pode ser entendido e classificado como, jurisdicional, ao combinar critérios difuso e concentrado (SILVA, 2013).

O controle de constitucionalidade no Brasil é combinado, pelo fato de ser exercido tanto de maneira preventiva quanto repressiva. O controle preventivo tem por atribuição verificar a constitucionalidade de lei ou ato normativo antes de vir a ingressar em nosso ordenamento jurídico pátrio; sendo exercido tanto pelo Poder Legislativo (comissões) quanto pelo Poder Executivo (veto presidencial). Já o controle repressivo, tem por atribuição afastar do ordenamento jurídico norma já vigente, não obstante, em desacordo com o texto constitucional, podendo ser exercida tanto de forma concentrada quanto incidental pelo Poder Judiciário (SILVA, 2013).

Nesse sentido, a partir da EC nº 3 de 1993, para propor a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo perante o controle judicial abstrato, algumas ações foram criadas, são as chamadas, ações especiais constitucionais, passando assim, a ter cinco espécies de ações para o exercício do controle concentrado de constitucionalidade:

- 1) ADI genérica - art. 102, I, "a", da CR/88;
- 2) ADI por omissão - art. 103, § 2º, da CR/88;
- 3) ADI interventiva - art. 36, III, da CR/88;
- 4) ADPF (prevista no texto original de 1988 no parágrafo único do art. 102 e modificada com a EC nº 3/1993 para o art. 102, § 1º, da CR/88);
- 5) ADC (surge com a EC nº 3/1993 - art. 102, I, "a", da CR/88) (FERNANDES, 2016, p. 1333).

Partindo do pressuposto do que qualquer contrariedade à Carta Magna deve ser repelida, o controle difuso caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal, mediante um caso concreto, a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal (MENDES, 2018).

Alguns autores colocam o sistema brasileiro como misto de controle judiciário de constitucionalidade das leis e atos normativos, combinando o modelo difuso-incidental (concreto) com o concentrado-principal (abstrato) (CLÈVE, 2000).

Características básicas do Controle difuso-concreto:

- a) realizado por todos os juízes;
- b) via de exceção (ou defesa);
- c) em um caso concreto;
- d) de modo incidental (incidente de inconstitucionalidade em um caso concreto). Assim sendo, o juiz terá que enfrentar a questão incidental (prejudicial) para chegar (e decidir) a questão prejudicial (um incidente), que surge excepcionalmente em caso concreto (FERNANDES, 2016, p. 1333).

Também conhecido como controle por via de exceção, caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal. A **declaração de inconstitucionalidade**, nesse caso, é necessária para o deslinde do caso concreto, **não sendo**, pois, **objeto principal da ação** (MENDES, 2005, grifo nosso).

Características básicas do Controle concentrado:

- a) realizado somente pelo STF;
- b) via ação específica, na qual o controle de constitucionalidade se torna a questão principal (por isso, via principal); c) de modo direto (no STF);
- d) vai se dar, via de regra, **in abstrato**, pois não há caso concreto, não há partes e não há lide, conforme o entendimento majoritário;
- e) envolve, portanto, via de regra, uma análise de uma lei em tese (ou falta de lei, no caso da ADI por omissão) (FERNANDES, 2016, p. 1334, grifo do autor).

O Controle Concentrado, busca obter a declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto; aqui visa-se obter a invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais. A **declaração de inconstitucionalidade** é, pois, o **objeto principal da ação** (MENDES, 2005, grifo nosso).

Não obstante, a EC nº 26, de 27/11/1985, “em relação ao controle concentrado em âmbito federal, ampliou a legitimação para a propositura da representação de inconstitucionalidade, acabando com o monopólio do Procurador-Geral da República” (LENZA, 2016, p. 291).

Essa legitimação se encontra disposta no artigo 103 da CF/88, juntamente com o artigo 2º da Lei 9.868/99, que veio a legalizar o entendimento jurisprudencial do STF.

Outro ponto que merece destaque, diz respeito à **ação direta de inconstitucionalidade por omissão**, com previsão de remédio constitucional individual concreto em face da omissão, assim como ação constitucional abstrata para tratar dela. Por meio do **mandado de injunção**, previsto no art. 5º LXXI, da Constituição Federal de 1988, prevê-se a possibilidade de qualquer pessoa obstada no exercício de seus direitos por falta de norma regulamentadora ingressar perante o Judiciário, diante da inércia do ente que deveria proceder à regulamentação (MORAES, 2017, grifo nosso).

Pedro Lenza levando em consideração esses aspectos, enfatiza que:

Dessa forma, tal como a *ADO - ação direta de inconstitucionalidade por omissão* [...], o mandado de injunção surge para “curar” uma “doença” denominada **síndrome de inefetividade das normas constitucionais**, vale dizer, normas constitucionais que, de imediato, no momento em que a Constituição entra em vigor (ou diante da introdução de novos preceitos por emendas à Constituição, ou na hipótese do art. 5.º, § 3.º), não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de ato normativo integrativo e infraconstitucional (LENZA, 2016, p. 1269, grifo do autor).

Como visto o mandado de injunção será concedido sempre que se torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais por falta de norma regulamentadora, bem como das prerrogativas inerentes à cidadania, à soberania e à nacionalidade. Ou seja, é tido como mandado de segurança coletivo, enquanto o *habeas data*, é tido como um remédio constitucional.

Ante o exposto, é interessante reiterar que a ação direta de inconstitucionalidade (ADI genérica) está prevista no art. 102, I, a) da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; ao regulamentar o artigo supracitado, a Lei 9.868/99 “estabeleceu linhas gerais sobre o processo, procedimento e julgamento” (ALMEIDA, 2008, p. 789) da ação direta de inconstitucionalidade.

Diante de tal previsão constitucional, a ação direta de inconstitucionalidade pode ser entendida como:

Espécie de ação constitucional de conhecimento pela qual os legitimados ativos arrolados no art. 103 da CF formulam o pedido, direta e originariamente ao STF, no seu papel de Corte Constitucional, para a declaração em abstrato de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo federal ou estadual que viole a Constituição da República [...] *ação de conhecimento de natureza declaratória, positiva ou negativa*, tendo em vista *natureza dúplice ou ambivalente* (art. 24 da Lei 9.868/99), com provimento de *eficácia erga omnes* e efeitos vinculantes [...] é ação que segue um procedimento sumário diferenciado, sendo possível, em caso de urgência e de relevância social e jurídica da matéria, que o relator lhe imprima um *rito célere* (ALMEIDA, 2007, p. 790).

Dito isso, nota-se que a natureza da ADI, é a de ação de conhecimento, visando buscar o acerto do direito alegado por intermédio de um procedimento onde todos os atos serão elaborados de forma lógica e congruente, com respeito aos princípios constitucionais, até que se chegue a decisão/acórdão declaratória da inconstitucionalidade.

Em virtude do que foi mencionado, tem-se que o verdadeiro propósito deste instituto, é o de garantir a manutenção do interesse coletivo, e o de garantir o exercício dos direitos fundamentais, em detrimento de todos os atos normativos e leis que não vislumbre o selo de constitucionalidade.

### **2.6.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade**

A Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) foi introduzida pela Emenda Constitucional n.º 03/93 e, apesar das críticas existentes quanto à sua finalidade nitidamente concentradora, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se pela sua plena constitucionalidade e aplicabilidade imediata (BARRETO, 2015, p. 163).

Posteriormente, alterou-se a redação do artigo 102, inciso I alínea a, e acréscimo do § 2º ao referido artigo, bem como o § 4º ao artigo 103, todos da Constituição Federal, tendo a sua disciplina processual sido regulamentada pela Lei 9.868/1999, com a finalidade de buscar por meio desta ação declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (MORAES, 2017).

O objeto da referida ação é lei ou ato normativo federal. "Porém, quais leis ou atos normativos federais? Sem dúvida, aquelas leis ou atos normativos federais

que são objeto de ADI. Nesses termos, quando não for o caso de ADI não vai ser caso de ADC” (FERNANDES, 2016, p. 1409).

Complementa o autor:

O recorte é que a ADI cabe contra lei ou ato normativo federal ou estadual. Já a ADC é cabível só contra leis ou atos normativos federais. Porém, é bom salientar que serão objeto de ADC somente as leis ou atos normativos federais que foram produzidos após o surgimento da ADC com a Emenda nº 3, de 17.03.1993 (FERNANDES, 2016, p. 1409).

O órgão competente para apreciar a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) é o STF, de acordo com o artigo 102, I, a, da CF/1988. Os legitimados para propor tal ação serão os mesmos para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), consoante disposto no artigo 103 da CF/1988 (MENDES, 2018).

Na ADC, é requisito obrigatório a demonstração de controvérsia relevante sobre a norma objeto da demanda (art. 14, III da Lei 9.868/99). “O julgamento segue a lógica dos arts. 22 a 28, Lei nº 9.868/99. Quórum para julgamento será de 8 ministros ( $\frac{2}{3}$  dos ministros do STF) e o quórum para decisão do julgamento será de 6 ministros (maioria absoluta) para o provimento ou improvimento da ADC” (FERNANDES, 2016, p. 1412).

No que se refere aos efeitos da decisão da Ação Direta de Constitucionalidade, é mister salientar, que conforme os ensinamentos de Bernardo Gonçalves:

A decisão procedente da ADC terá efeitos ***ex tunc*** e ***erga omnes***. Porém, pergunta-se: existem exceções a esse efeito? A resposta é afirmativa embora haja 2 correntes que se diferenciam sobre as exceções”:

**1ª) Corrente:** posição majoritária. As exceções (***ex nunc*** e modulação de efeitos) ocorrerão quando a ADC é julgada improcedente. Nesse sentido, devido ao caráter dúplice ou ambivalente da ADC, a decisão improcedente poderia ser ***ex nunc*** ou modulada. Pois, a lei seria inconstitucional ***ex tunc*** (regra) ou, excepcionalmente, ***ex nunc*** ou a com a modulação de efeitos.

**2ª) Corrente:** afirma que as exceções (*ex nunc* e modulação de efeitos) envolvem a própria ADC (em si mesma). Assim sendo, o julgamento da ADC procedente também poderia trabalhar com as exceções. A rigor, a própria ADC procedente teria possibilidade de exceções. Quando a ADC é procedente a lei é constitucional. O STF poderia declarar que a presunção absoluta de constitucionalidade só irá valer de sua decisão para frente, prospectivamente, para o futuro; ou poderia haver a manipulação, como, por exemplo, o STF poderia declarar em 2009 que a lei de 2000 é constitucional de forma absoluta a partir do ano de 2005 em diante. Portanto, de 200 a 2005 ela foi constitucional de forma relativa. Essa posição é minoritária na doutrina e não encontra acolhida no STF.

Por último, é mister salientar que os efeitos da ADC não apenas são **erga omnes**, mas também **vinculantes**, seguindo a mesma lógica da ADI [...] (FERNANDES, 2016, p. 1412, grifo do autor).

Cabe também ao STF decidir sobre a medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade; é bom acrescentar ainda que a medida cautelar sempre será incidental, nunca preparatória.

Nesse sentido quanto à concessão da medida cautelar, assim dispõe o art. 21 da Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (Lei 9868/99):

O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

Parágrafo único. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia (BRASIL, 1999).

Compreende-se então, que essa decisão de concessão da cautelar tem eficácia “erga omnes” (contra todos) e vinculante, em razão do poder geral de cautela do Supremo Tribunal Federal.

Assim, “não é, pois, de se admirar que o STF tenha se tornado um centro de atenções, quer queiram ou não os ministros, os quais, pela natureza de suas funções, são os guardiões da Constituição” (COSTA, 2006, p. 188).

Faz-se útil levar em consideração também o argumento de que a ADI e ADC são ações de caráter dúplice ou ambivalente. O art. 24 da Lei nº 9.868/99, deixa assente que ADI ou ADC podem produzir, tanto o efeito de constitucionalidade, quanto o efeito de inconstitucionalidade na mesma ação.

Utilizando-se da argumentação de Bernardo Gonçalves Fernandes, a duplicidade ou ambivalência pode ser expressada nos seguintes termos:

Significa que a ADI e ADC sempre caminharão juntas, embora tenham sinais trocados. Nesses termos, são faces de uma mesma moeda, embora uma vise a declaração de inconstitucionalidade de uma lei e a outra vise a declaração de constitucionalidade.

\* Se ADI julgada procedente, a lei é inconstitucional.

\* Se ADI julgada improcedente, a lei é constitucional. Não precisará de uma ADC sobre a mesma lei.

\* ADC procedente, a lei é constitucional.

\* ADC improcedente, a lei é inconstitucional. Não há necessidade de ADI sobre a mesma lei (FERNANDES, 2016, p. 1380).

Salienta-se por oportuno que os efeitos gerados pela inconstitucionalidade da lei, via de regra, será *ex tunc* e *erga omnes*, tornando, assim, a lei inconstitucional desde o dia em que ingressou no ordenamento jurídico pátrio. Em contrapartida existem exceções à regra *ex nunc* e *erga omnes* (FERNANDES, 2016).

Elas estão previstas normativamente na exegese do art. 27 da Lei nº 9.868/99, que preleciona que, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, “poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento em que venha a ser fixado” (BERNARDES, 2016, p. 1380).

Outro ponto que merece destaque é quanto a previsão das súmulas vinculantes (estabelecidas no art. 103-A da CF/1988 e reguladas pela Lei 11.417/2006), surgidas com a EC 45/2004, expediente que aumentou a capacidade do STF de decidir matéria constitucional, sobrepondo-se aos juízes, Tribunais inferiores e à Administração Pública, sob o fundamento de que é necessário garantir a segurança jurídica e conter a multiplicação de processos (LEAL, 2009).

Trata-se de mais uma demonstração da amplitude de seu poder e também da responsabilidade que lhe recai sobre os ombros no cumprimento das funções constitucionalmente outorgadas, atingindo direta e indiretamente a estrutura judiciária e política do País.

Destarte, infere-se que, com a redemocratização do País e a promulgação da Constituição de 1988, o STF teve o seu papel institucional ampliado, como bem salientou o Min. Sepúlveda Pertence (COSTA, 2006, p. 188) ao afirmar em discurso no plenário da Corte em 19.09.1988: "Para alcançar essa realização concreta do projeto de uma sociedade mais democrática e mais justa, poucos Textos Constitucionais terão confiado tanto no Poder Judiciário e nele, de modo singular, no STF". Ou, nas palavras do Min. Teori Zavascki (ZAVASCKI apud BASILE, 2013): "O Supremo passou a julgar de tudo e mais um pouco porque a Constituição prevê de tudo e mais um pouco".

## **2.7 Supremo Tribunal Federal Como Corte Constitucional**

Como dito anteriormente o STF situa-se no ápice do Poder Judiciário brasileiro, cabendo-lhe, precipuamente, a guarda da Constituição, sendo órgão incumbido de dar a palavra final acerca da jurisdição constitucional.

A sua competência originária está disciplinada no art. 102, I, a até r, da Carta Magna, com destaque para a alínea a, a qual prevê que lhe cabe processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, instrumento que permite, então, realizar o controle concentrado de constitucionalidade, desenvolvendo-se num processo sem partes, com vistas à proteção da ordem jurídica, no qual não há litígio que diga respeito a direitos individuais (MENDES, 2005).

Assevera Carlos Mário Velloso que essa é a competência maior do STF, pois "apenas essa competência poria o Supremo Tribunal em pé de igualdade com o Tribunal Constitucional Alemão" (1993, p. 5).

Pois bem. O conceito clássico de Corte ou Tribunal Constitucional envolve o aspecto de um órgão institucional responsável pelo Juízo de conformação de leis e atos políticos com a Constituição, a quem cabe a última palavra na interpretação,

concretização e garantia da Carta Maior. Assim, ficam a cargo do Tribunal Constitucional matérias de elevada repercussão política, essencialmente constitucionais, como os conflitos do pacto federativo, separação dos poderes, constitucionalidade de leis, eficácia e primazia dos direitos fundamentais, entre outras (NÓBREGA, 2009).

O exame inicial e sumário de suas atribuições demonstra que o STF exerce a função típica de um Tribunal Constitucional, ficando, em aberto a dúvida quanto à sua natureza política-institucional.

No decorrer do século XX, passou-se a incorporar gradualmente mecanismos do modo concentrado, criado na Europa a partir dos anos 1920, que permite discutir a constitucionalidade dos atos normativos em abstrato, num número limitado de ações, exclusivamente perante o STF, com efeitos gerais (erga omnes) (MENDES, 2005).

Nas décadas recentes, assistiu-se a um progressivo reforço do controle de concentrado com a criação da ação declaratória de constitucionalidade, em 1993, e da súmula vinculante, em 2004.

Segundo o entendimento de Guilherme Pupe da Nóbrega:

O STF, no Brasil, acumula as duas técnicas de controle de constitucionalidade consagradas pelos modelos europeu e americano: concentrado e difuso. Em decorrência deste perfil híbrido adotado, a Constituição reservou ao STF um feixe de competências, além de algumas estranhas ao próprio mecanismo de controle, que faz com que esse Tribunal tenha que conciliar duas funções: a de cúpula do Poder Judiciário (funcionando como verdadeira Corte de Apelação, face à banalização de sua condição de instância extraordinária) e a de Corte Constitucional (NÓBREGA, 2009).

E esse hibridismo conflita frontalmente com uma das características essenciais de qualquer Tribunal Constitucional, o de ser “o órgão incumbido, nos sistemas constitucionais de jurisdição concentrada, de realizar a jurisdição constitucional, sem que se possa, de sórito, exercê-la nas instâncias da jurisdição ordinária” (AGRA, 2005, p. 55).

Desse modo, ante essa somatória de competências do Supremo, verifica-se que, quanto à jurisdição constitucional, o Brasil vem adotando um sistema diferenciado e complexo, fazendo surgir um modelo híbrido, com características próprias, cuja inspiração tem origem tanto no sistema difuso norte-americano,

quanto do sistema concentrado europeu, culminando em um terceiro modelo, com natureza político-institucional autônoma (VIEIRA, 2008).

Para que um órgão seja uma genuína Corte Constitucional, segundo Louis Favoreu (2004, p. 1), o contencioso constitucional não deve se equiparar ao contencioso ordinário, uma vez que “as questões constitucionais são de competência exclusiva de apenas um Tribunal, o qual é especialmente designado para esta finalidade, cujas decisões tem força de coisa julgada erga omnes”. Assim, possuem uma jurisdição constitucional de natureza concentrada, a qual centraliza suas decisões em só Tribunal.

A combinação desses dois sistemas confere ao STF, de acordo com Gilmar Ferreira Mendes (2005, p. 21):

Uma peculiar posição tanto como órgão de revisão de última instância, que concentra suas atividades no controle das questões constitucionais discutidas nos vários processos, quanto como Tribunal Constitucional, que dispõe de competência para aferir a constitucionalidade direta das leis estaduais e federais no processo de controle abstrato de normas.

Assim, por essa forma de organização do Poder, cada órgão supremo tem sua zona de atuação delimitada, e só há de se falar na interferência de um sobre o outro quando for para impedir eventuais abusos, afastando-se qualquer tentativa de dominação ou cooptação.

Ademais, nos países europeus que têm Tribunais Constitucionais, como, por exemplo, a Alemanha, esse Tribunal é órgão constitucional cuja atuação repercute em todos os Poderes, situando-se no organograma do Estado ao lado do Executivo, Legislativo e Judiciário, não sendo, portanto, órgão do Poder Judiciário e nem se situando acima dos Poderes Executivo e Legislativo.

No Brasil, no entanto, esse requisito também não se verifica, pois, conforme se observa do art. 92, I, da CF/88, o STF constitui-se, efetivamente, em órgão do Poder Judiciário. Outrossim, outro fator que o distancia das Cortes, é o modelo de investidura dos seus ministros, baseado na nomeação vitalícia dos seus membros pelo chefe do Poder Executivo.

A cognição exauriente das características de uma Corte Constitucional não deixa dúvidas: sob nenhuma hipótese pode ser ao STF atribuída essa natureza política-institucional. Isso se dá, com base no “retrato modelo” de Louis Favoreu composto, em linhas gerais, da seguinte ordem de fatores:

a) foi-lhe outorgada uma série de competências estranhas às de uma Corte Constitucional, verbi gratia o papel de solucionar conflitos entre Tribunais Superiores, ou de instância de apelação ou unificador de jurisprudência em determinados casos, as suas competências originárias, para decidir sobre matérias expressamente enumeradas na Constituição, como nos conflitos que envolvem autoridades federais de alto nível etc., portanto, nada têm a ver com a incidência ou interpretação direta das normas constitucionais, mas sim com a manutenção da ordem constitucional pelo seu intérprete maior. Ressalta-se que eram ainda mais extensas até Constituição de 1988, quando se criou o STJ. A ele foi destinada a palavra definitiva sobre a interpretação da lei federal no País. Isso, como já se observou, não impediu o STF de continuar sobrecarregado. Desse modo, detém a condição de Tribunal Constitucional, mas tal competência ficou sendo apenas mais uma entre as várias outorgadas, não se falando em exclusividade do contencioso constitucional;

b) é um órgão do Poder Judiciário, falta-lhe, portanto, a característica da independência em relação aos Poderes do Estado, ou como afirma Hans Kelsen (2007, p. 150), "de qualquer outra autoridade estatal";

c) seus ministros possuem cargos vitalícios e são indicados pelo chefe do Executivo, com a ratificação do Senado Federal. Isso, aliado com o disposto no item b potencialmente tolhe sua liberdade de exercício, sem se ater a qualquer tipo de pressão ou de subordinação;

d) não detém o monopólio da jurisdição constitucional, vez que esta pode ser exercida na jurisdição ordinária por meio do controle difuso (FAVOREU, 2004, p. 27).

Em contrapartida, ao ser elaborada a atual Constituição, foi proposta a Assembleia Constituinte a criação de um tribunal Constitucional, o que tornaria possível um tratamento muito mais eficiente do controle de constitucionalidade das leis e de atos de autoridades públicas, bem como a promoção da responsabilidade dos que praticassem atos contrários à Constituição Federal. Entretanto, por entender que assim perderia principal atribuição e, em consequência, grande parte do prestígio de que goza desde sua instituição, em 1891, o STF fez oposição cerrada a

essa ideia e atuou intensamente junto aos constituintes, conseguindo, assim, impedir a criação daquele Tribunal (DALLARI, 2007).

Vislumbra-se então, que o Supremo Tribunal Federal mudava de local e de competência, devendo ser o Superior Tribunal de Justiça (STJ) de hoje. Todavia, o lobby feito pelos então ministros da Corte acabou por frustrar a expectativa do constitucionalismo comunitário brasileiro de se criar um Tribunal Constitucional, e isso, para não perder a sua condição de tribunal máximo do país, porquanto as funções constitucionais seriam transferidas para a Corte Constitucional, restando ao STF apenas a tarefa de guardar respeito ao direito federal.

Diante desse quadro, é interessante salientar que os órgãos de cúpula da justiça no Brasil, em ordem sucessiva, considerada a sua precedência histórica, foram a Casa da Suplicação do Brasil (instituída pelo Príncipe Regente D. João, mediante Alvará Régio de 10.05.1808); o STJ (Império) e o STF (República). Esses órgãos de cúpula, ao longo de nosso processo histórico, desde a fase colonial (casa da Suplicação do Brasil), passando pelo regime monárquico (STJ) e chegando à República (STF), abrangem um período de 206 anos (10.05.1808 até o presente ano) (MELLO FILHO, 2012).

Dito isso, a elaboração de um esboço da história institucional e política da Corte, partindo de 1890, ano de sua criação e chegando a 1988, ano de promulgação da Constituição vigente, é salutar para se compreender a razão pela qual o Supremo tanto lutou para conseguir assumir e exercer efetivamente a função a ele reservada pelas Constituições brasileiras, bem como para assimilar o quão substanciais foram as mudanças trazidas pela Constituição de 1988.

O STF situando-se no ápice do Poder Judiciário, tem a competência da jurisdição constitucional, ficando em posição de proeminência em relação aos Poderes Executivo e Legislativo, sendo órgão cuja natureza jurídica é de Suprema Corte híbrida, uma vez que sua atuação envolve não só o exercício dos controles concentrado e abstrato de constitucionalidade de leis e demais atos normativos do poder dirigente, como ainda outras atribuições que não se relacionam ou que o fazem apenas indiretamente com o contencioso constitucional propriamente dito, com reflexos econômicos, políticos e sociais.

### **3. ANÁLISE SOBRE O FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL**

Tem-se observado, tanto no discurso jurídico quanto no discurso político, uma crescente preocupação em torno de um suposto caráter “político” da função jurisdicional e, em particular, da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal.

O debate, na sua essência, é universal e gravita em torno das tensões e superposições entre constitucionalismo e democracia. É bem de ver, no entanto, que a ideia de democracia não se resume ao princípio majoritário, ao governo da maioria. Há outros princípios a serem preservados e há direitos da minoria a serem apreciados. Cidadão é diferente de eleitor; governo do povo não é governo do eleitorado. No geral, o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E, muitas vezes, só restará o Judiciário para preservá-los (BARROSO, 2005).

Não é difícil imaginar a possibilidade de que grandes questões sociais ou vários planos ou projetos sustentados por qualquer governo que se encontra no poder sejam levados à jurisdição constitucional para receber desta o seu selo de aprovação. Assim, dado que é o STF, órgão máximo da jurisdição constitucional no nosso país, quem profere a última palavra em termos de interpretação da Constituição, quanto maior sua ingerência na atuação dos demais poderes, menor será o espaço de atuação destes últimos (LEITE, 2015).

### **3.1 Breves Considerações Sobre os Efeitos do Protagonismo Judicial**

A jurisdição constitucional passou a demarcar as zonas de competências dos demais poderes, a partir dos limites que ela própria impuser à sua competência. Diante deste quadro, é no âmbito da jurisdição constitucional que o fenômeno da "politização" assume maiores contornos.

Não é tarefa fácil delimitar o conteúdo semântico do signo "politização", haja vista sua derivação de "política", que remonta à polis grega, o que poderia levar a divagações filosóficas sobre essa expressão. Nada obstante, na presente discussão pode-se destacar alguns usos frequentes do referido termo. Assim, as dimensões mais correntes da "politização" estão associadas ao dever de imparcialidade da jurisdição, à interpretação jurídica e à representatividade política tradicional (CAMPILONGO, 2002, p. 57), ao exercício de poder (jurisdição) e à própria natureza da Constituição.

Nesse sentido, é interessante perceber que:

A Constituição é o primeiro e principal elemento na interface entre política e direito. Cabe a ela transformar o poder constituinte originário - energia política em estado quase puro, emanada da soberania popular - em poder constituído, que são as instituições do Estado, sujeitos à legalidade jurídica, à *rule of*

*law*. É a Constituição que institui os Poderes do Estado, distribuindo-lhes competências diversas (BARROSO, 2011, p. 416-417).

Montesquieu quando se refere à divergência de interpretações judiciais, ele aponta a lei como solução, e somente a lei. Afinal, a lei é representação legítima de poder geral e, no contexto da crescente democratização no ambiente revolucionário da época, tamanho poder não poderia ser deixado nas mãos aristocráticas de um conjunto de *savants* (MONTESQUIEU, 2000).

Para Luís Roberto Barroso, “certas questões decisivas devem ser tratadas como questões de princípios morais ou políticos e não como uma questão de poder político [...]. São elas as que envolvem direitos fundamentais das pessoas, e não escolhas gerais sobre como promover o bem-estar social” (BARROSO, 2011, p. 420).

Comumente se questiona a parcialidade da jurisdição, pois o juiz deve se colocar como um terceiro distante dos conflitos que deve resolver. Os ataques dirigidos ao caráter político, nessa situação, estão associados ao fato de o juiz ceder diante de pressões de grupos políticos ou de partidos.

Dalmo Dallari (1998, p. 43) afirma que o poder nunca deixa de ser substancialmente político, de modo que política e poder estão umbilicalmente ligados e seus conceitos se confundem.

Com efeito, o poder é a “capacidade de produzir os efeitos pretendidos (ou simplesmente de alterar a probabilidade de obter esses efeitos), seja sobre a matéria ou sobre as pessoas, devendo o Estado dispor dos meios adequados para impô-los (DINAMARCO, 2009, p. 99-100).

Poder político é, segundo Norberto Bobbio (2000, p. 167), a posse dos instrumentos mediante os quais se exerce a força física (as armas de toda espécie e potência), é o poder coator no sentido mais estrito da palavra.

Assim, a política corresponde à atuação humana ligada ao poder, e o poder estatal, ao poder de um homem sobre o outro. O Judiciário, portanto, integra o poder, o qual tem o direito como um de seus instrumentos, sendo este cobrado coercitivamente pelo primeiro. Percebe-se, assim, a íntima relação entre a tríade Judiciário-Direito-Poder Político (LIMA, 2009, p. 75).

“Em uma sociedade democrática, algumas questões decisivas devem ser tratadas como questões de princípios morais ou políticos, e não, como uma questão de poder político de vontade majoritária” (BARROSO, 2011, p. 419-420).

O STF, como órgão máximo do Poder Judiciário (CF/1988, art. 92, I), exerce, em conjunto com a função jurisdicional, a função política. Ao analisar o assunto, Germana Belchior, elencou as seguintes características que conferem ao STF tal função política:

Ocupa o ápice da pirâmide judiciária, uma das três funções básicas do Princípio da Separação dos Poderes; as decisões do Judiciário são manifestações de índole política do Estado no desempenho da jurisdição; submetem-se a sua análise questões referentes à condução do país, ao comportamento de altas autoridades, à política econômica da nação, ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos etc. (BELCHIOR, 2008, p. 209).

Sob essa ótica, resta claro que o STF, situa-se numa posição extremamente complexa, estando exatamente na fronteira entre profissão e política, porque, embora seus membros devam ter distinção do mérito jurídico, a ascensão a tal posto, na prática, dá-se a partir de uma estratégia e fortes interesses político-partidários. Tal identidade composta (profissional e política) traz à tona um problema: por ser uma instituição com poder de veto ao Executivo e, ao mesmo tempo, ser uma elite profissional, com valores, em tese, meritocráticos, passando a nomeação de seus membros pelo Executivo e pelo Senado, a atuação desses profissionais fica, potencialmente, cerceada pela cooptação ao Executivo, pelo fato de o ministro estar relacionado ao Executivo e ao grupo político presente no governo que o nomeou (OLIVEIRA, 2002, p. 8).

Com a Constituição Federal de 1988, alguns pontos, como o princípio da separação dos poderes (das funções), permaneceram intactos, porém, em determinadas situações, favoreceram o Supremo Tribunal Federal, o qual passou a ser considerado o Guardião da Constituição, dando margem a novas questões que surgiram no universo jurídico, como a Judicialização da Política e o Ativismo Judicial, os quais geraram instabilidade institucional.

A judicialização da política, entendida de forma sucinta como o controle pelo Poder Judiciário sobre a vontade do soberano, atualmente, é um fato comum em países democráticos. Muitas críticas, entretanto, ocorrem em relação à atuação política do Judiciário. Diante de tal fenômeno, Montesquieu (2000) chegou a afirmar que "o império da lei só irá existir se o ato de julgar for separado das paixões do soberano e for guiado por um julgamento debaixo da lei" (apud CARRESE, 2003, p. 37).

A Judicialização da Política, consiste numa transferência de tarefas essencialmente políticas para magistrados e tribunais deixando de decidir as causas por questões de Direito, mas por questões políticas igualitárias e benéficas à sociedade. Com a crescente participação do Judiciário em questões políticas, houve uma mudança na estrutura da separação das funções, que interfere diretamente na estabilidade do Estado Democrático de Direito.

O surgimento do *Welfare State*, que consiste em uma “mobilização em larga escala do aparelho de Estado em uma sociedade capitalista a fim de executar medidas orientadas diretamente ao bem-estar da sua população” (MEDEIROS, 2001, p. 8), a inserção de direitos sociais, com seu cunho genérico e indeterminado, no bojo das Constituições, bem como a instituição do controle de constitucionalidade, inclusive, restou ampliada pela Constituição Federal de 1988, dando azo à configuração do que Peter Habermas (1998) denominou de “sociedade aberta dos intérpretes”, são exemplos de acontecimentos que levaram à politização do Judiciário.

Para teóricos do Liberalismo, uma Constituição só será como tal se houver os fundamentos apresentados por Montesquieu, ou seja, um sistema com as funções determinadas e fracionadas, regulado por um sistema de pesos e contrapesos. Essa doutrina existe para dar liberdade e não ocorrer a centralização do poder nas mãos de uma única pessoa. Embora seja um modelo apenas aparente e formal, ele é essencial para proporcionar a democratização do Estado (CARRESE, 2003).

Um dos desvios que se pode gerar ao romper com o Princípio da Separação dos Poderes é o Ativismo do Judiciário.

Para Luiz Roberto Barroso, o Ativismo Judicial surgiu com a Suprema Corte Americana numa decisão sobre segregação racial. Segundo a professora Vanice Regina Lírio do Valle, o termo ativismo judicial foi citado pela primeira vez pelo jornalista americano Arthur Schlesinger. Para Carlos Eduardo de Carvalho, o termo surgiu na Bélgica, em 1916. O Ativismo Judicial é confrontado pela autocontenção judicial, a qual se caracteriza pela deferência judicial em relação à omissão dos demais poderes, deixando espaço para uma maior atuação dos restantes (MARCHESI, 2013).

As doutrinas já sugeriram soluções para as posturas ativistas, como o recall, que dá à população a possibilidade de cassação de mandatos, e o referendium, que oferece à população a opção de votar sobre a adequação ou não de leis à Constituição (BOCCATO, 2015).

Os defensores da corrente ativista não veem separação entre direito e política, portanto, tal ocorrência se daria quando os tribunais passassem a resolver

os problemas da sociedade e proteger os direitos fundamentais dos cidadãos de maneira que interferisse nas atividades das demais instituições públicas, seja o Legislativo, seja o Executivo.

Feitas tais considerações, podemos avançar nos nossos estudos, e assim, aprofundarmo-nos, no tema do Ativismo Judicial.

### **3.2 O Ativismo Judicial**

O ativismo é, atualmente, uma das expressões mais corriqueira do universo jurídico. Ocorre quando o Judiciário legisla ou interfere na administração, tentando solucionar os problemas da sociedade, assim como garantir a proteção dos direitos fundamentais, gerando flexibilização tendenciosa e discriminatória do raciocínio jurídico. Essa prática, porém, cria certa instabilidade no princípio da separação das funções. (BOCCATO, 2015).

No Brasil, isso é uma realidade diferente do que se pensa, antiga, mas que se tornou uma preocupação com a vigência da Constituição de 1988, pois ela deu ao Judiciário diversos privilégios, possibilitando uma maior atuação na sociedade. Surgiu numa esfera de alta complexidade social, pois questões que antes eram resolvidas sem o Judiciário, hoje, necessitam dele. O ativismo mostra a falha do Estado em atender às necessidades e aos objetivos da sua população. (TEIXEIRA, 2012).

Luiz Roberto Barroso associa o ativismo judicial à uma atitude, define o fenômeno como uma escolha do Judiciário de interpretar a Constituição de forma proativa, expandindo seu alcance e interferência na atuação dos outros dois Poderes, que ocorre, normalmente, em um contexto social de retração e insatisfação popular com os poderes representativos. Para o autor, tal cenário faz com que o Judiciário seja chamado para participar de forma mais intensa para concretizar os valores constitucionais. (BARROSO, 2012, p. 6).

Na verdade, utiliza-se a expressão “ativismo judicial” em tom pejorativo, relacionando-o com algo negativo e danoso para a sociedade, motivo pelo qual a maioria dos juízes não assumem ser “ativistas”.

Ressalta-se, por oportuno, não haver, necessariamente, um sentido negativo na expressão, sendo o “ativismo”, muitas vezes, elogiado, em razão da promoção pelo Judiciário da adaptação do direito em face das novas exigências sociais e das novas pautas axiológicas.

Inferese assim que a expressão ativismo judicial possui caráter ambivalente, sendo considerado por alguns como algo positivo e por outros como

algo ruim. A sistemática da discussão é variada, podendo centrar-se na nulidade da legislação liberal por juízes conservadores, na mudança brusca dos princípios do *commow law*, no caso dos países que adotam o referido sistema, bem como na modificação de políticas públicas, entre outros (MOREIRA, 2018).

O ativismo está relacionado com a interpretação e a criação do direito. Se os juízes fizerem uma interpretação filológica do texto normativo, serão menos ativistas; quanto mais livre for a interpretação do juiz, trazendo novos significados e o desvinculando da letra da lei, serão mais ativistas. Assim como a modificação do ofício do Judiciário que ocorreu nos últimos 200 anos. Os magistrados deixaram de ser simples aplicadores da lei e tornaram-se coautores do significado nas normas. Um passo decisivo em direção ao ativismo é declarar que a Constituição é superior às outras leis e admitir que ela concede aos magistrados o poder de dirimir as leis produzidas pelo Legislativo quando elas não estiverem consoantes com a norma constitucional. O ativismo se apoia na possibilidade de complementar o conteúdo de algumas normas jurídicas, seja no sentido de corrigir possíveis ambiguidades, como, por exemplo, nos princípios constitucionais, seja para uma futura modificação das normas (JORGE NETO, 2014).

O ativismo judicial é uma consequência direta do pós-positivismo, que se evidencia pela utilização de conteúdos axiológicos através dos princípios ou para a criação de princípios não positivados, ou seja, de essências não imediatamente definíveis, e está relacionado com uma atuação mais intensa do Judiciário na efetivação dos princípios e valores, com mais intervenção na esfera de desempenho dos demais poderes (TAVARES, 1999).

A expressão ativismo judicial é tão utilizada que alguns autores passaram a se dedicar na identificação de quais as condutas do Poder Judiciário são comumente associadas ao ativismo, as quais passar a ser chamadas de dimensões do ativismo judicial.

### **3.3 Dimensões do Ativismo Judicial**

Diante da pluralidade de dimensões do ativismo judicial, o exercício expansivo de poderes político-normativos dos juízes e cortes, deve ser identificado com base nos fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais de seu contexto, abordando diversas dimensões do ativismo. (MOREIRA, 2018).

Lindquist e Cross, condensando as dimensões identificadas em outros estudos, agruparam-nas em quatro categorias: "(1) majoritarianismo e deferência a outros autores governamentais; (2) estabilidade e fidelidade interpretativa; (3) engrandecimento institucional (do Poder Judiciário); e (4) julgamento com resultado orientado." (LINDQUIST; CROSS, apud BICCA, 2012).

De acordo com os autores, a primeira dimensão apontada corresponde à situação na qual a Corte opta por não acatar decisões adotadas por outros atores governamentais. Já a segunda dimensão está relacionada com a desestabilização de um precedente judicial. A terceira, por sua vez, significa a simples expansão da autoridade institucional judicial através de suas decisões sobre certos casos e controvérsias. Por fim, a quarta e última dimensão apontada é aquela em que o Judiciário declara uma lei inconstitucional segundo as preferências políticas pessoais do julgador. (BICCA, 2012).

Bradley C. Canon, da mesma forma, não procurou definir um significado definitivo sobre "ativismo judicial", tendo se limitado a propor uma estrutura geral do conceito, identificando e elaborando se seis diferentes dimensões sobre ativismo judicial, quais sejam:

- (1) *Majoritarianismo* – grau com que uma corte invalida as decisões políticas adotadas por meio do processo democrático;
- (2) **Estabilidade interpretativa** – grau com que uma corte altera suas decisões, doutrinas ou interpretações anteriores;
- (3) **Fidelidade interpretativa** – grau com que os dispositivos constitucionais são interpretados de modo contrário às claras intenções do legislador constituinte ou do sentido literal do texto;
- (4) **Distinção entre o Processo Substantivo e o Processo Democrático** – grau com que uma corte profere decisões judiciais que impõem escolhas políticas substantivas em vez de se limitar a preservar o processo democrático;
- (5) **Especificidade de política** – grau com que decisões judiciais estabelecem políticas por si só, em vez de deixar essas escolhas para o exercício da discricionariedade de outras agências ou dos particulares;
- (6) **Disponibilidade para substituição das decisões políticas tomadas por outros agentes** – grau com que uma decisão judicial substitui sérias decisões sobre a mesma questão tomadas por outras agências governamentais. (CANON apud MOREIRA, 2018, grifo nosso).

Posteriormente, sintetizou-se as dimensões do ativismo em “cinco significados centrais”, de invalidação de ações dos demais poderes, falha em aderir aos precedentes, “legislação” judicial, afastamento de metodologias interpretativas aceitas e julgamentos orientados por resultados. Tomando por base referidas associações torna-se praticamente impossível chegar-se a um consenso sobre o significado da famosa expressão ativismo judicial. (MOREIRA, 2018).

No Brasil, Elival da Silva Ramos apresenta um conceito amplo de ativismo judicial, mais próximo aos sistemas constitucionais da família romano-germânica, informado pelo princípio da Separação dos Poderes, qual seja:

Por ativismo judicial, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. (RAMOS apud MOREIRA, grifo do autor).

De acordo com o autor supracitado, o “ativismo” é claramente negativo, por importar na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Ambas as definições concentram na questão do papel do Poder Judiciário, considerando como ativistas aquelas decisões que extrapolam a atividade típica de tal Poder. Com esse conceito proposto pelo autor, percebe-se o ativismo judicial como uma disfunção, consequência do pragmatismo e do moralismo jurídico que, por sua vez, propiciam um ativismo subjetivista do intérprete-aplicador. Para conter tal disfunção, foi sugerido o desenvolvimento de um positivismo moderado ou renovado, em que prevaleceria a vontade da lei, constituindo um limite para o trabalho de construção da decisão que contaria, com menor peso, também com a vontade do intérprete. (MOREIRA, 2018).

Em quaisquer das versões do ativismo – negativa ou positiva – há uma questão recorrente: a conclusão de que os juízes estão impondo suas preferências aos representantes eleitos e demais instâncias de poder, em detrimento da distribuição normativa de competências. A avaliação das normas atribuidoras de

competências se distingue a partir do sistema jurídico avaliado – nos EUA, parece haver uma indefinição, enquanto que em outros ordenamentos, como o brasileiro, estas são exaustivamente previstas. De toda forma, a doutrina jurídica e as práticas assentadas em cada sistema são fundamentais para a compreensão deste universo e, conseqüentemente, da imputação ou não de ativismo judicial, em suas repercussões institucionais. (LIMA, 2013, p. 165).

Referidas definições, todavia, demonstram-se muito amplas, pois o problema consiste na definição da atividade típica do Poder Judiciário, a qual não se encontra expressamente na Constituição ou em outros atos normativos, havendo mais de uma teoria a respeito, o que contribuiria para afirmar, com segurança, quando uma determinada decisão é “ativista” ou “não”, pois dependeria da teoria a ser adotada.

A perspectiva político-ideológica, importante na análise empírica, também deve ser contextualizada na metodologia jurídica que fundamentou importantes escolas, como a defesa de um formalismo. E todos esses pontos refletem na compreensão do espaço da fiscalização de constitucionalidade, em suas relações com os demais órgãos jurisdicionais e, principalmente, com os demais ramos de governo. O círculo completa-se, em virtude das repercussões deste tema no arranjo democrático. (LIMA, 2013).

Na verdade, não há uma única definição, clara e precisa, sobre o que é ativismo judicial, mas inúmeras definições utilizadas de acordo com a posição ideológica do autor.

Levando em consideração essas diversas manifestações do ativismo judicial, Campos (2014) definiu como núcleo comportamental comum do ativismo, a expansão de poder decisório que juízes e cortes promovem sobre os demais atores relevantes de uma dada organização sociopolítica e constitucionalmente estabelecida.

### 3.4 Autorrestrrição

O oposto do ativismo é a **autorrestrrição**, que, assim como o ativismo, possui diferentes dimensões, dentre as quais Campos destaca a deferência, quando os juízes evitam contrariar as decisões dos outros poderes; discrição, na qual os juízes evitam tomar escolhas morais, e prudência, quando os juízes evitam tomar decisões que prejudiquem ou gerem reações adversas à própria funcionalidade da corte. (MOREIRA, 2018, grifo nosso).

Em síntese, o núcleo pode ser definido como a redução da interferência do Judiciário nas ações dos outros Poderes, de forma a preservar as instituições. Tem-se autocontenção quando o Judiciário evita aplicar diretamente a Constituição a situações não expressas, quando adota critérios mais rígidos para declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, ou se abstém de interferir na determinação de políticas públicas. (MOREIRA, 2018).

O Poder não admite vácuo. Na ausência de um líder, outros buscarão ocupar seu espaço. Contudo, dos três poderes dois são eleitos democraticamente e guardam legitimidade eleitoral para ocupar os espaços decisórios. A participação do STF é uma exceção, está vinculada e limitada a questões de direitos fundamentais (garantias individuais, direitos civis, liberdade etc.) ou seja, proteção das minorias que poderiam se tornar alvos das majorias legislativas. Nesse viés, as concepções de autorrestrição indicam um dever de respeito às decisões prévias proferidas pelos outros Poderes, de forma que o Judiciário só poderá declarar sua inconstitucionalidade de maneira fundamentada, observando valores políticos, princípios, democracia e estabilidade institucional.

### **3.5 O Modelo de Estado e Constituição**

O modelo de Estado e de Constituição é uma das causas primeiras do ativismo judicial, pois a adoção de um Estado Social, intervencionista, repercute no Poder Judiciário e, dependendo do texto constitucional, pode impulsionar o ativismo dos juízes. Observa-se que um Estado Democrático de Direito, estruturado nos moldes do *welfare state*, têm o exercício muito mais ativo das funções administrativa, de governo e legislativa.

Em estudo clássico analisando o Estado Social, Paulo Bonavides destaca que a própria natureza deste Estado é a de ser intervencionista e, por conseguinte, passa a requerer sempre “a presença militante do poder político nas esferas sociais”, tendo em vista o crescimento da dependência do indivíduo, pela impossibilidade em que este se acha, perante fatores alheios à sua vontade, de prover certas necessidades existenciais mínimas. (BONAVIDES, 2011, p. 200).

Dessa maneira, nesse modelo de Estado intervencionista, ao Poder Judiciário caberia o controle jurídico das atividades (intervencionistas) dos demais Poderes, porém, ao Judiciário acabou recaindo as expectativas e pressões da sociedade para uma imediata fruição de direitos sociais ou a extensão de seus benefícios aos demais cidadãos e, com isso, “o próprio modelo de Estado-providência constitui força impulsionadora do ativismo judicial”, levando juízes e tribunais a relevarem os limites do ordenamento jurídico (notadamente a

textualidade da norma e a divisão dos Poderes), com o objetivo de concretizar, de imediato, o programa prospectivo da Constituição. (MOREIRA, 2018).

Nas palavras de Moreira (2018), o descompasso entre condições socioeconômicas projetadas pela Constituição a todos os brasileiros e aquelas vivenciadas na prática e na realidade pela maioria absoluta da população tornou-se um “combustível do voluntarismo judiciário”, sendo, pois, um fator de propulsão ao ativismo judicial. Ocorre, todavia, que as condições reais do Estado e da Administração não comportam um Judiciário ativista:

A realidade, como não poderia deixar de ser, acabará se impondo, resultando das bem intencionadas decisões ativistas, invariavelmente, a desorganização financeira do Estado, a redução de serviços que vinham sendo prestados (e que também efetivam direitos), para cobrir o custo dos novos direitos assegurados, o agravo ainda maior ao princípio da isonomia (se considerada as diferentes possibilidades de acesso à justiça) etc. (RAMOS apud MOREIRA, 2018).

Afirma-se haver se definido um novo intervencionismo do Estado na vida social, em que desapareceram os limites entre o público e o privado, e o Estado, antigo mal necessário, passou à condição de financiador, sócio e consumidor altamente apreciado, tendo, por conseguinte, cada vez mais estimulada sua atitude intervencionista. (ROMÃO, 2017).

Esse modelo de Estado foi desenhado pela Constituição de 1988 e acentuou o caráter político do Poder Judiciário ao lhe permitir, por diversos instrumentos, atuar como legislador negativo e também legislador positivo, “justicializando o fenômeno político e abrindo as portas para o ativismo judicial”. (FERREIRA FILHO, 2011, p. 296).

### **3.6 Atividade Normativa do Supremo Tribunal Federal**

Uma outra causa do ativismo judicial, restrita, porém, ao fenômeno no âmbito do Supremo Tribunal Federal, pode ser a súmula vinculante como expressão de uma atividade normativa, que compreende nesse instrumento muito mais um ato de criação do que de aplicação do direito, pois se faz ao arrepio do princípio da inércia da jurisdição e, o que é ainda mais significativo, do princípio da inafastabilidade (MOREIRA, 2018), reconhecendo-se uma ampla margem de liberdade de escolha ao Supremo Tribunal para edição, modificação ou cancelamento. Nesses termos, associa a súmula vinculante ao ativismo judicial no âmbito da Corte:

[...] menciono precisamente o fato de vir a se converter a atribuição do STF sub examine em elemento impulsionador do ativismo judicial, porquanto se observa aqui uma aproximação excessiva (e, a meu juízo, desnecessária) da atividade legiferante, a qual, embora compatível com o princípio da separação dos Poderes, uma vez contemplada em nível constitucional, se prestará a ir, lenta e progressivamente, solapando-lhe as bases. (RAMOS apud MOREIRA, 2018).

Cabe salientar que esse entendimento sobre a súmula vinculante não é pacífico, havendo, por exemplo, estudo específico sobre o efeito vinculante na jurisdição constitucional, de que a Emenda Constitucional nº 45/2004 não instituiu propriamente uma súmula vinculante, mas reconheceu efeito vinculante às súmulas que observarem os requisitos estipulados pelo art. 103-A da Constituição de 1988. (ROMÃO, 2017).

Analisemos, algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que trouxeram grandes benefícios ao nosso ordenamento jurídico pátrio:

Nos últimos anos o Supremo Tribunal Federal decidiu pelo pedido de declaração de inconstitucionalidade, apresentado pelo Procurador-Geral da República, do **art. 5º da Lei de Biossegurança**, que permitiu e disciplinou as pesquisas com **células-tronco embrionárias (ADIIn 3.150)**; o pedido de declaração da constitucionalidade da Resolução nº 7, de 2006, do Conselho Nacional de Justiça, que vedou o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário (**ADC 12**); e, em particular, a edição da Súmula Vinculante nº 11, embasada em um único acontecimento.

Um dos requisitos para edição das súmulas vinculantes seriam as reiteradas decisões e interpretações conflitantes. No entanto, esse elemento não se mostrou presente no surgimento da referida súmula. O fato se deu quando o Supremo Tribunal Federal, depois da pacificidade do Poder Executivo por mais de 20 anos sem regulamentar o uso de algemas, **previsto pela Lei de Execuções Penais (Lei Federal nº 7210/84)**, assumiu a causa e aprovou a **Súmula Vinculante nº 11**, que limita o uso de algemas, lícitamente, a casos excepcionais de resistência, de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física do policial ou alheia, por parte do preso ou de terceiros. A decisão no sentido de editar a súmula

foi tomada pela Corte no dia 7 de agosto de 2008, durante o julgamento do **Habeas Corpus HC 91952**.

Em outro caso, por seis votos contra cinco, o Supremo Tribunal Federal **derrubou os efeitos da Lei da Ficha Limpa para o pleito eleitoral de 2010**, indo de encontro a um projeto de iniciativa popular, sob o argumento de que o artigo 16 da Constituição Federal exige a obediência ao princípio da anualidade, que uma vez ferido, acarretaria lesão à segurança jurídica. Nesse momento, o princípio da anualidade foi alçado como uma cláusula pétrea implícita pelo STF.

Em 2011 a Corte Constitucional reconheceu às pessoas com união homoafetiva terem tratamento paritário ao dado às pessoas com união estável, o que representou, em certa medida, uma afronta ao paradigma social da família. A decisão fora baseada no princípio da dignidade da pessoa humana, assegurado constitucionalmente. Diante disso, muito se falou que o Supremo Tribunal Federal estaria exorbitando suas funções, já que tal matéria deveria ser regulamentada pelo Congresso Nacional.

Importante destacar a conclusão do Plenário que julgou procedente pedido formulado em sede de **ADI 4.277 e ADPF 132** ajuizadas, respectivamente, pelo Procurador-Geral da República e pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, determinando que "(...) não obsta que a união de pessoas do mesmo sexo possa ser reconhecida como entidade familiar apta a merecer proteção estatal." (BRASIL. STF, 2011).

Na questão, prevaleceu o voto proferido pelo Ministro Ayres Britto, relator do caso, que dava interpretação conforme a **Constituição ao art. 1.723 do CC** para dele excluir qualquer significado que dificulte ou crie um óbice ao reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. (SANTANA, 2015, grifo nosso).

É relevante ainda salientar que essas não foram as únicas intervenções realizadas pelo Supremo Tribunal Federal, na busca de zelar e efetivar os princípios e normas prescrito(as) na Constituição Federal, de forma a evitar que esta seja inoperante e ineficaz. O STF não irá deixar de intervir nas lacunas da lei deixadas pelo

Poder Legislativo, bem como, nas decisões administrativas do Poder Executivo que ofendem as normas e princípios constitucionais.

Para garantir o perfeito equilíbrio entre os três Poderes e sua interdependência sem que o STF deixe de cumprir com suas atribuições, será necessário que:

O **Poder Legislativo** assuma seu lugar de instituidor das normas legais, de forma a preencher todas as lacunas, corrigir e atualizar aquelas normas que não se aplicam mais à realidade atual da sociedade;

O **Poder Executivo** exerça suas funções administrativas observando as normas e princípios constitucionais;

O **Poder Judiciário** faça a leitura da Constituição e seus limites, através de métodos hermenêuticos, afim de alcançar uma equidade que possibilita a aplicação de princípios, resolver os conflitos e levar os juízes ao melhor argumento, consequentemente a melhor aplicação da norma, sem o viés político e ideológico. (MENDES, 2018, grifo nosso).

O STF não pode deixar de intervir diante das omissões legislativas e ações executivas violadoras dos direitos fundamentais, por seu dever de guardião da Constituição. O Ativismo Judicial é um instrumento fundamental para a concretização dos Direitos Fundamentais do Estado Democrático de Direito e que o STF detém a legitimidade para efetuar-lo, com fulcro no artigo 102, caput da Constituição Federal de 1988.

A verdadeira razão para a atuação mais intensa do Poder Judiciário nos últimos anos decorre de uma profunda mudança do paradigma de compreensão do funcionamento da ordem jurídica. No passado, até a primeira metade do século XX, quando dominantes os constitucionalismos liberal e social, admitia-se uma supremacia meramente formal da Constituição. Assim, os casos e problemas da vida em sociedade eram resolvidos pela aplicação direta das leis infraconstitucionais. As Constituições, seus valores e princípios fundantes, não experimentavam aplicação direta e funcionavam como meros vetores ou diretrizes a serem incorporados pelo Legislador na construção das regras legais. Esse panorama sofreu radical transformação a partir da segunda metade do século XX. As Constituições “ganharam” uma supremacia material ou

axiológica antes inexistente. A principal consequência prática dessa transformação revolucionária no campo jurídico consiste justamente na possibilidade, e necessidade, de aplicação direta da Constituição, notadamente seus valores e princípios, independentemente de intermediação legislativa (de uma regra específica posta na legislação infraconstitucional). (CASTRO, 2016).

Incontestável, também, é o fato de que o abismo existente entre as promessas constitucionais no campo socioeconômico e a realidade brasileira é um dos motivadores deste tipo de atuação, que pretende “[...] fazer valer o dever-ser constitucional, ignorando os limites de seu poder conformador da realidade factual (força normativa) e que se deve ter presente na interpretação-aplicação do Texto Magno”. (RAMOS, 2010, p.273).

Agora, caso o Poder Legislativo não venha concordar com uma decisão do Poder Judiciário, resta a ele aprovar uma lei em que deixe claro o que queria dizer. Se isso acontecer, o STF, caso seja novamente acionado, pode sim declarar a inconstitucionalidade da norma criada. A relação entre Judiciário e Legislativo tem essas várias rodadas sucessivas.

### **3.7 O Risco de Institucionalização do Ativismo Judicial**

Diante da realidade de judicialização da política e o fenômeno do ativismo judicial, sobretudo no que se refere às políticas públicas sociais, com decisões indesejadas, particularistas, inexequíveis ou descoladas da realidade, procurando, ainda, limitar o subjetivismo judicial na tomada de decisões que determinam a implementação de uma certa política pública, foi estruturado o Projeto de Lei nº 8.058/2014, em trâmite no Congresso Nacional brasileiro, que institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. (GRINOVER; LUCON; WATANABE, 2015).

Por tudo isso, Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, os principais processualistas envolvidos na contribuição do anteprojeto de lei, advogam em defesa da proposição legislativa justificando a sua necessidade, em aperta síntese, nos seguintes tempos:

É preciso fixar parâmetros seguros para o juiz e para as partes e, principalmente, criar um novo processo, de cognição e contraditório ampliados, para que a intervenção judicial em políticas públicas não crie problemas insolúveis para a administração e para a população e para que o juiz possa decidir com equilíbrio e justiça, após conhecer todos os dados

da questão que está em jogo. E acompanhar a execução que, por sua vez, há de ser flexível, para a efetividade do comando judicial. (GRINOVER; KAZUO, 2013, p. 507).

Em contrapartida, ao referido Projeto de Lei, Lenio Luiz Streck e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, argumentaram que o Projeto de Lei não só conteria inconstitucionalidades, como também, se aprovado, permitiria que o Judiciário se sobrepusesse ao Executivo e Legislativo, o que os levou, portanto, a indagar pelo arquivamento do projeto. (STRECK; LIMA, 2015).

Ou seja, afirmaram que a lei das políticas públicas não tem como foco central, o combate ao ativismo judicial, mas sim sua regulamentação, institucionalizando-o.

Em artigo de réplica, Ada Pellegrini Grinover, Paulo Henrique dos Santos Lucon e Kazuo Watanabe, reafirmaram que o Projeto de Lei, na realidade, procura limitar o subjetivismo judicial na tomada de decisões que determinam a implementação de uma certa política pública pela regulamentação que estimula o diálogo e a cooperação institucional. (GRINOVER; LUCON; WATANABE, 2015).

Possivelmente o que traz o receio de impulsionar o ativismo judicial são as bases e os critérios a fundamentar e legitimar a intervenção do Judiciário em políticas públicas, conforme dicção do artigo 2º do Projeto de Lei nº 8.058/2014, em que “o controle das políticas públicas reger-se-á pelos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, garantia do mínimo existencial, justiça social atendimento ao bem comum, universalidade das políticas públicas e equilíbrio orçamentário”. (GRINOVER; LUCON; WATANABE, 2015).

Outrossim, também com receio dos efeitos da referida proposta legislativa, a administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro criticou a falta de critérios objetivos a partir do contexto de ativismo judicial:

[...] É relevante observar que, quando o Judiciário concede benefícios individuais — que acabam por interferir em políticas públicas fixadas e implementadas pelos demais Poderes — ele caminha em areias movediças. Todos os fundamentos em que se baseiam os defensores do controle judicial decorrem de conceitos jurídicos indeterminados, como dignidade da pessoa humana, núcleo essencial dos direitos fundamentais, mínimo existencial, razoabilidade, proporcionalidade. Não há critérios objetivos que permitam definir, com precisão, o que é essencial para que se garanta a dignidade da pessoa humana, ou em que consiste o núcleo essencial dos direitos fundamentais ou o

mínimo existencial. E mesmo esse mínimo pode estar fora do alcance do poder público, pela limitação dos recursos financeiros. Não é por outra razão que o cumprimento das metas constitucionais exige planejamento. Também não é por outra razão que não se pode fugir inteiramente ao caráter programático das normas constitucionais inseridas no capítulo da ordem social e econômica. [...] (DI PIETRO, 2015).

Percebe-se, pois, que o campo de maior discussão e incidência dos efeitos do ativismo judicial é em matéria de políticas públicas sociais. Nisto ainda precisa avançar a doutrina e participar no acompanhamento das discussões legislativas sobre o assunto.

Decerto que uma política pública social efetiva, com atendimento em escala suficiente para alteração da realidade em que busca intervir, não pode ser empreendida através de processos judiciais, mas pelo atuar governamental da Administração Pública, por meio de arranjos institucionais (como o Bolsa Família, para ficar só em um exemplo, tal política pública não comportaria ser desenvolvida ou controlada em escala, por processo judicial). (ROMÃO, 2017).

Se nem toda manifestação judicial é, a rigor, questionável ou ruim, os próprios doutrinadores entendem que este critério não apresenta uma dimensão definitiva do ativismo, que deve ser estudado à luz de outras noções. Apenas seriam ativistas as decisões que anulam manifestações dos outros poderes quando estas podem ser interpretadas, de algum modo, como constitucionais. O ativismo consistiria, diante deste pressuposto, numa “restrição injustificada” da atuação dos demais ramos de governo, a contrariar o princípio da separação de poderes. (LIMA, 2013, p. 162).

Tal problematização contribui para sobrelevar as causas do ativismo judicial, identificadas em doutrina, pois esse problema-discussão é efeito do modelo de Estado social intervencionista, de uma Constituição extensa, programática, de uma fundamentação teórica e doutrinária principiológica característica do neoconstitucionalismo e, sobretudo, dos rebatimentos no Poder Judiciário da(s) crise(s) político-institucional(ais). Não se olvida, contudo, do fator institucional, a admitir a relação do ativismo com uma maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

A conjunção entre os critérios é percebida quando afirma que:

O aludido “ativismo judicial”, embora necessário, nos termos antes postos, está sujeito a excessos e desvios. Seus contornos e limites não possuem tratamento técnico-jurídico

aprofundado e consistente. Provavelmente, jamais se atingirá tal patamar de construção jurídica por conta do manuseio de pautas axiológicas intrinsecamente subjetivas. Mesmo de forma incipiente, parece adequado apontar duas ordens de limitações ao “ativismo judicial”: a) o respeito ao espaço de conformação do legislador (para regular as multifacetadas hipóteses da rica realidade social) e b) a impropriedade, em regra, de sua utilização para além de definições (binárias) de compatibilidade, ou não, com os vetores constitucionais.

Outro campo sujeito ao exercício indevido do “ativismo judicial” consiste na adoção de decisões monocráticas que perturbam gravemente o cenário político-institucional quando: a) desconsideram (ou modificam) a jurisprudência reiterada do tribunal; b) interferem diretamente no processo legislativo em andamento ou c) introduzem no debate político um posicionamento particular do magistrado autor da manifestação (personagem com profundo deficit de legitimidade democrática, no sentido tradicional de representar votos que sustentam a atuação no cenário político). (CASTRO, 2016).

Apesar da complexidade do assunto, é necessário reforçar, que os pontos acima mencionados simbolizam ato de submissão e respeito à ordem democrática, cujos fundamentos se encontram no texto da nossa Constituição Federal. Por conseguinte, a postura ativista do Judiciário, em regra, não se conformará com a democracia. Consistirá, antes, em decisão judicial fundamentada em convicções pessoais, ou em imprevisível senso de justiça do julgador, em detrimento das leis produzidas e aceitas democraticamente. Assim, a postura ativista troca o direito institucionalizado nas leis e jurisprudência por ideologia, política ou moral.

Observa-se, portanto, a necessidade de aperfeiçoamentos no exercício da jurisdição, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, na seara do “ativismo judicial”. Esses ajustes não podem, nem devem buscar o enfraquecimento do Poder Judiciário, a volta aos paradigmas do passado (corretamente superados) ou mesmo afetar a independência dos magistrados. São adequações, normalmente procedimentais, privilegiando decisões colegiadas, voltadas para eliminar espaços para perturbações institucionais graves e atuações não republicanas. (CASTRO, 2016).

Luís Roberto Barroso se manifesta sobre a oposição entre ativismo e autocontenção, tidas como posições pendulares, variáveis em função do grau de prestígio dos outros dois Poderes. A diferença entre estas é a abordagem das

normas, pois o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem invadir o campo da criação livre do Direito, ao passo que autocontenção restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas. (BARROSO, 2009).

Ao lado dessa definição, propõe os parâmetros aceitáveis para o exercício da função judicial:

Nessa linha, cabe reavivar que o juiz: (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia. (BARROSO, 2009).

A grande preocupação, portanto, é com o uso indevido da jurisdição constitucional, a comprometer os princípios do Estado de Direito, com os riscos de "fragilizar o direito". Não por acaso, o próprio debate independentemente da caracterização do ativismo revela concepções de política e atividade jurisdicional profundamente temerárias para o próprio destino da estabilidade institucional adotado nesses mais de trinta anos de vigência da Constituição Federal de 1988 (BARROSO, 2009).

Ainda que não rejeitado o exercício da revisão judicial dos atos dos demais poderes, a conotação negativa da imputação de ativismo e a defesa de aspectos relacionados à autorrestrição judicial já são incorporadas à argumentação dos doutrinadores, mesmo que para rejeitá-las diante da imperatividade de certos direitos.

Para Inocêncio Mártires Coelho:

[...] não se pode exigir que o Judiciário, pelo receio de parecer ativista, se furte ao dever de dar a cada um o que é seu [...] se

necessário, até contra legem, quando a lei se mostrar contrária ao direito, o que não é de causarespécie se tivermos presente, por exemplo, que a Lei Fundamental da Alemanha, em seu art. 20.3, diz que o Executivo e o Judiciário obedecem à lei e ao direito. [...] esse aditamento remete, na verdade, para além da lei, para um direito supra-legal, que, sendo anterior e superior a qualquer direito posto, impõe-se até mesmo às normas constitucionais. (COELHO et al apud LIMA, 2013, p. 230).

Verifica-se que mais que simplesmente rejeitar ou não o exercício do controle de constitucionalidade, o debate normativo sobre ativismo judicial representa a tentativa de conformação doutrinária da corte, na seleção de temas e modo em que sua atuação é recomendável. Interessa notar que os trabalhos não destinam a mesma atenção à autocontenção, certamente porque a perspectiva de um ativismo é acompanhada de um senso crítico, de inadequação do exercício da função judicial. (LIMA, 2013, p. 231).

Eis um esboço (entre inúmeros possíveis) de mudança constitucional no sentido antes referido. A eficácia de decisão monocrática, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, extensível aos Tribunais de Justiça, fica condicionada a confirmação pela maioria absoluta do tribunal quando: a) interfira no processo legislativo em curso; b) altere a composição ou funcionamento de órgão parlamentar; c) interfira no exercício de cargo ocupado por parlamentar em órgão do Legislativo e d) suspenda o exercício de mandato parlamentar. (CASTRO, 2016).

Com a expansão da jurisdição constitucional, surge a necessidade de uma nova hermenêutica, dita como constitucional, a qual contenha métodos capazes de solucionar casos que abranjam princípios e valores. Os quais são a matéria-prima da hermenêutica constitucional. Para a efetivação dessa nova hermenêutica, a atuação do Judiciário é alargada, para que possa promover uma melhor aplicação dos direitos fundamentais, princípios e valores que possam colidir. A interpretação de leis infraconstitucionais não é o bastante para interpretar a Constituição, pois contém alta complexidade, devido aos princípios e valores contidos nela. (MARGRAF; TEIXEIRA, 2017).

Se a hermenêutica aplicada não se desviar da Constituição, ela se torna admirável, e a decisão judicial se afasta de um ativismo. Mas por outro lado, ela pode ser usada como instrumento de monopólio de poder nas mãos de uma única instituição e possivelmente de uma pessoa. Podendo, assim, governar o país

conforme seus pontos de vista e ideologias. Por isso, o ativismo se torna um fator delicado que merece atenção e preocupação.

Resta evidente que a nova hermenêutica, é necessária, pois a concretização dos direitos fundamentais é de suma importância, sendo que a população não pode aguardar o interesse do Legislativo nem do Executivo para ter seus direitos concretizados e efetivados. Resta saber, porém, qual a percepção da atividade do STF, ou seja, sob quais aspectos os juristas entendem que a corte é ativista.

Dito isso, resta imperioso se desfazer a confusão existente (ou talvez provocada) entre o ativismo judicial e a judicialização da política. Mesmo que se possa afirmar que haja semelhanças entre os institutos, sua distinção é flagrante e até mesmo necessária para que se evitem deturpações capazes de criar defesas e/ou representações equivocadas de um ou de outro.

Lênio Luiz Streck, faz importante distinção entre os dois institutos, levando em conta, sobretudo sua gênese:

(...) a judicialização da política é um fenômeno, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do judiciário na deficiência dos demais poderes. Por outro lado, o ativismo é gestado no interior da própria sistemática jurídica, constituindo num ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma “corrupção” na relação entre os poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites na atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos. (STRECK, 2013).

Evidenciando um desrespeito à própria teoria da separação dos poderes, pode-se afirmar que ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa. (STRECK, 2014).

Importa consignar ainda que a judicialização é um fato e o ativismo é um ato, o que os distingue indelevelmente. Portanto, confundir os institutos é a maneira mais fácil de deturpá-los. Torná-los elásticos pode levar ao uso indiscriminado, sob o manto da confusão. Investir em um papel criador do direito é função do Judiciário e não significa invasão ou usurpação. Agora, exercer uma indevida criatividade, do ponto de vista da invenção do direito sim. E não se pode admitir.

Ser criador deve ser distinto de ser criativo. No primeiro caso, o intérprete cria direito na medida em que o produz ao retirar do texto normativo a norma. Na segunda hipótese, o intérprete, ao exercer sua criatividade, desrespeita sua função e, sobretudo, o ordenamento, ao se revestir na função de legislador. Não se pode assim, relegar a decisão judicial aos caprichos, contingências, impressões, convicções, bem como às experiências pessoais do julgador. E o ativismo é o caminho mais fácil, verdadeiro álibi, para que isso se configure, devendo, portanto, ser condenado e repellido. (PENNA, 2016).

Dessa forma, pode-se inferir que, resta imperiosa, nesse cenário, a construção e, sobretudo, a aplicação de uma nova teoria da decisão judicial que signifique não só uma melhor, mais completa e mais fundada nos valores constitucionais prestação jurisdicional, mas também um freio no ímpeto ativista, controlando e diferenciando o “papel criador” do “papel criativo” do intérprete.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao que se depreende ao longo do trabalho, nota-se que a Constituição Federal, a alteração da hermenêutica provocada pelo neoconstitucionalismo e a evolução da sociedade brasileira culminaram na expansão do Judiciário no cenário nacional. Por isso, fala-se que a Separação dos Poderes não pode mais ser vista em sua formação original, mas deve se aperfeiçoar com o desenvolvimento do próprio Estado, bem como com o da sociedade, ou seja, deve-se buscar uma identidade genuinamente brasileira sobre a aplicação da teoria da Separação dos Poderes.

O Brasil, sendo um Estado Democrático de Direito, necessita de estabilidade institucional para evitar crises e descontentamento populacional e, desta forma, manter uma população confiante no desenvolvimento do país, assegurando, ao menos, a manutenção da esperança por dias melhores e de uma vida digna a ser vivida.

É relevante ainda salientar que o Supremo Tribunal Federal nasceu como legítimo guardião da Constituição, exercendo, porém, somente o controle difuso de constitucionalidade, conforme praticado nos EUA. A evolução do direito pátrio aproximou-se dos Tribunais Constitucionais Europeus, garantindo-lhe, também, a possibilidade de exercer o controle concentrado de constitucionalidade.

Tal inovação, aliada às condições culturais e políticas nacionais, mostrou, ao longo do tempo, que o modelo estrutural importado dos EUA para a composição e investidura dos membros do Supremo Tribunal Federal tornou-se insuficiente para concretizar os direitos fundamentais constitucionais e carecedor de maior legitimidade popular, sendo superado pelas novas fórmulas previstas nas Constituições Europeias, que preveem a participação efetiva dos três Poderes na

escolha dos membros do Tribunal Constitucional, como também exige outros requisitos capacitórios. (FAZANARO, 2014).

Nessa evolução, é imprescindível que a estrutura e a composição do Supremo Tribunal Federal se afastem do modelo norte-americano, e aproximem-se do modelo europeu de Tribunais Constitucionais, por sofrer menos influências políticas do Presidente da República e conferir maior legitimidade popular às nomeações dos seus membros.

Desse modo, competindo ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, deve-se, igualmente, buscar a sua independência e neutralidade, com o afastamento de qualquer possível interferência exclusiva ou sobreposição de algum dos Poderes, até mesmo do próprio Judiciário. Ele, assim como o Executivo e Legislativo deve participar, mas proporcionalmente, sem exclusividade, formal ou material, de influir.

A propósito, o que desperta no cidadão a segurança contra a autoridade governamental é a consciência de que se um direito seu vier a ser violado, terá a faculdade de levar seu pleito ao Estado-Juiz, que o julgará segundo o princípio do devido processo legal, de forma imparcial e independente. Para tanto, o juiz precisa de instrumentos institucionais que garantam a sua ação, para que possa decidir de forma justa, para todos, indiscriminadamente.

É bem verdade que as dificuldades de se empreender os aperfeiçoamentos necessários são grandes. É uma questão que envolve grandes interesses e movimentaria todo o cenário político brasileiro. Por isso mesmo, cumpre ressaltar que o efetivo aperfeiçoamento do processo de investidura dos ministros do Supremo Tribunal Federal requer também a participação dos atores externos, como grupos de interesse, a imprensa e, acima de tudo, o cidadão. E aqui cabe mais uma reivindicação: a divulgação, por parte da mídia e das entidades de classe interessadas, dos nomes cotados, para que se abra o debate público tão logo comecem a ser cogitados.

Nos EUA, por exemplo, a participação é uma realidade, de forma que se consegue controlar, em certo ponto, as indicações, através do uso de instrumentos legítimos, como a inquirição prévia e o posterior debate acerca do passado do indicado e a sua posição sobre temas sensíveis.

Como se pode vislumbrar, os primeiros passos nesse sentido já foram dados. Tramitam no Congresso Nacional propostas de mudança desse modelo. Todas trazem, em comum, a preocupação com a independência e a imparcialidade da Corte. Outras propostas, ou mesmo uma combinação de elementos de cada uma delas, poderiam ser postas em discussão, contemplando também o mandato fixo, de

médio prazo, sem prorrogação ou possibilidade de novo mandato. Diante de tão amplo leque de propostas, parece crível, portanto, aproveitar o momento para aprofundar o debate e, finalmente, atender a esta velha pretensão.

Abstraído-se dos possíveis contornos utópicos, pensa-se que tudo se simplificaria se as indicações fossem norteadas por um retrato-modelo de ministro como ocorre com a conceituação de Tribunal Constitucional formulada por Louis Favoreu. E nessa conjuntura ideal, a personificação desse retrato-modelo se encontra em Pedro Lessa, tido por muitos como o ministro mais importante da história do Supremo Tribunal Federal, conforme descreve Aliomar Baleeiro:

Pedro Lessa era a figura ideal do juiz do STF, no papel de criação do Direito, no papel de intérprete máximo da Constituição, no papel do homem que, diante da realidade, a sobrepujar a letra fria dos textos, procurava preencher os claros e dar uma vitalidade nova aos diplomas ultrapassados ou silente. Para mim, este é o maior mérito de Pedro Lessa, que, além de tudo, foi um defensor infatigável da democracia e da liberdade. (apud ROSAS, 1985, p. 57).

Adentrando ao tema central que ensejou a problemática deste trabalho, importa aqui destacar que, muitas críticas são efetuadas atualmente, em relação à atuação proativa que o Poder Judiciário vem adotando, passando o mesmo a adentrar, cada vez mais, em questões de natureza política, as quais eram tomadas predominantemente pelos demais Poderes.

Referidas críticas parecem concluir que os magistrados adotam decisões dessa natureza com o intuito de obter fortalecimento institucional e individual da categoria, como se os magistrados tivessem usurpado essa competência dos outros Poderes.

Diante de tais fatores, torna-se equivocada a associação despreocupada da judicialização da política com ativismo judicial. Tem-se que o ativismo judicial não possui uma definição clara e precisa sobre seu significado, sendo considerado positivo e negativo ao mesmo tempo, dependendo da ótica de quem se utiliza do termo.

Essa imprecisão terminológica acarreta a necessidade de sempre explicitarmos de antemão qual o conceito de ativismo judicial adotado, ou seja, o que o autor considera como um comportamento ativista, a fim de conferir ao debate bases sólidas e seguras.

No âmbito da judicialização política, portanto, o simples fato de se adotar uma decisão desta natureza não pode ser considerada ativista. Alguns comportamentos adotados nesta seara podem ser assim enquadrados a partir de alguns critérios, como quando o Poder Judiciário adentra em determinada questão política ainda que os Poderes estatais não tenham se omitido; quando eventual lesão a direito fundamental decorreu da impossibilidade fática do Estado em garanti-lo e não de seu descaso; quando os Poderes Executivo e Legislativo atuaram de forma razoável na implementação do direito social, tendo adotado políticas públicas eficazes; bem como quando o legislador atuou dentro do livre espaço de conformação que lhe foi outorgado pela Constituição, com a observância da margem de discricionariedade a que estava adstrito.

Dito isso, podemos responder de forma clara e objetiva que o ativismo judicial, não se trata, portanto, de um exercício claramente autorizado, a exemplo da ação regulatória a que se determina o STF quando chamado a fazê-lo em sede de Mandado de Injunção (artigo 5º, inciso LXXI, Constituição Federal) ou no âmbito dos demais tipos de veredicto de jurisdição interpessoal ou constitucionalizada, ou ainda na elaboração de súmulas vinculantes.

Acontece que nenhum juiz tem o direito de, a despeito da imunidade judiciária que predica o seu exercício, conspirar contra a Constituição da República, a qual ele jurou cumprir, velar e fazer cumprir. Com efeito, todo o sistema jurídico sofre abalos e a República desmorona quando a Suprema Corte, em especial, se descaracteriza como órgão constituído (não constituinte) do Poder Judiciário.

No limite, o ativismo judicial não encontra pauta sequer na cognição dos objetos, na sua ordem natural, mas na espiritualidade do juiz, para o bem ou para o mal. É por isso que representa um perigo sério de imprevisibilidades na arte de produzir decisões, sobretudo ao nível da mais elevada instância da Administração da Justiça e nada obstante a universalização da matéria relacionada aos Direitos Humanos, porque, doravante, em certos casos já não cabe ao Supremo Tribunal Federal o monopólio da "última palavra", o direito de "errar por último". (NOGUEIRA, 2019).

Observa-se da realidade institucional e cultural brasileira que estamos num momento em que o Direito se esfacelou por falta de reverência do Poder Judiciário à lei. É uma impossibilidade lógica o magistrado em ofício se arrogar dono do sentido da lei. A linguagem, como bem se sabe, é uma construção sociocultural, que nos impele a segui-la enquanto indivíduos dotados de razão (inteligência objetiva).

Ocorre que, no Brasil, o poder dos estamentos/corporações é enorme, inclusive o das carreiras jurídicas, circunstância que corrompe o Direito em prejuízo da isonomia e da segurança jurídica de que tanto necessita o país, em tudo. Assim sendo, é sempre arbitrária a atitude hermenêutica que não encontra limites no seu próprio objeto, assim material quanto instrumentalmente, que não se encontra na plataforma jurídico-normativa precedente, mal dissimulada pela vacuidade de expressões do tipo "interpretação conforme" a Constituição, esta que é sua razão e fundamento mesmo de ser e de agir. Por isso, "Obedecer 'à risca o texto da lei democraticamente construída' [...], [...] significa sim, nos marcos de um regime democrático como o nosso, um avanço considerável." (STRECK, 2014, p. 3340 e 3345).

Qualquer que seja a resposta correta ou mais apropriada ao cenário brasileiro, ela necessariamente passa por instar ao Poder Judiciário, em especial ao STF, uma postura de maior deferência à lei. Afinal, como ensina Lenio Streck (2014), hoje vivemos sob a égide do Estado Democrático de Direito, no qual, à diferença do que ocorria no "positivismo primitivo", a moral não é excluída, mas é cooriginária com o direito. É desse modo que o Estado de Direito há de prevalecer também às idiossincrasias e caprichos de seus próprios agentes.

Conclui-se então, que o Ativismo Judicial deve ser considerado um comportamento maléfico ao Estado Democrático de Direito, ou seja, um enorme perigo que assola nosso país, já que aqui o que se tem, em verdade, é uma total subjetividade do julgador diante do caso concreto, atropelando-se a lei, colocando em xeque a Teoria da Separação dos Poderes, o Sistema de Freios e Contrapesos (*Checks and Balances*), e, até mesmo, o Poder Constituinte Originário, cenário este que em nada contribuiu para a evolução política de nossa nação, enfraquecendo assim, a democracia constitucional tão arduamente conquistada pela nossa sociedade civil.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisprudência constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 916p.

ALVES JR., Luís Carlos Martins. **O preâmbulo da Constituição brasileira de 1988**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1649, 6 jan. 2008. Disponível em: <https://www.jus.com.br/artigos/10823>. Acesso em: 31 out. 2019.

ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BALEEIRO, A. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARRETO, Alex Muniz. **Direito Constitucional Positivo**. Alex Muniz Barreto: 2ª ed. CL EDIJUR: Leme/SP. Edição 2015. 678 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <https://www.jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>. Acesso em: 13 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Artigo Barroso. Migalhas, 30 de jan. 2009. Disponível em:

[https://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20090130-01.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf). Acesso em: 11 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BASILE, J. **A Corte de porta aberta?** Disponível em:

<http://www.supremoemdebate.blogspot.com.br/2013/07/a-corte-de-porta-aberta.html>. Acesso em 28 jan. 2020.

BELCHIOR, G. P. N. **Supremo Tribunal Federal, legitimidade e Corte Constitucional**. Revista da ESMARN. vol. 8, n. 1, p. 205-226. Mossoró, jan/jun 2008. Disponível em:

[https://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista\\_direito\\_e\\_liberdade/article/viewFile/25/12](https://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/viewFile/25/12). Acesso em: 20 jan. 2020.

BICCA, Carolina Scherer. **Judicialização da política e ativismo judicial – judicialization of politics and judicial activism**. Revista de Direito Brasileira, vol. 2/2012, p. 121 – 139, Jan – Jun / 2012, DTR\2012\44612. [recurso eletrônico]. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 20 jan. 2020.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 1 ed. 12. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral da política - A filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BOCCATO, Esdras. **As deficiências do Poder Legislativo como fator de impulsão do ativismo judicial no Brasil**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 90/2015, p. 63 – 76, Jan – Mar, 2015, DTR\2015\2065. [recurso eletrônico]. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 12 abr. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. **Do Estado liberal ao Estado social**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. 55ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

\_\_\_\_\_. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/CON1988\\_05.10.1988/CON1988.asp](https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.asp). Acesso em: 01 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. 292 p. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso

em 15 out. 2019.

\_\_\_\_\_. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. (Texto compilado até a Emenda Constitucional nº 103 de 12/11/2019). Brasília. DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2019. Disponível em: [https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988\\_12.11.2019/CON1988.asp](https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_12.11.2019/CON1988.asp). Acesso em: 22 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. **Proposta de Emenda à Constituição nº 30, de 2008**. Arquivada ao final da legislatura, 26/12/2014. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/86505>. Acesso em 15 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. **Proposta de Emenda à Constituição nº 35, de 2015**. Em Tramitação. Pronta para pauta na comissão, 30/10/2019. Requerimento, 07 p. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=1401366&ts=1572462773600&disposition=inline>. Acesso em: 20 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade - Lei 9868/99**. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm). Acesso em: 23 jan. 2020.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

BUNGE, M. **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Gita K. Guinsburg. São Paulo: Perspectivas, 2002. (Coleção Big Bang)

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro, Forense. 2014. [E-Book].

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993 (7. ed., 2003).

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARRESE, Paul. **Montesquieu, Blackstone and the Rise of Judicial Activism**. Chicago: The University of Chicago Press, 2003.

CASTARDO, Hamilton Fernando. **NATUREZA JURÍDICA DO TRIBUNAL DE CONTAS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO**. Piracicaba. 2007. Disponível em: <https://www.docplayer.com.br/21409046-Natureza-juridica-do-tribunal-de-contas-no-ordenamento-brasileiro.html>. Acesso em: 10 ago. 2019.

CASTRO, Aldemario Araujo. **Ativismo judicial: entre a necessidade e o excesso**. Congresso em Foco. 2016. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/opinia0/c0lunas/ativismo-judicial-entre-a-necessidade-e-o-excesso/>. Acesso em: 11 abr. 2020.

CASTRO, Diego. Luís de. **O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**. Lajeado. 2007. Disponível em: [https://www.univates.br/media/graduacao/direito/O\\_ESTADO\\_DEMOCRATICO\\_DE\\_DIREITO.pdf](https://www.univates.br/media/graduacao/direito/O_ESTADO_DEMOCRATICO_DE_DIREITO.pdf). Acesso em: 5 nov. 2019.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 199.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª edição. São Paulo: RT, 2000.

COSTA, E. V. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. São Paulo: Unesp, 2006.

DALLARI, D. A. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. **O poder dos juízes**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **DUDH**. ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. 10 dez. 1948. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em 31 out. 2019.

DIMOULIS, Dimitri. **Significado e atualidade da separação dos poderes**. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga; TAVARES, André Ramos (Coord.). *Constitucionalismo*. Os desafios no terceiro milênio. Belo Horizonte: Forum, 2008.

DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Judicialização de políticas públicas pode opor interesses individuais e coletivos**. Consultor Jurídico. ConJur. 28 mai. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-28/interesse-publico-judicializacao-politicas-publicas-opoe-interesses-individuais-coletivos>. Acesso em: 10 abr. 2020.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FAVOREU, L. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004.

FAZANARO, Renato Vaquelli. **O Modelo Brasileiro de Composição do Supremo Tribunal Federal: uma análise contemporânea**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 89/2014, p. 217 – 276, Out – Dez / 2014, DTR\2014\20175 [recurso eletrônico]. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 29 abr. 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional** / Bernardo Gonçalves Fernandes - 8. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2016. 1.584p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **As origens do estado de direito**, 1987. Disponível em: Acesso em: 15 set. 2019.

\_\_\_\_\_. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 38ª. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. 289p. ISBN 978-85-02-16560-1. Disponível em: [https://drive.google.com/viewerng/viewer?url=http://ler-  
agora.jegueajato.com/Manoel+Goncalves+Ferreira+Filho/Curso+de+Direito+Const  
itucional/Curso+de+Direito+Constitucional+-  
+Manoel+Goncalves+Ferreira+Filho?chave%3D1677cfea7cb1b4e721f78316a481fd9  
c&dsl=1&ext=.pdf](https://drive.google.com/viewerng/viewer?url=http://ler-<br/>agora.jegueajato.com/Manoel+Goncalves+Ferreira+Filho/Curso+de+Direito+Const<br/>itucional/Curso+de+Direito+Constitucional+-<br/>+Manoel+Goncalves+Ferreira+Filho?chave%3D1677cfea7cb1b4e721f78316a481fd9<br/>c&dsl=1&ext=.pdf). Acesso em: 26 jan. 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle judicial de políticas públicas**. Kazuo Watanabe (coords.) 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WATANABE, Kazuo. **PL sobre controle jurisdicional de políticas públicas é constitucional**. Consultor Jurídico (CONJUR). 23 fev. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-23/plcontrole-jurisdicionalpolitica-publicaconstitucional>. Acesso em: 10 abr. 2020.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1998.

HAYEK, Friedrich August Von. **O caminho da servidão**. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Ativismo judicial, discricionariedade e controle: uma questão de hermenêutica?** Revista dos Tribunais Nordeste. vol. 3/2014, p. 131 – 152, Jan - Fev / 2014. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. vol. 7/2015, p. 1323 – 1346, Ago / 2015, DTR\2015\10960. [recurso eletrônico]. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 10 mar 2020.

KELSEN, Hans. **“A garantia jurisdicional da constituição”**. Jurisdição constitucional. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LEITE, Glauco Salomão. **A “POLITIZAÇÃO” DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: Uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 64/2008. p. 151 - 185, Jul - Set/2008. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, vol. 7/2015, p. 945 - 985, Ago/2015, DTR\2015\10997. [recurso eletrônico]. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 10 jan. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20ª Ed. 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2016.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral Do Processo Primeiros Estudos**. 8. ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2009. 442p.

LIMA, F. G. M. **O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira: estudo de caos: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **ATIVISMO E AUTOCONTENÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: uma proposta de delimitação do debate**. Recife: O Autor, 2013. 300p. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2013. Disponível em:  
[https://www.academia.edu/31759978/ATIVISMO E AUTOCONTEN%C3%87%C3%83O NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL uma proposta de delimita%C3%A7%C3%A3o do debate](https://www.academia.edu/31759978/ATIVISMO_E_AUTOCONTEN%C3%87%C3%83O_NO_SUPREMO_TRIBUNAL_FEDERAL_uma_proposta_de_delimita%C3%A7%C3%A3o_do_debate). Acesso em: 12 abr. 2020.

LOMBARDE, C. P. **O PAPEL DA POLÍCIA (MILITAR) NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: Considerações sobre o Policiamento Comunitário como Estratégia de Prevenção da Violência**. 2014. Monografia (Direito) - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2014. Disponível em: <http://www.bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2452/TCC%20FINAL%20pdf.pdf?sequence=1>. Acesso em: 5 nov. 2019.

MARCHESI, Makena; FONSECA, Leonardo. **A legitimidade democrática do ativismo judicial para a concretização dos direitos fundamentais**. Argumenta Revista Jurídica. Jacarezinho. 2013. n 19. p. 139-157.

MARGRAF, Alencar Frederico; TEIXIERA, Marcelly Costa. **Decisões judiciais: entre o ativismo do judiciário e a judicialização da política. Judicial decisions: between activism of the judiciary and the judicialization of politics**. Revista dos Tribunais, vol. 977/2017, p. 213 – 240, Mar / 2017, DTR\2017\433, [recurso eletrônico]. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 14 abr. 2020.

MATHIAS, Carlos Fernando. **Notas para uma História do Judiciário no Brasil**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009.

MATOS, Francisco De Castro. **Separação dos poderes: sistemas de freios e contrapesos**. São Paulo. 2016. Disponível em:  
<https://www.jus.com.br/artigos/52803/separacao-dos-poderes-sistemas-de-freios-e-contrapesos>. Acesso em: 01 nov 2019.

MEDEIROS, Marcelo. **A trajetória do Welfare State no Brasil: papel redistributivo das políticas sociais dos anos 1930 aos anos 1990**. Texto para discussão n. 852. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília, 2001.

Disponível em:

[https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_1619.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1619.pdf). Acesso em: 20 jan, 2020.

MELLO FILHO, J. C. **Notas Sobre o Supremo Tribunal (império e república)**. 3.ed. Brasília: STF, 2012. Disponível em: [https://www.stf.ju.br/arquivo/cms/publicacao-PublicacaoInstitucionalCuriosidade/anexo/Notas\\_informativas](https://www.stf.ju.br/arquivo/cms/publicacao/PublicacaoInstitucionalCuriosidade/anexo/Notas_informativas). Acesso em: 20 nov. 2019.

MENDES, Gilmar. Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. ed. 13ª [ebook]. São Paulo: Guilherme Henrique Martins Salvador, 2018. 2892p. E-Book. ISBN 978-85-472311-3-2. Disponível em: <http://www.editorasaraiva.com.br/direito>. Acesso em: 24 jan. 2020.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes LTDA, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional / Alexandre de Moraes**. - 8. ed. atualizada até a EC nº 67/10 - São Paulo: Atlas, 2011. 2480p.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional / Alexandre de Moraes**. – 33. ed. rev. e atual até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017. 666p. E-Book. ISBN: 978-85-97-01129-6. Disponível em: <https://www.grupogen.com.br>. Acesso em: 26 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, Mellissa de Carvalho. **Reflexões Acerca do Ativismo Judicial: Os Riscos da Atuação Extralegal do Poder Judiciário**. VirtualJus, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 213-234, 2º sem. 2018 – ISSN 1678-3425.pdf. Disponível em: <http://seer.pucminas.br/index.php/virtualjus/article/view/18100/18100-70266-1>. Acesso em: 02 abr. 2020.

NERY JR., N. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

NÓBREGA, G. P. **O Supremo Tribunal Federal é uma Corte Constitucional?** Parte II. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/2009/10/o-stf-e-uma-corte-constitucional-parte.htm>. Acesso em: 28 jan. 2020.

NOGUEIRA, Aldenor. **A tripartição dos poderes e o ativismo judicial: a quem cabe a última palavra?**. 2019. Disponível em: <http://www.lumosjuridico.com.br/2019/07/09/a-triparticao-dos-poderes-e-o-ativismo-judicial-a-quem-cabe-a-ultima-palavra/>. Acesso em: 02 nov. 2019.

NOGUEIRA, Roberto Wanderley. **Ativismo judicial destrói o Estado Democrático de Direito**. ConJur, Consultor Jurídico: 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-06/opiniao-ativismo-judicial-destroi-estado-democratico-direito>. Acesso em: 29 abr. 2020.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**/ Marcelo Novelino. - 11. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. 888p.

NUCCI, Guilherme. **Processo Penal e Execução Penal – Esquemas & Sistemas** 5/19. 5ª. ed. São Paulo: Ed. Método, 2019, 320 p.

OLIVEIRA, F. L. **A identidade profissional dos ministros do STF no processo de redemocratização do Brasil**. Artigo apresentado no XXVI encontro da Associação Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Ciências Sociais, realizado em Caxambu (MG), de 22 a 26.10.2002.

PENNA, Bernardo Schmidt. **Ativismo Judicial à Brasileira: “Papel Criador do Intérprete” X “Papel Criativo do Intérprete” — Dois Casos Paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal**. Teoria Geral. Revista de Direito Privado: 2016. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RDPriv\\_n.70.03.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDPriv_n.70.03.PDF). Acesso em: 18 maio 2020.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial – Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal: defesa das liberdades civis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

ROMÃO, Luis Fernando de França. **A politização do poder judiciário e as causas do ativismo judicial**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 12, n. 1, 1º quadrimestre de 2017 - ISSN1980-7791.pdf. Disponível em:

<https://www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 02 abr. 2020.

ROSAS, R. **Pedro Lessa: Marshall brasileiro**. Brasília: Horizonte, 1985.

SANTANA, Pedro Victor. **Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal: Impactos na Ordem Democrática do Brasil**. Artigo Jurídico Certo. 09 de maio de 2015. Disponível em:

<https://juridicocerto.com/artigos/pedrovictorsantana/ativismo-judicial-do-supremo-tribunal-federal-impactos-na-ordem-democratica-do-brasil-1356>. Acesso em: 13 abr. 2020.

SANTOS, D. S.; RABELO, C. L. A.; GOMES, V. C. **O PODER PARARELO x ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: Uma análise da Comunidade Pedreira Prado Lopes**. 2018. Monografia (UNIESP) - União das Instituições Educacionais de São Paulo, [S. I] [2018]. Disponível em:

[http://www.uniesp.edu.br/sites/\\_biblioteca/revistas/20181127101814.pdf](http://www.uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20181127101814.pdf). Acesso em: 5 nov. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1ª edição – segunda tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional e Política**. (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SERRADOR, Maria Eliza Visenta Olmos. **BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**. 2003. São Paulo. Disponível em:

[https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/495\\_arquivo.pdf](https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/495_arquivo.pdf). Acesso em: 02 nov. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional**. 6ª ed. São Paulo. 2012.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 566p.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

\_\_\_\_\_. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. Edição do kindle.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lênio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **Lei das políticas públicas é "Estado social a golpe de caneta?"** Consultor Jurídico (CONJUR). 10 fev. 2015. Disponível em:

<http://www.conjur.com.br/2015-fev-10/lei-politicas-publicas-estado-social-golpe-caneta>.

Acesso em: 10 abr. 2020.

TAVARES, André Ramos. **A superação da doutrina tripartite dos "Poderes" do Estado**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 29/1999, p. 66 – 71, Out - Dez / 1999. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, vol. 4, p. 25 – 34, Maio / 2011, DTR\1999\476. [recurso eletrônico]. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 20 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Curso de direito constitucional. 10. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, André Ramos; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora; LENZA, Pedro. **Reforma do judiciário**: analisada e comentada; emenda constitucional 45/2004. São Paulo: Método, 2005.

TEIXIERA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. Rev. Direito GV, São Paulo, v. 8, n. 1, jun.

2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a02.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2020.

UCHÔA, Marcelo R. **O poder judiciário à luz da reforma da EC 45/04**. Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional apresentada à Universidade Federal de Fortaleza, 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp041672.pdf>. Acesso em: 30 out. 2019.

VELLOSO, C. M. **O Supremo Tribunal Federal. Corte Constitucional**. Revista de Direito Administrativo. vol. 192. Rio de Janeiro, abr.-jun. 1993.

VIEIRA, O, V. **Supremo Tribunal Federal, jurisprudência política**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

VIEIRA, O, V. **Supremocracia**. Revista Direito GV. ano 4. n.2 São Paulo, jul.-dez. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdef/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2020.

WATANABE, Kazuo. **Novas atribuições do Judiciário: necessidade de sua percepção e reformulação da mentalidade**. In: Revista Escola Paulista da Magistratura, I, n. 1, set./dez. 1996.

## **O REGIME DISCIPLINAR DO PROCURADOR DE ESTADO DE ALAGOAS**

**DANILO FRANÇA FALCÃO PEDROSA:**

Procurador do Estado de Alagoas, ex-Procurador do Estado de Pernambuco, ex-Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Pós-graduado em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina, Pós-Graduado em Direito Administrativo e Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

### **1. INTRODUÇÃO**

A Procuradoria-Geral do Estado é uma instituição permanente essencial à Justiça, tendo por finalidade a preservação dos interesses públicos e o resguardo da legalidade e da moralidade administrativa, possuindo a missão institucional de exercer a representação judicial e extrajudicial do Estado, desenvolver as atividades de consultoria jurídica ao chefe do Executivo e junto aos órgãos da administração direta, zelar pela defesa do patrimônio público estadual imobiliário, exercer o controle interno da legalidade dos atos administrativos e executar outras atribuições que lhe forem confiadas, desde que compatíveis com sua finalidade institucional.

O cargo de Procurador de Estado dispõe envergadura constitucional, tendo a missão de preservação dos interesses públicos, o resguardo e o controle da legalidade, da moralidade, da impessoalidade e demais princípios da Administração Pública e o exercício da advocacia pública do Estado.

Se é verdade que o cargo de Procurador de Estado, para cumprir sua missão e desempenhar com autonomia suas atribuições, possui um leque de prerrogativas, inclusive de não ser o Procurador constrangido, por qualquer modo ou forma, a agir em desconformidade com a sua consciência ético-profissional, também é verdade que, na mesma proporção das prerrogativas, estão as obrigações e responsabilidades da função. A outra face das prerrogativas são as responsabilidades.

O Procurador de Estado, como qualquer outro servidor público, possui deveres e obrigações, submetendo-se a um regime disciplinar, onde há a previsão do procedimento e sanções disciplinares aplicáveis em razão do exercício irregular de suas atribuições, podendo decorrer de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo.

Todavia, como abaixo se demonstrará, na fase prévia à instauração da sindicância ou processo administrativo disciplinar, há alguns procedimentos especiais que não existem para os demais servidores públicos.

## **2. AS PARTICULARIDADES DO REGIME DISCIPLINAR APLICÁVEL AO PROCURADOR DE ESTADO DE ALAGOAS**

O regime disciplinar dos servidores públicos constitui o conjunto de normas jurídicas que regem as condutas, as sanções e o procedimento sancionatório aplicável diante do exercício irregular das funções públicas pelo servidor. Neste quesito, é preciso observar que, embora exista uma grande similitude normativa, não há um único regime disciplinar aplicável a todos os servidores públicos. Não obstante o regime jurídico disciplinar previsto para os servidores da União, nos moldes da Lei 8.112/90, tenha sido replicado em outros regimes jurídicos estatutários, cada Ente Federativo possui autonomia normativa para instituir o regime jurídico funcional e disciplinar de seus servidores.

Assim, de início, é necessário esclarecer que a abordagem que será feita neste trabalho volta-se especificamente para o regime jurídico aplicável aos integrantes da carreira de Procurador do Estado de Alagoas. Embora, em linhas gerais, haja uma replicação normativa dentre os diversos regimes, é necessário que cada um deles seja analisado isoladamente em função de sua própria conjuntura normativa.

Neste trilhar, no âmbito do Estado de Alagoas, a carreira de Procurador de Estado é regida pela Complementar Estadual nº 7, de 18 de julho de 1991, que institui a Lei Orgânica da Advocacia Pública de Alagoas. Então, nesta lei reside a principal fonte normativa no que se reporta aos deveres funcionais e regime disciplinar desta categoria. Como adiante se demonstrará, pelas faltas que praticar no exercício do cargo, o Procurador de Estado fica sujeito às penalidades disciplinares previstas no Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado, ressalvando algumas particularidades expressamente previstas em referida lei complementar.

Neste contexto, inicialmente, é preciso fazer algumas considerações acerca do regime disciplinar aplicável ao Procurador de Estado e da atuação do Conselho Superior da Procuradoria Geral do Estado em processos direcionados para abertura de sindicância ou processo administrativo disciplinar em face de Procurador de Estado.

Neste propósito, a Lei Complementar Estadual nº 07/1991 estabelece que o Procurador de Estado fica sujeito às penalidades disciplinares previstas no Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado, pelas faltas que praticar no exercício do cargo, cabendo ao Procurador-Geral a aplicação das penalidades previstas na lei,

exceto aquelas de competência exclusiva do Governador do Estado, mediante processo administrativo disciplinar, a ser conduzido por comissão designada pelo Procurador-Geral do Estado.

Em outro viés, o mesmo diploma legal estabelece que o Corregedor-Geral, apurando preliminarmente a procedência de queixa contra Procurador de Estado, deve encaminhar suas conclusões Conselho Superior da Procuradoria Geral do Estado, nos seguintes termos:

*Art. 20. São atribuições do Corregedor-Geral:*

*(...)*

*V – receber e processar queixas contra Procuradores de Estado, Procuradores Autárquicos e Advogados Fundacionais, apurar-lhes preliminarmente a procedência e encaminhar as conclusões ao Conselho Superior da Procuradoria Geral do Estado.*

Então, constatando o possível cometimento de falta funcional por Procurador de Estado, seja em decorrência de correção, ordinária ou extraordinária, ou ainda em razão de notícia que lhe seja encaminhada, o Corregedor-Geral deve proceder a abertura de procedimento para apuração dos fatos, garantindo-se o contraditório ao interessado.

Assim, é preciso observar que a Corregedoria Geral da Procuradoria não dispõe de poder sancionatório, cumprindo-lhe apenas a análise preliminar dos atos que tomar conhecimento, encaminhando suas conclusões ao Conselho Superior da Procuradoria Geral do Estado, acaso haja indicativo de possível cometimento de falta funcional.

Neste contexto, o artigo 7º, IV, da Lei Complementar Estadual nº 07/1991, dispõe que compete ao Conselho Superior da PGE deliberar sobre a instauração de sindicância e processos administrativos disciplinares no âmbito da Procuradoria Geral do Estado, *in verbis*:

*Art. 7º São atribuições do Conselho Superior:*

*IV – deliberar sobre a instauração de sindicâncias e processos administrativos disciplinares, no âmbito da Procuradoria Geral do Estado*

Antes, porém, há previsão no Regimento Interno da Corregedoria para que o Procurador suspeito de cometer falta funcional firme junto à Corregedoria Geral

do órgão Termo de Ajustamento de Conduta, assumindo, dentre outros, o compromisso de observância dos deveres e proibições legais com redobrado zelo e diligência, empreendendo melhorias na qualidade do serviço desempenhado, de modo a evitar o recebimento de medida correicional ou sanção disciplinar por falta posterior à celebração do ajuste.

Todavia, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta limita-se apenas às infrações funcionais de menor gravidade, onde não reste configurado dolo ou má-fé na conduta do Procurador e quando não haja dano ao serviço ou ao Erário. Vejamos, então, o que estabelece o Regimento Interno da Corregedoria Geral da PGE de Alagoas acerca dos requisitos para celebração do TAC:

*Art. 37. O ajustamento de conduta poderá ser adotado no curso do Procedimento Prévio ou do Procedimento Correicional, observados, cumulativamente, os seguintes pressupostos:*

*I – a ocorrência de falta funcional leve ou média, desde que a autoria e a materialidade estejam delineadas e esclarecidos os fatos;*

*II – a inexistência de dolo ou má-fé na conduta do Procurador;*

*III – a ausência de efetivo dano patrimonial ao erário;*

*A ausência de dano relevante ao serviço;*

*V – que o Procurador não esteja respondendo a Processo Administrativo Disciplinar e não tenha gozado do benefício previsto neste dispositivo nos últimos dois anos;*

*VI – que o Procurador não possua registro válido de penalidade disciplinar em seus assentamentos funcionais.*

*Paragrafo único. Será observado o limite de celebração de 05 (cinco) Termos de Ajustamento de Conduta – TAC nos últimos 05 (cinco) anos;*

Nesta seara, uma vez atendidos os requisitos para celebração do TAC e vindo este a ser firmado, o procedimento disciplinar prévio ficará suspenso pelo período de acompanhamento do TAC, que será de até seis meses, conforme a natureza, gravidade da falta e circunstâncias que envolvam os fatos.

Uma vez cumpridas as condições do TAC, o procedimento prévio será definitivamente arquivado, ressalvando a existência do limite de celebração de 05 (cinco) Termos de Ajustamento de Conduta – TAC nos últimos 05 (cinco) anos.

Entretanto, acaso o ajustamento venha a ser descumprido, o procedimento prévio deverá retomar seu curso regular, seguindo, se for o caso, ao Conselho Superior da Procuradoria Geral do Estado, nos termos do artigo 7º, IV, da Lei Complementar Estadual nº 07/1991, sem prejuízo da apuração relativa à inobservância das obrigações previstas no ajustamento de conduta.

Nesta perspectiva, não sendo o caso de celebração de TAC ou vindo este a ser descumprido, acaso haja indicativo para instauração de processo administrativo disciplinar, os autos do procedimento prévio deverão ser submetidos ao Conselho Superior da Procuradoria Geral do Estado, que exercerá juízo de cognição sumária com a finalidade a aferir a admissibilidade do procedimento disciplinar em face do Procurador de Estado.

Assim, após a apuração dos fatos no âmbito da Corregedoria, acaso existam elementos indicativos do cometimento de infração disciplinar, os autos devem ser remetidos ao Conselho Superior da Procuradoria, que detém a competência para deliberar sobre a instauração de sindicâncias e processos administrativos disciplinares em face de Procurador de Estado.

Nesta fase, a apreciação a ser feita pelo Conselho Superior da Procuradoria Geral do Estado volta-se para uma análise sumária acerca da viabilidade dos fatos apresentados, com a finalidade de aferir se, em tese, há elementos que indiquem a possibilidade de cometimento de eventual falta funcional por parte de Procurador de Estado. O Conselho Superior da PGE exerce, neste momento, um Juízo *pro societate*, onde, na dúvida, os fatos devem ser apurados através de sindicância ou processo administrativo disciplinar.

Então, percebe-se que a atuação que cabe ao Conselho Superior da Procuradoria Geral do Estado não pode se confundir com os trabalhos da comissão processante instaurada no âmbito de sindicâncias ou processos administrativos disciplinares. Enquanto à comissão processante compete a minuciosa apuração dos fatos e apresentação das conclusões acerca da prática ou não de infração disciplinar, a atuação do Conselho Superior volta-se para uma análise preliminar e sumária no que tange à existência ou não de elementos mínimos que indiquem a possibilidade da prática de uma possível falta funcional por Procurador de Estado.

Assim, o juízo a ser exercido pelo Conselho Superior da Procuradoria Geral do Estado deve ser de caráter sumário, com a finalidade de verificar se, em tese, existe ou não a possibilidade de cometimento de eventual falta funcional por Procurador

de Estado. A atuação do Conselho Superior da PGE deve servir como filtro para que denúncias manifestamente infundadas não sigam adiante.

Ressalte que, nesta fase, embora presente o direito de defesa e contraditório, estas garantidas também devem ser exercidas em conformidade com a fase procedimental em questão, onde não cabe a dilação probatória, que, se for o caso, deve ser exercida durante o processo admirativo disciplinar.

Assim, o Conselho Superior da PGE deve verificar se existe ou não, ainda que em tese, a possibilidade de cometimento de eventual falta funcional por Procurador de Estado, sendo que a certeza quando o efetivo cometimento ou não da infração disciplinar é tarefa afeta às atribuições da comissão processante.

Então, o Conselho Superior da PGE deve aferir se existem nos autos elementos mínimos que indiquem, ainda que em tese, o eventual cometimento de falta funcional por Procurador de Estado, hipótese em que deverá autorizar o prosseguimento do feito com instauração de sindicância ou PAD, cabendo, todavia, o arquivamento dos autos apenas quando, manifestamente, não se verificar a existência de fatos que apontem para o cometimento de falta funcional.

Desta forma, abre-se, *a priori*, três possibilidades de posicionamento do Conselho Superior da PGE: 1 - pelo arquivamento, quando manifestamente não se verificar a possibilidade de cometimento de falta funcional por Procurador de Estado; 2 – pela abertura de sindicância, quando, embora haja indicativo de cometimento de falta funcional por Procurador, inexistir certeza ou forte probabilidade de sua ocorrência ou não haja segurança quanto à autoria; 3 – pela direta abertura de Processo Administrativo Disciplinar.

Uma vez ultrapassado o juízo de admissibilidade mediante autorização do Conselho Superior da Procuradoria Geral do Estado, caberá ao Procurador Geral do Estado designar a comissão processante ou sindicante, conforme o caso.

Será procedida a instauração de sindicância administrativa, na esfera do serviço público estadual, sempre que, havendo notícia de ato ou fato que represente irregularidade de certa ou ponderável gravidade, inexistir certeza ou forte probabilidade de sua ocorrência ou não haja segurança quanto à autoria.

Nas situações envolvendo Procuradores de Estado, a sindicância administrativa é de pouca utilidade, considerando que, na maioria das situações, a autoria já é previamente delimitada no procedimento instaurado perante à Corregedoria do órgão, todavia, em tese, é possível sua utilização.

Então, na quase totalidade das situações, não sendo o caso de arquivamento sumário, o procedimento sai do Conselho Superior da PGE já com indicação para abertura de Processo Administrativo Disciplinar, sendo encaminhado ao Procurador Geral do Estado para instauração do procedimento disciplinar, com a edição da portaria designando a comissão processante.

Neste contexto, é necessário observar que o processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido, sendo conduzido por comissão composta de 03 (três) Procuradores, designados pelo Procurador Geral do Estado, que também indicará, dentre eles, o seu presidente.

O processo disciplinar compreenderá as fases de instauração, com publicação do ato que constituir a comissão, de inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório final e conclusivo, e, por fim, de julgamento.

O inquérito administrativo obedecerá ao princípio do contraditório, assegurada ao acusado ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito, sendo assegurado ao Procurador o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de advogado constituído, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e ainda formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.

Após a conclusão da fase de instrução, o processo disciplinar, com relatório final da comissão, será remetido à autoridade que determinou a sua instauração, para julgamento, cabendo, desta forma, ao Procurador Geral a aplicação das penalidades previstas na lei, exceto aquelas de competência exclusiva do Governador do Estado.

Então, é possível perceber que o procedimento disciplinar aplicável ao Procurador de Estado, com a ressalva do procedimento prévio de admissibilidade a cargo do Conselho Superior da Procuradoria Geral do Estado e da previsão acerca da possibilidade de celebração de Termos de Ajustamento de Contado perante a Corregedoria do órgão, é o mesmo aplicável aos demais servidores estatutários.

Por fim, é importante mencionar que o Procurador de Estado, como advogado que é, também se encontra submetido às obrigações estabelecidas no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Guardadas as particularidades de ser um advogado público, o Procurador de Estado não deixa de ser um advogado, que tem como "cliente" os Entes Públicos. Assim, ao lado das obrigações estatutárias de seu regime jurídico funcional, o Procurador também se submete aos deveres profissionais aplicáveis aos demais advogados.

Nesse ponto, é preciso destacar que, embora hoje predomine o entendimento de que o Procurador de Estado, assim como os demais advogados públicos, precisa estar inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, há discussão no âmbito do Supremo Tribunal Federal acerca dessa obrigatoriedade, inclusive com repercussão geral já reconhecida, em relação à exigência de inscrição de *advogado público* nos quadros da *Ordem dos Advogados do Brasil* para o exercício de suas funções públicas (Tema 936), conforme se vê da ementa abaixo transcrita:

*Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. ADMINISTRATIVO. ADVOCACIA PÚBLICA. OBRIGATORIEDADE DE INSCRIÇÃO NA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. RELEVÂNCIA DO PONTO DE VISTA JURÍDICO. I - A questão referente à exigência de inscrição de advogado público na OAB para o exercício de suas funções públicas alcança toda a advocacia pública nacional, transcendendo, portanto, o interesse das partes. II - Repercussão geral reconhecida.*

*(RE 609517 RG, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-050 DIVULG 15-03-2017 PUBLIC 16-03-2017)*

Nesta linha, enquanto não sobrevier nova posição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal em sentido diverso, o Procurador de Estado, ao lado de seus deveres funcionais na qualidade de servidor público que é, também deve se submeter ao regime ético e disciplinar perante a ordem dos Advogados do Brasil.

### **3. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Nestes termos, em conclusão, é possível perceber que o Procurador do Estado de Alagoas, como servidor público que é, encontra-se sujeito aos deveres funcionais próprios da carreira, além daqueles previstos para os demais servidores públicos, submetendo-se ao regime disciplinar comum previsto no Estatuto dos Servidores de Alagoas, com a particularidade da previsão de procedimento prévio de admissibilidade a cargo do Conselho Superior da Procuradoria Geral do Estado e da previsão acerca da possibilidade de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta perante à Corregedoria do órgão, nos termos acima exposto.

Outrossim, a par da pendência de definição da questão pelo Supremo Tribunal Federal, há ainda a possibilidade do Procurador de Estado responder a procedimento disciplinar na forma prevista no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, considerando a natureza advocatícia da atividade desempenhada pelo Procurador.

Assim, como não poderia deixar de ser, o Procurador de Estado, como qualquer outro servidor público, possui um grande leque de obrigações e responsabilidades, estando, em consequência, sujeito ao regime disciplinar aplicável aos demais servidores, com as ressalvas acima pontuadas.

#### **4. REFERÊNCIAS**

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquematizado*. Ed. 3ª. São Paulo: ED. Método, 2009.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6º ed. São Paulo: ED. Malheiros, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, ed 24ª. São Paulo: ED. Saraiva, 2012

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 18ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

## **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA PERDA DE UMA CHANCE NOS PROCESSOS DE DESCONSTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR**

**JOANA NOGUEIRA BEZERRA:**

Advogada, Bacharel em Direito pela  
Universidade de Fortaleza  
(UNIFOR).

**RESUMO:** A realidade enfrentada por uma grande quantidade de crianças e adolescentes no Brasil é de descaso por parte do Estado que não se preocupa com a celeridade dos processos de destituição do poder familiar, fazendo com que estes infantes percam, em razão do decurso do tempo e das dificuldades da adoção tardia, a chance de encontrarem um lar. Dados do Conselho Nacional de Justiça comprovam esta situação pela disparidade entre o número de menores institucionalizados e de disponíveis para adoção. Desta forma, abordou-se no presente artigo como se encontra a proteção dos infantes no ordenamento jurídico brasileiro através de uma análise das formas de responsabilização do Estado, bem como a aplicação teoria da perda de uma chance pela doutrina e jurisprudência, a fim de que se tornasse compreensível a necessidade de responsabilização do Estado pela demora no processo de destituição do poder familiar como forma de pressioná-lo a alterar a presente situação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Destituição do Poder Familiar. Teoria da Perda de uma Chance. Responsabilidade Civil. Estado.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. 3. ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE. 4. RESPONSABILIDADE CIVIL POR OMISSÃO DO ESTADO. 5. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. 6. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E O PROCESSO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. 7. CONCLUSÃO. 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

### **1. INTRODUÇÃO**

Apesar dos prazos estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente, os processos de destituição do poder familiar no Brasil são marcados pela demora, isto se deve a uma soma de fatores, em que os principais são a legislação e a morosidade do Poder Judiciário. Tal fato leva milhares de crianças e adolescentes a ficarem sem um lar, pois muitas vezes são disponibilizados tardiamente para adoção, o que passa a dificultar o processo de adoção, vez que saem do perfil mais procurado, em casos assim verifica-se a possibilidade de aplicar a teoria da perda de uma chance como meio de reparação do dano, seja pelo Estado ou até mesmo pelo juiz.

A Teoria da Perda de uma Chance ganha cada vez mais aceitação na doutrina e jurisprudência pátria, inclusive como forma de responsabilizar o Estado. Tal fato só foi possível pela longa evolução que passou a responsabilidade civil do Estado.

Nesse diapasão, para que se torne compreensível a referida teoria aplicada a demora nos processos de destituição do poder familiar é imprescindível que sejam analisados os tipos de responsabilidade, subjetiva e objetiva, a maneira de responsabilização estatal por danos provocados em virtude de sua omissão, para, por fim, se compreender a responsabilidade civil do Estado pela perda de uma chance pela demora nos processos de destituição do poder familiar.

## **2. EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**

Na Época dos Estados Absolutistas, vigorava o princípio irresponsabilidade absoluta do Estado, em que este não respondia pelos seus atos, sendo possível apenas ações em face daquele funcionário que provocou o dano. Contudo, como muitas vezes não se conseguia identificar o causador do prejuízo ou este não tinha como ressarcir o dano a responsabilização restava ineficaz. Esta época ficou marcada por expressões como “The king can do no wrong” (O rei não erra) e “L’État c’est moi” (O Estado sou eu), demonstrando a intangibilidade e a infalibilidade do soberano e, conseqüentemente do Estado, que no período eram compreendidos como um só. É importante destacar que o Brasil nunca passou por esse período, mesmo durante a vigência da Constituição do Império. (CAVALIERI, 2014)

Com o passar do tempo, a irresponsabilidade foi sendo substituída por uma concepção civilista. Segundo essa concepção, o Estado responderia perante os seus administrados se restasse comprovada a culpa, isto é, passou a vigorar a tese da responsabilidade subjetiva. O Código Civil Brasileiro de 1916, inclusive, em seu artigo 15 adotou a referida teoria. (GONÇALVES, 2015b)

A partir dessa concepção de que o Estado, como ser dotado de personalidade, deveria responder por seus atos, surgem teorias para justificar este dever. Dentre elas está a teoria do órgão que diz que o Estado e seus funcionários são um só, funcionando como se fossem um órgão. O Estado seria um organismo vivo e os seus agentes os órgãos que o compõe, assim as ações tomadas por estes deveriam ser imputadas àquele. A vontade do funcionário, é, na verdade, a vontade da Administração, assim, todas as implicações dessa atuação deverão ser de responsabilidade do Estado.

Surge, posteriormente, a teoria da culpa anônima ou “faute du service”. Passa-se a concepção de que as falhas decorrem do serviço em si e não da ação do agente público individualizadamente. Portanto, para haver responsabilização do Estado é necessário que se comprove a falta ou o defeito no serviço, não sendo necessário

apontar qual servidor agiu dolosamente ou de maneira imprudente, com imperícia ou com negligência. Sobre essa teoria muito bem explica Sergio Cavalieri Filho:

Com base nesses princípios publicísticos evoluiu-se da culpa individual para a culpa anônima ou impessoal. A noção civilista da culpa ficou ultrapassada, passando-se a falar em culpa do serviço ou falta do serviço (*faute du service*, entre os franceses), que ocorre quando o serviço não funciona, funciona mal ou funciona atrasado. Noutras palavras, o dever de indenizar do Estado decorre da falta do serviço, não já da falta do servidor. Bastará a falha ou o mau funcionamento do serviço público para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes aos administrados. [...] (2014, p.285)

A responsabilidade do Estado evoluiu, por fim, para a modalidade objetiva, que é, até hoje, adotada no Brasil. A primeira Constituição a prevê-la foi a de 1946 e assim manteve a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 37, §6º, também prevista no plano legal pelo Código Civil de 2002 no artigo 43.

Consiste esta última espécie de responsabilidade em atribuir responsabilidade ao Estado, independentemente da comprovação da culpa do seu agente ou do serviço prestado. A prova da culpa apenas serve como fundamento para ação regressiva do Estado em face do seu agente faltoso, em nada interferindo no seu administrado.

Há que se destacar que, via de regra, aplica-se ao Estado a responsabilidade pautada no risco administrativo, em que se admitem as excludentes de responsabilidade, como culpa de terceiros, culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. Contudo, em certas hipóteses, adota-se a teoria do risco integral, em que tamanha é a responsabilização estatal que não se admite sequer a demonstração das excludentes de responsabilidade, como ocorre com nos casos de danos ambientais ou danos nucleares.

Por fim, destaca-se que o Supremo Tribunal Federal em tese de Repercussão Geral (RE 1027633-SP) adotou a tese da dupla garantia, em que a ação que vise a responsabilização estatal deverá ser ajuizada em face do Estado e não do agente público. Tal fato consiste em uma segurança ao administrado que terá a garantia da reparação ante a solvência do Estado e, ao mesmo tempo, numa proteção conferida ao agente público, que poderá atuar com independência, só podendo ser responsabilizado regressivamente quando demonstrado o seu dolo ou culpa.

### **3. ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE**

Conforme explicado na presente obra, a responsabilidade passou por um longo caminho até chegar a teoria adotada atualmente. Passou-se da subjetividade para objetividade e da responsabilização apenas por atos comissivos para atribuição de responsabilidade também pelos atos comissivos do Estado. Para tanto, faz-se necessário uma análise de cada uma dessas espécies de responsabilidade.

### **3.1. Responsabilidade Subjetiva**

A doutrina e a jurisprudência pátria apontam que para a caracterização da responsabilidade subjetiva é necessária a presença concomitante de três requisitos, quais sejam: o dano, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial; o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o prejuízo; e principalmente o elemento subjetivo, consistente na culpa, verificada nos casos de imprudência, imperícia, negligência ou dolo.

O fundamento da responsabilidade subjetiva está na vontade, pois só será responsabilizado aquele que não agiu corretamente. É, portanto, uma concepção civilista de responsabilidade pautada na vontade, mesmo nos casos de imprudência, imperícia ou negligência, pois o agente escolheu não tomar todas as cautelas necessária ao praticar determinado ato.

Essa era a teoria utilizada para responsabilização do Estado até a Constituição de 1946 e é ainda hoje bastante utilizada nos diversos ramos do direito, principalmente no ramo do Direito Privado, como as áreas cíveis, consumeristas etc. Assim explica Flavio Tartuce:

Conforme demonstrado, a responsabilidade subjetiva constitui regra geral em nosso ordenamento jurídico, baseada na teoria da culpa. Dessa forma, para que o agente indenize, para que responda civilmente, é necessária a comprovação da sua culpa genérica, que inclui o dolo (intenção de prejudicar) e a culpa em sentido restrito (imprudência, negligência ou imperícia). (2013, p.463-464)

Com o passar do tempo, o sistema da responsabilidade subjetiva, ainda que importante, foi deixando de ser suficiente para regular as novas situações mais complexas, em que os interesses se entrelaçam ou que não se sabe ao certo identificar quem produziu o ato danoso. A culpa deixou de ser elemento principal para regular todas as situações existentes na sociedade. Diante de tais circunstâncias surge a responsabilidade objetiva.

### 3.2. Responsabilidade Objetiva

Para a configuração desta modalidade de responsabilidade, diferentemente da supracitada, é necessário que estejam presentes dois elementos: o dano, que como na responsabilidade subjetiva poderá ser patrimonial ou extrapatrimonial; e a relação de causalidade verificada entre a ação e o prejuízo provocado. Para esta espécie de responsabilidade o elemento subjetivo é dispensável, não havendo necessidade da comprovação do fator culpa.

Esta modalidade é aplicada atualmente como forma de responsabilização do Estado, em que este responderá independentemente do fato de seu agente ter praticado qualquer ato ilícito. Apresenta como fundamento a socialização dos custos baseada no princípio da igualdade entre os administrados. Neste sentido explica Celso Antônio Bandeira de Melo:

[...] o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De consequente, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito. (2005, p.866)

Algumas teorias surgiram visando fundamentar a responsabilidade objetiva. Dentre elas está a teoria do risco, que foi recepcionada pelo Código Civil de 2002 no seu artigo 927, parágrafo único, com a seguinte redação: "haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

Baseia-se a referida teoria no fato de que se alguém exerce atividade que provoca perigos especiais, excepcionais ou diferenciados e, conseqüentemente, expõe terceiros a uma considerável possibilidade de risco, mesmo sem defeitos, terá de responder objetivamente pelos danos causados, pois uma só pessoa não pode suportar um ônus maior que os demais. Portanto, para que haja a responsabilização baseada no risco é necessário que o risco seja inerente ao exercício da atividade.

Essa teoria do risco é bastante aceita pela doutrina e pela jurisprudência como forma de responsabilização do Estado, sendo conhecida nesses casos como "teoria do risco administrativo". Segundo ela, como a Administração Pública detém maior poder e maiores prerrogativas que seus administrados, assume os riscos de suas atividades e, desta forma, deverá responder pelos danos objetivamente. Além disso, a atividade administrativa é regida pelo princípio da igualdade, não sendo justo que

uns suportem certos prejuízos sozinhos, devendo os ônus e encargos sociais serem rateados entre todos.

Para esta teoria, a responsabilidade do Estado poderá ser afastada nos casos de culpa de terceiro, culpa exclusiva da vítima ou nas situações de caso fortuito ou força maior, pois “o risco administrativo, repita-se, torna o Estado responsável pelos riscos da atividade administrativa, e não pela atividade de terceiros ou da própria vítima, e nem, ainda, por fenômenos da natureza, estranhos à sua atividade” (CAVALIERI, 2014, p.287). Ademais, poderá ser atenuada quando tratar-se de culpa concomitante. Esta é a teoria mais aceita pela doutrina e jurisprudência no Brasil.

Outra importante teoria é a do risco integral, modalidade extremada que admite a responsabilização do agente mesmo nos casos de inexistência do nexo causal, isto é, a pessoa ficará obrigada a indenizar mesmo nos casos de culpa exclusiva da vítima, culpa de terceiro, caso fortuito ou força maior. Tal teoria é aplicada, por exemplo, nos casos de acidente de trabalho, seguro DPVAT e nos casos de danos ambientais.

#### **4. RESPONSABILIDADE CIVIL POR OMISSÃO DO ESTADO**

Outros tais como, como Sergio Cavalieri Filho (2014), compreendem que a necessidade do elemento subjetivo irá depender do tipo de omissão, se genérica ou específica. A omissão genérica ocorre quando o Estado concorre com a força maior, a culpa da vítima ou com o fato de terceiro para resultado danoso e, desta forma, por não ser causa direta e imediata deverá se comprovar a culpa da Administração Pública. Nos casos englobados por esta espécie de omissão não há um dever específico do Poder Público, mas uma obrigação geral decorrente, por exemplo, de um serviço público mal prestado ou do poder de polícia ineficiente.

Por outro lado, nos casos de omissão específica, a omissão estatal contribui diretamente para ocorrência do dano, uma vez que o Estado tem um dever especial de cuidado e de garante da situação. Nesta situação, a responsabilização da Administração será objetiva. É o caso de violência dentro dos presídios, em que os presidiários estão sob a custódia do Estado e este tem o dever de zelar pela integridade física e psíquica deles. Hérika Marques bem explica a forma como se dará a responsabilização do Estado nos casos de omissão:

Na busca de determinar a responsabilidade do Estado por conduta omissiva, é preciso que se descubra qual dos fatos foi decisivo para configurar o evento danoso, ou seja, quem gerou o dano e quem deveria evitá-lo. Assim, o Estado responderá, não pelo fato que diretamente gerou o dano, mas por não ter praticado conduta suficientemente adequada para evitar o

dano ou mitigar seu resultado, quando o fato for notório ou perfeitamente previsível. (2012, p.97)

Assim, ao se analisar a situação de milhares de crianças e adolescentes esquecidas em abrigos, devido a demora nos processos de destituição do poder familiar pela ausência de uma atuação adequada e eficiente por parte do Estado e pela morosidade do Poder Judiciário, resta evidenciada a omissão do Estado em realizar ações no sentido de promover uma reforma legislativa para facilitar e conferir celeridade aos procedimentos de adoção, bem como uma atuação proativa no sentido de melhorar a fiscalização e acompanhamento da situação dos acolhimentos não sendo outra a solução, senão a de responsabilizá-lo.

## **5. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE**

Um dos grandes avanços alcançados nas últimas décadas no instituto da responsabilidade foi o reconhecimento da teoria francesa “perte d’une chance”, que, contudo, ainda encontra muitas dificuldades na sua aplicação pela falta de uma doutrina mais aprofundada sobre o assunto, o que se reflete na jurisprudência e acaba por dificultar o reconhecimento da teoria pela mesma. Nas palavras de Sergio Cavalieri Filho, “caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima” (2014, p.98).

Desta forma, pode-se compreender que não há mero prejuízo hipotético, mas trata-se sim de uma chance séria e real de que, sem a ação do agente, o prejudicado pudesse auferir determinada vantagem ou que, pelo menos, não tivesse de suportar determinada perda. Isto é, mesmo que a obtenção do benefício não seja completamente certa, tem-se a indubitabilidade de que a chance foi perdida e que, dentro de um juízo de probabilidade, fosse muito possível e razoável que o prejudicado obtivesse a vantagem.

Sílvio de Salvo Venosa (2014) classifica a teoria da perda de uma chance como uma terceira categoria que ficaria entre os lucros cessantes e o dano emergente. Dano emergente é aquilo que efetivamente perdeu, o prejuízo imediato e que pode ser mensurado, sendo, portanto, o dano mais fácil de ser quantificado. Já o lucro cessante trata-se daquilo que razoavelmente se deixou de ganhar devido o prejuízo que teve de suportar, calculado dentro do bom senso do julgador, ocorrendo, por exemplo quando o prejudicado recebia uma vantagem que foi interrompida em razão da conduta do agente provocador do dano. Como o prejuízo tratado na teoria em estudo não se encaixa em nenhum desses conceitos, mas consiste em dano sério e provável é, portanto, passível de indenização.

Sérgio Savi (2012) sustenta a aplicação da perda de uma chance apoiando-a na cláusula geral de responsabilidade civil, que diz que aquele que causar dano a uma vítima ficará obrigado a indenizá-la e no princípio da reparação integral, que, por sua vez, assegura à vítima o direito ao ressarcimento de todos os prejuízos sofridos na sua integralidade, a fim de que tente ser restabelecido o status quo ante. Assim, o doutrinador afirma a aceitação da teoria pelo ordenamento jurídico brasileiro:

[...] não há, a nosso sentir, no Código Civil Brasileiro em vigor, qualquer entrave à indenização das chances perdidas. Pelo contrário, uma interpretação sistemática das regras sobre a responsabilidade civil traçadas pelo legislador pátrio nos leva a acreditar que as chances perdidas, desde que sérias, deverão ser sempre indenizadas quando restar provado o nexo causal entre a atitude do ofensor e a perda da chance. (2012, p.106)

Isto posto, a indenização devida não será equivalente a vantagem perdida, mas inferior a esta, pois o que se perdeu foi chance de alcançar determinado bem e não o bem em si. Neste sentido, é o entendimento extraído da Ministra Nancy Andrighi no julgamento do REsp 1254141:

DIREITO CIVIL. CANCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes. [...] 3. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerado um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-

se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional. 4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional. 5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada.

Assim sendo, não se pode chegar a outra conclusão senão a de que a perda de uma chance, desde que se trate de um dano sério e real e que se consiga enxergar o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano provocado, mesmo que não haja uma certeza absoluta quanto aos acontecimentos futuros, deverá ser aplicada.

## 6. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E O PROCESSO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

De acordo com o que já fora explanado nessa obra, os processos de destituição do poder familiar levam bastante tempo para sua conclusão. Isto se deve a uma série de fatores, em que os principais são a deficiência da legislação pertinente ao assunto, a demora na solução dos processos pelo Poder Judiciário e a ausência de uma fiscalização e acompanhamento efetivo por parte do poder público das milhares de crianças que se encontram em acolhimentos familiares e institucionais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente conferiu tramitação prioritária aos processos regulados por ele, conforme se extrai da leitura do artigo 152 do referido diploma normativo e o artigo 47, no seu §10, no mesmo sentido de tentar conferir celeridade, estabeleceu um prazo de 120 (cento e vinte) dias, prorrogável uma única vez por igual período, para a conclusão dos processos de adoção. Contudo, cumpre destacar uma relevante omissão do legislador brasileiro, que é a ausência de previsão de qualquer sanção àquele que descumprir a previsão normativa. É desta forma que se posiciona Maria Berenice Dias:

A Lei da Adoção garante a tramitação prioritária dos processos, sob pena de responsabilidade (ECA 152 parágrafo único), mas não prevê qualquer sanção. As ações de suspensão e perda do poder familiar precisam estar concluídas no prazo máximo de 120 dias. (2015, p.521)

Outra importante falha verificada no ordenamento brasileiro é a preferência desproporcional à manutenção do menor no seio da família biológica antes de qualquer tentativa de colocação do infante em família extensa ou substituta. Apesar da boa intenção do legislador, que busca manter o menor junto àqueles com os quais

mantém vínculos de afetividade e afinidade, há casos em que é evidente que, para preservação do melhor interesse do menor, é mais aconselhável a sua disponibilização para adoção, por exemplo, nos casos de exploração sexual praticada por membros do próprio núcleo familiar, submissão a trabalho escravo, pais usuários de drogas ou ainda em situação de abandono em instituições de acolhimento.

Não se quer dizer aqui que não se deve tentar a reinserção do jovem em meio a sua família natural ou que o processo de destituição do poder familiar deve ocorrer o mais rápido possível sem se observar os trâmites processuais necessários para a garantia do devido processo legal, do contraditório ou da ampla defesa. O que se pretende afirmar é que a tramitação do processo deve ser prioritária e célere, pois envolve interesses de pessoas em condição peculiar de desenvolvimento e que não se pode retardar a destituição devido a tentativas que claramente restarão frustradas de recolocação do menor na família biológica, indo em sentido contrário ao princípio do melhor interesse.

Soma-se a isso o grave problema da morosidade do Poder Judiciário, que devido a enorme quantidade de ações e a pequena quantidade de servidores, estes não conseguem, muitas vezes, concluir os processos em tempo hábil de forma a proporcionar uma solução efetiva aos seus jurisdicionados.

Segundo uma avaliação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), apresentada em artigo elaborado por Renata Resende Bragança e Antônio Alexandre Pereira Junior para a Revista Uningá Review (2015), há uma disparidade muito grande entre o perfil dos jovens disponíveis para adoção e o sonhado pelos que querem adotar. Apenas 5% dos candidatos estariam dispostos a adotar uma criança com mais de 6 anos de idade e somente 1% aceitaria uma adolescente. A preferência da maioria das pessoas que desejam adotar é por menores de 3 anos, a partir desta faixa etária as possibilidades de se encontrar um lar reduzem-se consideravelmente.

Então, o processo de destituição do poder familiar de várias crianças e adolescente em geral se estende por anos e, assim, a medida que o tempo vai passando, as chances de encontrar um novo lar que atenda às suas necessidades vai desaparecendo, uma vez que só pode disponibilizar uma criança para adoção se ela houver sido destituída da sua família biológica.

Outro dado significativo também apresentado pelo Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA) é o que revela a discrepância entre o número de crianças e adolescentes institucionalizados, que totalizam trinta mil quatrocentos e noventa, e o de disponíveis para adoção, que é apenas em torno de cinco mil e vinte. Este dado revela que milhares de infantes estão em abrigos supostamente em situação provisória, mas permanecem longos períodos nestas instituições, pois nem

retornam ao seu lar de origem e nem são disponibilizados para adoção ou quando o são já é tarde demais, tendo em vista as dificuldades da adoção tardia. Assim, não interessa uma lei que garanta direitos, como a que estabelece o prazo máximo de 18 (dezoito) meses de permanência da criança e do adolescente nas instituições de acolhimento, se esta lei na prática não é aplicada.

Desta forma, uma enorme quantidade de crianças, devido, essencialmente, a ausência de uma ação mais proativa do Estado, são privadas do seu direito fundamental a convivência familiar, o que provoca consequências psicológicas irreparáveis, prejudicando na formação da sua personalidade, pois devido à ausência do afeto e de uma atenção individualizada os infantes absorvem um sentimento de rejeição e, muitas vezes, de revolta. Ademais, "além das consequências para as crianças abrigadas, até mesmo os pais que buscam a adoção podem sofrer psicologicamente com a demora, ocasionando maiores malefícios ao tempo do processo em geral" (BRAGANÇA; PEREIRA JÚNIOR, 2015, online)

O Estado ao receber essas crianças e adolescentes em suas instituições de acolhimento assume o compromisso de zelar por sua integridade física e psicológica, devendo utilizar-se de todos os meios necessários para o cumprimento desse dever legal, pois, caso contrário, deverá ser responsabilizado pelos danos provocados, o que decorre, na maioria das vezes, da inércia e descaso da Administração Pública com a situação destes cidadãos em formação.

Isto posto, a omissão do Estado em agilizar os processos de destituição do poder familiar, no sentido de promover uma reforma na legislação para criar uma sanção e impor responsabilidade ao funcionário que não cumprir o prazo fixado em lei e relativizar a prioridade de manutenção do menor no seio da família biológica, bem como de solucionar o problema da morosidade do Poder Judiciário, é uma omissão específica, uma vez que está na condição de guardião destes menores que estão em seus abrigos e, em razão da ausência de ações, impede que milhares de crianças e adolescentes sejam adotados.

Agilizar a busca de um lar para esses seres em desenvolvimento deveria ser ação prioritária de um Estado Democrático de Direito como o é a República Federativa do Brasil, que tem como princípio fundante o da dignidade da pessoa humana, pois não há destino mais triste do que condenar esses jovens a permanecer em abrigos que em muitos casos não atendem os requisitos necessários para seu funcionamento.

O pagamento de indenização aos menores que foram privados do direito à convivência familiar pela ineficiência do Poder Público atenderá ao princípio da dignidade humana, da proteção integral, do melhor interesse da criança e do

adolescente, servindo como uma forma de amenizar os danos sofridos e até mesmo como meio de custear os tratamentos psicológicos que certamente serão necessários.

Não se pode deixar que milhares de crianças e adolescentes sofram pela inércia e descaso do Poder Público e atribuir responsabilidade ao Estado por isso é muito mais uma forma de pressioná-lo a alterar a situação atual do que monetarizar o direito desses jovens a convivência familiar, sendo este apenas um meio para um fim muito maior e significativo.

## **7. CONCLUSÃO**

Infelizmente, a realidade do Brasil é bem diferente da esperada, vez que os processos de destituição do poder familiar e consequentemente os de adoção se estendem por longos períodos, não obedecendo o prazo de 120 dias para sua conclusão estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Tal fato é decorrência da omissão e descaso da Administração Pública. Em primeiro lugar, em razão da deficiência da legislação que regulamenta a matéria, tendo em vista que além de estabelecer uma preferência desarrazoada de manutenção do menor no seio da família biológica, não apresenta a sanção que deverá ser aplicada nos casos de descumprimento do prazo estabelecido no ECA, isto é, não há previsão de responsabilização para aquele que não obedecer a previsão legal. Segundo, devido a morosidade do Poder Judiciário, que não consegue entregar aos seus jurisdicionados uma solução eficaz.

Portanto, para solução do problema apresentado pelo presente trabalho monográfico não se enxerga outra alternativa, senão a de responsabilização do Estado pela perda de uma chance dessas criança e adolescente pertencerem a um lar e assim receber o afeto e atenção individualizada de que necessitam.

A pretensão com a indenização não é a monetarização do direito à convivência familiar, mas sim de pressionar o Estado a tomar atitudes mais efetivas para solucionar a situação de abandono a que estão sujeitas várias crianças e adolescentes por todo o Brasil, através, principalmente, de uma reforma na legislação pertinente e no judiciário.

## **8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BARBOSA, Cecília Pinheiro. Dignidade da pessoa humana no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 106, nov. 2012. Disponível em: <<http://www.ambito->

juridico.com.br/site/index.php/abrebanner.php?n\_link=revista\_artigos\_leitura&artigo\_id=12452&revista\_caderno=12>. Acesso em: 01 ago. 2015.

BRAGANÇA, Renata Resende; PEREIRA JUNIOR, Antônio Alexandre. Crianças institucionalizadas: a demora na adoção. *Uningá Review*, Paraná; v. 23, n. 3, p.89-97, 2015. Disponível em: <[http://www.mastereditora.com.br/periodico/20150902\\_105856.pdf](http://www.mastereditora.com.br/periodico/20150902_105856.pdf)>. Acesso em: 01 set. 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil: obrigações: responsabilidade civil. 5. ed. v.2. São Paulo: Saraiva, 2012.

COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. São Paulo: Editora das Américas, 2006. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf>>. Acesso em: 5 out. 2015.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DELFINO, Morgana. O princípio do melhor interesse da criança e o direito à convivência familiar: os efeitos negativos da ruptura dos vínculos conjugais. 2009. 31 f. TCC (Graduação) - Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2009. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009\\_1/morgana\\_delfino.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_1/morgana_delfino.pdf)>. Acesso em: 5 out. 2015.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Breves considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. São Paulo: Lex Magister, 2011. Disponível em: <[http://www.editoramagister.com/doutrina\\_23385195\\_BREVES\\_CONSIDERACOES\\_SOBRE\\_O\\_PRINCIPIO\\_DO\\_MELHOR\\_INTERESSE\\_DA\\_CRIANCA\\_E\\_DO\\_ADOLESCENTE.aspx](http://www.editoramagister.com/doutrina_23385195_BREVES_CONSIDERACOES_SOBRE_O_PRINCIPIO_DO_MELHOR_INTERESSE_DA_CRIANCA_E_DO_ADOLESCENTE.aspx)>. Acesso em: 5 out. 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito de família. 12. ed. v.6. São Paulo: Saraiva, 2015a.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015b.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIRA, Wladimir Paes de. Direito da Criança e do Adolescente à Convivência Familiar e uma Perspectiva de Efetividade no Direito Brasileiro. In: Família e responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MARQUES, Hérika Janaynna Bezerra de Menezes Macambira. Os direitos da pessoa como fundamento da psiquiátrica no Brasil e a responsabilidade civil do gestor do SUS pelo controle das internações involuntárias. 2012. 120 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2012.

MARQUES, Jacqueline Bittencourt. A absoluta prioridade da criança e do adolescente sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana. Jus Navigandi, Teresina, n. 2837, abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18861/a-absoluta-prioridade-da-crianca-e-do-adolescente-sob-a-otica-do-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 5 out. 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil: Responsabilidade civil. 20. ed. v.4. São Paulo: Saraiva, 2008.

SANTOS, Marina Czarneski Felício dos. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. 2014. 52 f. Monografia (Especialização) - Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/235/6016/1/21008093.pdf>>. Acesso em: 5 out. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Correia Sampaio. Sanções decorrentes da irresponsabilidade parental: para além da destituição do poder familiar e da responsabilidade civil. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/sancoes-decorrentes-da-irresponsabilidade-parental/>>. Acesso em: 5 out. 2015.

TARTUCE, Flávio. Direito civil: direito de família. 10. ed. v.5. São Paulo: Método, 2015a.

TARTUCE, Flávio. Direito das obrigações e responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Método, 2015b.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direito de família. 13. ed. v.6. São Paulo: Atlas, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: responsabilidade civil. 14. ed. v.4. São Paulo: Atlas, 2014.

VILAS-BOAS, Renata Malta. A doutrina da proteção integral e os princípios norteadores do direito da infância e juventude. Rio Grande: Âmbito Jurídico, v. 94, nov. 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10588&revista\\_caderno=12](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588&revista_caderno=12)>. Acesso em: 5 out. 2015.

## **ASPECTOS POLÊMICOS SOBRE A CONDIÇÃO DE DEPENDENTE PREVIDENCIÁRIO: O CASO DOS LGBTQQICAPF2K+S**

**ELDER SOARES DA SILVA CALHEIROS:**

Procurador do Estado de Alagoas. Advogado. Consultor Jurídico. Ex-Conselheiro do Conselho Estadual de Segurança Pública de Alagoas. Ex-Membro de Comissões e Cursos de Formação de Concursos Públicos em Alagoas. Ex-Membro do Grupo Estadual de Fomento, Formulação, Articulação e Monitoramento de Políticas Públicas em Alagoas. Ex-Técnico Judiciário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ex-Estagiário da Justiça Federal em Alagoas. Ex-Estagiário da Procuradoria Regional do Trabalho em Alagoas. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

Nacionalmente, a data de 29 de janeiro é considerada o Dia Nacional da Visibilidade de Travestis e Transexuais (ou Dia da Visibilidade Trans). Desde o ano de 2004, notadamente após uma parceria do Ministério da Saúde com o movimento de travestis e transexuais no Brasil, o país possui esta data como de alta significância visando à conscientização sobre a relevância da inclusão social destas pessoas e do combate a qualquer tipo de discriminação por elas sofrida.

À época, em 2004, houve uma inovadora campanha nacional advinda da supracitada parceria e voltada para este público. A partir de então, o dia 29 de janeiro passou a ser fixado como um momento de reflexão social sobre a luta desta parcela da população no que tange à efetivação de seus direitos constitucionais.

No que concerne ao aspecto jurídico, nos últimos anos, ocorreram várias conquistas do público LGBTQQICAPF2K+s<sup>2</sup>. É possível citar no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275 em que se definiu a possibilidade de alteração de nome e gênero no assento de registro civil, ainda que sem a realização de cirurgia de redesignação de sexo. Na mesma oportunidade, o STF reconheceu que para esta alteração não é necessária autorização judicial.

---

<sup>2</sup> LGBTQQICAPF2K+s é a sigla de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais e Travestis, Queer, Questionando, Intersexo, Curioso, Assexuais, Pan e Polisssexuais, Amigos e Familiares, Two-spirit, Kink e simpatizante.

Em outro julgamento do STF na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 527 se determinou que as presas transexuais femininas fossem transferidas para presídios femininos.

Apreciando a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 e o Mandado de Injunção (MI) nº 4.733 a Suprema Corte definiu que a transfobia, juntamente com a homofobia, estão equiparadas ao crime de racismo, até que o Congresso Nacional edite lei que criminalize atos desta natureza.

Ainda, na análise das ADIs nº 5.537, nº 5.580 e 6.038 e das ADPFs nº 461, 465 e 600, a Corte máxima do país julgou inconstitucional uma lei de Alagoas que instituiu o programa “Escola Livre” e três normas municipais que proibiam o ensino sobre questões de gênero e sexualidade na rede pública.

A partir destas reflexões é possível se verificar a inexistência de um cenário jurídico que ampare quaisquer condutas discriminatórias em face do público LGBTQQICAPF2K+s, inclusive na seara previdenciária.

Não obstante isto, em diversos casos submetidos ao Poder Judiciário ainda se verificam defesas tanto da Fazenda Pública quanto de particulares em questões de índole previdenciária, as quais buscam desconstituir a proteção constitucional garantida pelo STF ao público LGBTQQICAPF2K+s.

É o caso, por exemplo, de peças contestatórias e recursais da Fazenda Pública ou de particulares onde os relacionamentos afetivos havidos entre determinada pessoa e outra (esta última falecida) são equiparadas a meros encontros casuais ou de natureza fantasiosa, com a finalidade de se negar o acesso ao devido e justo benefício previdenciário.

Durante depoimentos em audiências de conciliação, instrução e julgamento as partes e até testemunhas tratam estes relacionamentos afetivos com elevado teor depreciativo, não raro ocorrendo advertências do Juiz e do Ministério Público sobre a necessidade de respeito ao ser humano e ao ambiente forense.

A situação é ainda mais grave quando envolve pessoas de idade avançada, na medida em que estas classificam os relacionamentos afetivos do público LGBTQQICAPF2K+s com palavras de baixo calão, seja por incompreensão culposa da realidade atual, seja por odiosa e intencional discriminação social. De qualquer maneira, condutas inadmissíveis.

Inclusive, é no caso concreto que se definirá de modo justo e objetivo, a partir de ampla instrução probatória, acerca da condição de dependente previdenciário de

qualquer pessoa e não mediante achismos ou preconceitos descabidos contra o público LGBTQQICAPF2K+s.

Nessa esteira, a jurisprudência é bastante consolidada para rechaçar as práticas de discriminação no campo previdenciário, a saber:

FUNCIONÁRIO PÚBLICO MUNICIPAL - PENSÃO POR MORTE - RELAÇÃO HOMOAFETIVA - PROVA SEGURA FEITA POR MEIO DE DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, PROFERIDA EM AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO - INTELIGÊNCIA DO ART 223, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, COM RELAÇÃO ÀS RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS E SEU DIREITO COMO ENTIDADE FAMILIAR - "Por ser a pensão por morte um benefício previdenciário, que visa a suprir as necessidades básicas dos dependentes do segurado, no sentido de lhes assegurar a subsistência, há que interpretar os respectivos preceitos partindo da própria Carta Política de 1988 que, assim estabeleceu, em comando específico "Art 201 - Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a [...] - pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 2º 7 - Não houve, pois, de parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, com vista à produção de efeitos no campo do direito previdenciário, configurando-se mera lacuna, que deverá ser preenchida a partir de outras fontes do direito (.)".(REsp nº 395 904/RS - 6ª Turma de Superior Tribunal de Justiça - Min Hélio Quagha Barbosa, j 13/12/05 "- alteração da verba honorária - Redução para 10% sobre o valor da condenação, mas considerando-se o montante atualizado das prestações vencidas e mais um ano das vincendas, conforme é orientação desta Câmara - Recursos parcialmente provido. (TJSP - AC 842.594.5-8-00, 11ª C. Dir. Publ.,Rel. Des. Pires de Araújo, j. 27.04.2009)

PENSÃO POST MORTEM. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. CONVIVÊNCIA. DEFERIMENTO LIMINAR. SÚMULA 58, DO T.J.R.J.. Mandado de Segurança. Liminar que determina pagamento de pensão por morte de companheiro homoafetivo. Amparo legal no art.29 da Lei Estadual n. 285/1979, com redação dada pela Lei n. 4.320/2004, cuja inconstitucionalidade não foi declarada, ante a pendência de julgamento da Representação n. 2004.007.00166 pelo Órgão

Especial deste Tribunal. Documentação hábil a trazer verossimilhança às alegações do agravado, quanto à convivência. Presentes os pressupostos para deferimento da liminar. Inteligência do Enunciado n. 58 da Súmula de Jurisprudência desta corte. Improvimento do recurso. (TJRJ – AI 006.002.18551, 12ª C.Civ., Rel. Des. Custodio Tostes, j.27.02.2007)

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO: DIREITO À PENSÃO POR MORTE; RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO; POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

1.-As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais devem ter, necessariamente, aplicação imediata, não carecendo da mediação concretizadora do legislador ordinário, para serem diretamente eficazes e conformadoras do nosso sistema normativo, inclusive previdenciário.

2.-A bem da verdade, os direitos, liberdades e garantias não dependem de intervenção legislativa, prevalecendo, inclusive, contra a lei, quando esta introduz preceito discriminatório, em nítida desconformidade com a Carta Magna.

3.-Exatamente por isso, quando o art. 201, V, da Lei Fundamental, estabelece a pensão por morte do segurado, mencionando “homem ou mulher”, “cônjuge ou companheiro e dependentes”, é claro que não exclui as relações homoafetivas, pois não poderia a seção relativa à Previdência Social ser interpretada em desarmonia com o princípio da dignidade da pessoa humana, que não autoriza nem endossa qualquer tratamento discriminatório com base na opção sexual do segurado.

4.-A salvaguarda dos direitos fundamentais, que constitui um dos objetivos da nossa República, segundo a dicção do art. 3º, IV, da Carta Magna, conduz, necessariamente, à ideia de unidade valorativa do texto constitucional, que não contém, nem pode conter, normas ou princípios isolados, e muito menos que recebam interpretação conflitante ou antinômica com princípios constitucionais sensíveis, como a dignidade da pessoa humana.

5.-Se a Constituição da República, ao estabelecer os direitos e garantias individuais, proibiu qualquer tipo de discriminação, inclusive de sexo, não se pode interpretar o art. 201, V, com os olhos da mediocridade, adotando-se um pensamento reducionista e restritivo, que menoscaba os direitos fundamentais de cidadãos brasileiros e estrangeiros, com base apenas em sua opção sexual e afetiva.

6.-É preciso harmonizar o sistema previdenciário que tem natureza puramente contributiva, com a proibição ao tratamento discriminatório, e isso só pode ser feito se revisitarmos o conceito de união estável, que não pode ser excludente das relações homoafetivas, sob pena de se erigir um preconceito em definição de entidade familiar.

7.-Por isso, o conceito de união estável, para estar em harmonia com o princípio da prevalência da dignidade da pessoa humana, que recebeu proteção diferenciada do Constituinte, deve ser interpretado de forma a dar vida aos direitos que resultam das relações homoafetivas.

8.-Portanto, qualquer interpretação reducionista, enfim que restrinja o conceito de entidade familiar à relação do homem com a mulher, constitui, na verdade, um absoluto desrespeito aos direitos fundamentais de cidadãos brasileiros, que também contribuem para o sistema previdenciário, e têm direito de inscrever o seu companheiro ou companheira como dependente, se atendidos, no que couber, os pressupostos exigidos dos casais heterossexuais. (TJAC – Reex. Nec. 2007.001819 – 4, Rel. Des. Miracele Lopes j. 25.09.2007)

Não por outra razão que o STF, ao julgar a ADI nº 4.277, também decidiu que:

EMENTA: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição”

ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal

ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu

diferenciá-la da "família". Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado "entidade familiar" como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem "do regime e dos princípios por ela adotados", verbis: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA "INTERPRETAÇÃO CONFORME"). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as

mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

(ADI 4277, Relator(a): AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219-01 PP-00212)

Exatamente por esta visão onde o Estado e as pessoas não devem praticar atos de índole discriminatória, mas sim garantir aos indivíduos a livre busca das suas realizações na vida pessoal, é que a doutrina do eminente jurista alemão Ernst Benda assevera:

[...] ao menos idealmente toda pessoa está capacitada para sua autorrealização moral. Está vedado ao Estado distinguir os indivíduos em função de seu presumido valor moral. O Estado não se deve arrogar o direito de pronunciar um juízo absoluto sobre os indivíduos submetidos a seu império. O Estado respeitará o ser humano cuja dignidade se mostra no fato de tratar de realizar-se na medida de suas possibilidades. Inclusive quando tal esperança pareça vã, seja por predisposições genéticas e suas metamorfoses, seja por culpa própria, nunca deverá o Estado emitir um juízo de valor concludente e negativo sobre o indivíduo. (tradução livre do espanhol)<sup>3</sup>

Portanto, ainda há muito a se avançar no que tange ao combate dos atos discriminatórios, sendo o Dia Nacional da Visibilidade de Travestis e Transexuais (ou Dia da Visibilidade Trans) um momento de necessária reflexão social sobre os rumos da sociedade brasileira, sem prejuízo aos valores sociais que a Constituição Federal também se propôs a garantir, a exemplo da liberdade de religião e de crença.

Não se trata de endossar de maneira particular as decisões individuais do público LGBTQIAPF2K+s acerca da livre busca das suas realizações de vida pessoal, mas sim de garantir que ninguém venha a ser discriminado em função de sua trajetória pessoal<sup>4</sup>. Em arremate, é descabida, pois, em toda a sua extensão, a perspectiva de pessoas jurídicas ou físicas que se sentem no direito de atuar

<sup>3</sup> In BENDA, Ernst et al.. Manual de Derecho Constitucional. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 125.

<sup>4</sup> BRASIL. Ministério Público Federal. O Ministério Público e a Igualdade de Direitos para LGBTI: Conceitos e Legislação. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. Ministério Público do Estado do Ceará. 2. ed. rev. e atual. Brasília: MPF, 2017. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/pfdc/midiateca/nossas-publicacoes/o-ministerio-publico-e-a-igualdade-de-direitos-para-lgbti-2017>>. Acesso em 31 jan 2021.

enquanto censoras jurídicas da vida alheia de terceiros, sob o falso pretexto de concretização da Constituição Federal.

## **AS CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO PARA A TEORIA DO PROCESSO**

**GUILHERME DINIZ BARBOSA:** Mestrando em Processo Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Defensor Público do Estado de São Paulo.

**RESUMO:** A proposta do presente trabalho é, a partir da análise histórica do conceito de processo, apontar aspectos da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, de Jürgen Habermas, que possam contribuir para uma definição de processo adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Teoria Discursiva do Direito. Teoria do Processo. Estado Democrático de Direito.

**ABSTRACT:** The proposal of the present work is, from the historical analysis of the concept of process, to point out aspects of the Discourse Theory of Law and Democracy, by Jürgen Habermas, that can contribute to a definition of jurisdictional process appropriate to the paradigm of the Democratic State of Law.

**KEYWORDS:** Discourse Theory of Law. Jurisdictional process. Democratic State of Law.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Processo e Estado Liberal. 3. Processo e Estado de Bem-Estar Social. 4. Processo e Estado Democrático de Direito. 4.1. A Teoria Discursiva do Direito e o processo jurisdictional. 4.2. O processo como procedimento em contraditório. 5. Conclusão. 6. Referências.

### **1. INTRODUÇÃO**

O estudo do direito processual a partir do resgate histórico do conceito de processo permite identificar a evolução deste na modernidade. Para tanto, justifica-se o emprego da noção de paradigma, nos moldes da filosofia da ciência de Thomas Kuhn (CARVALHO NETTO, 2004, p. 29), na medida em que os paradigmas “informam e conformam a aplicação do Direito” (OLIVEIRA, 2016, p. 116). Segundo Habermas (1997b, p. 181):

Os paradigmas do direito permitem diagnosticar a situação e servem de guias para a ação. Eles iluminam o horizonte de determinada sociedade, tendo em vista a realização do sistema de direitos. Nesta medida, sua função primordial consiste em

abrir as portas para o mundo. Paradigmas abrem perspectivas de interpretação nas quais é possível referir os princípios do Estado de direito ao contexto da sociedade como um todo. Elas lançam luz sobre as restrições e as possibilidades para a realização de direitos fundamentais, os quais, enquanto princípios não saturados, necessitam de uma interpretação e de uma estruturação ulterior.

Nesta perspectiva, apresentaremos as características do processo jurisdicional nos três paradigmas do Estado moderno, quais sejam, Estado Liberal, Estado de Bem-Estar Social e Estado Democrático de Direito. Em seguida, trataremos dos aspectos da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, de Jürgen Habermas, relacionados ao tema, a fim de verificar qual o modelo processual a ela se revela adequada.

## **2. PROCESSO E ESTADO LIBERAL**

O paradigma do Estado Liberal, que se seguiu às revoluções políticas dos séculos XVII e XVIII, caracteriza-se pela prevalência de uma percepção personalista e patrimonialista dos direitos, amparada na ideia de igualdade formal e na postura não intervencionista do Estado, que passou a ter seus poderes limitados em prol da liberdade dos indivíduos. No Direito, refletindo essas ideias, predominava o positivismo exegético, marcado pela pretensão de completude da legislação (com a elaboração de diversos códigos no século XIX) e pela máxima restrição da atividade interpretativa do julgador (“juiz boca da lei”).

O liberalismo processual, seguindo a linha do abstencionismo estatal, tem como características a passividade do juiz (princípio da inércia) e a ampla liberdade das partes, inclusive quanto à tramitação do processo<sup>5</sup>. O processo civil, nesse contexto, era visto como “coisa das partes”, sendo mero instrumento dos cidadãos para resolução de conflitos, e o processo penal como “luta entre as partes” (NUNES, BAHIA, PEDRON, 2020, p. 84-85). No plano teórico, o processo era definido como contrato ou quase-contrato, ou seja, sua natureza jurídica era determinada com base em categorias do direito privado (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2015, p. 319-320).

---

<sup>5</sup> O Código de Processo Civil italiano, de 1865, é um exemplo de legislação processual liberal. Michele Taruffo (2018, p. 168-169), ao apresentar seus caracteres, ensina que o papel do juiz “se reduz, essencialmente, à decisão das questões, processuais e de mérito, alegadas pelas partes”, sem ter “qualquer poder de estímulo, de iniciativa, de controle e de direção do processo”; por outro lado, há completa liberdade das partes, “não apenas ao ‘que coisa’ fazer no processo, mas também no que tange ao ‘quando’ e ao ‘como’ fazê-lo”, inexistindo uma sequência pré-ordenada de atos a serem seguidos.

O processo, em tais moldes, revela-se custoso e marcado pela excessiva morosidade, de modo que o acesso à justiça era viável apenas para pequena parcela da população e para a tutela de poucas situações jurídicas, sobretudo relacionadas ao direito à propriedade (TARUFFO, MITIDIERO, 2018, p. 171-172).

### **3. PROCESSO E ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL**

A partir do final do século XIX e das primeiras décadas do século XX, ocorre a transição do Estado Liberal para o Estado de Bem-Estar Social, sobretudo em decorrência da luta pela concretização dos direitos sociais negligenciados pelo liberalismo, que ampliou sobremaneira a desigualdade econômica ao possibilitar o acúmulo de capital e promover maior exploração do homem pelo homem (CARVALHO NETTO, 2004, p. 34). No plano normativo, a mudança de paradigma é notada na constitucionalização de direitos sociais, tanto na Constituição mexicana, de 1917, como na Constituição alemã (de Weimar), em 1919.

Há um reforço da atuação estatal, que não mais pode se limitar à postura não intervencionista<sup>6</sup>, de respeito aos “direitos da liberdade” (civis e políticos), exigindo-se do Estado prestações materiais para a efetiva concretização de direitos, abandonando-se a concepção meramente formal de igualdade (BONAVIDES, 2009, p. 563-564). Nesse contexto, “todo o Direito é público, imposição de um Estado colocado acima da sociedade, uma sociedade amorfa, carente de acesso à saúde ou à educação, massa pronta a ser moldada pelo Leviatã onisciente sobre o qual recai essa imensa tarefa” (CARVALHO NETTO, 2004, p. 35).

No âmbito processual, surgem correntes doutrinárias que defendem uma ampliação do papel do juiz no processo, a partir da perspectiva de que o direito é instrumento de transformação social (NUNES, BAHIA, PEDRON, 2020, p. 87).

Neste sentido, destaca-se o trabalho de Anton Menger, que, em sua obra “O direito civil e os pobres”, de 1890, atribui ao juiz a tarefa de compensar as desigualdades materiais entre as partes, atuando, inclusive, como verdadeiro representante das classes mais pobres (NUNES, BAHIA, PEDRON, 2020, p. 87-88). A partir das ideias de Menger, Franz Klein colaborou para a elaboração do Código de Processo Civil do Império Austro-Húngaro, de 1895, que remodelou o papel das

---

6 Conforme leciona Paulo Bonavides (2009, p. 229), “no Estado liberal do século XIX a Constituição disciplinava somente o poder estatal e os direitos individuais (direitos civis e direitos políticos) ao passo que hoje o Estado social do século XX regula uma esfera muito mais ampla: o poder estatal, a Sociedade e o indivíduo”.

7 “[...] a passagem para o modelo do Estado social se impôs, porque os direitos subjetivos podem ser lesados, não somente através de intervenções ilegais, mas também através da omissão da administração.” (HABERMAS, 1997b, p. 170)

partes e do juiz no processo, atribuindo-se a este último não apenas a tarefa de promover o equilíbrio entre as partes, mas também de assumir a direção do processo (NUNES, BAHIA, PEDRON, 2020, p. 88-90).

No modelo social, o processo passa a ter finalidades metajurídicas (políticas, econômicas e sociais) sendo definido por Klein como “instituição estatal de bem-estar social”, voltada para a “busca da pacificação social” (NUNES, BAHIA, PEDRON, 2020, p. 90)<sup>8</sup>.

Atribui-se a Oskar von Bülow, a partir de sua “Teoria das exceções e dos pressupostos processuais” (1868), a autonomia científica do Direito Processual. Ele define o processo como relação jurídica de direito público<sup>9</sup> (distinta da relação de direito material), que se desenvolve progressivamente entre o juiz e as partes, as quais devem cooperar com o Estado-juiz e a ele se sujeitar (NUNES, BAHIA, PEDRON, 2020, p. 237).

A tese de Bülow, coerente com o intervencionismo estatal próprio do Estado de Bem-Estar Social, confere maiores poderes ao juiz, não apenas no que diz respeito à condução do processo, mas também por lhe atribuir ampla liberdade interpretativa. Conforme a lição de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, enquanto no paradigma liberal a “atividade do magistrado é mecânica” e “o ato de decisão é a realização de um raciocínio silogístico”, na concepção social o juiz exerce verdadeira atividade de produção normativa (2016, p. 112-113). Neste sentido, afirma o citado autor (2016, p. 113):

A essa compreensão do liberal se contrapõe, em princípio, as visões típicas do paradigma do Estado Social. Ao negarem o que seria um caráter meramente cognitivo da aplicação jurisdicional, liberta-se o magistrado para a discricionariedade decisória. E, aqui, a linguagem das cláusulas gerais ou dos conceitos jurídicos indeterminados pode apenas reforçar essa

---

<sup>8</sup> Importante registrar, conforme afirmam Nunes, Bahia e Pedron (2020, p. 91-92), que o aumento do protagonismo judicial e assunção do controle do processo pelo juiz contribuía para a maior celeridade do processo, o que atendia às necessidades do empresariado, que, com o aumento da atividade industrial e comercial, precisava de uma resposta mais rápida para os conflitos. A intervenção estatal no processo, portanto, não se justificava apenas do ponto de vista de uma assistência às partes mais fracas.

<sup>9</sup> Sobre o caráter público do processo, Taruffo (2018, p. 221-222) assim expõe o pensamento de Giuseppe Chiovenda: “Segue-se que o Estado não pode permanecer indiferente às modalidades com que a tutela jurisdicional é atuada: o direito substancial continua privado, mas o processo em que esse é afirmado é ‘público’, sendo o seu correto funcionamento erigido no interesse público – antes e além do simples interesse de cada uma das partes. Daí a acentuação do papel do juiz como portador e realizador da função do Estado na administração da Justiça [...]”.

perspectiva. As teorias da interpretação de Kelsen (1987, p. 363-371) e de Hart (1996, p. 137-161) são representativas de tal assertiva, pois, para eles, seja em razão da relativa indeterminação normativa, seja em razão da chamada textura aberta do Direito, não haveria, para além da própria discricionariedade judicial, critério jurídico capaz de avaliar a aplicação ou produção válidas das normas jurídicas. Toda decisão *se fundamenta* no caráter discricionário de todo processo de produção/aplicação jurídica. Nesses termos, interpretar é decidir sobre o sentido dos textos normativos partindo-se do pressuposto segundo o qual o legislativo não é capaz de prever todas as hipóteses de aplicação, reconhece-se um poder discricionário aos aplicadores para decidir em face de situação de relativa indeterminação [...].

Bülow atribui ao juiz a tarefa de combater a mazelas do sistema causado pelo liberalismo processual, tomando-o como “um porta voz avançado do sentimento jurídico do povo” (NUNES, BAHIA, PEDRON, 2020, p. 99), apto a, através do processo, atingir objetivos metajurídicos.

A teoria do processo como relação jurídica teve ampla acolhida no Brasil e serviu de base para a tese da “Instrumentalidade do processo”, de Cândido Rangel Dinamarco, apresentada em obra publicada em 1987, segundo a qual o processo é “uma espécie de relação jurídica que serve como mero instrumento da função jurisdicional na consecução de escopos axiológicos tidos como metajurídicos” (OLIVEIRA, 2016, p. 109). Para Dinamarco, o processo é “o instrumento através da qual a jurisdição opera”, “com vista ao objetivo de eliminar conflitos e fazer justiça mediante a atuação da vontade da lei” (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2015, p. 317).

Dinamarco, tal como Bülow, confere protagonismo ao juiz, caracterizando-o como “o canal privilegiado de captação dos valores sociais, devendo estes aparecerem assimilados na sentença”, além de permitir que o julgador, ao decidir, possa contrariar o texto da lei quando este não satisfizer seu “sentimento de justiça” (STRECK, 2017, p. 49). Nesta linha:

Assim, a atividade de aplicação jurisdicional do Direito possuiria um papel corretivo da falta de virtudes da legislação (“envelhecida” ou “mal feita”), através do apelo aos compromissos éticos do juiz, às finalidades políticas do processo e a um uso alternativo do direito. (OLIVEIRA, 2016, P. 160-161)

Em que pese a adoção da teoria do processo como relação jurídica pela maior parcela da doutrina pátria (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2015, p. 322-325), esta não se revela adequada ao Estado Democrático de Direito, conforme será exposto a seguir.

#### **4. PROCESSO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Após a Segunda Guerra Mundial e, sobretudo, no início da década de 1970, o Estado de Bem-Estar Social entra em crise, revelando-se inadequado à maior complexidade da sociedade, a reclamar efetivo respeito aos direitos fundamentais (incluídos, agora, os interesses difusos e coletivos) e a ampliação da participação dos cidadãos (fundada na ideia de soberania popular), elementos centrais do Estado Democrático de Direito, que conferem legitimidade ao exercício do poder jurídico-político<sup>10</sup>.

Nesta perspectiva, temos que a teoria do processo como relação jurídica não se adequa ao paradigma do Estado Democrático de Direito. Se no liberalismo processual o monopólio das partes impunha a prevalência dos interesses privados, a concentração de poderes no juiz trouxe problemas de outra ordem, abrindo o caminho a subjetivismos ao introduzir “componentes éticos ou morais do julgador no ato decisório” (LEAL, 2002, p. 87) e ao atribuir à “boa escolha dos juizes” a tarefa de aprimorar o sistema jurídico (STRECK, 2017, p. 48). Na contramão da perspectiva democrática da participação<sup>11</sup>, o protagonismo judicial faz da atividade decisória um ato solitário de um sujeito solipsista.

Conforme afirma André Cordeiro Leal (2002, p. 102), neste novo paradigma:

---

<sup>10</sup> “Liberdade e igualdade são retomados como direitos que expressam e possibilitam uma comunidade de princípios, integrada por membros que reciprocamente se reconhecem pessoas livres e iguais, co-autores das leis que regem sua vida em comum. Esses direitos fundamentais adquirem uma conotação de forte cunho procedimental que cobra de imediato a cidadania, o direito de participação, ainda que institucionalmente mediatizada, no debate público constitutivo e conformador da soberania democrática do novo paradigma, o paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito e de seu Direito participativo, pluralista e aberto.” (CARVALHO NETTO, 2004, p. 37)

<sup>11</sup> Sobre a teoria do processo de Bülow, Vinícius Diniz Monteiro de Barros (2013, p. 21), com base nas ideias de André Cordeiro Leal, alerta: “o que não se percebe no senso comum jurídico é que, com tal proposta, o barão não mirava perspectiva democrática alguma - nem de abertura do hermético discurso jurídico à participação de todos os afetados pela norma, nem de controle dos exercentes de função pública a qualquer título. O processo, em Von Bülow, não fora concebido como meio de controle judicial, mas como técnica de atuação de juizes em relação ao reforço de convicções nacionais alemãs (LEAL, 2008, p. 29)”.

[...] o ato judicante não mais pode ser abordado como instrumento posto à disposição do Estado para atingir objetivos metajurídicos por via de atividade solitária do julgador. A justiça não mais é a do julgador, mas a do povo (fonte única do Direito), que a faz inserir em leis democraticamente elaboradas.

Nosso ponto de partida para a identificação do modelo de processo adequado ao paradigma do Estado Democrático de Direito será a apresentação da Teoria Discursiva de Jürgen Habermas, com enfoque nos elementos que se relacionam ao direito processual.

#### **4.1. A TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO E O PROCESSO JURISDICIONAL**

Em “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, de 1992, Jürgen Habermas apresenta sua Teoria Discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito. Seu ponto de partida é a “guinada linguística” (HABERMAS, 1997a, p. 27), que promove a superação da filosofia da consciência – segundo a qual, em apertada síntese, a atribuição de sentidos é feita pela consciência do sujeito (“esquema sujeito-objeto”), conforme lição de Lenio Streck (2017, p. 14) – pela filosofia da linguagem, transferindo-se o conhecimento para o âmbito da linguagem, a qual, por sua vez, é intersubjetiva, compartilhada.

Neste contexto, ante a insuficiência da razão prática nas sociedades cada vez mais complexas, Habermas (1997a, p. 17-29) propõe sua substituição pela razão comunicativa, transportando para o meio linguístico o conceito de razão:

A razão comunicativa distingue-se da razão prática por não estar adscrita a nenhum ato singular nem a um macrossujeito sociopolítico. O que torna a razão comunicativa possível é o *medium* linguístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam. Tal racionalidade está inscrita no telos linguístico do entendimento, formando um *ensemble* de condições possibilitadoras e, ao mesmo tempo, limitadoras. Qualquer um que se utilize de uma linguagem natural, a fim de entender-se com um destinatário sobre algo no mundo, vê-se forçado a adotar um enfoque performativo e a aceitar determinados pressupostos. Entre outras coisas, ele tem que tomar como ponto de partida que os participantes perseguem sem reservas seus fins ilocucionários, ligam seu consenso ao reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade criticáveis, revelando a disposição de aceitar

obrigatoriedades relevantes para as consequências da interação e que resultam de um consenso. E o que está embutido na base de validade da fala também se comunica às formas de vida reproduzidas pela via do agir comunicativo. A racionalidade comunicativa manifesta-se num contexto descentrado de condições que impregnam e formam estruturas, transcendentalmente possibilitadoras; porém, ela própria não pode ser vista como uma capacidade subjetiva, capaz de dizer aos atores o que *devem* fazer. (HABERMAS, 1997a, p. 20)

Conforme sintetizam Alvim, Granado e Schmitz (2015, p. 468), no agir comunicativo habermasiano “o sujeito que pronuncia qualquer ato de fala (afirmações, ordens, interjeições) inevitavelmente pretende que sua proposição seja aceita como verdadeira”; havendo discordância entre falante e receptor, surge a necessidade de se “lançar mãos de justificativas para demonstrar a validade de sua proposição”; a esta argumentação, ou seja, à problematização da questão, dá-se o nome de discurso, de modo que “os agentes envolvidos na discursividade têm, todos, participação dialética em forma de discussão, até que se chegue a um consenso sobre a validade, ou não, de determinado enunciado de fala”.

O princípio do discurso, segundo o qual “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar seu assentimento, na qualidade de discursos racionais” (HABERMAS, 1997a, p. 142), é a base da teoria do direito de Habermas (1997a, p. 24). Incorporado ao direito, o princípio do discurso converte-se em princípio da democracia, “de modo a proporcionar uma compreensão de que o Direito emana do povo, possibilitando a todo sujeito de direito igual liberdade comunicativa de se posicionar sobre qualquer pretensão” (NUNES, 2006, p. 135). Neste sentido:

[...] a teoria do direito, fundada no discurso, entende o Estado democrático de direito como a institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais necessários para uma formação discursiva da opinião e da vontade, a qual possibilita, por seu turno, o exercício da autonomia política e a criação legítima do direito. (HABERMAS, 1997b, p. 181)

Em contraposição aos paradigmas do Estado liberal – no qual, como visto, preponderava a autonomia privada – e do Estado de Bem-Estar Social – com a prevalência da autonomia pública –, Habermas apresenta uma concepção

procedimentalista do direito<sup>12</sup>, adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito, apta a “dar conta da complexidade da sociedade contemporânea, bem como ao papel exercido pelo Estado na efetivação dos direitos fundamentais” (SCOTTI, 2017, p. 8). Neste paradigma, há relação de complementariedade entre autonomia privada e pública:

A partir de uma compreensão procedimental do Estado de Direito, a Teoria Discursiva busca desfazer o aparente paradoxo ente *Estado de Direito e Democracia* (ou entre Direitos Humanos e Soberania Popular) perceptível nos paradigmas jurídicos anteriores. Com base nas tradições políticas do Liberalismo e do Republicanismo, respectivamente, cada um destes paradigmas conferia primazia seja à lógica individualista das garantias jurídicas, seja à dimensão coletiva da autodeterminação política dos cidadãos, numa necessária relação de subordinação. Habermas sustenta que Estado de Direito e Democracia são co-originários, guardam entre si uma relação não de subordinação, mas de necessária complementariedade. (SCOTTI, 2017, p. 9).

Para os fins do presente trabalho, importa destacar a questão da legitimidade do direito no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Habermas identifica no direito uma tensão interna entre facticidade e validade, ou, como expõe Scotti (2017, p. 2): “entre a *positividade* do direito, seu caráter coercitivo que independe da aceitação do destinatário para sua aplicação (facticidade), e a pretensão de legitimidade do direito, condição necessária para sua validade em um Estado Democrático de Direito”. No âmbito do processo jurisdicional, esta tensão se revela “como a pretensão de que a um só tempo as decisões judiciais sejam coerentes com o direito vigente e adequadas aos casos submetidos à apreciação judicial” (OLIVEIRA, 2016, p. 116).

Apoiado no princípio do discurso, “no paradigma do Estado Democrático o Direito precisa legitimar-se por meio de procedimentos, que devem

---

12 “O paradigma procedimentalista do direito procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático. Elas adquirem um estatuto que permite analisar, numa outra luz, os diferentes tipos de conflito. Os lugares abandonados pelo participante autônomo e privado do mercado e pelo cliente de burocracias do Estado social passam a ser ocupadas por cidadãos que participam de discursos políticos, articulando e fazendo valer interesses feridos, e colaboram na formação de critérios para o tratamento igualitário de casos iguais e para o tratamento diferenciado de casos diferentes.” (HABERMAS, 1997b, p.183)

estar de acordo com os direitos fundamentais e com o princípio da soberania do povo” (NUNES, 2006, p. 137-138). Segundo Habermas (1997b, p. 153):

A teoria do discurso explica a legitimidade do direito com o auxílio de processos e pressupostos da comunicação - que são institucionalizados juridicamente - os quais permitem levantar a suposição de que os processos de criação do direito levam a resultados racionais. Do ponto de vista do conteúdo, as normas emitidas pelo legislador político e os direitos reconhecidos pela justiça são racionais pelo fato de os destinatários serem tratados como membros livres e iguais de uma comunidade de sujeitos de direito, ou seja, em síntese: sua racionalidade resulta do tratamento igual das pessoas jurídicas protegidas em sua integridade.

O paradigma procedimental “formula as condições necessárias segundo as quais os sujeitos do direito podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los” (HABERMAS, 1997b, 190). Nesta linha, de acordo com Barros (2013, p. 6), a partir é Habermas é possível:

[...] a identificação do Estado Democrático de Direito como um conjunto de princípios jurídicos fundamentais cuja observância garante ao cidadão reconhecer-se, ao mesmo tempo, como autor e destinatário da norma jurídica. Esse reconhecimento é que permite a compatibilização de legalidade com legitimidade no exercício do poder jurídico-político estatal.

Essencial à legitimidade do direito, portanto, é a efetiva participação do cidadão, sendo indispensável, pois, a construção do espaço discursivo, o que, no processo jurisdicional, somente é possível através de uma concepção participativa do processo, afastando-se do solipsismo judicial. Neste sentido, a lição de Dierle Nunes (2006, p. 142):

Assim, a partir de Habermas percebe-se que a estruturação do processo democrático passa pela adoção de uma visão policêntrica que não pode, nem deve, privilegiar nenhum dos sujeitos processuais. Nem as partes (processo como coisa das partes) como no processo liberal, nem o juiz como no processo social.

Deve haver uma articulação dialógica da técnica processual seguindo os comandos institutivos da principiologia processual

constitucional que não reduza o papel institucional nem dos juízos e nem das partes (e seus advogados).

#### **4.2. O PROCESSO COMO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO**

Contrapondo-se à teoria do processo como relação jurídica, Elio Fazzalari apresentou, em 1958, sua teoria do processo como procedimento em contraditório, assim sintetizada por Aroldo Plínio Gonçalves (2016, p. 98):

Há processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na “simétrica paridade” da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos.

Para Fazzalari, o processo é uma espécie do gênero procedimento, conceituado este último como atividade preparatória do provimento (ato dotado de caráter imperativo), na qual “os atos e as posições subjetivas são normativamente previstos e se conectam de forma especial para tornar possível o advento do ato final, por ele preparado” (GONÇALVES, 2016, p. 93)<sup>13</sup>. Ainda segundo o autor italiano, a existência, a validade e a eficácia deste ato final dependem do “correto desenvolvimento do procedimento” (GONÇALVES, 2016, p. 94).

O elemento caracterizador do processo, que confere estrutura dialética ao procedimento, é o contraditório, não mais concebido como mero direito de participação no processo, mas sim como um conceito mais amplo, assim apresentado por Fazzalari (2006, p. 119-120):

Tal estrutura consiste na participação dos destinatários do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar conta dos resultados.

---

<sup>13</sup> Para os adeptos da teoria do processo como relação jurídica, o procedimento é “apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo” (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2015, p. 317).

Ao juiz incumbe promover e garantir o contraditório, bem como, em que pese não ser contraditor, observar ele próprio o contraditório, na medida em que este se caracteriza, como se extrai do trecho acima transcrito, como verdadeiro direito de influência, de modo que, ao decidir, o julgador deve levar em consideração todos os argumentos apresentados pelas partes. Não há, pois, um retorno ao liberalismo processual, mas sim “uma interação dialógica de todos os sujeitos processuais”, quebrando-se a assimetria entre eles (NUNES, 2006, p. 140). Nesta linha, Dierle Nunes (2006, p. 53) afirma que o juiz “não pode mais se apresentar como *Führer*, que tudo pode fazer, em detrimento das partes, que ficariam à mercê de sua discricção e arbitrariedade”.

Registre-se que, ao contrário do que sustentam os adeptos da teoria de Bülow (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2015, p. 325), o processo como relação jurídica é incompatível com a ideia de processo como procedimento em contraditório, eis que este, definido como participação em simétrica paridade, não é conciliável com o conceito de relação jurídica, que pressupõe “vínculo de exigibilidade, de subordinação, de supra e infraordenação, de sujeição” (GONÇALVES, 2016, p. 113)<sup>14</sup>.

## 5. CONCLUSÃO

A Teoria Discursiva de Habermas, como se procurou demonstrar, tem entre seus elementos principais a participação do cidadão<sup>15</sup>. No paradigma do Estado Democrático de Direito, essencial, portanto, que o processo jurisdicional seja uma “estrutura balizadora dos discursos, em que se deve permitir e garantir espaços para a formação intersubjetiva e essencialmente dialógica dos provimentos judiciais” (NUNES, 2006, p. 58), sem o que a decisão carecerá de legitimidade.

---

<sup>14</sup> No mesmo sentido: “Ainda diferentemente do que ocorre na concepção relacionista, em que o processo é visto como um mecanismo no qual o Estado-juiz implementa sua posição de superioridade, de modo que o debate processual é relegado a um segundo plano, Fazzalari maximiza a militância das partes e dos demais interessados que laboram participativamente na formação do provimento que lhes afetará. Nessa tarefa, o processo se desgarrar da concepção de mecanismo de dominação e passa ser percebido em perspectiva democrática – garantidora de direitos fundamentais.” (NUNES, BAHIA, PEDRON, 2020, p. 242-243)

<sup>15</sup> “Uma ordem jurídica é legítima na medida em que assegura a autonomia privada e autonomia cidadão de seus membros, pois ambas são co-originárias; ao mesmo tempo, porém, ela *deve* sua legitimidade a formas de comunicação nas quais essa autonomia pode manifestar-se e comprovar-se. A chave da visão procedimental do direito consiste nisso. Uma vez que a garantia da autonomia privada através do direito formal se revelou insuficiente e dado que a regulação social através do direito, ao invés de reconstruir a autonomia privada, se transformou numa ameaça para ela, só resta como saída tematizar o nexos existente entre formas de comunicação que, ao emergirem, garantem a autonomia pública e a privada.” (HABERMAS, 1997b, p. 147)

Com isso, temos que a concepção de Elio Fazzalari melhor se amolda ao paradigma do Estado Democrático de Direito, eis que, ao garantir a efetiva participação dos interessados na formação do provimento, permite a produção de decisões legítimas e funciona como mecanismo de controle do poder estatal (NUNES, BAHIA, PEDRON, 2020, p. 243). Há, pois, forte relação entre as ideias de Habermas e Fazzalari:

Na teoria da democracia habermasiana não se trata da escolha promovida pelo juiz, em seu feudo soberano, alheio e descomprometido com o debate processual argumentativo efetuado em contraditório, com ampla defesa e isonomia, mas o contrário, acolhendo, ademais, o 'giro linguístico', ou seja, é pós-metafísica. (ROSA, 2006, p. 224)

O contraditório, elemento central do conceito fazzalariano, é também essencial à teoria procedimental da democracia, proporcionando, "quanto às oportunidades de pronunciamento, uma atuação equitativa dos partícipes nos procedimentos judiciais" e garantindo, "em conexão com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões jurisdicionais, que a decisão se fundamente no Direito debatido pelas partes e nos fatos por elas reconstruídos" (LEAL, 2002, p. 77).

Indispensável destacar, por fim, que a Constituição da República, de 1988, adota expressamente o Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput*) e elenca uma série de princípios, para além do contraditório, que se entrelaçam e compõem o denominado "modelo constitucional de processo". O processo constitucionalizado não mais pode ser visto como instrumento da jurisdição, mas sim como "o próprio direito de participação dos cidadãos na construção dos conteúdos do direito" (BARROS, 2013, p. 23). Neste sentido:

O direito fundamental que veicula a participação dos afetados na construção das decisões e da normatividade jurídica é o processo. Não é demais repetir que o processo consiste na garantia informada pelos princípios do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação das decisões por terceiro imparcial, conformadores de uma base uníssona e coerente, sem o qual o cidadão não atinge, sequer, a discussão sobre os conteúdos da normatividade, não é coautor do ordenamento jurídico. Como se percebe, a ausência de processo é anti-democrática e, mais uma vez, abre possibilidade para construções jurídicas decisionistas-solipsistas. (BARROS, 2013, p. 20)

Concluimos, portanto, com a afirmação de Barros (2013, p. 34), segundo o qual “lidas e interpretadas assim conjunta e completamente, as lições de Habermas e Fazzalari embasam a adoção do modelo constitucional de processo no Estado Democrático de Direito”.

## 6. REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Habermas e contraditório: a dialética e a participação como condições de possibilidade da decisão.** In: BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. **Direito & teoria crítica: reflexões contemporâneas.** 1ª ed., Birigui: Boreal Editora, 2015, p. 466-479.

BARROS, Vinícius Diniz Monteiro de. **A prisão em flagrante no modelo constitucional de processo.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 24ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

CARVALHO NETTO, Menelick. **A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito.** In: OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de (coordenador). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 25-44.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 31ª ed., São Paulo: Malheiros, 2015.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual.** Campinas: Bookseller, 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo.** 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Vol. I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Vol. II, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

NUNES, Dierle. **Direito constitucional ao recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da comparticipação das decisões.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria geral do processo**. Salvador: Jus Podivm, 2020.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo constitucional**. 3ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2016.

ROSA, Alexandre Morais da. **O processo (penal) como procedimento em contraditório**: diálogo com Elio Fazzalari. In: **Novos Estudos Jurídicos**, Vol. 11, nº 2, p. 2190233, jul-dez de 2006.

SCOTTI, Guilherme. **Teoria discursiva do direito**. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coordenadores). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. 1ª ed., São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/99/edicao-1/discursiva-do-direito,-teoria>>. Acesso em 23 de maio de 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

TARUFFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. **A justiça civil**: da Itália ao Brasil, dos setecentos a hoje. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

## **A FLUÊNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL ENTRE CÔNJUGES EM DECORRÊNCIA DE SEPARAÇÃO EXTRAJUDICIAL**

**GUILHERME FRANCISCO SOUZA AMARAL:**

Pós-graduado em Ciências Criminais pela Faculdade Damásio, graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), advogado.

**RESUMO:** O código civil estabelece a prescrição como causa extintiva de direitos não potestativos. Entre suas características, encontra-se a previsão legal (art. 197, I, do Código Civil) de sua suspensão entre cônjuges, relativamente aos direitos de um em face do outro. Tal previsão legal tem origem moralista, com a finalidade de evitar a ocorrência de conflitos judiciais entre os cônjuges, e extingue-se, via de regra, com a extinção da sociedade conjugal. Entre as causas extintivas, o art. 1.571 do Código Civil prevê o divórcio e a separação judicial, mas não a separação extrajudicial. Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça, em julgado recente, considerou possível o reconhecimento da extinção da sociedade conjugal, e consequente prescrição, entre direitos envolvendo pessoas que se encontravam extrajudicialmente separadas há mais de 30 anos. Concluiu-se pelo acerto da corte, de maneira que sua decisão vai ao encontro da finalidade do instituto legal e da doutrina que diferencia o instituto da sociedade conjugal do vínculo conjugal. Foi feita a ressalva, entretanto, de que tal interpretação deve ser sempre realizada excepcionalmente, segundo o caso concreto, apenas se demonstrando possível quando incontestável que o direito, indubitavelmente, encontrar-se prescrito em razão do longo prazo de duração da separação extrajudicial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Prazo prescricional entre cônjuges. Separação de Fato. Sociedade Conjugal.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Da prescrição. 2.1 Da suspensão da prescrição entre cônjuges. 3. Da extinção da sociedade conjugal pela separação de fato. 4. Conclusão.

### **1. INTRODUÇÃO**

O presente trabalho tem como objetivo analisar a possibilidade de que a suspensão do prazo prescricional, prevista no art. 197, inciso I, do Código Civil (CC), seja removida em razão da separação extrajudicial (separação de fato) dos cônjuges. Para tanto, primeiramente se explicará, brevemente, em que se consiste o instituto da prescrição, oportunidade em que se mencionará as causas legais de suspensão previstas no CC.

Após, será explicado que a referida suspensão apenas termina em razão da extinção da sociedade conjugal, nos termos do que impõe o art. 1.571 do CC. Adiante, será analisada a possibilidade de que a separação de fato, longínqua e definitiva, ponha fim à sociedade conjugal, citando-se julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em que tal entendimento foi pronunciado.

Por fim, será demonstrado que a interpretação feita pelo STJ é a mais correta, considerando-se a *mens legis* da causa suspensiva e a doutrina mais hodierna, que distingue os institutos do vínculo conjugal e da sociedade conjugal. Não obstante, far-se-á ressalva de que a admissibilidade de que a separação de fato ponha fim à sociedade conjugal deve ser feita excepcionalmente, apenas nos casos concretos em que ficar evidenciada a perda, definitiva, dos deveres inerentes ao matrimônio entre os cônjuges. Ademais, o reconhecimento da prescrição também deverá ocorrer exclusivamente quando, em razão de elevado período de tempo, for incontestável.

## **2. DA PRESCRIÇÃO.**

Vigora na Constituição Federal (CF) o princípio da segurança jurídica, previsto no art. 5º, inciso XXXVI:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (BRASIL,2020).

Decorre de tal princípio a noção de que, via de regra, os direitos devam ser exercidos em algum prazo, sob pena de se postergar para a eternidade a possibilidade de que um particular ingresse em face de outro pela violação de determinado direito. Nesse sentido, esclarece TARTUCE (2015):

É antiga a máxima jurídica segundo a qual o exercício de um direito não pode ficar pendente de forma indefinida no tempo. O titular deve exercê-lo dentro de um determinado prazo, pois o direito não socorre aqueles que dormem. Com fundamento na pacificação social, na certeza e na segurança da ordem jurídica é que surge a matéria da prescrição e da decadência. Pode-se ainda afirmar que a prescrição e a decadência estão

fundadas em uma espécie de boa-fé do próprio legislador ou do sistema jurídico. (TARTUCE, 2017, p. 229).

Existem, no ordenamento jurídico brasileiro, duas espécies de institutos que permitem, em razão da passagem do tempo, impedir a invocação de determinado direito. São elas a prescrição e a decadência.

Permanece problemática, na doutrina, a distinção entre um e outro instituto, uma vez que o CC, embora separe seus efeitos e características, optou por não os diferenciar conceitualmente. Hodiernamente, entretanto, permanece a noção de que, enquanto a prescrição está ligada a direitos potestativos, a prescrição se relaciona com o direito de se exigir, do poder judiciário, a produção de uma sentença condenatória.

Nesse sentido, coloca TARTUCE (2015):

(...) Desse modo, a prescrição mantém relação com deveres, obrigações e com a responsabilidade decorrente da inobservância das regras ditadas pelas partes ou pela ordem jurídica.

Por outro lado, a decadência está associada a direitos potestativos e às ações constitutivas, sejam elas positivas ou negativas. As ações anulatórias de atos e negócios jurídicos, logicamente, têm essa última natureza. A decadência, portanto, tem relação com um estado de sujeição, próprio dos direitos potestativos. Didaticamente, é certo que o direito potestativo, por se contrapor a um estado de sujeição, é aquele que encerrala a outra parte, que não tem saída. (TARTUCE, 2017, p. 230).

Em outras palavras: para se distinguir se determinado direito está regulado pela prescrição ou pela decadência, deve-se, em regra, observar o que se busca obter com sua invocação. Assim, se o agente busca obter a condenação da parte contrária em fazer algo (pagar, dar, fazer, etc.), encontra-se diante de um prazo de prescrição. Por outro lado, se o agente pretende utilizar do seu direito para impor algo unilateralmente (anular, demandar), trata-se de direito submetido a prazo decadencial.

Há, ainda, os direitos potestativos absolutos, que buscam apenas a declaração de determinada situação jurídica. Nota-se que estes não dependem de nenhum fator externo para que se verifiquem, uma vez que uma declaração é meramente a constatação de uma realidade fática. Por esse motivo, direitos meramente

declaratórios não se submetem a prazo de prescrição, nem de decadência, podendo ser invocados a qualquer tempo.

Sobre o tema, esclarece TARTUCE (2015):

Por fim, as ações meramente declaratórias, como aquelas que buscam a nulidade absoluta de um negócio, são imprescritíveis, ou melhor tecnicamente, não estão sujeitas à prescrição ou a decadência. A imprescritibilidade dessa ação específica está também justificada porque a nulidade absoluta envolve ordem pública, não convalidando pelo decurso do tempo (art. 169 do CC). (TARTUCE, 2017, p. 230).

Exemplo de direito imprescritível previsto em lei é o direito de se declarar a nulidade de determinado negócio jurídico, como estabelece o art. 169 do CC:

Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo. (BRASIL,2020).

Após o exposto, cumpre esboçar, sucintamente, as principais características dos prazos prescricionais. Primeiramente, uma vez que se relacionam a direitos disponíveis, podem ser renunciados, tacitamente ou expressamente, pela parte a quem lhes aproveita, conforme dispõe o art. 191 do CC:

Art. 191. A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição. (BRASIL,2020).

Por outro lado, uma vez que decorrem exclusivamente da lei, não podem ser alterados pela vontade das partes:

Art. 192. Os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das partes. (BRASIL,2020).

Em outra esteira, existem fenômenos processuais e extraprocessuais que podem causar a paralisação temporária da contagem do prazo prescricional (suspensão da prescrição) ou o seu reinício forçado desde o começo (interrupção da prescrição). As causas suspensivas e interruptivas da prescrição se encontram, respectivamente, nos artigos 197 a 199, e no artigo 202, todos do CC:

Art. 197. Não corre a prescrição:

I - entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal;

II - entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar;

III - entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.

Art. 198. Também não corre a prescrição:

I - contra os incapazes de que trata o art. 3º;

II - contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios;

III - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.

Art. 199. Não corre igualmente a prescrição:

I - pendendo condição suspensiva;

II - não estando vencido o prazo;

III - pendendo ação de evicção.

Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:

I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;

II - por protesto, nas condições do inciso antecedente;

III - por protesto cambial;

IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores;

V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper. (BRASIL,2020).

Será objeto em particular desse trabalho a hipótese de suspensão do prazo prescricional prevista no art. 197, inciso I, isto é, a suspensão do prazo prescricional entre cônjuges. Por esse motivo, passa-se expor as minúcias da referida causa suspensiva.

## **2.1 Da suspensão do prazo prescricional entre cônjuges.**

Em síntese, o que dispõe o referido dispositivo legal é que não correrão, entre as partes de uma união conjugal, os prazos prescricionais dos direitos que, por ventura, um venha a ter em face do outro. A finalidade de tal proteção, que antecede ao Código Civil de 2002, é de ordem moral e social, na medida em que evita a criação de atritos na unidade familiar. Em outras palavras, o legislador buscou desestimular que os cônjuges propusessem demandas judiciais um contra o outro durante a constância da relação, permitindo-lhes, com segurança jurídica, postergar eventual ação judicial apenas para o momento em que a sociedade conjugal já não mais existisse.

Sobre o tema, já expunha LEAL (1978):

A prescrição faz com que as ações sejam intentadas, para não se extinguirem pelo decurso do tempo. Criar, pois, a prescrição entre cônjuges, na constância do matrimônio, seria fomentar a dissensão no seio familiar, arrastando os cônjuges a agirem judicialmente, um contra o outro, a fim de não deixarem periclitar o seu direito, armado da ação. Mas a lei tem interesse, de ordem social, em que a harmonia conjugal não se conturbe pelas dissensões entre esposos, porque a família é a célula-mater da sociedade, que se constitui pela agremiação das famílias. Daí procurar o legislador concorrer para a estabilidade dessa harmonia, permitindo que o direito dos cônjuges, entre si, possa persistir, independentemente do exercício da ação, embora nascida, imunizando-o contra os efeitos extintivos da prescrição. (LEAL, 1978, p. 138 a 139).

Após o exposto, cumpre citar em quais hipóteses tal suspensão de prazo deixa de existir. Assim, parece evidente que, uma vez que decorra do início de uma sociedade conjugal, a extinção da causa legal suspensiva se opera no momento em que a sociedade conjugal termina.

É o art. 1.571 do CC que prevê as causas extintivas da sociedade conjugal:

Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:

I - pela morte de um dos cônjuges;

II - pela nulidade ou anulação do casamento;

III - pela separação judicial;

IV - pelo divórcio. (BRASIL,2020).

Assim, ocorrendo qualquer uma das hipóteses do art. 1.571, extingue-se a sociedade conjugal, o que implica, de plano e sem qualquer necessidade de pronunciamento judicial, a retomada do prazo prescricional dos direitos existentes entre os cônjuges. Nota-se, contudo, que o art. 1.571 não incluiu, no rol de causas extintivas da sociedade conjugal, a separação de fato.

Resumidamente, distingue-se a separação de fato da separação judicial na medida que, enquanto a última advém de uma decisão judicial, a primeira decorre tão somente das circunstâncias fáticas, ou seja, do rompimento prático da convivência. Nas palavras de TARTUCE (2015):

A separação de fato somente ocorre no plano físico ou afetivo, não havendo uma formalização do distanciamento dos cônjuges. (TARTUCE, 2015, p. 932).

Cumpre salientar que, após a Emenda Constitucional nº 66/2010 (Emenda do Divórcio), o instituto da separação conjugal (seja judicial ou extrajudicial) perdeu relativa relevância. Isso porque a referida emenda tornou possível que a dissolução do casamento ocorresse por meio de divórcio direto, o que tornou mais rara a ocorrência de pedidos de separação judicial.

É o que esclarece TARTUCE (2015):

No estudo da dissolução da sociedade conjugal, era comum a diferenciação entre a separação jurídica ou de direito – a englobar a separação judicial e a extrajudicial – e o divórcio. A separação jurídica colocava fim somente à sociedade conjugal, persistindo o casamento, enquanto que o divórcio findaria o casamento e, conseqüentemente, a sociedade conjugal. Havia, portanto, um sistema bifásico de extinção dos institutos, o que foi banido com a Emenda do Divórcio, de acordo com a

corrente doutrinária e jurisprudencial seguida por este autor. (TARTUCE, 2015, p. 931).

Apesar dessa relativa perda de abrangência jurídica, os dois institutos (separação judicial e de fato) permanecem existentes. Nesse contexto, cabe identificar se há diferença nos seus efeitos no que tange à extinção da sociedade conjugal e a consequente remoção da causa de suspensão do prazo prescricional entre cônjuges.

### **3. DA EXTINÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL PELA SEPARAÇÃO DE FATO.**

Em uma leitura literal, o art. 1.571 do CC estabelece apenas a separação judicial como uma causa extintiva da sociedade conjugal. Interpretando-o restritivamente, seria extraída a noção de que a separação extrajudicial (separação de fato), em si, não extinguiria a sociedade conjugal.

Por essa razão, enquanto os indivíduos envolvidos no matrimônio não formalizassem judicialmente sua separação, ou a convertessem em divórcio, permaneceriam suspensos os prazos prescricionais dos direitos que um possuiria em face do outro. Nota-se que, por essa interpretação, a suspensão do prazo prescricional se manteria indefinidamente, mesmo que a separação de fato durasse dezenas de anos ou a integridade da vida dos cônjuges.

Todavia, quando chamado a decidir sobre o tema, em julgado recente, o STJ, em caso concreto, considerou possível que a separação de fato seja causa extintiva da sociedade conjugal:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO NCPC. FAMÍLIA. DIVÓRCIO. PRETENSÃO DE PARTILHA DE BENS COMUNS APÓS 30 (TRINTA) ANOS DA SEPARAÇÃO DE FATO. PRESCRIÇÃO. REGRA DO ART.

197, I, DO CC/02. OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. EQUIPARAÇÃO DOS EFEITOS DA SEPARAÇÃO JUDICIAL COM A DE FATO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. Aplicabilidade das disposições do NCPC, no que se refere aos requisitos de admissibilidade do recurso especial ao caso concreto ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/15 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão

exigidos os requisitos de admissibilidade na forma do novo CPC.

2. Na linha da doutrina especializada, razões de ordem moral ensejam o impedimento da fluência do curso do prazo prescricional na vigência da sociedade conjugal (art. 197, I, do CC/02), cuja finalidade consistiria na preservação da harmonia e da estabilidade do matrimônio.

3. Tanto a separação judicial (negócio jurídico), como a separação de fato (fato jurídico), comprovadas por prazo razoável, produzem o efeito de pôr termo aos deveres de coabitação, de fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens (elementos objetivos), e revelam a vontade de dar por encerrada a sociedade conjugal (elemento subjetivo).

3.1. Não subsistindo a finalidade de preservação da entidade familiar e do respectivo patrimônio comum, não há óbice em considerar passível de término a sociedade de fato e a sociedade conjugal. Por conseguinte, não há empecilho à fluência da prescrição nas relações com tais coloridos jurídicos.

4. Por isso, a pretensão de partilha de bem comum após mais de 30 (trinta) anos da separação de fato e da partilha amigável dos bens comuns do ex-casal está fulminada pela prescrição.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1660947/TO, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/11/2019, DJe 07/11/2019).

Em síntese, o caso envolvia dois indivíduos casados sobre o regime de separação total de bens que se separaram extrajudicialmente (separação de fato) sem realizar a adequada partilha dos seus bens, estipulando apenas, em acordo, que a propriedade do imóvel comum do casal seria entregue ao marido, e que este, em compensação, forneceria outro imóvel à esposa. Passados mais de trinta anos sem que o acordo fosse cumprido, a mulher peticionou na justiça pugnando pela realização da partilha dos bens. O marido alegou, então, que o referido direito de partilha, bem como o direito de exigir o cumprimento do acordo fixado entre eles, estaria prescrito. Em razão disso, a mulher alegou que a prescrição não poderia ocorrer, uma vez que não tinham formalizado sua separação judicial, de modo que o prazo prescricional das obrigações contraídas entre eles estaria suspenso.

Em primeira instância, o juiz de primeiro grau entendeu pela procedência do pedido, acolhendo a interpretação restritiva de que a separação de fato, mesmo que perdure por vários anos, não possuiria o condão de extinguir a sociedade conjugal. Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins reformou a sentença e considerou prescrita a obrigação de partilha, reconhecendo a possibilidade de que a separação de fato, no caso em tela, tivesse extinguido a sociedade. Posteriormente, o STJ, em julgamento de recurso especial, ratificou o acórdão do tribunal de segunda instância.

Extraí-se do acórdão do STJ que, excepcionalmente, seria possível que uma separação extrajudicial extinguisse a sociedade conjugal, nas hipóteses em que esta perdurasse de forma estável, por um longo período de tempo (trinta anos, no caso). A extinção da sociedade conjugal implicaria o início do prazo prescricional, e, considerando que o maior prazo prescricional previsto na legislação brasileira é de 20 anos, inevitavelmente, já estaria prescrita a pretensão da ex-cônjuge.

Destaca-se que o STJ não dispôs que a separação de fato seria causa extralegal de extinção da sociedade conjugal. Pelo contrário, a referida corte entendeu que o inciso I do art. 1.571 não pode ser interpretado restritivamente, de maneira que, da sua aplicação, concluiria-se a possibilidade de, excepcionalmente, a separação de fato servir como causa extintiva da sociedade conjugal.

Analisando-se o julgado referido, conclui-se pelo seu acerto. Primeiramente, porque a sua interpretação vai ao encontro à razão de ser da existência da própria causa de suspensão do prazo prescricional. Como já explicado no início do presente trabalho, é sabido que a *mens legis* (a intenção do legislador), ao criar a suspensão do prazo prescricional entre cônjuges, era de ordem moralista e social. Nesse diapasão, a finalidade precípua era de evitar que surgissem atritos jurídicos entre os cônjuges, e que desse conflito pudesse ser prejudicado seu vínculo afetivo e sua lealdade.

Ora, se os cônjuges já se encontram separados há mais de trinta anos e não mantêm entre si qualquer espécie de afeto, tendo construído vidas completamente independentes, não há razão de ser para que o instituto se mantenha. Nota-se que o STJ preferiu, portanto, realizar uma interpretação teleológica do art. 197, I, do CC, isto é, em vez de interpretá-lo literalmente, optou-se por uma interpretação que fosse mais coerente com a sua razão de existência.

Nesse diapasão, há doutrina que sustenta a distinção entre vínculo conjugal e sociedade conjugal. Sobre essa perspectiva, enquanto o vínculo conjugal seria a relação jurídica em si, a sociedade conjugal corresponderia aos deveres inerentes de fidelidade, lealdade e de afeto, bem como a todos os direitos inerentes a eles. A

extinção da primeira implicaria a da segunda, mas a máxima oposta não seria verdadeira.

A respeito do tema, leciona NADER (2016):

No casamento havemos de distinguir o vínculo matrimonial da chamada sociedade conjugal. O vínculo é a relação jurídica, que se forma com o ato civil, instaura a sociedade conjugal e se apaga com a morte, invalidade do casamento e divórcio. Sociedade conjugal é a comunhão de vida, a convivência a ser pautada pela observância de múltiplos deveres. Quando se extingue o vínculo, ipso facto, extingue-se igualmente a sociedade conjugal, mas a recíproca não é verdadeira. (NADER, 2016, p. 305).

O entendimento acima esposado vai ao encontro do julgado do STJ. Isso porque, em uma separação de fato que se prolongue por período de tempo excessivo, como no caso em tela, resta evidente que já não existem mais nenhum dos deveres inerentes à união matrimonial, implicando extinção da sociedade conjugal, e, por corolário, o fim da suspensão legal dos prazos processuais.

Ressalva-se, contudo, que a admissibilidade de extinção da sociedade conjugal em consequência da separação de fato deve ser feita apenas excepcionalmente. Conforme exposto, há distinção efetiva entre a separação fática, que frequentemente ocorre sem que isso implique fim ao matrimônio, e a separação judicial, que põe término definitivo a ele. Considerar que a separação de fato possuiria, sempre, os mesmos efeitos da separação judicial, seria uma perversão dos institutos, capaz de gerar catastróficas consequências jurídicas.

Não obstante, em casos específicos, em que o elevado decurso de tempo, somado a outras variáveis, evidencie a ausência completa dos deveres conjugais (sociedade conjugal), pode a separação extrajudicial ser tida como causa extintiva da sociedade conjugal. Nesses casos, correrá normalmente a prescrição entre os cônjuges. Entretanto, uma vez que não se é possível precisar o exato dia em que essa separação se torna definitiva, a abordagem da prescrição deve ser feita de forma cautelosa, de maneira que, idealmente, apenas seria reconhecível quando o transcurso do tempo for suficientemente elevado para que se tenha absoluta certeza de que, inevitavelmente, encontra-se prescrito o direito.

#### **4. CONCLUSÃO.**

O presente artigo conclui que há, no ordenamento jurídico brasileiro, dois institutos capazes de impedir a invocação de determinado direito em razão do

decurso do tempo: a prescrição e a decadência. Esmiuçadas as características da primeira, nota-se que a o Código Civil estabelece hipóteses de sua suspensão, sendo uma delas a união matrimonial, relativa aos direitos de um cônjuge em face do outro.

Essa suspensão perdura, segundo a lei, enquanto durar a união matrimonial, apenas se extinguindo com a morte de um dos cônjuges, pela anulação ou decretação de nulidade do casamento ou pela ocorrência de separação judicial ou de divórcio (art. 1.571 do CC). Pela literalidade da lei, a separação de fato não seria causa extintiva da sociedade conjugal, de maneira que o prazo prescricional das obrigações recíprocas permaneceria suspenso, indefinidamente, enquanto os indivíduos permanecessem separados apenas extrajudicialmente.

Apesar do exposto, apresentou-se julgado do STJ em que foi reconhecida, excepcionalmente, a extinção da sociedade conjugal em face de uma separação de fato que perdurou por mais de trinta anos. Concluiu-se que o referido julgado está correto, uma vez que se revela condizente com a finalidade da norma que estabelece a suspensão do prazo prescricional, que é evitar a criação de conflitos entre os cônjuges e respeitar os deveres inerentes ao casamento, além de estar em acordo com a parcela da doutrina que diferencia vínculo conjugal e sociedade conjugal.

Ressalvou-se, ainda, que, embora seja possível que uma separação de fato seja interpretada como extintiva de uma sociedade conjugal, essa regra não pode ser absoluta, sob pena de confundir os institutos da separação judicial e extrajudicial. Assim, apenas excepcionalmente, e concretamente, poderia se admitir essa hipótese. Da mesma forma a prescrição em decorrência de separação de fato apenas poderia ser reconhecida quando, após elevados períodos de tempo, restar incontestável que determinado direito encontra-se prescrito.

Espera-se que futuros estudos sejam realizados sobre o tema, precipuamente para diferenciar os institutos do vínculo conjugal e da sociedade conjugal. Igualmente, seria interessante se fossem desenvolvidas diretrizes mais consolidadas para o reconhecimento de eventual prescrição entre cônjuges separados extrajudicialmente.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Lei nº 10.046 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)**. Brasília, DF: Presidência da República.

Disponível em:

< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm) >. Acesso em: 20/08/2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Congresso Nacional.

Disponível em:

< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 20/08/2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **A separação de fato por tempo razoável mitiga a regra do art. 197, I, do Código Civil**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:  
<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/876e8108f87eb61877c6263228b67256>>. Acesso em: 04/11/2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 09. ed. – Salvador/BA: Editora Juspodium, 2018.

LEAL, Antônio Luís da Câmara. **Da Prescrição e da Decadência – Teoria Geral do Direito Civil**. 03. ed. Atualizada por Aguiar Dias – Rio de Janeiro/RJ: Editora Forense, 1978.

NADER, Paulo. **Curso de direito civi: vol. 5: direito de família**. 07. ed. – Rio de Janeiro/RJ: Editora Forense, 2016

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito de direito civil: volume único**. 05. ed. – São Paulo/SP: Editora Método, 2015.

## **A POSSIBILIDADE DE VENDA DE ATIVOS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL SOB O MANTO DO JUDICIÁRIO**

**VALÉRIA VAZ DE LIMA**, procuradora do município de Campinas, Procuradora do Município de Campinas, Especialista em Direito Administrativo pela USP Ribeirão Preto; Especialista em Processo Civil e Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura/SP

**Resumo:** O presente artigo tem como fonte a pesquisa jurisprudencial a respeito da possibilidade da venda direta de ativos durante o processamento da recuperação judicial, para tanto buscou-se a interpretação da legislação atual sobre o tema, com a leitura de artigos específicos também, sem olvidar das decisões de tribunais e do Superior Tribunal de Justiça.

**Abstract:** This article is based on jurisprudential research regarding the possibility of direct sale of assets during the processing of judicial reorganization, for which purpose the interpretation of the current legislation on the subject was sought, with the reading of specific articles as well, without forgetting the decisions of courts and the Superior Court of Justice.

**Palavras chave:** Direito Empresarial; Recuperação Judicial; Venda de ativos; Jurisprudência.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. Desenvolvimento. 3. Considerações finais. 4. Referências.

### **1 Introdução**

As crises econômicas afetam não só pessoas físicas como também as sociedades empresárias, essas últimas acabam por refletir suas crises na sociedade em geral pois produzem bens e serviços, além é claro de ofertar empregos. Ao levar em consideração a escolha pelo legislador constituinte brasileiro pelo capitalismo, a crise de uma sociedade empresária deve ser socorrida no intuito de permitir sua manutenção no mercado e quitação de suas dívidas. Para isso o legislador brasileiro publicou a lei 11.101/2005 prevendo o instituto da recuperação judicial ao cumpridor de seus requisitos iniciais, concedendo oportunidades ao empresário em crise. Assim sendo, dentro desse instituto é atribuído ao empresário ainda em atividade a suspensão de execuções, parcelamento de dívidas, deságio de dívidas, dentro de um plano a ser aprovado de recuperação.

Ainda no contexto da crise não é demais mencionar que a busca por numerários será insistente para a concretização do almejado soerguimento da empresa, ocorre que uma das formas de entrada de dinheiro é a venda de ativos. Toda empresa é possuidora e proprietária de ativos que podem ser interessantes ao mercado, inclusive à concorrência, empresa em crise não é sinônimo de empresa desinteressante, nem obsoleta, sempre há algo a ser vendido. Ocorre que essa venda tem que ser facilitada de modo a ser interessante e célere, além de não depreciar com o tempo o bem que pode ser vendido logo. Nesse pensamento é que o presente texto abordará a questão da venda direta dos ativos da empresa em recuperação judicial sem a necessidade da venda concorrencial determinada em alguns casos, sem a necessidade das formalidades de leilão, propostas fechadas e pregão. A facilitação da venda de ativos na forma direta e com autorização judicial ajudará a empresa a manter-se no mercado, e aumentará o interesse de compradores se for possível uma compra rápida, segura, sem os ônus do adquirente. É essa a ideia que o presente trabalho irá desenvolver, ao cotejar a legislação do instituto e suas possíveis interpretações com os casos concretos e o enfoque jurisprudencial, na tentativa de dinamizar e não engessar, é claro que com toda a segurança jurídica que o caso requer, a recuperação judicial, lhe possibilitando a venda direta dos ativos como uma das alternativas de entrada de numerário ao empresário.

## **2 Desenvolvimento**

Quando pensamos em recuperação judicial na forma como atualmente proposta, e não como um antigo favor legal, nos moldes da antiga concordata, pensamos numa empresa endividada porém com esperança e compromisso na manutenção de suas atividades, contratos, pagamentos e fornecimentos, enquanto busca e cumpre um plano de recuperação judicial para saldar suas dívidas conquanto mantém suas atividades.

A Lei 11.101/2005 foi editada, tendo como princípios basilares a preservação da empresa, a proteção aos trabalhadores, e por fim os interesses dos credores. Não foi por acaso a escolha do legislador inclusive nessa ordem dos valores a serem tutelados, a saber primeiro a manutenção da produção, segundo o emprego dos trabalhadores e depois os interesses dos credores, nota-se que os dois primeiros valores tutelados são de ordem coletiva e social próximos da chamada função social da empresa e o terceiro o compromisso contratual da empresa inclusive no pagamento de seus credores.

Lei 11.110/05 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.

Esta preocupação da manutenção da empresa conforme o artigo 47 da lei 11.101/2005 veio a dar efetividade aos princípios constitucionais da ordem econômica, dispostos no artigo 170 da Constituição Federal, vejamos:

CF Art.170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I- soberania nacional;

*II- propriedade privada;*

*III- função social da propriedade;*

*IV- livre concorrência;*

V-defesa do consumidor;

VI- defesa do meio ambiente;

VII- redução das desigualdades regionais e sociais;

*VIII -busca do pleno emprego;*

IX- tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte (itálicos nossos).

A importância da manutenção da empresa fundamenta-se no artigo constitucional exposto acima, notadamente porque valoriza o trabalho humano e a livre iniciativa, garantindo que a empresa atinja a sua função social e mantenha a concorrência, já que a extinção de uma empresa ou várias do mesmo ramo pode levar à predominância de uma ou apenas algumas no mesmo ramo, diminuindo assim a paridade competitiva tão salutar à economia. Não se pode olvidar que as empresas guardam grande interesse social, pois sua existência preserva os empregos e os direitos trabalhistas que dele descendem, por ser unidade produtiva fomenta a economia, já que através delas se consegue distribuir bens e serviços, atendendo à demanda de consumo interno, e também para que se fomenta o mercado internacional no caso das exportações, gerando ao final saldo favorável na balança comercial, essencial para economia do país.

Ao preservar a empresa, o emprego e o pagamento dos credores, o artigo 47 da lei 11.101/05 acima comentado, preserva o trinômio perfeito da economia composto por produção, consumo, pagamento de fornecedores e credores. O emprego gera renda, ninguém é somente trabalhador mas sim também um consumidor em potencial, a produção coloca bens no mercado para serem consumidos, e uma vez o trabalhador adquirindo esses bens fulcrados no recebimento de salários os pode pagar, uma vez entrando dinheiro fruto das vendas de produtos próprios da empresa, essa consegue saldar seus compromissos com fornecedores e credores. Se um dos elementos desse trinômio for atingido, as bases da economia enfraquecerão exponencialmente. No presente trabalho nos atentaremos aos credores e a satisfação de seus interesses na recuperação judicial. Já adiantamos que vendas serão necessárias por parte da recuperanda, não liquidar parte do patrimônio seria um luxo de que a recuperanda não poderia usufruir.

A recuperação judicial nada mais é que um recurso que a lei brasileira confere ao empresário em crise para evitar a falência, na qual será elaborado um plano a ser apresentado ao juiz na tentativa de cumprimento de seus compromissos financeiros anteriormente assumidos. Entendido isso e o contexto da crise é forçoso concluir que algumas vendas serão necessárias para o objetivo inclusive de cumprimento do plano. A venda de ativos da recuperanda apresenta-se como uma forma de entrada de recursos financeiros propiciando a manutenção da atividade e facilitando os pagamentos já esboçados no plano.

Há ativos na empresa que são de grande interesse comercial e prescindíveis da recuperanda naquele momento, assim como há ativos de manutenção onerosa para a recuperanda, e que a prudência aconselha desfazer se deles na crise da empresa.

Para o alcance da venda de ativos podemos concluir que a lei confere a possibilidade da modalidade ordinária de venda conforme o artigo 142 da lei de falências:

Art.142 da lei 11.101/2005 O juiz, ouvido o administrador judicial e atendendo à orientação do Comitê, se houver, ordenará que se proceda à alienação do ativo em uma das seguintes modalidades: *I – leilão, por lances orais; II – propostas fechadas; III – pregão* (itálicos nossos).

Ocorre que o artigo 142 retromencionado está contido na Seção X do Capítulo V da Falência, na lei 11.101/05, ou seja não se trata de um artigo específico da Recuperação Judicial mas sim do instituto da falência, por outro lado trata-se de um artigo exigente de formalidades para a alienação, como o leilão, propostas fechadas e pregão que são modalidades públicas de venda e que demandam um maior

dispêndio de tempo na negociação, afastando assim eventuais interessados na compra dos ativos, embora proporcionador de maior segurança na venda dos mesmos se levarmos em consideração possíveis fraudes e ilicitudes.

Seria justificável a indagação portanto: Deveríamos estender a aplicação desse artigo 142 também à venda de ativos na recuperação judicial? Somente permitindo as vendas de ativos na recuperação judicial em sua forma ordinária? A resposta mais sensata conforme a exegese jurídica é não, pois trata-se de um artigo restritivo às possibilidades de venda, permitindo essa somente se dentre as três formalidades apresentadas, nem sequer mencionando a venda direta, e um artigo restritivo deve ter também uma interpretação restritiva, não sendo aplicável extensivamente nem interpretado extensivamente, não incidindo luzes a outros institutos que não unicamente o que está inserido expressamente. Dessa forma pode-se entender que é possível a venda direta de ativos na recuperação judicial, ou venda extraordinária como classifica a doutrina desde que com autorização judicial como veremos adiante.

Sobre o assunto a nobre juíza e professora Renata Mota Maciel M. Dezem, em artigo publicado em conjunto com Newton De Lucca leciona (2016, p. 402):

“ Nesse aspecto, a prática mostra diversos exemplos nos quais a venda de ativos por modalidades alternativas é muito benéfica ao processo de recuperação da empresa, sobretudo em nichos de mercados específicos, nos quais a gama de interessados nos ativos da empresa é reduzida ou restrita. Portanto, não se pode sumariamente tachar de fraudulenta ou suspeita toda e qualquer proposta de venda alternativa de ativos, ou mesmo excluir-lhe as garantias legais, como a não sucessão pelo adquirente, que torna atraente (ou menos arriscada) a aquisição de bens de empresas em recuperação judicial.”

Também no artigo intitulado, Venda direta de ativos na recuperação judicial, de autoria de Gildásio Pedrosa de Lima, advogado, especialista em Direito Empresarial no site <https://velosodemelo.com.br/venda-direta-de-ativos-na-recuperacao-judicial/> acessado em 07/01/2021 foi defendido que a venda direta em recuperação judicial pode ser autorizada pelo juiz sem prejuízo do andamento das atividades da empresa e do processo, e com economicidade e praticidade, assim escrito:

“A alienação por oferta pública nesses casos, embora traga lisura e segurança quanto a busca pela melhor oferta, implica em demora excessiva ante a necessidade de elaboração e

publicação de editais. É também onerada pelos custos com a publicações e contratação de leiloeiro. Tais ritos e despesas não tem sentido prático e econômico se não há expectativa de concorrência ou se a demora puder inviabilizar o negócio.

Dessa forma, o juiz, auxiliado pelo Administrador Judicial e o Comitê de Credores, deve analisar as circunstâncias fáticas e autorizar que a alienação ocorra de forma extraordinária e direta, dispensando o procedimento ordinário, sempre que a situação claramente assim requerer para a preservação da empresa e do interesse dos credores.”

O outro ponto que se coloca em análise é a ausência de sucessão do adquirente dos ativos nos ônus, principalmente trabalhistas e fiscais, pois caso haja a sucessão nas obrigações do devedor poucos serão os interessados em comprar algum ativo da recuperanda, vez que nenhum sentido terá a autorização da venda dos ativos se aquele que se dispõe a comprar herdar com seu ato as dívidas do devedor em recuperação judicial. Ciente disso, o legislador expressamente, no artigo 60 parágrafo único libera o comprador da sucessão para casos de venda das filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, desde que observada a forma pública ordinária de venda como visto anteriormente, quais sejam, o leilão, por lances orais; as propostas fechadas; e o pregão.

Art. 60 da Lei 11.101/05 Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, *observado o disposto no art. 142 desta Lei* (itálicos nossos).

Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei.

Da leitura do artigo acima e sua mera interpretação gramatical poder-se-ia chegar à conclusão de que a desoneração do adquirente da condição de sucessor e isenção do bem alienado de quaisquer ônus, inclusive os tributários, somente ocorreria se, os objetos a serem alienados fossem as filiais e/ou unidades produtivas isoladas e, mesmo assim com a modalidade de venda ordinárias ou públicas. Contudo entendemos que se a alienação pretendida for por venda direta, mas contar com a aprovação dos credores, colacionados ao plano pronunciando-se favorável em assembléia, do administrador judicial e do Ministério Público não haverá problemas

em levar a venda a autorização judicial e assim sob o manto da justiça conseguir novos valores líquidos para sem prejudicar as atividades da empresa, ingressar um montante que proporcionará fôlego para os pagamentos do plano elaborado.

A melhor interpretação legislativa para o caso em comento é a interpretação sistemática de todo o arcabouço da lei 11.101/2005 e da Constituição Federal para ficar o adquirente desonerado da condição de sucessor e o objeto da alienação livre de quaisquer ônus, consoante os artigos 60, parágrafo único, e 141, inciso II da referida norma.

O juiz competente pode e deve ter autonomia para autorizar a venda por outros meios, sempre que for necessário, *mesmo na recuperação judicial*, a exemplo do que já ocorre na falência, ainda que aqui com autorização expressa da lei consubstanciada no artigo 144.

Art. 144 da Lei 11.101/05 Havendo motivos justificados, o juiz poderá autorizar, mediante requerimento fundamentado do administrador judicial ou do Comitê, modalidades de alienação judicial diversas das previstas no art. 142 desta Lei. Sobre o assunto vejamos o acórdão do STJ (STJ - REsp: 1819057 RJ 2019/0049402-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 10/03/2020, T3 -TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/03/2020):

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA ALIENAÇÃO DE BENS QUE INTEGRAM O ATIVO PERMANENTE DAS SOCIEDADES DEVEDORAS. OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 142 DA LEI 11.101/05. DESNECESSIDADE. NORMA QUE SE DESTINA À REALIZAÇÃO DO ATIVO DE SOCIEDADES FALIDAS. EXCEÇÃO LEGAL (ART. 60 DA LFRE) QUE PREVÊ SUA INCIDÊNCIA EM PROCESSOS DE SOERGIMENTO UNICAMENTE QUANDO SE TRATAR DE ALIENAÇÃO DE FILIAIS OU UNIDADES PRODUTIVAS ISOLADAS. ART. 870 DO CPC/15. INAPLICABILIDADE. HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DISTINTAS DA SITUAÇÃO DOS AUTOS. 1. Recuperação judicial distribuída em 12/11/2013. Recurso especial interposto em 28/7/2017. Autos conclusos à Relatora em 4/4/2019. 2. O propósito recursal é definir se, uma vez reconhecida a utilidade e a urgência na alienação de bens integrantes do ativo permanente de empresa em recuperação judicial, o juiz deve observar a sistemática prevista no art. 142 da Lei 11.101/05. 3. A Lei de Falência e Recuperação de

Empresas prevê, em seu art. 66, a possibilidade de alienação de bens integrantes do ativo permanente do devedor. Para tanto, o juiz responsável pela condução do processo deve autorizar a venda, caso reconheça a existência de evidente utilidade na adoção de tal medida. Não há exigência legal de qualquer formalidade específica para avaliação dos ativos a serem alienados, incumbindo ao juiz verificar as circunstâncias específicas de cada caso e adotar as providências que entender cabíveis para alcançar o melhor resultado, tanto para a empresa quanto para os credores e demais interessados. 4. Os dispositivos apontados como violados pela recorrente não guardam relação com a hipótese fática dos autos: o art. 142 da LFRE cuida de matéria afeta, exclusivamente, a processos de falência, regulando de que forma será efetuada a realização do ativo da sociedade falida; o art. 60 do mesmo diploma legal possui como hipótese de incidência a alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor; e o art. 870 do CPC/15 trata, tão somente, de enunciar os sujeitos encarregados pela determinação do preço de bens penhorados em processos de execução por quantia certa. 5. A Lei 11.101/05 contém mecanismos de fiscalização e controle dos negócios praticados pelo devedor, a fim de que não sejam frustrados os interesses dos credores. Uma vez deferido o processamento da recuperação judicial, as atividades da sociedade passam a ser rigorosamente fiscalizadas pelo administrador judicial e, quando houver, pelo comitê de credores, sendo certo que todos eles, juntamente com o devedor, respondem pela prática de atos incompatíveis com o bom andamento da ação recuperacional. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

Vejamos também o acórdão 1151274, 07015733620188070000, Relator Des. Teófilo Caetano, 1ª Turma Cível, data de julgamento: 13/02/2019, publicado no DJe: 22/02/2019.

DIREITO EMPRESARIAL E PROCESSUAL CIVIL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PROCESSAMENTO. ALIENAÇÃO DIRETA DE UNIDADE PRODUTIVA DA RECUPERANDA. DESONERAÇÃO DO ADQUIRENTE DA CONDIÇÃO DE SUCESSOR E ISENÇÃO DO IMÓVEL ALIENADO DE QUAISQUER ÔNUS. FORMA EXTRAORDINÁRIA DE DISPOSIÇÃO PATRIMONIAL. ANUÊNCIA DOS CREDITORES, DO ADMINISTRADOR JUDICIAL E DO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. FORMA DE ASSEGURAR

EFETIVIDADE À RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA REGULAÇÃO LEGAL (LEI Nº 11.101/05, ARTS. 60, 141, II, 144 e 145). OBTENÇÃO IMEDIATA DE ATIVOS INDISPENSÁVEIS À VIABILIZAÇÃO DO PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO. PRODUTO. DEPÓSITO EM JUÍZO E REVERSÃO À REALIZAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO. DEFERIMENTO DA VENDA. OBJETO DO RECURSO. DESISTÊNCIA DA AQUISIÇÃO DE UMA UNIDADE PRODUTIVA. AFETAÇÃO. PREJUDICIALIDADE. CONHECIMENTO PARCIAL. MODULAÇÃO.

1. Manifestando a sociedade empresária interessada na aquisição de ativos da recuperanda desistência na aquisição de uma das unidades produtivas isoladas cuja alienação integra o objeto do recurso em razão de ter restado materialmente inviabilizada, a formulação, que independe de anuência ou oitiva da parte contrária, afeta o objeto recursal, pois fica prejudicado quanto à unidade especificada, determinando a modulação do objeto do inconformismo em conformidade com a pretensão reformatória remanescente.

2. Consoante a disciplina legal, havendo motivos justificados, o juiz da recuperação poderá autorizar, mediante requerimento fundamentado do administrador judicial ou do comitê de credores, modalidades de alienação do patrimônio da recuperanda diversas das ordinariamente previstas, ressalvado que eventual alienação extrajudicial não poderá contar com as salvaguardas pertinentes à desoneração do adquirente da condição de sucessor e isenção do bem alienado de quaisquer ônus, inclusive tributários, da responsabilidade da recuperanda (Lei nº 11.101/05, art. 144).

3. Aviada proposição de alienação direta de unidade de propriedade da recuperanda pelo administrador, contando com a anuência dos credores reunidos em assembleia e do Ministério Público, estando a proposta formulada pelo interessado aparelhada, ademais, por laudo que atesta sua coincidência com os valores de mercado, coincidindo a disposição patrimonial com o interesse de ser viabilizado o processamento da recuperação e erguimento da recuperanda, conquanto não ultimado o ato de alienação em sede de leilão, mas derivando de autorização judicial motivada pela necessidade premente de serem apurados ativos destinados à realização do plano de recuperação, viável que ao adquirente e ao imóvel sejam asseguradas a blindagem legalmente resguardada.

4. Mediante interpretação sistemática

da regulação legal, sobeja viável que, em situações excepcionais, conquanto consumada a alienação de patrimônio destacado da recuperanda de forma isolada e à margem da sistemática ordinária, sejam assegurados ao adquirente e à unidade alienada, evidenciada a higidez do negócio, a blindagem assegurada quando a disposição é realizada em sede de leilão judicial como forma de ser assegurada viabilidade ao processamento da recuperação e ao soerguimento da recuperanda (Lei nº 11.101/05, arts. 60, 141, II, 144 e 145). 5. Agravo parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido. Unânime.

### **3 Considerações Finais**

Embora da leitura pura e simples dos art. 60, parágrafo único e 141 inciso II, 144 e 145 da lei 11.101/2005 possa se vislumbrar num primeiro momento a impossibilidade da venda direta dos ativos da empresa em recuperação judicial, durante o processamento da mesma e a execução do plano, ao buscar se uma interpretação sistemática e teleológica das normas, com a adição dos princípios de manutenção da empresa e da função social empresária, chega-se à conclusão de que a venda direta ou extraordinária de ativos pode representar uma possibilidade de entrada rápida de numerário para a empresa, possibilitando assim com maior facilidade o cumprimento do plano traçado.

A mesma interpretação sistemática possibilita a conclusão de que é possível a venda direta dos ativos, conforme a jurisprudência colacionada segundo alguns critérios, como a concordância dos credores e do administrador judicial em assembleia, a anuência do ministério público de primeiro grau, somados ao manto da autorização judicial. O importante é que a venda, ainda que direta, seja de parte dos ativos para que não seja o instituto assemelhado ao da falência, onde a liquidação total é o alvo, porém se tal venda se der apenas de parte do patrimônio na recuperação judicial, com segurança jurídica, ausência de fraudes e ilicitudes e ainda com a finalidade de saldar as dívidas apresentadas no plano de recuperação de forma mais célere, o instituto se mostra muito útil e eficiente não havendo motivos para rechaçá-lo.

### **REFERÊNCIAS**

COSTA, DANIEL CARNIO; RODRIGUES FILHO, JOÃO DE OLIVEIRA. Prática de Insolvência Empresarial. Curitiba: Juruá Editora, 2019.

DE LUCCA, NEWTON; DEZEM, RENATA MOTA MACIEL. A venda de ativos na recuperação judicial e os reflexos no âmbito dos registros públicos. In: MENDES,

BERNARDO BICALHO DE ALVARENGA. (Coord.). Aspectos Polêmicos da Lei de Recuperação de Empresas. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. v. 1, cap. 18, p. 383-413.

DE LIMA, Gildásio Pedrosa; <https://velosodemelo.com.br/venda-direta-de-ativos-na-recuperacao-judicial/>

acórdão 1151274

<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/informativos/2019/informativo-de-jurisprudencia-n-387/recuperacao-judicial-2013-possibilidade-de-alienacao-direta-de-unidade-produtiva>

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm)

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

## LIMITES À NEGOCIAÇÃO COLETIVA PÓS LEI 13.467/2017

**BÁRBARA BARBOSA FERNANDES:**

Advogada. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo IBMEC/RJ e pela Escola de Magistratura de Florianópolis/Amatra12. Pós-graduada em Gestão Jurídica Empresarial pela FGV/RJ. Mestranda em Direito do Trabalho pela PUC/SP.

**RESUMO:** O presente artigo explora a temática dos limites da negociação coletiva pós Lei 13.467 de 2017, enunciando a relevância e as funções dos pactos negociados no Brasil. Adota-se uma análise crítica sobre o princípio da proteção versus autonomia da vontade coletiva, bem sobre o movimento flexibilizatório negocial, com a finalidade de se compreender se estamos diante de um retrocesso social ou, se vislumbra-se a valorização da autonomia da vontade, possibilitando uma flexibilização de direitos negocial responsável. Denota-se questões relativas à necessidade do Direito do Trabalho se adequar ao novo contexto econômico vivenciado, agravado pela pandemia da covid-19. Efetiva-se a análise do art. 611-B da CLT e, para esta pesquisa, foi adotado o procedimento metodológico de revisão bibliográfica e levantamento documental.

**Palavras-chave:** Limites. Negociação Coletiva. Reforma Trabalhista. Autonomia da Vontade.

**ABSTRACT:** This article explores the limits of collective bargaining after Law 13,467 of 2017, stating the relevance and function of negotiations in Brazil. A critical analysis is adopted on the principle of protection versus autonomy of collective will, as well as on the flexibilizing negotiation movement, in order to understand whether we are facing a social regression or, if we see the valorization of the autonomy of will, enabling a responsible flexibilization of negotiation rights. There are questions regarding the need for Labor Law to adapt to the new economic context experienced, aggravated by the covid-19 pandemic. The analysis of art. 611-B of the CLT is carried out and, for this research, the methodological procedure of bibliographic review and documental survey was adopted.

**Keywords:** Limits. Collective bargaining. Labor Reform. Autonomy of Will.

**SUMÁRIO:** 1.Introdução - 2. Negociação Coletiva no Brasil: funções e relevância; 3. Princípio da proteção *versus* autonomia da vontade coletiva; 4. Limites à negociação coletiva pós Lei 13.467/2017. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

## 1 INTRODUÇÃO

A reforma trabalhista de 2017 trouxe variados debates para área do direito do trabalho e, majoritariamente, defende-se a mitigação do princípio protetor em razão da autonomia da vontade coletiva consolidada na prevalência do negociado sobre o legislado.

No presente artigo, pretende-se tratar da relevância das negociações coletivas para a conjuntura trabalhista, de modo que reste assegurada a autonomia da vontade e, sobretudo, para que os acordos e convenções coletivos sejam capazes de cumprir a função social, política e econômica que estão destinados.

Para construir a fundamentação, é traçado um paralelo entre o princípio protetor, base do direito laboral, e a autonomia da vontade coletiva, esclarecendo que, quando falamos de uma flexibilização de direitos responsável, não há que se falar em violação do princípio da proteção.

As divergências doutrinárias a respeito dos limites da autorização legal de flexibilizar direitos laborais pela via do negociado sobre o legislado, a partir da Lei 13.467 de 2017 são patentes. Até porque, não havia previsão legal expressa dessa forma de flexibilização.

Por derradeiro, a pesquisa através da exploração bibliográfica e com base na legislação vigente, serve de sustentação para o debate que se estabelece, de forma que se pretende aclarar a necessidade de se conferir proteção ao trabalhador, sem o afastamento da autonomia negocial pautada na boa-fé e na razoabilidade, para que o direito acompanhe os designios sociais e econômicos que se perpetuam na atualidade.

## 2 A NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO BRASIL: FUNÇÕES E RELEVÂNCIA

As negociações coletivas no Brasil desempenharam ao longo do tempo um papel de suma relevância no campo dos direitos do trabalhadores. Isto porque, muitas das conquistas alcançadas por este grupo até então, são decorrentes das transações efetivadas no âmbito coletivo.

Leciona a professora Vólia Bomfim que "A negociação coletiva é base de formação do Direito do Trabalho, pois se caracteriza como atividade típica de toda estrutura deste ramo do direito<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup>CASSAR, VÓLIA BOMFIM. Direito do Trabalho. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 1255.

A aparição legal do instituto da negociação coletiva, bem como do instrumento da convenção coletiva de trabalho no Brasil, foi no Decreto n. 21.761, de 23 de agosto de 1932<sup>17</sup>.

A Convenção nº 154 da OIT de 1981, publicada como incentivo a negociação coletiva, explana em seu artigo 2º, que a expressão "negociação coletiva" compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com o fim de: a) fixar as condições de trabalho e emprego; ou b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou c) regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez.

Doravante das negociações, dois instrumentos legais surgem no ordenamento jurídico trabalhista: a Convenção Coletiva de Trabalho e o Acordo Coletivo de Trabalho e, por intermédio deles, há uma aproximação nas relações entre empregadores e empregados, viabilizando a elucidação de problemas e a resolução de adversidades entre as partes, ensejando a celebração de acordos que aspiram o equilíbrio de direitos e deveres entre trabalhador e empregador.

Cumprе ressaltar, que as negociações coletivas ensejam a diminuição do intervencionismo estatal nas relações trabalhistas e, desempenham dois atributos fundamentais: o primeiro, representa uma fonte material na elaboração das normas positivadas; o segundo, figura como método de composição de conflitos, desempenhando uma função pacificadora.

Aliás, as negociações coletivas desempenham uma expressiva função política, econômica e social.

No âmbito político "é uma maneira de possibilitar o diálogo entre grupos com interesses antagônicos, capazes de desequilibrar a estrutura política em que o Estado se desenvolve<sup>18</sup>". Portanto, a negociação coletiva tem o condão de suprimir conflitos sociais que geram desestabilização política.

Nos ensinamentos de Amauri Mascaro Nascimento, no que se refere à função econômica, "é meio de distribuição de riquezas numa economia em prosperidade, ou de redução de vantagens do assalariado numa economia em crise. Exerce papel

17[...] o ajuste relativo às condições do trabalho, concluído entre um ou vários empregadores e seus empregados, ou entre sindicatos ou qualquer outro agrupamento de empregadores e sindicatos, ou qualquer outro agrupamento de empregados

18CASSAR, VÓLIA BOMFIM. Direito do Trabalho. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 1256.

ordenador numa economia debilitada e em recessão"<sup>19</sup>. Assim, um instrumento negocial é meio hábil para amplificar um rol de direitos e, igualmente, é capaz de flexibilizar direitos diante de um contexto de instabilidade econômica, garantindo a manutenção dos postos de trabalho.

Ademais, exerce função social quando permite a participação dos trabalhadores no procedimento de deliberações da empresa, possibilitando a harmonia no ambiente de trabalho quando da criação de condições de trabalho benéficas ao trabalhador. Aqui, é necessário frisar a importância da participação ativa dos empregados e empregadores nas negociações.

Sobre este debate, Pedro Paulo Manus nos ensina "O que se deseja é que empregados e empregadores tenham real conhecimento da atuação sindical e do significado e alcance das normas negociadas, a fim de que possam participar do processo de elaboração da norma coletiva"<sup>20</sup>.

Nesse cotejo, as negociações coletivas não podem ser enxergadas apenas como meio de redução de direitos, isto porque a flexibilização, além de ser capaz de manter os postos de trabalho, poderá ensejar o aumento significativo da listagem de direitos trabalhistas.

A grande adversidade, na visão de Pastore consiste no fato de que o sistema brasileiro é "antinegocial" por conjugar características estatutárias naquilo que as negociações coletivas possuem de potencial para dificultar os entendimentos entre sindicatos e patrões<sup>21</sup>. Portanto, a regulamentação de direitos através de leis pode, por vezes, intimidar a autonomia e a capacidade de negociação das partes.

Com o advento da reforma trabalhista, embora tenha havido o enfraquecimento do sindicatos pela extinção da contribuição compulsória, deu-se ênfase na prevalência do negociado sobre o legislado<sup>22</sup>, permitindo, assim, a valorização da autonomia da vontade coletiva.

---

<sup>19</sup>NASCIMENTO, Amauri Mascaro. As funções da negociação coletiva nos conflitos trabalhistas. Mascaro. São Paulo, 2014. Disponível em: [http://www.mascaro.com.br/boletim/junho2014\\_edicao\\_180/as\\_funcoes\\_da\\_negociacao\\_coletiva\\_nos\\_conflitos\\_trabalhistas.html](http://www.mascaro.com.br/boletim/junho2014_edicao_180/as_funcoes_da_negociacao_coletiva_nos_conflitos_trabalhistas.html). Acesso em: 29 nov. 2020.

<sup>20</sup>MANUS, Pedro Paulo Teixeira. A validade da negociação coletiva sob a ótica constitucional. Conj. São Paulo, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-23/reflexoes-trabalhistas-validade-negociacao-coletiva-otica-constitucional>. Acesso em: 1 dez. 2020.

<sup>21</sup>ZYLBERSTAJN, José Pastore Hélio apud AMORIM, Wilson Aparecido Costa de. Negociações Coletivas no Brasil: 50 anos de aprendizado. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>22</sup>CLT. Art. 611-A A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; II - banco de horas anual; III - intervalo intrajornada, respeitado o limite

Destaca-se, além do mais, conforme os ensinamentos do professor Paulo Sergio João que:

a insegurança jurídica de normas de convenções coletivas ou acordos coletivos de trabalho sempre foi considerada elemento da dificuldade para os avanços nas negociações coletivas, as quais, na sua maioria, limitavam-se à repetição de direitos já assegurados por lei, com pouca margem de criatividade ou adaptação, quer por iniciativa de sindicato profissional, quer por sugestão patronal<sup>23</sup>.

Sobre a questão, é tangível que a Lei 13.467 de 2017 veio para ampliar o desígnio negocial que há muito tempo vinha perdendo a força e, a novel legislação por certo, é capaz de gerar uma maior segurança jurídica quando da elaboração dos instrumentos negociais.

No âmbito das empresas, o desestímulo quanto às negociações era recorrente e, a reforma trabalhista trouxe a perspectiva de acordos coletivos realizados no estabelecimento terem mais funcionalidade e expressão quando da previsão da prevalência dos acordos sobre as convenções coletivas<sup>24</sup>.

Portanto, o que se denota é que, de fato, as negociações coletivas no Brasil apresentam uma nova roupagem pós reforma. Com efeito, basta sabermos, com o tempo, se estamos diante de um retrocesso social quanto aos direitos dos trabalhadores ou, se trata-se da valorização da autonomia privada coletiva assegurada pelo texto constitucional<sup>25</sup>.

### 3 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO *VERSUS* AUTONOMIA DA VONTADE COLETIVA

---

mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; ... VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual; X - modalidade de registro de jornada de trabalho; XI - troca do dia de feriado; XII - enquadramento do grau de insalubridade; XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho; ... XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

23JOÃO, Paulo Sergio. A intervenção mínima do Judiciário na autonomia da vontade coletiva. Conj. São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-24/reflexoes-trabalhistas-intervencao-minima-judiciario-autonomia-vontade-coletiva>. Acesso em: 29 nov. 2020.

24CLT. Art. 620. As condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho.

25CLT. Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

O princípio da proteção representa a base do Direito do Trabalho e fundamenta a própria existência do ramo jurídico laboral. A finalidade do referido princípio é a promoção do equilíbrio na relação de desigualdade, que se presume existente, entre o trabalhador e o empregador.

No que tange a conceituação, o professor Sérgio Pinto Martins explana que o o referido princípio é uma maneira de compensar a superioridade econômica do empregador em relação ao empregado, dando a este último superioridade jurídica<sup>26</sup>.

Nessa toada, Américo Plá Rodrigues explica que "o fundamento do princípio protetor está ligado à própria razão de ser do Direito do Trabalho<sup>27</sup>".

Outrossim, o citado princípio encontra-se em consonância com à máxima constitucional da igualdade, isto é, os desiguais devem ser tratados desigualmente na medida de sua desigualdade. Trata-se da chamada igualdade material ou igualdade aristotélica.

As professoras Fabíola Marques e Cláudia Abud ensinam que "o objetivo é a proteção de uma das partes (o hipossuficiente, ou seja, a parte mais fraca da relação de trabalho) para alcançar uma igualdade substancial e verdadeira entre o empregado e o empregador<sup>28</sup>".

Evidencia-se que o princípio da proteção cumpre o papel de limitador da autonomia da vontade por meio de normas de ordem pública instituídas pelo Estado, ou seja, o princípio da proteção do trabalhador resulta das normas imperativas, isto é, de ordem pública, que assinalam a intervenção do Estado nas relações de trabalho, visando opor obstáculos à autonomia da vontade<sup>29</sup>.

A partir desta permissa, cumpre ressaltar que embora o princípio da proteção subsista como um aparente óbice à autonomia da vontade coletiva, vez que por intermédio daquele, a negociação de determinados direitos encontra-se impedida, há um contexto em que a transação/flexibilização responsável se faz necessária como medida de avanço social e econômico.

O desprendimento da visão de que a flexibilização é sempre negativa e violadora de direitos fundamentais trabalhistas precisa ser considerado. Aliás, a

<sup>26</sup>MARTINS, Sergio Pinto. Curso de direito do trabalho. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 36.

<sup>27</sup>RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015. p.85.

<sup>28</sup>MARQUES, Fabíola; ABUD, Cláudia José. Direito do trabalho. 8ª ed. Grupo GEN, 2013. p.8

<sup>29</sup>SUSSEKIND, Arnaldo. Direito Constitucional do Trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 60.

flexibilização traz a possibilidade de medidas compensatórias aos trabalhadores e isso só se faz possível quando da valorização da autonomia da vontade.

Reitera-se que, a relevância do princípio da autonomia da vontade no âmbito do Direito Coletivo do Trabalho para que seja prestigiada a negociação entre empregados e empregadores, reduzindo assim a insegurança jurídica das normas negociadas que, no decorrer do tempo, por muita das vezes, limitaram-se a reproduzir os artigos da CLT30.

Percebe-se ser indispensável a similitude entre as relações laborais e a ordem econômica, prestigiando os interesses sociais dos trabalhadores, bem como a manutenção da empresa, elemento essencial para que seja possível a contratação de mão-de-obra, e, como consequência, a preservação do emprego. Logo, não é razoável pensarmos em propensões exclusivas ao trabalhador, sem vislumbrar a subsistência empresarial, a qual gera riqueza e empregos.

Portanto, quando há um embate entre o protecionismo oriundo do direito do trabalho brasileiro *versus* autonomia da vontade, faz-se necessário aplicar-se um juízo de razoabilidade quanto à flexibilização necessária de direitos. Ressalta-se, o objetivo não é contrariar direitos trabalhistas, tampouco preceitos de ordem pública.

Vivenciamos um tempo de grandes mudanças, novas formas de trabalho, novos tipos de empresas, novos contratos e crise econômica como há muito não víamos, agravada, ainda, pelo contexto da pandemia da covid-19. É primordial nos atentarmos à nova realidade e talvez, a valorização da autonomia da vontade seja um caminho a se percorrer.

#### 4 LIMITES À NEGOCIAÇÃO COLETIVA PÓS LEI 13.467/2017

A reforma trabalhista trouxe, em rol taxativo e de forma expressa, as normas trabalhistas que são insuscetíveis de supressão ou redução por intermédio de acordo coletivo ou negociação coletiva. Nesse aspecto vislumbramos aqui o primeiro limitador à negociação coletiva.

De fato, o art. 611-B da CLT31 traz os direitos insuscetíveis de supressão ou redução, o que, indubitavelmente, confere proteção aos direitos trabalhistas constitucionais.

---

30JOÃO, Paulo Sergio. A intervenção mínima do Judiciário na autonomia da vontade coletiva. Conj. São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-24/reflexoes-trabalhistas-intervencao-minima-judiciario-autonomia-vontade-coletiva>. Acesso em: 29 nov. 2020.

31CLT. Art. 611-B. I — normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social; II — seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III

Desse modo, a coerência da negociação, por óbvio, depende da observância obrigatória dos preceitos constitucionais, pois é inegável a existência de direitos indisponíveis tutelados pela ordem jurídica nacional que não podem ser objeto supressão ou redução.

Aliás, é importante asseverar, que embora estejamos falando do rol taxativo do art. 611-B da CLT, há outros limitadores à negociação coletiva que devem ser observados. É necessário que fique evidente, que o objetivo não é afastar ou mitigar direitos trabalhistas fruto de incansáveis lutas.

O cerne da questão é que, a flexibilização de direitos via negociação é capaz de trazer benefícios sociais. Por óbvio, negociação coletiva necessita ser pautada boa-fé, na equivalência dos contratantes coletivos e na razoabilidade.

Cumprido relatar o que dispõe o princípio do retrocesso social, no sentido de que direitos fundamentais trabalhistas não poderão retroceder, sendo que tal princípio permanece funcionando como limitador na negociação coletiva após a

---

— valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); IV — salário mínimo; V — valor nominal do décimo terceiro salário; VI — remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; VII — proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; VIII — salário-família; IX — repouso semanal remunerado; X — remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal; XI — número de dias de férias devidas ao empregado; XII — gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; XIII — licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias; XIV — licença-paternidade nos termos fixados em lei; XV — proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XVI — aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; XVII — normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; XVIII — adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas; XIX — aposentadoria; XX — seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador; XXI — ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; XXII — proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência; XXIII — proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; XXIV — medidas de proteção legal de crianças e adolescentes; XXV — igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso; XXVI — liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho; XXVII — direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender; XXVIII — definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve; XXIX — tributos e outros créditos de terceiros; XXX — as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.

reforma. Todavia, o que se pretende elucidar neste trabalho é o menor intervencionismo estatal por meio da flexibilização de normas via negociação coletiva, sendo certo que direitos de ordem pública deverão ser preservados.

Por certo, como bem nos ensina o professor Paulo Sergio João: "As negociações coletivas não podem servir de instrumento de ilegalidades e arbitrariedades. Merecem construir algo com bom senso e com olhar para o futuro.<sup>32</sup>" Assim, salienta-se que não podemos perder de vista a eficácia das negociações quando há legalidade, informação, igualdade, transação efetiva, dentre outros. Nestas condições, não há porque não prestigiar a autonomia da vontade coletiva.

Procura-se analisar, sem pretender esgotar a temática, se a solução para o progresso social e econômico seria uma menor interferência do Estado não relações de trabalho, além da concessão da liberdade negocial entre empregador e empregado, o que restou estipulado no art. 620 da CLT, quando da prevalência do acordo coletivo sobre a negociação coletiva.

Por hora, evidente que resquícios do protecionismo do direito individual se perfazem no direito coletivo, todavia, é primordial que levemos em conta a equivalência dos contratantes coletivos, isto é, a desigualdade oriunda do primeiro não subsiste no segundo.

Conforme o citado princípio, impõe-se que as partes capazes de celebrar Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho ostentem idêntica natureza jurídica de seres coletivos e que, sobretudo, apresentem instrumentos eficientes e equilibrados para a defesa de seus interesses opostos, para que obtenha uma regular e justa negociação.

A negociação coletiva deve ser realizada em bases justas, o que demanda o consenso e a lealdade, em consonância do princípio da boa-fé e do direito à informação. Não se trata de negociação irrestrita. Os fundamentos constitucionais e, sobretudo, à dignidade da pessoa humana representam um patamar mínimo que jamais poderá ser perdido de vista.

Finalmente, a negociação é capaz trazer proveitos e incentivos e, certamente, faz-se necessária determinada limitação, com a finalidade precípua de garantir a proteção da parte mais vulnerável das relações trabalhistas e, como nos ensina o professor Homero Batista:

---

32 JOAO, PAULO SERGIO. Negociação Coletiva na crise pós reforma trabalhista. Migalhas. São Paulo. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/271279/negociacoes-coletivas-na-crise-pos-reforma-trabalhista>. Acesso em: 27 jan. 2021.

A geração futura está autorizada a promover adaptações que se fizerem necessárias para o alcance da finalidade da norma trabalhista, contanto que não se afaste do rico acervo já conquistado pelas gerações anteriores e jamais perca de vista que a dignidade do ser humano é o fundamento derradeiro de toda e qualquer interpretação. Não cabe negociar esse núcleo duro do direito do trabalho<sup>33</sup>.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As negociações coletivas no Brasil desempenham papel relevante na construção do Direito do Trabalho. Por certo, muitos direitos conquistados e replicados na Consolidação das Leis do Trabalho se efetivaram por intermédio das lutas negociais.

Nesse aspecto, resta demonstrado que as negociações satisfazem funções de ordem política, social e econômica, ensejando a possibilidade de um diálogo equânime entre os entes coletivos, satisfazendo interesses que garantem a manutenção dos postos de trabalho.

O prestígio das negociações coletivas não representa um novo cenário no Ordenamento Jurídico brasileiro, sendo certo que a valorização da negociabilidade encontra fundamento, inclusive, na Constituição Federal de 1988.

Sobrevém que, com o advento da Reforma Trabalhista, o que salta aos olhos é a previsão expressa da flexibilização pela via negocial, com força sobressalente, como enuncia o art. 611-A da CLT.

Nessa perspectiva, sopesando os princípios da proteção e da autonomia da vontade coletiva vislumbra-se que o primeiro seja um limitador perante o segundo, vez que por intermédio daquele, a negociação de determinados direitos encontra-se impedida, há um contexto em que a transação/flexibilização responsável se faz necessária como medida de avanço social e econômico.

Logo, há necessidade das relações laborais acompanharem os desígnios sociais e econômicos oriundos do decorrer do tempo, sem que necessite da interferência estatal, visando não somente a preservação da empresa e a manutenção dos postos de emprego, mas também as novas formas de trabalho, a crise econômica que assola o país, agravada em decorrência pandemia.

---

33 SILVA, Homero Batista Mateus da. Curso de Direito Do Trabalho Aplicado, V.1: Parte Geral. Rio de Janeiro: Elsevie, 2009. p. 272

Ademais, a autonomia negocial pautada na boa-fé, princípio tratado nesse artigo, não tem condão de contrariar normas sociais trabalhistas, mas sim, confere uma elasticidade negocial necessária, possibilitando uma flexibilização de direitos responsável, com a finalidade precípua de garantia de interesses recíprocos das instituições empresariais e dos trabalhadores. É o que se vislumbra de positivo.

Contata-se, que além do rol taxativo do art. 611-B da CLT, há outros limitadores à negociação coletiva que devem ser observados, de modo que as negociações não devem ser palco de ilegalidades, tampouco de violação à dignidade da pessoa humana do trabalhador.

O prestígio das negociações coletivas pode ser um caminho a ser percorrido, desde que sejam realizadas em bases justas, o que demanda o consenso e a lealdade, em consonância com os princípios da boa-fé, da razoabilidade, do direito à informação, entre outros. Não se trata de negociação irrestrita, sendo patente que o objetivo o não é afastar ou mitigar direitos trabalhistas decorrentes de incansáveis lutas.

## REFERÊNCIAS

AMORIM, Wilson Aparecido Costa de . **Negociações Coletivas no Brasil**: 50 anos de aprendizado. São Paulo: Atlas, 2015.

CASSAR, VÓLIA BOMFIM. **Direito do Trabalho**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com comentários à Lei 13.467/2017. Ltr, 2017.

JOÃO, Paulo Sergio. **A intervenção mínima do Judiciário na autonomia da vontade coletiva**. **Conjur**. São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-24/reflexoes-trabalhistas-intervencao-minima-judiciario-autonomia-vontade-coletiva>. Acesso em: 29 nov. 2020.

JOAO, PAULO SERGIO. **Negociação Coletiva na crise pós reforma trabalhista**. Migalhas. São Paulo. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/271279/negociacoes-coletivas-na-crise-pos-reforma-trabalhista>. Acesso em: 27 jan. 2021.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira . **A validade da negociação coletiva sob a ótica constitucional**. **Conjur**. São Paulo, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-23/reflexoes-trabalhistas-validade-negociacao-coletiva-otica-constitucional>. Acesso em: 1 dez. 2020.

MARQUES, Fabíola ; ABUD, Cláudia José. . **Direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2013.

MARTINS, SERGIO PINTO. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **As funções da negociação coletiva nos conflitos trabalhistas**. Mascaro. São Paulo, 2014. Disponível em: [http://www.mascaro.com.br/boletim/junho2014\\_edicao\\_180/as\\_funcoes\\_da\\_negociacao\\_coletiva\\_nos\\_conflitos\\_trabalhistas.html](http://www.mascaro.com.br/boletim/junho2014_edicao_180/as_funcoes_da_negociacao_coletiva_nos_conflitos_trabalhistas.html). Acesso em: 29 nov. 2020.

PAPA, Tereza Fernanda Martuscello. **A principiologia do direito do trabalho pós reforma de 2017**. Uberlândia: LAECC, 2019.

PEREIRA, Emmanoel. **Direitos Sociais Trabalhistas**: Responsabilidade, Flexibilização, Sindicabilidade Judicial e as Relações Negociadas. São PAULO: Saraiva Educação, 2018.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito Do Trabalho Aplicado, V.1: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

## **REFLEXÕES SOBRE AS PAUTAS DE CONCILIAÇÃO, INSTRUÇÃO E JULGAMENTO EM COLEGIADOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

### **ELDER SOARES DA SILVA CALHEIROS:**

Procurador do Estado de Alagoas. Advogado. Consultor Jurídico. Ex-Conselheiro do Conselho Estadual de Segurança Pública de Alagoas. Ex-Membro de Comissões e Cursos de Formação de Concursos Públicos em Alagoas. Ex-Membro do Grupo Estadual de Fomento, Formulação, Articulação e Monitoramento de Políticas Públicas em Alagoas. Ex-Técnico Judiciário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ex-Estagário da Justiça Federal em Alagoas. Ex-Estagário da Procuradoria Regional do Trabalho em Alagoas. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

O tema das pautas de conciliação, instrução e julgamento em colegiados da Administração Pública, em que pese relevante, não costuma ser objeto de intensas reflexões por parte dos administrados ou mesmo dos gestores públicos.

A questão é, no entanto, bastante complexa e relevante para a efetivação de diversos princípios constitucionais e processuais, a exemplo do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da publicidade e da transparência.

Como é cediço a Constituição Federal prevê que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

[...]

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Sob esta ótica, não se permite extrair do texto constitucional qualquer interpretação no sentido de que as pautas de conciliação, instrução e julgamento em colegiados da Administração Pública poderia se dar sem a garantia de um processo público, transparente e devido, onde impere a ampla defesa e o contraditório.

A visão, à toda evidência, não é de mera formalidade, mas de materialidade dos princípios constitucionais e processuais em questão. Vale dizer, não basta um cumprimento tipicamente simbólico em detrimento da efetividade real no campo dos fatos sociais.

Por exemplo, imagine-se que a Administração Pública tenha instaurado um processo disciplinar em face de um servidor público com possível penalidade de demissão e este processo permaneceu durante vários meses paralisado. Em determinado momento, o colegiado responsável pela conciliação, instrução e julgamento do referido processo decidiu julgá-lo. Seria razoável supor que o servidor público interessado tomou real ciência da pauta de julgamentos somente porque houve uma publicação no Diário Oficial em plena sexta-feira antes do carnaval, numa

página centésima, próximo ao rodapé? Não seria mais adequado intimá-lo pessoalmente?

A mera suposição de que os interessados em determinado julgamento estão cientes deste diante de uma publicação ocorrida no Diário Oficial, por si só, já enseja uma ideia equivocada da materialidade dos princípios constitucionais e processuais que regem a Administração Pública.

Seria razoável impor aos servidores públicos que lessem o Diário Oficial todos os dias da semana durante o ano para vasculhar eventual intimação a respeito de processo administrativo de seu interesse? É óbvio que não.

Outro caso bastante emblemático visto em colegiados da Administração Pública é o cadastramento de processos administrativos com informações lacunosas e genéricas acerca de seu objeto. Irá a julgamento, por exemplo, o processo administrativo nº 9999, cujo interessado é o Poder Executivo Municipal e o tema divulgado se resume a “Informações”.

Ora, *informações, demanda, interesse institucional*, entre outras expressões, são conceitos jurídicos indeterminados e que comportam absolutamente tudo. Daí haver um verdadeiro abismo entre a teoria e a prática ao se supor que os eventuais interessados em dado processo administrativo ou discussão de interesse público – a sociedade por exemplo – estariam realmente cientes daquela sessão colegiada apenas porque houve uma menção absolutamente genérica em Diário Oficial.

Na mesma esteira, são verificados casos em colegiados onde o processo administrativo praticamente tramita em quase absoluto sigilo, notadamente a partir de uma leitura equivocada da Lei Federal nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) e da Lei Federal nº 13.460/2017 (Lei da Participação, Proteção e Defesa dos Direitos dos Usuários dos Serviços Públicos da Administração Pública).

Processos administrativos, por exemplo, cadastrados equivocadamente como informação restrita onde, na realidade, são informações públicas de interesse de toda a sociedade e, assim, deveriam ser de amplo conhecimento e transparência de ações.

Também é possível verificar casos em que o resultado do julgamento, por exemplo, foi publicado no Diário Oficial com a mera menção à parte dispositiva da decisão colegiada, sem maiores elementos que possam identificar as razões fáticas e jurídicas fundamentais ao ato decisório. Nem mesmo houve uma publicidade quanto ao modo de obtenção facilitada destas informações, a exemplo da íntegra do voto do relator perante o colegiado.

Nesse toar, uma situação bastante comum que também tem ocorrido em diversos colegiados da Administração Pública é a de processos administrativos apreciados “em mesa”, a partir de uma inconstitucional e ilegal prática de convocação genérica de interessados para as sessões do referido colegiado.

Não raro os colegiados administrativos incluem em suas convocações para pautas de conciliação, instrução e julgamento a menção à possibilidade de julgamento de outros assuntos de interesse institucional. Mas o que seria isso? Logo, todas as sessões deveriam ser rigorosamente acompanhadas pela sociedade e pelos demais administrados, haja vista a iminência possibilidade de uma pauta surpresa?

A partir desta discussão o novo Código de Processo Civil (CPC) foi enfático, aplicando-se subsidiariamente, inclusive, aos processos administrativos, a saber:

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

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

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Ainda no que tange às pautas de conciliação, instrução e julgamento, o CPC advertiu severamente sobre a necessidade do cumprimento fiel de ritos para uma devida publicidade e transparência dos atos processuais colegiados em sessões, inclusive para a garantia do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

[...]

§ 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte.

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

[...]

§ 9º As pautas deverão ser preparadas com intervalo mínimo de 1 (uma) hora entre as audiências.

Art. 365. A audiência é una e contínua, podendo ser excepcional e justificadamente cindida na ausência de perito ou de testemunha, desde que haja concordância das partes.

Parágrafo único. Diante da impossibilidade de realização da instrução, do debate e do julgamento no mesmo dia, o juiz marcará seu prosseguimento para a data mais próxima possível, em pauta preferencial.

Art. 933. Se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias.

[...]

§ 2º Se a constatação se der em vista dos autos, deverá o juiz que a solicitou encaminhá-los ao relator, que tomará as providências previstas no caput e, em seguida, solicitará a inclusão do feito em pauta para prosseguimento do julgamento, com submissão integral da nova questão aos julgadores.

Art. 934. Em seguida, os autos serão apresentados ao presidente, que designará dia para julgamento, ordenando, em todas as hipóteses previstas neste Livro, a publicação da pauta no órgão oficial.

Art. 935. Entre a data de publicação da pauta e a da sessão de julgamento decorrerá, pelo menos, o prazo de 5 (cinco) dias, incluindo-se em nova pauta os processos que não tenham sido julgados, salvo aqueles cujo julgamento tiver sido expressamente adiado para a primeira sessão seguinte.

§ 1º Às partes será permitida vista dos autos em cartório após a publicação da pauta de julgamento.

§ 2º Afixar-se-á a pauta na entrada da sala em que se realizar a sessão de julgamento.

Art. 940. O relator ou outro juiz que não se considerar habilitado a proferir imediatamente seu voto poderá solicitar vista pelo prazo máximo de 10 (dez) dias, após o qual o recurso será reincluído em pauta para julgamento na sessão seguinte à data da devolução.

§ 1º Se os autos não forem devolvidos tempestivamente ou se não for solicitada pelo juiz prorrogação de prazo de no máximo mais 10 (dez) dias, o presidente do órgão fracionário os requisitará para julgamento do recurso na sessão ordinária subsequente, com publicação da pauta em que for incluído.

Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.

[...]

§ 2º O agravo será dirigido ao relator, que intimará o agravado para manifestar-se sobre o recurso no prazo de 15 (quinze) dias, ao final do qual, não havendo retratação, o relator levá-lo-á a julgamento pelo órgão colegiado, com inclusão em pauta.

Art. 1.024. O juiz julgará os embargos em 5 (cinco) dias.

§ 1º Nos tribunais, o relator apresentará os embargos em mesa na sessão subsequente, proferindo voto, e, não havendo julgamento nessa sessão, será o recurso incluído em pauta automaticamente.

Art. 1.038. O relator poderá:

[...]

§ 2º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais ministros, haverá inclusão em pauta, devendo ocorrer o julgamento com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

Art. 1.067. O art. 275 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), passa a vigorar com a seguinte redação:

“ Art. 275. São admissíveis embargos de declaração nas hipóteses previstas no Código de Processo Civil .

[...]

§ 4º Nos tribunais:

[...]

II - não havendo julgamento na sessão referida no inciso I, será o recurso incluído em pauta;

A pauta, pois, não é uma mera formalidade processual. Foi extensamente regradada no novo CPC em função de sua relevância. Desse modo, não existe supedâneo constitucional e processual para que demandas sejam apreciadas sem a devida observância das regras e princípios alhures mencionados.

De outro lado, a inobservância destas normas jurídicas se mostra ainda mais gravosa quando os processos administrativos apreciados veiculam matérias de interesse institucional e social que não só permitiriam como também recomendariam a atuação da sociedade enquanto fiscalizadora dos atos administrativos (controle social).

Imagine-se, por exemplo, um processo administrativo apreciado “em mesa” a partir de uma pauta genérica onde outros assuntos de interesse institucional e social poderiam ser julgados, sem que tenha havido a indicação clara e precisa de qual tema estaria apto a ser objeto de análise.

Como uma associação, sindicato, partido político ou entidade não-governamental seriam ouvidos e até mesmo poderiam atuar enquanto agentes sociais fiscalizadores dos atos administrativos se jamais tiveram ciência prévia do assunto a ser debatido naquela sessão colegiada?

Ora, quando viram a decisão colegiada já havia sido tomada!

Aliás, há também uma verdadeira desproporcionalidade em inúmeros colegiados administrativos no que tange à estipulação de prazos exíguos entre a publicidade da pauta da sessão e a sua efetiva realização. Não raro, processos de elevada complexidade e que demandariam uma reflexão profunda dos gestores, da sociedade e dos administrados sobre os temas a serem debatidos são pautados com apenas 2 ou 3 dias de antecedência à sessão, aniquilando ou dificultando bastante a própria preparação destes visado ao ato processual futuro.

E se este processo administrativo a ser apreciado for a alteração de norma jurídica geral e abstrata de interesse de toda a sociedade? Como se dizer que houve garantia de publicidade, transparência, devido processo legal, ampla defesa e contraditório pleno? Como se sustentar ter ocorrido verdadeira participação popular que é essência da democracia e da república?

Nesse toar a doutrina já alertava:

A participação do cidadão no contexto sociopolítico é um bom indicador do desenvolvimento de um povo. Os países mais desenvolvidos tendem a ter um forte controle social, pois os cidadãos preocupam-se pormenorizadamente com a aplicação das verbas públicas. Um controle social forte depende tanto da vontade do povo como da vontade do Estado. Caso o povo não possua bom nível de instrução, não poderá checar se as ações desenvolvidas pelo governo estão ou não consoante o seu desejo, bem como se está havendo ou não respeito às normas

aplicáveis à Administração Pública. Quanto mais ignorante for o povo, mais benefícios o gestor mal-intencionado poderá tirar. Por essa razão, era, e em alguns rincões ainda é, comum a manutenção de parcela da população com baixo grau de instrução, pois, assim, esta parcela poderia ser utilizada como fácil massa de manobra, a fim de alavancar votos em eleições futuras.<sup>34</sup>

Ainda, não se pode arguir de modo inconstitucional uma submissão do sistema constitucional às normas de índole infraconstitucional, sob o frágil pretexto para o amparo de tais condutas ora rechaçadas. Ou pior: de índole até infralegal. É o caso dos colegiados que editam regimentos (regimentos internos) e pretendem fazer uma leitura da Constituição Federal a partir deste e não o inverso.

Também não se justifica uma eventual praticidade ou mesmo celeridade para a apreciação de casos perante estes colegiados administrativos como fundamento para tais violações. Ora, primeiramente, a prática administrativa brasileira demonstra ser possível a previsibilidade de pauta dos processos sujeitos à julgamento. Em segundo lugar porque não se pode falar em decisão de mérito justa quando princípios constitucionais e processuais estão sendo violados cabalmente em detrimento dos administrados e da sociedade. Celeridade não é um fim em si mesma nem pode servir de instrumento para atos inconstitucionais e ilegais.

Urge, então, um exercício de autotutela administrativa no âmbito destes colegiados a fim de que sejam corrigidas estas distorções, evitando-se não apenas as violações constitucionais e processuais apontadas, mas também possíveis nulidades futuras de processos apreciados sem o respeito ao ordenamento jurídico.

Portanto, devem ser repensadas as condutas equivocadas de órgãos colegiados da Administração Pública que insistem – dolosa ou culposamente – em atuar em desconformidade com os preceitos constitucionais e processuais.

Como já alertava Norberto Bobbio democracia é o governo do público em público, onde a ideia central indica que o ordenamento jurídico obriga os governantes e gestores públicos a tomarem as suas decisões às claras, onde se permita que os governados e administrados vejam como e onde as tomam.<sup>35</sup>

---

34 AGUIAR, Ubiratan Diniz de; ALBUQUERQUE, Márcio André Santos de; MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos. A administração pública sob a perspectiva do controle externo. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 512.

35 BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

**DA HIPÓTESE DE NÃO OBSERVÂNCIA DE PRECEDENTE OBRIGATÓRIO FIRMADO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES EM JULGAMENTOS DE RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO REPETITIVOS, POR PARTE DOS JUÍZES E TRIBUNAIS, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO: APLICAÇÃO DIRETA DO ART. 1.041, E ART. 1.030, V, C, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

**PABLO HENRIQUE GARCETE SCHRADER:**

Bacharel em Direito pela União da Associação Educacional Sul-Mato-Grossense Faculdades Integradas de Campo Grande (FIC-UNAES). Pós-graduado em Direito do Estado e das Relações Sociais pela UCDB/ESMAGIS (*lato sensu*). Pós-graduado (especialista) em Advocacia Pública pelo Instituto Para o Desenvolvimento Democrático – IDDE. Pós-graduado (*lato sensu*) e especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Unigran Capital. Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul (PGE-MS).

**RESUMO:** O objetivo deste trabalho é abordar tema alusivo à atuação dos Tribunais de Justiça Estaduais e Tribunais Regionais Federais, em sede de juízo de retratação, no que concerne à manutenção ou não do acórdão recorrido, com o julgamento proferido em recurso repetitivo ou em repercussão geral, respectivamente, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, à luz do disposto no art. 1.041, do Código de Processo Civil de 2015. Para tanto, analisar-se-á a questão dos precedentes vinculantes e persuasivos, diante do novo diploma processual civil, além da observância obrigatória, por parte dos juízes e Tribunais estaduais e federais, dos acórdãos prolatados sob a sistemática do julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. Também, será procedido exame doutrinário e jurisprudencial acerca da sobredita questão, inclusive no que toca (i) à utilização de reclamação (art. 988, §5º, II, do Código de Processo Civil, incluído pela Lei n.º 13.256, de 4 de fevereiro de 2016), (ii) à interposição de outro recurso especial ou extraordinário e (iii) ao simples envio dos recursos extremos interpostos anteriormente, para o fim de que a matéria seja decidida, de forma definitiva, pelas Cortes Superiores, sobretudo porque os recursos extraordinário e especial repetitivos foram por estas prolatados como precedentes, a teor do disposto no art. 927, III, do referido códex. Por derradeiro, será sugerida solução visando equacionar tais julgamentos, diante de uma interpretação lógico-sistemática do moderno processo civil introduzido pelo novo Código de Processo Civil, por meio das Leis n.ºs 13.105, de 16 de março de 2015 e 13.256, de 4 de fevereiro de 2016.

**Palavras-chave:** Recursos especial e extraordinário repetitivos. Precedentes. Juízo de

retratação. Manutenção do acórdão divergente. Envio dos apelos extremos aos Tribunais Superiores.

**ABSTRACT:** the objective of this paper is to address a theme referring to the performance of the State Courts of the Justice and Federal Regional Courts, in the seat of retraction, with regard to the maintenance or not of the judgment under appeal, with the judgment rendered in repetitive appeal or in general repercussion, respectively, by the Superior Court of Justice and the Supreme Federal Court, in light of the provisions of art. 1.041 of the 2015 Code of Civil Procedure. To this end, the issue of binding and persuasive precedents will be analyzed, in light of the new civil procedural law, in addition to the mandatory observance by judges and state and federal courts of judgments issued under the system of extraordinary and repetitive special. Also, a doctrinal and jurisprudential examination will be carried out on the aforementioned issue, including with regard to (i) the use of a complaint (art. 988, §5, II, of the Civil Procedure Code, included by Law No. 13,256, of 4 February 2016), (ii) the filing of another special or extraordinary appeal and (iii) the simple sending of the extreme appeals previously filed, so that the matter can be decided, definitively, by the Superior Courts, mainly because the extraordinary and special repetitive remedies were passed on by them as precedents, in accordance with the provisions of art. 927, III, of said codex. Finally, a solution will be suggested aiming to settle such judgments, in view of a logical-systematic interpretation of the modern civil procedure introduced by the new Civil Procedure Code, through Laws No. 13,105, of March 16, 2015 and 13,256, of 4 February 2016.

**Keywords:** Repetitive special and extraordinary features. Precedent. Judgment of retraction. Maintenance of the divergent judgment. Sending extreme appeals to the Superior Courts.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Do retorno do juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais aos tribunais inferiores e da disposição no novo Código de Processo Civil do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos e do seu processamento. 2. Dos precedentes no Novo Código de Processo Civil de 2015. 3. Da observância obrigatória, por parte dos juízes e tribunais estaduais e federais, dos acórdãos prolatados em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. 4. Da medida processual/judicial cabível ante a hipótese de os tribunais inferiores divergirem do entendimento firmado pelos Tribunais Superiores sob a sistemática de julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivo ou, diante do não exercício do juízo de retratação. Conclusão. Referências bibliográficas.

## INTRODUÇÃO

Em prolegômenos, o presente artigo científico, tendo como metodologia a pesquisa bibliográfica, buscará abordar tema alusivo à atuação dos Tribunais de Justiça Estaduais e Tribunais Regionais Federais, em sede de juízo de retratação, no que concerne à manutenção ou não do acórdão recorrido, com o julgamento proferido em recurso repetitivo ou em repercussão geral, respectivamente, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, à luz do disposto no art. 1.041, do Código de Processo Civil de 2015.

Para tanto, analisar-se-á a questão dos precedentes vinculantes e persuasivos, diante do novo diploma processual civil, além da observância obrigatória, por parte dos juízes e Tribunais estaduais e federais, dos acórdãos prolatados sob a sistemática do julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.

Outrossim, será procedido exame doutrinário e jurisprudencial acerca da sobredita questão, inclusive no que toca (i) à utilização de reclamação (art. 988, §5º, II, do Código de Processo Civil, incluído pela Lei n.º 13.256, de 4 de fevereiro de 2016), (ii) à interposição de outro recurso especial ou extraordinário e (iii) ao simples envio dos recursos extremos interpostos anteriormente, para o fim de que a matéria seja decidida, de forma definitiva, pelas Cortes Superiores, sobretudo porque os recursos extraordinário e especial repetitivos foram por estas prolatados como precedentes, a teor do disposto no art. 927, III, do referido código.

Por derradeiro, será sugerida solução visando equacionar tais julgamentos, diante de uma interpretação lógico-sistemática do moderno processo civil introduzido pelo novo Código de Processo Civil, por meio das Leis n.ºs 13.105, de 16 de março de 2015 e 13.256, de 4 de fevereiro de 2016.

## **1. DO RETORNO DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS AOS TRIBUNAIS INFERIORES E DA DISPOSIÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DO JULGAMENTO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL REPETITIVOS E DO SEU PROCESSAMENTO**

O recente Código de Processo Civil, instituído pela Lei n.º 13.150, de 16 de março de 2015, no Livro III, trata dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais. E, em seu Título II, dispõe sobre os recursos, desde o art. 994 até o art. 1.044.

Outrossim, no Capítulo VI, versa sobre o manejo dos recursos para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça (vide artigos 1.027 a 1.044). Na Seção II, dispõe acerca dos recursos extraordinário e especial (artigos 1.029 a 1.041). Por fim, na Subseção II, tem-se o julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos, consoante se colhe dos artigos 1.036 a 1.041.

Nesse sentido, a fim de manter-se a estabilidade, a integridade e a coerência da jurisprudência dos tribunais, a teor do disposto no art. 926<sup>36</sup>, do Código de Processo Civil de 2015, o *novel* diploma processual civil trouxe, em seu artigo 927, inciso III, o seguinte mandamento:

Art. 927. *Os juízes e os tribunais observarão:*

[...]

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em *julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos*;

Também, o art. 928, II, do Código de Processo Civil, considera como julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em recursos especial e extraordinário repetitivos.

Assim, analisando-se os preceitos legais acima ventilados – cujo procedimento encontra-se previsto nos artigos 1.036 e ss. do CPC/2015 –, havendo multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais que digam respeito a idênticas questões de direito, serão selecionados dois ou mais recursos representativos da controvérsia, suspendendo-se a tramitação dos demais, a fim de que seja decidida a questão e fixada *tese* pelo Tribunal Superior (Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso), cuja tese deverá ser observada em relação aos recursos cuja tramitação ficou suspensa (cf. art. 1.037 do CPC/2015), e, no sistema do CPC/2015, em relação a causas supervenientes em que aparecer a mesma questão jurídica (cf., p. ex., arts. 12, §2º, II, 311, II, 332, II, 927, III, e §§ 2º a 4º, 932, IV, *b*, V, *b* etc.).

Neste comenos, acerca de tal aspecto, cita-se lúcida passagem de José Miguel Garcia Medina<sup>37</sup>:

No procedimento previsto nos arts. 1.036 e ss. do CPC/2015, não se trata apenas de técnica a ser empregada com o intuito de dar cabo de grande quantidade de recursos que versem sobre o mesmo tema de direito, mas que, tal como o incidente de resolução de demandas (*rectius*: questões) repetitivas, deve ser entendido como mecanismo que propicia a previsibilidade, mitigando a instabilidade jurídica.

<sup>36</sup> Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

<sup>37</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 1402-1403.

Os “julgamentos de casos repetitivos” (recursos extraordinário e especial repetitivos e incidentes de resolução de demandas repetitivas, cf. art. 928 do CPC/2015), juntamente com o incidente de assunção de competência (que tem cabimento quando não houve “repetição em múltiplos processos”, embora exista “relevante questão de direito, com grande repercussão social”, cf. art. 947 do CPC/2015), “fecham” o sistema.

Volvendo-se ao processamento dos recursos especial e extraordinário, tem-se que estes serão interpostos no prazo de 15 (quinze) dias úteis (art. 1.003, §5º, CPC), contados da publicação do acórdão recorrido na imprensa oficial, para o presidente ou vice-presidente do tribunal de origem em petições distintas (art. 1.029, CPC). Se a interposição for conjunta, não precisa ser feito simultaneamente por ausência de previsão legal nesse sentido (não há regra de preclusão consumativa fixada em lei)<sup>38</sup>.

Ao receber os recursos, a secretaria de tribunal estadual ou federal intimará o recorrido, abrindo-lhe vista para apresentar contraminuta no prazo de 15 (quinze) dias úteis (art. 1.030, CPC)<sup>39</sup>.

Aliás, vale a pena colacionar um breve histórico da legislação iniciada com o novo CPC e àquela que sobreveio antes de sua entrada em vigor, nas palavras de Renato Montans de Sá:

Tratava-se de inovação do CPC/2015, já que no sistema do CPC/73 o juízo *a quo* procedia à análise da admissibilidade do recurso, que não vinculava o órgão *ad quem*. Ao contrário do que se sucede em outras legislações, na sistemática processual brasileira, via de regra, os recursos sempre foram interpostos perante o próprio órgão de que emanou a decisão impugnada. Apenas numa segunda etapa é que se encaminha ao órgão *ad quem* para julgamento de mérito.

A sistemática do CPC/73 fazia surgir o problema da discriminação das competências sob o ponto de vista funcional. Nos sistemas em que se endereça já ao grau superior, o mecanismo, por esse prisma, se torna mais fácil,

38 SÁ, Renato Montans de. *Manual de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1586.

39 Oportuno frisar que, na versão original do Código de Processo Civil, pela Lei n.º 13.105/2015, findo este prazo, os autos seriam remetidos ao Tribunal, independentemente de admissibilidade.

visto que será nesse órgão que se exercerá toda atividade cognitiva dos juízos de prelibação e delibação. Nesse ponto, merecia aplausos a alteração da regra pela nova legislação, já que tanto a atividade de conhecimento como a análise do mérito recursal ficam concentradas no órgão *ad quem*.

Contudo, a reforma durou pouco. A Lei n. 13.256/2016 voltou com a regra original. Dessa forma, compete aos Tribunais Regionais/locais procederem ao juízo de admissibilidade.

A manutenção do regime do CPC/73 foi o principal motivo da criação dessa “reforma da reforma” instrumentalizada pela Lei n. 13.256/2016. Não se desejava retirar o “filtro” estabelecido pelos tribunais dos Estados, já que se permitiria a subida de todos os recursos. Contudo, a suposta contenção em segundo grau é apenas aparente, pois os recursos serão levados aos Tribunais Superiores por meio do Agravo (art. 1.042, CPC/2015).

No mesmo norte, José Miguel Garcia Medina<sup>40</sup> relata o esboço histórico em exame:

De acordo com a redação original do CPC/2015 (anterior à reforma da Lei 13.256/2016), como regra, o órgão jurisdicional *a quo* não realizaria qualquer exame de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial (cf. redação anterior do art. 1.030, caput, *in fine* e parágrafo único, do CPC/2015). Havia exceções à regra, apenas ligadas à técnica de julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral e de recursos extraordinário e especial repetitivos (cf. arts. 1.035, §§ 6º e 8º, 1.036, §2º, 1.039, parágrafo único e 1.040, I, do CPC/2015), hipótese em que caberia agravo previsto no art. 1042 do CPC/2015, a ser julgado pelo tribunal superior competente.

Tal sistemática foi alterada pela Lei 13.256/2016, que fez com que se adotasse modelo similar àquele que decorria da aplicação dos arts. 542 e 544 do CPC/1973.

De acordo com a nova redação do art. 1.030 do CPC/2015, o

---

40 MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 1376-1377.

presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido realizará juízo de admissibilidade do recurso extraordinário ou especial (art. 1.030, V do CPC/2015, na redação da Lei 13.256/2016). Não admitido o recurso, caberá agravo ao tribunal superior (cf. art. 1.042 do CPC/2015, nos termos do art. 1.030, §1º do CPC/2015, na redação da Lei 13.256/2016).

Ainda de acordo a nova redação do art. 1.030 do CPC/2015, a presidência ou vice-presidência do tribunal recorrido negará seguimento a recurso extraordinário, caso o STF tenha negado repercussão geral à controvérsia (art. 1.030, I, *a*, 1ª parte, do CPC/2015, na redação da Lei 13.256/2016). Aqui, está-se, ainda, diante de atividade que se insere no âmbito do exame da admissibilidade do recurso.

No caso do art. 1030, I, *a*, 2ª parte, e *b* do CPC/2015 (na redação da Lei 13.256/2016), a presidência ou vice-presidência do tribunal recorrido negará seguimento a recurso extraordinário interposto contra decisão proferida em conformidade com entendimento exarado em julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral ou recursos extraordinário ou especial repetitivos. No caso, a atividade da presidência ou vice-presidência do tribunal local, a nosso ver, aproxima-se do próprio exame do mérito do recurso, já que o que se faz, aqui, é a análise das razões de recurso, para se verificar se a decisão recorrida contraria, ou não, orientação oriunda do tribunal superior. A despeito disso, nesse caso caberá agravo interno, e não agravo para o tribunal superior (cf. art. 1.021 do CPC/2015, nos termos do art. 1.030, §2º do CPC/2015, na redação da Lei 13.256/2016). Contra a decisão que julgar o agravo interno, nessa hipótese, poderá caber reclamação (cf. art. 988, IV e §5º, II do CPC/2015, na redação da Lei 13.256/2016).

Vê-se, pois, que o Código de Processo Civil de 2015 havia alterado essa sistemática de análise de admissibilidade, de um viés bipartido entre o Tribunal e o Tribunal *ad quem*, para um novo juízo de admissibilidade, realizado de modo único, com a competência somente do Tribunal competente para o julgamento do mérito recursal. O intuito era a opção pela celeridade processual, poupando do juízo *a quo* a realização de uma análise sobre o processo, somente contendo uma função automática e processual, sem cunho decisório. Recurso excepcional interposto, intimação para as contrarrazões e remessa ao Tribunal Superior, essas

seriam as funções almejadas pelo CPC/2015 em sua redação original.<sup>41</sup>

Prosseguindo, interessante crítica formulada a esse respeito por Vinicius Silva Lemos<sup>42</sup> vale ser reproduzida a seguir:

A alteração, no entanto, gerou inúmeras críticas dos Tribunais Superiores, com o receio de remessa em grande quantidade de recursos excepcionais, de imediato, sem um filtro de admissibilidade, inviabilizando, tanto fisicamente, quanto processualmente, tais Tribunais, atrasando a prestação jurisdicional. O argumento apresentado pelo ministro Luiz Fux, que participou da comissão de estudos da nova codificação, foi de que a grande maioria dos processos que chegava aos Tribunais Superiores era por via de agravo nos próprios autos, o que forçava a ida do processo para tais instâncias excepcionais.<sup>43</sup>

Entretanto, com a sanção presidencial do texto original do CPC/2015, os Tribunais Superiores não acataram essa ideia e trabalharam contra essa admissibilidade monofásica, com o intuito de derrubá-la, mesmo com a existência expressa legalmente, com o intuito de restaurar a dualidade no juízo de admissibilidade. O argumento foi que menos da metade<sup>44</sup> dos recursos excepcionais subiam via agravo, com a

---

41 Num exercício de revisão, ao mesmo tempo da redação original, o *modus operandi* imaginado era dessa maneira: "Recebida a petição de recurso, haverá intimação ao recorrido, para contrarrazoar, no prazo de 15 (quinze) dias. Depois disso, diz o parágrafo único, os autos serão remetidos ao Tribunal Superior, onde será feito o primeiro juízo de admissibilidade. Trata-se de alteração relevante que teve como objetivo evitar um recurso: o que cabe, à luz do CPC/73, da decisão que nega seguimento ao recurso extraordinário e ao recurso especial. Esta supressão torna evidentemente o sistema mais simples e a simplicidade foi um dos principais objetivos almejados pelo legislador." ARRUDA ALVIM, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Ed. RT. 2015. p. 1.497.

42 LEMOS, Vinicius Silva. *Recursos e processos nos tribunais*. 4.ed. ver., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 569-571.

43 "O que hoje ocorre? Inadmissível lá embaixo, as partes oferecem agravo de instrumento, vem pra cá, vem por ARE (Agravo em recurso extraordinário). Nós decidimos monocraticamente, o ARE e vem agravo regimental. Então, de três nós passamos para dois recursos", disse Fux. "Então isso já mostra que há um compromisso com a duração razoável do processo. E se tem alguém que tem que ter esse compromisso é o STF." Matéria sobre a reação do Ministro Fux às críticas ao novo CPC realizadas por estudo do STF, pelo link: [www.jota.info/fux-rebate-criticas-ao-novo-cpc](http://www.jota.info/fux-rebate-criticas-ao-novo-cpc)

44 No entanto, os tribunais superiores pensaram o hoje, a aflição, correta em parte, que seria o recebimento, para cada tribunal, de cerca de 200 mil recursos a mais anualmente, que são represados pelos tribunais de segunda instância. Números citados nessa matéria: <http://www.conjur.com.br/2015-out-19/fim-juizo-admissibilidade-agilizar-processofux>

necessidade de continuidade desse filtro de admissibilidade.

[...]

De certa maneira, os Tribunais Superiores tinham razão imediata, o que geraria um evidente aumento indevido de recursos recepcionados em suas distribuições, a partir de 2016, com a vigência do *novo* ordenamento, caso nada fosse feito. Todavia, como o CPC/2015 concedeu ênfase aos incidentes formadores de precedentes, com a necessidade de uniformização e pacificação de entendimentos, talvez, com uma boa e devida utilização desses institutos, resultando numa formação de precedentes, com a pacificação de controvérsias e matérias, não chegariam, a médio prazo, a mesma quantidade recursal. O normal, com todas as novidades sendo efetivadas, seria caírem os números de recursos excepcionais. Entretanto, não houve tempo para visualizar qualquer realidade<sup>45</sup>, positiva ou negativa, uma vez que a alteração, proposta no CPC/2015, já caiu por terra, quando da alteração legislativa da Lei nº 13.256/2016.

[...]

Uma pena, mas uma realidade processual do antigo

---

<sup>45</sup>“Entretanto, demonstra-se totalmente compreensível a preocupação de nossas cortes supremas com o aumento de trabalho diante da assunção do exercício do juízo de admissibilidade nos recursos extraordinário e especial, dada a extrema quantidade de trabalho já exercida por estas Cortes. Devemos considerar ainda que os processos que tramitam atualmente têm decisões proferidas sem levar em consideração o sistema de precedentes do novo CPC, o qual terá sua vigência iniciada em março de 2016 e levará algum tempo para ter seu sistema de precedentes implementado, mediante decisões sendo proferidas em respeito aos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos no artigo 927 do novo CPC, até porque algum destes precedentes passarão a ser criados apenas na vigência do novo CPC, tais como os decorrentes da assunção de competência e do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). Neste sentido, propomos ao Congresso Nacional uma regra de transição para o novo CPC no tocante ao juízo de admissibilidade nos recursos extraordinário e especial, de modo a conciliar a necessidade de manter íntegro o sistema de precedentes, bem como a atender a preocupação do STF e do STJ pelo aumento de trabalho pelo exercício do juízo de admissibilidade nestes recursos, estabelecendo-se uma emenda ao PLC 168 para impor uma regra de transição ao novo CPC, incluindo-se nas disposições finais e transitórias deste diploma legal um prazo de cinco anos para o fim do juízo de admissibilidade pelos tribunais de origem nos recursos extraordinário e especial, pois, neste prazo, haveria a sedimentação do sistema de precedentes e a consequente diminuição drástica da quantidade destes recursos, sendo mantido assim, incólume o sistema de precedentes idealizado e que deverá impactar muito positivamente em nosso sistema judiciário.” PANUTTO, Peter. Juízo de admissibilidade deve ser mantido e criada regra de transição. <https://www.conjur.com.br/2015-dez-15/juizo-admissibilidade-mantido-criada-regra-transicao>

ordenamento foi novamente reintroduzida no ordenamento.

Com efeito, diante do disposto nos arts. 926 e 927, ambos do Código de Processo Civil, infere-se que o juízo de admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários deveria ser efetuado unicamente pelos respectivos Tribunais Superiores, pois a estes caberiam o juízo de mérito recursal e a prolação de decisões que deveriam ser observadas pelos tribunais estaduais ou federais.

Entretanto, por questões de números e ante o alegado excesso de recursos, os tribunais superiores, por intermédio da reforma efetivada pela Lei n.º 13.256/2016, conseguiram fazer volver o juízo de admissibilidade recursal para os tribunais inferiores, tal qual existia na vigência do revogado CPC/1973, cuja situação, a toda evidência, contraria o espírito de prevalência dos precedentes instituído pelo novo Código de Processo Civil, pela Lei n.º 13.105/2015.

Dessa forma, o art. 1.030, alterado pela Lei n.º 13.256/2016, ganhou importância que não tinha na redação original do CPC/2015, na medida em que o juízo de admissibilidade a ser realizado previamente no juízo *a quo* – tribunais inferiores –, pelo presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, passa pela análise de todos os requisitos de admissibilidade, desde os gerais, ou seja aqueles que servem para qualquer recurso, até aqueles inerentes apenas aos recursos excepcionais, tais como: *questões somente de direito; esgotamento das vias recursais; prequestionamento; e a questão federal ou constitucional suscitada no recurso excepcional*.

Nesse passo, o art. 1.030, I, do CPC/2015, criou duas hipóteses de inadmissibilidade, com a necessidade de negativa de seguimento do recurso, caso ocorra tais situações processuais. São elas: *inadmitir recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o STF não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do STF exarado no regime de repercussão geral; inadmitir recurso extraordinário ou recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do STF ou do STJ, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos*.

E, dessa decisão, caberá somente agravo interno para o pleno ou órgão especial do próprio tribunal recorrido, nos termos do disposto no art. 1.030, §2º, do CPC/2015.

---

46 § 2º Da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016)

## 2. DOS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Como dito acima, o art. 926, da lei processual civil, refere-se a características que devem marcar a jurisprudência, que, além de íntegra, deve ser uniforme, estável e coerente.

Além da jurisprudência, o Código menciona as súmulas e os precedentes.<sup>47</sup>

José Miguel Garcia Medina tece a seguinte consideração a esse respeito:

Usando-se a expressão “jurisprudência” em sentido amplo, ela compreende os precedentes e as súmulas, que, como se verá a seguir, com a jurisprudência se relacionam. Dos precedentes deve se extrair uma *ratio* relativamente geral, embora obtida a partir do julgamento de um caso, que poderá ser replicada em outros julgamentos. A síntese da jurisprudência é apresentada em enunciados de súmulas dos Tribunais. Pode-se, então, referir-se a jurisprudência de modo a compreender todos esses fenômenos. As ideias de integridade, uniformidade, estabilidade e coerência, assim, tal como referidas no art. 926 do CPC/2015, diz respeito à jurisprudência, aos precedentes e às súmulas<sup>48</sup>.

No tocante ao termo *precedente*<sup>49</sup>, tem-se este como uma norma jurídica retirada de uma decisão judicial. A norma é o resultado da interpretação da lei, e também é o resultado da interpretação de uma decisão.

Também, precedente pode ser definido como a *decisão judicial tomada à luz de um caso em concreto, cujo elemento normativo pode servir como*

---

47 Assim sucede no art. 926 do CPC/2015 (que alude a *jurisprudência*, a *enunciados de súmula* e a *precedentes*) e, também, p. ex., no art. 489, §1º, VI do CPC/2015, que não considera fundamentada a decisão que “deixar de seguir *enunciado de súmula*, *jurisprudência* ou *precedente* invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

48 MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 1200.

49 O dicionário jurídico mais conceituado dos Estados Unidos define “precedente” como a “decided case that furnishes a basis for determining later cases involving similar facts or issues”. (GARNER, Bryan. *Black’s Law Dictionary*. 9 ed. St. Paul: West, 2009, p. 1295).

*diretriz para o julgamento posterior de casos análogos*<sup>50</sup>.

No Brasil, em um passado não tão distante, o ordenamento jurídico apenas se utilizava da expressão *precedente* para designar uma decisão pretérita que havia sido aplicada em uma decisão posterior de um caso análogo como seu fundamento para decidir. Isto é, precedente era, assim, entendido no seu sentido literal: decisão anterior aplicada em caso posterior semelhante. O precedente somente era assim considerado no momento em que era aplicado como fundamento para outra causa e não no nascimento da própria decisão<sup>51</sup>.

Precedente não se confunde jurisprudência. Contudo, há quem entenda que ambos (em verdade toda produção decisória judicial) estejam sob a rubrica de um conceito maior que constitui o denominado "direito jurisprudencial" (Teresa Arruda Alvim<sup>52</sup> e Cassio Scarpinella Bueno<sup>53</sup>).

Ambos (precedentes e jurisprudência) servem para conferir (de maneira persuasiva ou não) orientação aos julgamentos futuros. A jurisprudência, como regra, não possui força formalmente vinculante. O sistema de precedentes é formalizado para que haja identidade de entendimento entre causas idênticas (como, por exemplo, nas causas repetitivas) e a jurisprudência tem seu enfoque maior para a uniformização de temas sobre causas diversas.<sup>54</sup>

Acerca das inovações trazidas com o sistema de precedentes, Vinicius Silva Lemos<sup>55</sup> anota o seguinte:

O sistema jurídico brasileiro, aos poucos, com inovações em busca de uma política de respeito aos precedentes judiciais, tenta transmutar-se para uma melhor concessão de segurança jurídica, ainda que haja uma grande sensação de loteria na prestação jurisdicional. Os caminhos para essa mudança foram lentos e graduais, com, por exemplo, a instituição de súmulas vinculantes, a criação da repercussão

50 DIDIER, Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Teoria da Prova, direito probatório, decisão, precedentes, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 441.

51 SÁ, Renato Montans de. *Manual de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1293.

52 WAMBIER, Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

53 BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

54 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 426.

55 LEMOS, Vinicius Silva. *Recursos e processos nos tribunais*. 4.ed. ver., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 768-769.

geral, o julgamento por amostragem do rito repetitivo, e, no CPC/2015, outras maneiras de formação de precedentes judiciais, como os incidentes de assunção de competência e resolução de demandas repetitivas. Ainda, há a importância concedida ao art. 927 e a vinculatividade dali extraída.

O que podemos imaginar hoje seria um sistema híbrido, com a base no *civil law* e a utilização pontual em determinadas situações da teoria dos precedentes judiciais, para uma melhor operacionalização do Processo Civil Brasileiro e sua eficácia diante de tantas demandas.

Lado outro, oportuno rememorar que o CPC/1973 referia-se a precedente, textualmente, apenas como julgamento que seria objeto de súmula, e que serviria à uniformização da jurisprudência.<sup>56</sup>

À luz do CPC/2015, a expressão ganha sentido distinto, embora não exista definição precisa do que seria “precedente”, nos dispositivos que a usam.

No art. 489, §1º, V e VI, do CPC/2015, o precedente é colocado ao lado de súmula e de jurisprudência, o que revela não haver identidade entre essas figuras.<sup>57</sup>

No §2º do art. 926 do CPC/2015, dispõe o Código que os precedentes poderão ensejar a edição de súmula, o que demonstra que, por precedente, está-se diante de algo que pode surgir com uma decisão proferida por algum Tribunal – o que pode aplicar-se tanto aos Tribunais Superiores quanto aos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais<sup>58</sup> – e, em conjunto com outros precedentes, pode justificar a criação de enunciado sumular.

No art. 927, o CPC/2015 refere-se a súmula, jurisprudência (pacificada ou dominante) e a tese adotada, ou que se convencionou chamar de

---

56 Cf. art. 479, *caput*, do CPC/1973: “O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o Tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

57 Conforme dito acima por José Miguel Garcia Medina.

58 Segundo José Miguel Garcia Medina: “Esse aspecto, a nosso ver, é muito importante. Embora o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça desempenhem papel de extrema relevância, entre nós, decisões que podem ser consideradas precedentes – inclusive vinculantes, de acordo com a lei processual civil – podem ser emitidas também pelos Tribunais dos Estados, ou pelos Tribunais Regionais Federais (ao decidir, p. ex., um incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, sobretudo quando tais incidentes versarem sobre tema de direito local)”. in *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 1214.

*ratio decidendi*.

Novamente, cita-se precisa explicação de José Miguel Garcia Medina<sup>59</sup>:

Esses dispositivos, a nosso ver, permitem entrever que têm potencial para figurar como precedente quaisquer decisões, de quaisquer Tribunais. É necessário, no entanto, que a decisão tenha uma característica especial para ser considerada precedente. *Grosso modo*, isso deverá ser percebido por aqueles que, *a posteriori*, a tal decisão se referem, tomando-a por base a fim de se utilizar de seus fundamentos determinantes para resolver problemas subsequentes. Esse aspecto *qualitativo* confere reconhecimento *substancial* ao precedente. A nosso ver, é nesse sentido que o art. 926, §2º do CPC/2015 se refere a “precedente”.

E, quanto à obrigatoriedade, o precedente pode ser vinculante/obligatório ou persuasivo.

No primeiro caso, traduz-se como a regra no sistema *common law*. O precedente vincula a quem deva aplicá-lo. Não há regra no sistema norteamericano que estabeleça essa vinculação, que é cultural e não legislativa. Assim, os precedentes vinculantes proíbem qualquer juiz de decidir de forma contrária à que foi estabelecida no precedente (conforme entendimento do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis, Enunciados n. 169 e 170, somente sendo possível a sua não aplicação por força do *distinguish* ou superação).

Para Renato Montans de Sá:

As decisões dentro de um processo são sempre vinculantes quando de um órgão superior a um órgão inferior (cumprimento de uma carta de ordem, v.g.), o que, como dito, não se trata de precedente, mas de mera questão de hierarquia funcional.

No CPC brasileiro os precedentes obrigatórios vêm previstos

---

<sup>59</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 1214.

no art. 927<sup>60</sup>.

No segundo caso, precedente persuasivo é aquele que pode ser utilizado como argumento para a posição a ser firmada em decisão futura, mas não é vinculativo, ou seja, é recomendado que o precedente seja aplicado em decorrência da necessidade de uniformização da jurisprudência (art. 926, CPC), mas ele não pode ser imposto e nenhuma medida ou recurso será cabível em decorrência dessa desobediência.

Para Luiz Guilherme Marinoni:

É preciso que o órgão decisório tenha alguma obrigação diante da decisão já tomada. O reflexo deste constrangimento ou desta obrigação apenas pode estar na fundamentação. A Corte obrigada não pode ignorar o precedente, devendo apresentar convincente fundamentação para não adotá-lo<sup>61</sup>.

Com efeito, diante do sistema de precedentes introduzido pelo novo Código de Processo Civil de 2015, infere-se a importância de sua correta aplicação, sobretudo para a garantia dos princípios da isonomia (Constituição Federal, art. 5º), da segurança jurídica (previsibilidade), da efetividade das decisões judiciais e da eficiência.

### **3. DA OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA, POR PARTE DOS JUÍZES E TRIBUNAIS ESTADUAIS E FEDERAIS, DOS ACÓRDÃOS PROLATADOS EM JULGAMENTO DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL REPETITIVOS**

O art. 927, do Código de Processo Civil de 2015, apregoa que os juízes e os tribunais observarão:

- I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II - os enunciados de súmula vinculante;
- III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

<sup>60</sup> SÁ, Renato Montans de. *Manual de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1300.

<sup>61</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 118.

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

E o art. 928, do mesmo diploma processual civil, considera julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em recursos especial e extraordinário repetitivos, consoante se lê de seu inciso II.

Além do mais, o art. 988, *caput*, IV, e §5º, II, do CPC/2015, na redação dada pela Lei n.º 13.256/2016, dispõe caber reclamação para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando esgotadas as instâncias ordinárias.

Ao interpretar tais preceitos, *chega-se à conclusão de que os acórdãos prolatados em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos devem ser obrigatoriamente observados pelos juízes e tribunais estaduais e federais, vez que se tratam de precedentes vinculantes.*

Nessa linha, pronuncia-se Medina<sup>62</sup>:

O “precedente” considerado vinculante, entre nós, no entanto, é *ex vi legis*. Ou seja: é a partir da lei que se deve extrair se o julgamento é vinculante. Isso se infere, a nosso ver, de disposições que se referem, de modo especial, à observância do precedente por outras decisões e à sua controlabilidade por reclamação (o que aproxima o “precedente” vinculante da súmula vinculante). Assim, cabe reclamação para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário com repercussão geral, recursos extraordinários e especiais repetitivos e incidente de assunção de competência (art. 988, *caput* IV, e § 5º, II do CPC/2015, na redação da Lei 13.256/2016). Esses pronunciamentos vêm sendo chamados de precedentes qualificados.<sup>63</sup> A vinculatividade formal de tais decisões é confirmada em outros dispositivos, que deixam claro que a tese firmada deverá ser observada (cf. arts. 947, § 3º, 985, e 1.040 do CPC/2015).

Os precedentes formados em sede de recursos extraordinário e especial repetitivos objetivam sistematizar um controle de estoque de demandas, com uma formação de um precedente para julgamento de questões massificadas, mediante a importância da matéria justamente pela existência dessa massificação.

Acerca do tema, Vinicius Silva Lemos pontua o que segue:

O intuito é sistematizar uma obediência aos precedentes judiciais, não para colocar o magistrado em posição de subserviência aos Tribunais, somente concedendo-lhes o dever que tem de julgar os fatos e enquadrar, mediante sua decisão sobre os acontecimentos, no melhor precedente judicial possível. A decisão permanece pertencente à função do juízo, somente há a necessidade do respeito pelos

62 MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 1219.

63 Cf. art. 121-A do RISTJ, inserido pela Emenda Regimental STJ n. 24/2016.

precedentes judiciais, de olhar para trás e verificar o que e qual forma se decidiu antes.<sup>64</sup>

Marinoni tece crítica totalmente pertinente:

É chegado o momento de se colocar ponto final no cansativo discurso de que o juiz tem a liberdade ferida quando obrigado a decidir de acordo com os tribunais superiores. O juiz, além de liberdade para julgar, tem dever para com o Poder de que faz parte e para com o cidadão. Possui o dever de manter a coerência do ordenamento e de zelar pela respeitabilidade e pela credibilidade do Poder Judiciário<sup>65</sup>.

A existência de um microssistema de formação de precedentes é realidade no CPC/2015<sup>66</sup>, com um regramento bem delineado, com a necessidade de afetação da matéria, com a delimitação dos fatos e matérias a serem decididas, formação de um contraditório ampliado, com publicação e divulgação sobre a controvérsia.

Outrossim, o art. 1.030, I, alínea *b*, do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei n.º 13.256/2016, apregoa que o presidente ou vice-presidente do tribunal estadual ou federal negará seguimento a recurso especial e/ou extraordinário, quando este for interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos.

E, na hipótese do inciso II do mesmo artigo, o processo será encaminhado ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do

---

64 LEMOS, Vinicius Silva. *Recursos e processos nos tribunais*. 4.ed. ver., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 797.

65 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 65.

66 "Não se pode imaginar cada instituto de forma isolada, sem uma conexão entre eles. As regras devem ser pensadas de forma ordenada, com as regras, por exemplo, do rito de recurso repetitivo com aplicabilidade no incidente de resolução de demandas repetitivas, e, consequentemente, vice-versa. Não há como montar uma base de valorização de precedentes, com segmentos processuais isolados, sem comunicação com outros institutos com intuítos idênticos. Ao imaginar uma conexão destes institutos, há uma melhoria processual em cada qual, com uma amplificação de oportunidades processuais, um preenchimento de eventuais lacunas com a utilização na forma de um microssistema, com cada instituto colaborando em termos de legislação para a formação de um regramento único, para os precedentes serem concebidos de forma idêntica." LEMOS, Vinicius Silva. *A desistência no microssistema de formação de precedentes*. Revista Síntese de Direito Civil de Processual Civil. Vol. 13, n.º 97, Porto Alegre: Síntese, set/out/2015. p. 604.

Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos.

Por fim, o §2º do art. 1.030, com a redação dada pela Lei n.º 13.256/2016, reza que, da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III, caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021.

Nesse tanto, em arremate, *chega-se à conclusão de que os acórdãos prolatados em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos devem ser obrigatoriamente observados pelos juízes e tribunais estaduais e federais, vez que se tratam de precedentes vinculantes.*

Aliás, para demonstrar de uma vez por todas que os acórdãos proferidos em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos revelam-se como precedentes obrigatórios, o próprio Código de Processo Civil, por meio da Lei n.º 13.256/2016, que o alterou antes da sua entrada em vigor, em seu art. 966, *caput*, inciso V, §§5º e 6º, prevê o cabimento de ação rescisória contra a decisão de mérito, transitada em julgado, baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.

Também, quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do §5º do aludido artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica.

Ainda, com relação à observância obrigatória dos precedentes, por parte dos juízes e tribunais inferiores, o §1º do art. 927, do CPC/2015, apregoa o seguinte: §1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 1067 e no art. 489, § 1º68, quando decidirem com fundamento neste artigo.

---

67 Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

68 Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

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

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

No mesmo norte, o art. 1.022, parágrafo único, inciso I, do CPC/2015, aponta o cabimento de embargos de declaração, na medida em que a considera omissa, de decisão que deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento.

Pois bem.

Considerando a hipótese de os tribunais estaduais ou federais divergirem do entendimento firmado pelos tribunais superiores em sede de julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos – a despeito de se tratar de precedente vinculante –, ou, ainda, na hipótese de não exercerem o juízo de retratação, qual seria o recurso ou a medida processual/judicial cabível?

A seguir, será sugerida solução, visando equacionar tais julgamentos, diante de uma interpretação lógico-sistemática do moderno processo civil introduzido pelo novo Código de Processo Civil, por meio das Leis n.ºs 13.105, de 16 de março de 2015 e 13.256, de 4 de fevereiro de 2016.

#### **4. DA MEDIDA PROCESSUAL/JUDICIAL CABÍVEL ANTE A HIPÓTESE DE OS TRIBUNAIS INFERIORES DIVERGIREM DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOB A SISTEMÁTICA DE JULGAMENTO DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL REPETITIVO OU, DIANTE DO NÃO EXERCÍCIO DO JUÍZO DE RETRATAÇÃO**

Na hipótese de os tribunais estaduais ou federais divergirem do entendimento firmado pelos tribunais superiores em sede de julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos – a despeito de se tratar de precedente vinculante –, ou, ainda, no caso de não exercerem o juízo de retratação, qual seria o recurso ou a medida processual/judicial cabível?

Com efeito, o art. 988, do Código de Processo Civil de 2015, na redação original trazida pela Lei n.º 13.105/2015, no inciso IV, dispunha o seguinte:

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

---

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

[...]

IV – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência;

Ou seja, o legislador ordinário levou em conta que o precedente proferido em julgamento de casos repetitivos – seja pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar recurso extraordinário, seja pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar recurso especial –, por ter efeito vinculante, isto é, de observância obrigatória pelos Juízes e tribunais inferiores, a teor do disposto no art. 927, III, do referido código, deveria ser respeitado. E, caso não o fosse, caberia a utilização de reclamação.

Contudo, antes mesmo da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, sobreveio a Lei n.º 13.256/2016, a qual deu nova redação ao precitado inciso IV, com o seguinte teor: *IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.*

Disso se infere que o eventual desrespeito ou inobservância do precedente proferido em julgamento de casos repetitivos, por parte dos juízes e tribunais estaduais e federais, não poderia mais ser objeto do instituto da reclamação.

No entanto, a mesma Lei n.º 13.256/2016 incluiu o inciso II ao parágrafo quinto do art. 988, com a seguinte redação:

§ 5º É inadmissível a reclamação:

[...]

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

Neste comenos, após o esgotamento das instâncias ordinárias, passou-se a defender a utilização da reclamação para a garantia da observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos.

A par disso, desde a redação original do Código de Processo Civil de 2015, por intermédio da Lei n.º 13.105/2015, o art. 1.041 reza o seguinte: *Mantido o acórdão divergente pelo tribunal de origem, o recurso especial ou extraordinário será remetido ao respectivo tribunal superior, na forma do art. 1.036, § 1º.*

Por oportuno, importa esclarecer que tal preceito refere-se ao juízo de retratação negativo, isto é, publicado o acórdão paradigma, ainda assim o tribunal de origem mantém intacto o acórdão divergente daquele proferido no precedente pelos Tribunais Superiores, nos termos disposto no art. 1.040, II, do CPC/201569.

Ora, perscrutando as hipóteses acima mencionadas, parece haver 2 (dois) instrumentos para o mesmo fim, qual seja: (i) após esgotadas as instâncias ordinárias, poderá ser utilizada a reclamação para a garantia da observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, nos termos disposto no art. 988, §5º, inciso II, do CPC/2015; e (ii) publicado o acórdão paradigma, caso o tribunal de origem mantenha o acórdão divergente do precedente estatuído pelos Tribunais Superiores, o recurso especial ou extraordinário será remetido ao respectivo tribunal superior, consoante apregoa o art. 1.041, do CPC/2015.

Nesse diapasão, há processualista que defende a necessidade da interposição de outro recurso especial e/ou extraordinário, na hipótese de o tribunal de origem não exercer o juízo de retratação, mantendo o acórdão divergente do precedente emanado do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos recursos excepcionais repetitivos.

Neste particular, forçoso rememorar que o Presidente ou o Vice-Presidente do tribunal estadual ou federal negará seguimento a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos (art. 1.030, I, *b*). Essa regra tem como essência o prestígio à jurisprudência consolidada (qualificada) pelo mecanismo dos recursos repetitivos.

---

69 Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

[...]

II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior;

O recurso adequado contra essa possível decisão é o agravo interno do art. 1.021, do CPC/2015, consoante disposto no §2º do art. 1.030 (para aquele que intenta evidenciar que o caso concreto não se amolda ao precedente da repercussão geral ou recurso repetitivo por distinção (*distinguishing*) ou superação da tese (*overruling*)).

Já o inciso II do art. 1.030, do CPC/2015, reza que o Presidente ou Vice-Presidente dos tribunais inferiores deverá encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos.

Para Marcelo Augusto da Silveira<sup>70</sup>:

Configurando-se esse cenário, ante o equívoco constante na decisão recorrida de julgar de forma oposta ao precedente qualificado, o julgador unipessoal (Presidente ou Vice-Presidente) abrirá uma oportunidade ao órgão fracionário do mesmo tribunal *a quo* de adequar o seu entendimento ao do tribunal superior, retratando-se, ciente de que, a recalcitrância seria inócua, porque o resultado do julgamento do recurso no órgão superior seria no mesmo sentido da jurisprudência cristalizada.

Ainda assim, se não ocorrer a retratação, o Presidente ou Vice-Presidente remeterá o recurso para o tribunal superior correspondente, por esse motivo (cf. inciso V, alínea "c" do art. 1.030<sup>71</sup>).

Assim, para este autor, no caso de o tribunal recorrido refutar o juízo de retratação, o Presidente ou Vice-Presidente deverá realizar o juízo de

---

70 SILVEIRA, Marcelo Augusto da. *Recursos, sucedâneos recursais e ações autônomas, de impugnação no Código de Processo Civil: teoria geral dos recursos: recursos em espécie, ações autônomas de impugnação e o seu processamento nos tribunais*. Salvador: JusPodvim, 2020, p. 850-851.

71 Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

[...]

V – realizar o juízo de admissibilidade e, se positivo, remeter o feito ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, desde que:

[...]

c) o tribunal recorrido tenha refutado o juízo de retratação.

admissibilidade e, se positivo, remeter o feito ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, a teor do disposto no art. 1.030, V, c, do CPC/2015.

No mesmo tom, pronuncia-se Vinicius Silva Lemos<sup>72</sup>:

Se o recurso excepcional coincidir com matéria repetitiva ou de repercussão geral, contudo o recurso almeja justamente a aplicabilidade do entendimento do Tribunal Superior e, o órgão fracionário anterior, ao julgar seu recurso, julgou de modo diverso do repetitivo ou da repercussão geral, o presidente ou vice-presidente deve encaminhar o processo a esse mesmo órgão julgador para que realize um juízo de retratação, reconsiderando a existência desse entendimento do Tribunal Superior, em repetitivo ou repercussão geral.

O intuito é poupar a remessa de um recurso a Tribunal Superior somente para aplicar o entendimento já firmado em repetitivo ou repercussão geral. Ao remeter ao órgão fracionário, o presidente ou vice-presidente já determina que realize o juízo de retratação, com a reanálise da matéria.

Não há obrigatoriedade de acatarem tal entendimento, podendo manter a decisão, mesmo diversa do entendimento do Tribunal Superior. Nessa hipótese, o recurso é devolvido ao presidente ou vice-presidente para encaminharem com o juízo de admissibilidade positivo ao Tribunal Superior para que este aplique o precedente judicial existente, seja em repetitivo ou em repercussão geral.

Interessante notar que o Superior Tribunal de Justiça decidiu que, caso o Tribunal *a quo* opte por manter a decisão divergente daquela emanada no precedente, deverá manifestar-se sobre os fundamentos citados no julgamento do recurso selecionado.<sup>73</sup> Cujas determinação foi expressamente veiculada pelo CPC/2015 (arts. 10, 489, §1º e 927, §1º).

José Miguel Garcia Medina se manifesta neste sentido:

O CPC/2015, após a reforma da Lei 13.256/2016, acabou prevendo variadas formas de controle da decisão que não

72 LEMOS, Vinicius Silva. *Recursos e processos nos tribunais*. 4.ed. ver., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 572.

73 STJ, QO nos REsp 1.148.726/RS, REsp 1.146.696/RS, REsp 1.153.937/RS, REsp 1.154.288/RS, REsp. 1.155.480/RS e REsp 1.158.872/RS, j. 10.12.2009, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior.

observa julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos: [...]

(b) embora com restrições, pode ser empregada reclamação, conquanto necessário sejam “esgotadas as instâncias ordinárias” (cf. art. 988, §5º, II do CPC/2015, na redação da Lei 13.256/2016), sempre que houver “aplicação indevida da tese jurídica” ou “sua não aplicação aos casos que a ela correspondem”, cf. §4º do art. 988 do CPC/2015);

(c) cabe, também, ação rescisória (cf. art. 966, V, nos termos dos §§5º e 6º do mesmo artigo, também inseridos pela Lei 13.256/2016, que, porém, refere-se apenas à hipótese em que não realizada, adequadamente, a distinção);

Ainda, embora a lei não o tenha previsto expressamente, (d) deve caber recurso extraordinário ou especial, conforme o caso, como se disse acima<sup>74</sup>.

Para Medina, de acordo com o art. 988, *caput*, IV e §5º, II, do CPC/2015, cabe reclamação contra o acórdão que não observar decisão proferida em julgamento de caso repetitivo, a despeito da reforma da Lei 13.256/2016, em razão do que consta no inc. II do §5º do art. 988 do CPC/2015. Ademais, tal doutrinador entende, porém, que o cabimento da reclamação deve ficar restrito à hipótese em que não for possível se resolver a questão com o simples processamento do recurso extraordinário ou especial já interposto.

Em síntese: o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal *a quo* poderá negar seguimento a recurso especial ou extraordinário se houver decisão do STF sobre caso análogo que não possua repercussão geral ou caso a decisão recorrida tenha como fundamento precedente firmado em julgamento de recursos especial ou extraordinário repetitivos.

Como visto alhures, dessas situações, caberá agravo interno em 15 dias (CPC, art. 1.021).

A esse respeito, menciona-se Renato de Montans de Sá:

Nesses casos não caberá agravo de admissão, pois o agravo interno (para quem designar o regimento do tribunal) tem por finalidade “servir como veículo de distinção: o recorrente

74 MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 1409-1410.

poderá demonstrar que seu caso é distinto, a justificar a não aplicação dos precedentes obrigatórios”.<sup>75</sup> Da decisão do agravo interno caberá reclamação para o STF ou STJ com fundamento no art. 988, §5º, II, do CPC (aqui já demonstrado que exauriu as instâncias ordinárias).

Não cabe recurso especial ou extraordinário da decisão do agravo interno, pois tanto o art. 102, III, como o art. 105, III, da CF aludem a “causas decididas” e essa decisão não é sobre a causa<sup>76</sup>.

Por seu turno, em decisão recentíssima, proferida no Agravo interno em Reclamação n.º 36.923/SC, julgamento datado de 20 de outubro de 2020, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, para que se configure o esgotamento das instâncias ordinárias, nos termos do disposto no art. 988, §5º, II, do CPC/2015, há a necessidade de interposição de novo recurso extraordinário<sup>77</sup>.

Nesse sentido, veja-se a Reclamação n.º 24.686-ED –AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, julg. 25/10/2016:

**Ementa:** PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO PROPOSTA PARA GARANTIR A OBSERVÂNCIA DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. CPC/2015, ART. 988, § 5º, II. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. 1. Em se tratando de reclamação para o STF, a interpretação do art. 988, § 5º, II, do CPC/2015 deve ser fundamentalmente teleológica, e não estritamente literal. *O esgotamento da instância ordinária, em tais casos, significa o percurso de todo o íter recursal cabível antes do acesso à Suprema Corte. Ou seja, se a decisão reclamada ainda comportar reforma por via de recurso a algum tribunal, inclusive a tribunal superior, não*

75 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meio de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 317.

76 SÁ, Renato Montans de. *Manual de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1587.

77 EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NO RE 574.706. PARADIGMA DO TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AUSÊNCIA DE ESGOTAMENTO DAS VIAS ORDINÁRIAS. 1. A alegação de descumprimento de tese firmada em repercussão geral exige o esgotamento das vias ordinárias (art. 988, § 5º, II, do CPC/2015). 2. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1021, § 4º, do CPC/2015. (Rcl 36923 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 20/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-258 DIVULG 26-10-2020 PUBLIC 27-10-2020).

*se permitirá acesso à Suprema Corte por via de reclamação.*  
2. Agravo regimental não provido.

(Rcl 24686 ED-AgR, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 25/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-074 DIVULG 10-04-2017 PUBLIC 11-04-2017)

Assim sendo, a maioria dos membros do STF tem considerado a necessidade de interposição de novo recurso extraordinário, para que se configure o esgotamento das instâncias ordinárias, nos termos do art. 988, §5º, II, do CPC/2015.

Confirmam-se: Rcl 42.056, Rel. Min. Rosa Weber; Rcl 37.019, Rel. Min. Marco Aurélio; Rcl 36.587, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; Rcl 33.035, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Cármen Lúcia; Rcl 33.031, Rel. Min. Edson Fachin; Rcl 32.674, Rel. Min. Gilmar Mendes; Rcl 30.899, Rel<sup>a</sup>. Min.<sup>a</sup> Rosa Weber.

Lado outro, o Superior Tribunal de Justiça, em sentido diametralmente oposto ao entendimento da Suprema Corte, tem se posicionado em favor da aplicação do disposto no art. 1.041, do CPC/2015, nos casos em que o tribunal *a quo* refute o juízo de retratação, havendo assentado que o esgotamento das instâncias ordinárias se opera com o exercício, positivo ou negativo, do juízo de retratação por parte do órgão julgador do tribunal inferior.

Nesse tanto, colaciona-se o seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IPVA. ALEGAÇÃO DE DUPLO DOMICÍLIO E VIOLAÇÃO DO ART. 127 DO CTN. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA NO STF. RE 1016605 – TEMA 708. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM.

I – A matéria deduzida no recurso, qual seja a possibilidade de recolhimento do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) em estado diverso daquele em que o contribuinte mantém sua sede ou domicílio tributário, teve a repercussão geral admitida no RE 1.016.605/SP, sob o regime de repercussão geral.

II - Diante disso, torna-se impositiva a suspensão dos feitos pendentes que tratem da mesma matéria, nos termos do art. 1.036 do CPC/2015.

III - Por sua vez, os arts. 1.040 e 1.041, ambos do CPC/2015, dispõem sobre a atuação do Tribunal de origem após o julgamento do recurso extraordinário submetido ao regime de repercussão geral ou do recurso especial submetido ao regime dos recursos repetitivos.

IV - De acordo com tais dispositivos, há a previsão da negativa de seguimento dos recursos, da retratação do órgão colegiado para alinhamento das teses ou, ainda, a manutenção do acórdão divergente, com a remessa dos recursos aos Tribunais correspondentes.

V - Nesse panorama, cabe ao Superior Tribunal de Justiça, determinar a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que, após o julgamento do paradigma, seja reexaminado o acórdão recorrido e realizada a superveniente admissibilidade do recurso especial. No mesmo sentido, destacam-se os seguintes julgados: AgInt no AgInt no REsp 1473147/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018; REsp 1431112/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 31/08/2018

VI - *Deve-se, portanto, determinar a devolução dos autos ao Tribunal de origem, com a devida baixa nesta Corte, para que, após a publicação do acórdão do respectivo recurso extraordinário representativo da controvérsia, em conformidade com a previsão do art. 1.040, c.c. o §2º do art. 1.041, ambos do CPC/2015: a) na hipótese da decisão recorrida coincidir com a orientação do Supremo Tribunal Federal, seja negado seguimento ao recurso especial ou encaminhado a esta Corte Superior para a análise das questões que não ficaram prejudicadas; ou b) caso o acórdão recorrido contrarie a orientação do Supremo Tribunal Federal, seja exercido o juízo de retratação e considerado prejudicado o recurso especial ou encaminhado a esta Corte Superior para a análise das questões que não ficaram prejudicadas; ou c) finalmente, mantido o acórdão divergente, o recurso especial seja remetido ao Superior Tribunal de Justiça.*

VII - Ante o exposto, conheço do agravo em recurso especial, e dou-lhe provimento para determinar a devolução dos autos ao

Tribunal de origem, nos termos da fundamentação. (AREsp 1211536/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 17/09/2018)

No mesmo sentido, destacam-se outros julgados do Superior Tribunal de Justiça: AgInt no REsp 1366363/ES, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 17/08/2017, DJe 23/08/2017; AgInt no AgInt no REsp 1473147/RS, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018; REsp 141112/RS, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 23/08/2018, DJe 31/08/2018; AgInt no AREsp 1627974/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24/06/2020, DJe 24/06/2020.

A corroborar sua posição, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido no sentido de ser descabida a interposição de reclamação para garantir-se a observância de acórdão proferido sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos, apregoando que:

[...] a manutenção do acórdão recorrido, por sua vez, a despeito da conformação ou não da matéria com julgamento em recurso repetitivo ou de repercussão geral, implica na aplicação tácita do art. 1.041 do CPC/2015, que viabiliza o envio do recurso especial ou recurso extraordinário ao Tribunal Superior correspondente. (AgInt na Reclamação n.º 37.792/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Seção, julgado em 28/08/2019, DJe 02/09/2019).

Neste mesmo panorama, citam-se os julgados: Rcl 025649/SP, Rel. Min. Herman Benjamim, DJe 07/12/2015; Rcl 025683/MG, Rel. Min. Herman Benjamim, DJe 23/09/2015 e Rcl 026154/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 08/10/2015.

Além do mais, a jurisprudência dominante da Corte Suprema, de há muito, entende que a reclamação não pode ser utilizada como sucedâneo recursal<sup>78</sup>.

Isso posto, ante uma interpretação lógico-sistemática do art. 1.041, do CPC/2015, em resposta à indagação acima formulada, considerando a hipótese de os tribunais estaduais ou federais divergirem do entendimento firmado pelos tribunais superiores em sede de julgamento de recursos extraordinário e especial

---

78 Rcl n.º 6.140/RJ-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 14/4/2016; Rcl n.º 23.157/BA-AgR, Rel. Min. Ceslo de Mello, Segunda Turma, DJe 7/4/2016; Rcl n.º 5.684/PE-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 15/8/2008.

repetitivos – a despeito de se tratar de precedente vinculante -, ou, ainda, no caso de não exercerem o juízo de retratação, aquilata-se que a medida processual/judicial cabível é aquela veiculada pelo próprio art. 1.041, *caput*, corroborado pelo art. 1.030, inciso V, alínea *c*, ambos do Código de Processo Civil de 2015, ou seja, mantendo-se o tribunal *a quo* o acórdão divergente do precedente firmado pelo STJ ou STF, em sede de julgamento proferido sob a sistemática dos recursos especial e extraordinário repetitivos, o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal recorrido procederá ao envio dos autos ao respectivo Tribunal Superior para análise do recurso excepcional anteriormente aviado.

Disso se extrai que a utilização da reclamação somente será cabível na hipótese de o tribunal *a quo* não remeter os autos ao Tribunal Superior, apesar de a parte interessada haver requerido tal envio, a teor do disposto no art. 988, §5º, II, do CPC/2015, na redação dada pela Lei n.º 13.256/2016.

Pois, somente após o tribunal inferior haver indeferido o envio dos autos ao Tribunal Superior, a despeito da previsão expressa do art. 1.041, *caput*, corroborado pelo art. 1.030, inciso V, alínea *c*, ambos do Código de Processo Civil de 2015, é que se esgotará as instâncias ordinárias, e, neste caso, o manejo da reclamação é totalmente cabível, na linha sinalizada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Nesse tanto, a nosso ver, torna-se despicienda a interposição de outro recurso especial e/ou extraordinário em face da não aplicação do precedente de parte do órgão julgador do tribunal *a quo* que refutou o juízo de retratação, sob pena de tornar sem efeito a obrigatoriedade constante no art. 927, III, do diploma processual civil e, sobretudo, pelo fato de que tal decisão não se amolda ao disposto nos artigos 102, III, e 105, III, ambos da Constituição Federal.

Por derradeiro, na hipótese de haver o trânsito em julgado do aludido *decisum*, não obstante ser inadmissível a utilização de reclamação, a teor do disposto no art. 988, §5º, I, do CPC/2015, na redação dada pela Lei n.º 13.256/2016, vê-se que a parte prejudicada ainda disporá da ação rescisória, nos termos disposto no art. 966, V, §§ 5º e 6º, do Código de Processo Civil de 2015, desde que respeitado o prazo decadencial de 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da referida decisão (que não aplicou o precedente, ou que não fez a distinção, ou que refutara o juízo de retratação).

## CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto, ante uma interpretação lógico-sistemática do art. 1.041, do CPC/2015, na hipótese de os tribunais estaduais ou federais divergirem do entendimento firmado pelos tribunais superiores em sede

de julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos – a despeito de se tratar de precedente vinculante -, ou, ainda, no caso de não exercerem o juízo de retratação, assevera-se que a medida processual/judicial cabível é aquela veiculada pelo próprio art. 1.041, *caput*, corroborado pelo art. 1.030, inciso V, alínea c, ambos do Código de Processo Civil de 2015, ou seja, mantendo-se o tribunal *a quo* o acórdão divergente do precedente firmado pelo STJ ou STF, em sede de julgamento proferido sob a sistemática dos recursos especial e extraordinário repetitivos, o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal recorrido procederá ao envio dos autos ao respectivo Tribunal Superior para análise do recurso excepcional anteriormente aviado.

Disso se extrai que a utilização da reclamação somente será cabível de forma subsidiária, ou seja, na hipótese de o tribunal *a quo* não remeter os autos ao Tribunal Superior, apesar de a parte interessada haver requerido tal envio, a teor do disposto no art. 988, §5º, II, do CPC/2015, na redação dada pela Lei n.º 13.256/2016.

Aliás, a própria mudança efetuada pela Lei n.º 13.256/2016, na Lei n.º 13.105/2015, ao dar nova redação ao inciso IV do art. 988, do CPC/2015, afastou a utilização da reclamação para a garantia da observância de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos, mantendo-a, dentre outras hipóteses, para a garantia da observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

Neste comenos, em casos tais, a reclamação poderá ser utilizada em *ultima ratio*, isto é, caso o Tribunal *a quo* não proceda o envio do processo para que o Tribunal Superior aprecie o recurso extraordinário ou especial anteriormente interposto, a teor do disposto no art. 988, §5º, II, do CPC/2015.

Nesse tanto, a nosso ver, torna-se despicienda a interposição de outro recurso especial e/ou extraordinário em face da não aplicação do precedente de parte do órgão julgador do tribunal *a quo* que refutou o juízo de retratação, sob pena de tornar sem efeito a obrigatoriedade constante no art. 927, III, do diploma processual civil e, sobretudo, pelo fato de que tal decisão não se amolda ao disposto nos artigos 102, III, e 105, III, ambos da Constituição Federal.

*Ad argumentandum tantum*, tem-se que, no juízo de retratação, considerando-a como uma fase processual, não há livre poder de apreciação e decisão do tribunal local, já que sua competência fica restrita a três possibilidades: uma, pelo juízo de retratação para adequação da decisão recorrida ao precedente do STJ ou STF em julgamento de recursos repetitivos; duas, pelo juízo de declaração de prejudicado quando a decisão recorrida estiver de acordo com o posicionamento do

STJ ou do STF sob a sistemática de recursos repetitivos; *três*, quando não for nenhuma das hipóteses anteriores, deve o tribunal *a quo* remeter os autos ao STF ou ao STJ para apreciação do recurso extraordinário ou especial, conforme o caso.

Logo, considerando a hipótese na qual o Tribunal inferior, ao reanalisar a causa, em sede de juízo de retratação, insira fundamento novo ao caso em exame, tem-se uma situação na qual o tribunal *a quo* excederá dos limites de sua competência, bem assim deixará de observar a garantia da não surpresa, a violar o princípio do contraditório, desprestigiara o devido processo legal e, ainda, colocará em risco a segurança nas relações jurídicas.

Isso sem dizer que essa postura acabará por cercear o direito do jurisdicionado de ver seu recurso especial ou extraordinário analisado pelo Tribunal Superior, pois imporá nova decisão sem que haja possibilidade de interposição de novo recurso.

Mesmo porque, se fosse admitido o rejuízo da causa por novos fundamentos, que não o da readequação ao precedente que deveria ser observado no caso *sub judice*, certamente caberia, em tese, novo recurso especial e novo recurso extraordinário, sob risco de violação ao duplo grau de jurisdição. O que, como restou dantes demonstrado, não parece ser a sistemática adotada pelo Novo Código de Processo Civil, pois, ao invés de agilizar o julgamento dos recursos, os eternizaria por completo.

Nesse diapasão, a aplicação direta do disposto no art. 1.041, c/c o art. 1.030, V, c, ambos do Código de Processo Civil de 2015, é a medida processual/judicial que se revela cabível e adequada, no caso de os tribunais estaduais ou federais divergirem do entendimento firmado pelos tribunais superiores em sede de julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos – a despeito de se tratar de precedente vinculante –, ou, ainda, no caso de não exercerem o juízo de retratação, cuja situação fará com que os autos do processo sejam remetidos ao respectivo Tribunal Superior para análise do recurso excepcional anteriormente aviado.

E, em arremate, na hipótese de haver o trânsito em julgado do aludido *decisum*, não obstante ser inadmissível a utilização de reclamação, a teor do disposto no art. 988, §5º, I, do CPC/2015, na redação dada pela Lei n.º 13.256/2016, vê-se que a parte prejudicada ainda disporá da ação rescisória, nos termos disposto no art. 966, V, §§ 5º e 6º, do Código de Processo Civil de 2015, desde que respeitado o prazo decadencial de 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da referida decisão (que não aplicou o precedente, ou que não fez a distinção, ou que refutara o juízo de retratação).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA ALVIM, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Ed. RT. 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meio de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER, Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Teoria da Prova, direito probatório, decisão, precedentes, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

GARNER, Bryan. *Black's Law Dictionary*. 9 ed. St. Paul: West, 2009.

LEMOES, Vinicius Silva. *A desistência no microssistema de formação de precedentes*. Revista Síntese de Direito Civil de Processual Civil. Vol. 13, n.º 97, Porto Alegre: Síntese, set/out/2015.

LEMOES, Vinicius Silva. *Recursos e processos nos tribunais*. 4.ed. ver., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: RT, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PANUTTO, Peter. Juízo de admissibilidade deve ser mantido e criada regra de transição. <https://www.conjur.com.br/2015-dez-15/juizo-admissibilidade-mantido-criada-regra-transicao>.

SÁ, Renato Montans de. *Manual de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SILVEIRA, Marcelo Augusto da. *Recursos, sucedâneos recursais e ações autônomas, de impugnação no Código de Processo Civil: teoria geral dos recursos: recursos em espécie, ações autônomas de impugnação e o seu processamento nos tribunais*. Salvador: JusPodivm, 2020.

WAMBIER, Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

## **CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SUA AMPLIAÇÃO DEMOCRÁTICA COMO ALTERNATIVA À CRISE DE REPRESENTATIVIDADE**

**STANLEY SILVA RIBEIRO:** Pós-graduado em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP (2008). Pós-graduado em Direito Constitucional pela Uniderp (2017). Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. É advogado da União lotado na Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Infraestrutura, tendo passagem pelo Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos - DECOR da Consultoria-Geral da União e pela Assessoria do Gabinete do Consultor-Geral da União.

**RESUMO:** O Brasil adotou a postura de supremacia judicial a partir da ideia de superioridade da Constituição e da previsão constitucional que confere ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição. Essa competência ganha contornos sensíveis diante do ativismo judicial, especialmente quando associada ao fenômeno da judicialização de políticas públicas. A Corte não pode se isolar do tecido social e exercer sua atividade jurisdicional encastelada, a pretexto de exercer atuação contramajoritária. O resultado da interpretação constitucional somente balizará uma sociedade efetivamente democrática mediante a ampliação da participação popular na formação de seu próprio destino. A pesquisa objetivou verificar se as discussões quanto à legitimidade das decisões judiciais demandariam atenção no ordenamento jurídico brasileiro, avaliando os atuais instrumentos de aproximação dos cidadãos com a jurisdição constitucional, bem como a viabilidade jurídica e institucional para a criação de novos mecanismos de participação popular que incrementem a legitimidade e a qualidade das decisões judiciais.

**Palavras-chave:** Revisão judicial. Ativismo judicial. Judicialização de políticas públicas. Jurisdição constitucional. Dificuldade contramajoritária. Legitimidade de decisões judiciais. Emendas constitucionais. Cláusulas pétreas. *Accountability*.

**ABSTRACT:** In Brazil, the judicial supremacy was adopted based on the idea of the superiority of the Constitution and its rules that gives to the Supreme Court the responsibility for defending the Constitution. This competence gains sensitive outlines on judicial activism, especially when associated with the phenomenon of judicialization of public policies. The Court cannot isolate itself from society and do jurisdictional activity under the allegation be counter-majoritarian action. The result of the constitutional interpretation will only guide an effectively democratic society

by expanding popular participation in shaping its own destiny. The research aimed to verify if the discussions about the legitimacy of the judicial decisions demand attention in the Brazilian legal system, evaluating the current instruments for gathering citizens and the constitutional jurisdiction, as well as the legal and institutional feasibility for the creation of new mechanisms of popular participation that increase the legitimacy and quality of judicial decisions.

**Keywords:** Judicial review. Judicial activism. Policy judicialization. Institutional dialogue. Constitutional jurisdiction. Counter-majoritarian difficulty. Legitimacy of judicial acts. Constitutional amendment. Entrenchment clause. Accountability.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Legitimação ativa x contingências da realidade. 2. Instrumentos atuais de democratização da Jurisdição Constitucional; 2.1. *Amicus Curiae*; 2.2. Audiência Pública. 3. Incidente de Julgamento de Emendas Constitucionais como ampliação da participação social nas decisões públicas. Conclusão. Referências Bibliográficas.

## Introdução

Independentemente das críticas que se façam ao controle de constitucionalidade, não se discute que no Brasil, em função de aspectos culturais e da arquitetura constitucional, existe sim supremacia judicial, ainda que relativa. O constitucionalismo vivenciado hodiernamente acaba por espalhar-se em grande medida, diante da função precípua do Judiciário na concretização dos ditames e da imensidão de divergências sociais levadas ao crivo da Corte Constitucional, ante o fenômeno da judicialização da política<sup>79</sup>.

Em nosso ordenamento jurídico, a problemática que se apresenta não é exatamente a legitimidade do *judicial review* como possibilidade de seu exercício e sim em que medida o adequado exercício do controle de constitucionalidade pode incrementar sua própria legitimidade, que não deve ocorrer *per se*, como verdadeiro argumento de autoridade<sup>80</sup>. A questão não está adstrita ao ambiente acadêmico e teórico, há sérias repercussões quando se permite que a atuação judicial se revele aristocrática e, eventualmente, recheada de subjetivismos e voluntarismos.

Para que se tenha ideia da potencialidade lesiva da atuação pouco democrática, absolutamente apartada dos anseios populares ou sequer tendo esses

79 BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2014, p. 35-38.

80 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. In.: CLÈVE, Clemerson Marlin; FREIRE, Alexandre (coord.). *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014.p.244.

em consideração no momento da decisão, devemos lembrar que a superação dos entendimentos proferidos pela Corte Constitucional, apesar de possível, nem sempre é fácil de se levar a efeito, e quanto mais o Poder Judiciário expandir seu âmbito de atuação, menor o espaço para discussão dos temas no plano da representação parlamentar<sup>81</sup>. Vale dizer, que a situação é ainda pior quando se refere ao controle de constitucionalidade concentrado abrangendo cláusulas pétreas.

Considerando a sistemática na qual o entendimento da Suprema Corte possivelmente será alterado apenas diante de emenda constitucional que modifique o texto sobre o qual houve pronunciamento judicial<sup>82</sup>, a ampliação das situações subsumidas ao conceito de cláusulas pétreas, ao tempo em que permite a defesa dos direitos e garantias fundamentais e das condições mínimas do jogo democrático, também importa na retirada delas do âmbito de discussão democrática.

Ordinariamente, a doutrina aponta como principais possibilidades de legitimação democrática do Poder Judiciário a abrangente e densa argumentação jurídica baseada na ideia de razão pública, além da arquitetura de procedimentos em que seja permitida abertura à sociedade civil, de forma que esta possa apresentar seu ponto de vista e tentar influenciar a futura decisão judicial. Como já visto, o enfoque será o segundo aspecto, que em nosso sentir é muito mais palatável, ante a sua objetividade.

Atualmente a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para adentrar em temas de alta valoração política e conceituação moral vem sendo questionada, o que representa o contexto social ideal para a implementação de mecanismos procedimentais que além de introduzir as informações necessárias ao melhor julgamento possível, evidenciam a sensação de pertencimento<sup>83</sup>, participação e, via de consequência, legitimação da decisão judicial, ainda que em desacordo aos interesses de parte da sociedade.

Os institutos atuais são tratados como ancilares e até mesmo dispensáveis ao controle de constitucionalidade. Não se ignora a continuidade da importância do *amicus curiae* e da audiência pública para a maioria dos processos em curso na Suprema Corte. Todavia, quando a discussão meritória gravitar em torno da definição de cláusulas pétreas, é necessário um procedimento augusto, pertencente ao próprio

81 VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política*. AVRITZER, Leonardo *et al* (orgs.). *Dimensões políticas da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.p. 211.

82 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. 16.

83 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 40-42.

procedimento de controle e com ares cogentes, sob pena de menoscar a participação social.

Defende-se, então, a formatação de procedimento correspondente à importância do que está em jogo quando da definição das cláusulas de eternidade pela Corte Constitucional, ou seja, os valores sociais mais relevantes para a estruturação e manutenção do ordenamento pátrio, na forma idealizada pelo Poder Constituinte Originário e, obviamente, com as atualizações emergentes da vida em sociedade.

A instituição do referido procedimento representa não apenas mais um passo burocrático, mas a retomada da importância da participação social no desenvolvimento dos assuntos públicos, partindo de uma postura passiva e permissiva, para outra mais democrática, dialógica, conferindo maior legitimidade democrática às decisões judiciais.

### **1. Legitimação ativa x contingências da realidade**

A legitimação para inaugurar o procedimento de aferição de constitucionalidade em abstrato sofreu evolução desde sua instituição por meio da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, que alterou o art. 101 da Constituição de 1946, estabelecendo exclusividade ao Procurador-Geral da República para representar contra a inconstitucionalidade, de forma genérica, de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual. Essa dinâmica transitou, da mesma forma, pela Constituição de 1967 e pela Emenda Constitucional nº 1, de 26 de novembro de 1969, esta última considerada pela parcela majoritária da doutrina como efetiva Constituição, diante da abrangência e da fundamentação autônoma de seus dispositivos<sup>84</sup>.

No período acima referido, essa concentração de poderes na figura do Procurador-Geral da República fez surgir questionamentos quanto a sua atuação e da suposta obrigatoriedade de levar adiante toda representação que lhe chegasse ao conhecimento, por qualquer interessado. Dizia-se que caso assim não procedesse, o PGR estaria se convertendo no próprio juiz da causa, usurpando a competência do Supremo Tribunal Federal<sup>85</sup>. A tese não prosperou e a Suprema Corte entendeu legítimo o regramento.

---

<sup>84</sup>SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 89; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 148.

<sup>85</sup>BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 339.

Posteriormente, sob a égide da Constituição de 1988 e inspiração do estado de redemocratização do País, o rol de legitimados para a Ação Direta de Inconstitucionalidade foi sensivelmente ampliado no art. 103 para abranger<sup>86</sup>: I) o Presidente da República; II) a Mesa do Senado Federal; III) a Mesa da Câmara dos Deputados; IV) a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V) o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI) o Procurador-Geral da República; VII) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII) partido político com representação no Congresso Nacional; e IX) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Embora a ampliação dos legitimados tenha contribuído para a ampliação democrática do controle de constitucionalidade via ação direta, é necessário registrar que a integralidade potencial desse instrumento foi suprimida pelo Tribunal mediante a instituição do requisito subjetivo, atrelado à legitimidade, da pertinência temática. Nesse sentido, o sistema harmoniza os denominados legitimados universais, que não possuem restrições finalísticas, e os legitimados especiais, que devem demonstrar a relação de causalidade entre a propositura da ação e as finalidades institucionais.

A pertinência temática é exigida para as Mesas das Assembleias Legislativas e da Câmara Legislativa do Distrito Federal; Governadores dos Estados e do Distrito Federal, confederações sindicais e para as entidades de classe de âmbito nacional. Registre-se que essa exigência adicional não possui arrimo constitucional ou fundamento legal, sendo um claro filtro para a imensa quantidade de processos que aportavam e aportam na Corte até os dias atuais.

Tal fato é abertamente reconhecido, veja-se os dizeres do Ministro Gilmar Mendes quando do recente julgamento do Agravo Regimental em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 396187, proposta pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) e pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT), em face de dispositivos de lei que dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros e mediante remuneração:

Eu tinha posição que acho que deveríamos encaminhar para suprimir qualquer referência à pertinência temática. Se reconhecermos, de alguma forma, a legitimidade, devemos fazer, em princípio, de maneira geral; essa já era minha posição

---

<sup>86</sup>A Emenda Constitucional nº 45, de 2004 incluiu a Câmara Legislativa do Distrito Federal e o Distrito Federal nos incisos IV e V do art. 103 da CF, respectivamente.

<sup>87</sup> STF - ADI 3961, Tribunal Pleno. Agravo Regimental. Relator Ministro Roberto Barroso, Redator para acórdão Ministra Rosa Weber. Julgado em 07/2/2019. Publicado no DJe em 18/02/2019.

antes. E entendo que a jurisprudência do Tribunal encaminhou-se nesse sentido, tendo em vista uma perspectiva defensiva.

(...)

Na verdade, é bom apontar que a pertinência temática faz, por uma via retórica, o retorno à ideia do interesse como condição da ação em um processo objetivo. O que é extravagante per se. É isso que precisa ser apontado. Se estamos diante de um processo de índole objetiva, não faz sentido a questão da pertinência temática. Mas é compreensível. O Tribunal o fez, em um dado momento, tendo em vista um estado de necessidade, mas me parece que é o momento de revisão disto.

Embora o enorme acervo de processos fosse problema administrativo a ser resolvido, sob pena de inviabilizar a atividade jurisdicional da Corte, também é certo que essa circunstância não seria condição suficiente para restringir de forma antidemocrática a legitimação ativa para ajuizamento de ADI, mormente pela ausência de permissivo constitucional ou legal nesse sentido, e pela impossibilidade de “subjetivação” de procedimento objetivo, cujo único propósito é promover a higidez do ordenamento jurídico.

O contexto assoberbado do Tribunal já desde os primeiros anos da Constituição de 1988 conduziu-a, ao menos inicialmente, para entendimentos restritivos. Até o julgamento da ADI nº 2.05488, os Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional deveriam mantê-la por todo o curso da ação direta, sob pena de arquivamento por ilegitimidade ativa. Hodiernamente considera-se suprido o requisito pela sua verificação no momento do ajuizamento da ação.

Nesse contexto, a situação das Entidades de Classe de Âmbito Nacional é paradigmática, já que para o Supremo Tribunal somente se amoldam ao conceito as entidades de classe ou categoria de cunho profissional. Além disso, será considerada de âmbito nacional se estiver presente em nove Estados da Federação, em analogia ao que dispõe a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 – Lei dos Partidos Políticos. Por fim, a legitimidade das associações de associações somente passou a ser legítima a partir de 2004, após o julgamento da ADI nº 3.15389.

---

88 STF - ADI 2.054, Tribunal Pleno. Relator Ministro Ilmar Galvão, Redator para Acórdão Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 02/04/2003. Publicado no DJe em 09/04/2003.

89 STF - ADI 3.153, Tribunal Pleno. Agravo Regimental. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 12/08/2004. Publicado no DJe em 09/09/2005.

Diante dessas restrições e da falta de clareza e objetividade quanto aos critérios utilizados para a caracterização das entidades de classe de âmbito nacional, importa averiguar quais os fundamentos utilizados pelos julgadores nesse tocante. No julgamento da ADI 30590, tida como norteadora no assunto pertinência temática, houve destaque para o argumento de que o caráter privado das entidades de classe impunha tratamento distinto. Em razão disso a Constituição somente poderia ter conferido legitimação a essas entidades a fim de que elas defendessem os interesses de suas categorias e não questões gerais de ordem pública.

O modo como vem sendo tratada a pertinência temática no âmbito da Corte, permite afirmar que além de um produto da denominada jurisprudencial defensiva, é também critério complexo e extremamente subjetivo, na medida em que não possui limites definidos de forma clara. Desde sua aplicação inaugural até o presente momento, pode-se constatar inúmeras exceções e atenuações, sob os mais diversos fundamentos.

Todavia, o que importa registrar, para os fins deste trabalho, é que esse instrumento permite a seleção dos entes que têm livre acesso ao Tribunal e dos que não o têm. Nesse caso, não se fala em mera impossibilidade de contribuir para o deslinde de determinada causa e sim de inviabilidade de promover a defesa do ordenamento jurídico, fundada em desbotada presunção de atuação parcial, o que, diga-se de passagem, habita todos os legitimados, ainda que caracterizados como universais.

A pertinência é dúbia e pode ser utilizada para decidir com fulcro em valores morais ou econômicos, por exemplo. Essa instrumentalização arrefece a participação social no controle de constitucionalidade, que poderia ter um efeito exponencial e benéfico para a sociedade. Apesar do discurso de ruptura com a jurisprudência restritiva iniciada anos atrás, o Supremo Tribunal Federal mantém a exigência de demonstração da pertinência temática e o eventual poder de escolha voluntarista dele derivado.

O descompasso verificado entre a dinâmica restritiva do controle concentrado de constitucionalidade e o discurso de ampliação democrática propagado no âmbito da Corte certamente indica a necessidade de criação de novos mecanismos de participação social quando da aferição de inconstitucionalidade em abstrato, ou ao menos o aperfeiçoamento do que vem sendo aplicado de forma claudicante.

Dentro dessa ideia, surgiram diversos estudos empíricos acerca da atuação da Suprema Corte no controle de constitucionalidade, a fim de verificar se o sistema tem

---

90 STF - ADI 305, Tribunal Pleno. Decisão Liminar. Voto do Min. Néri da Silveira. Julgado em 22/05/1991. Publicado em 28/05/1991.

efetivamente defendido os direitos individuais e a democracia constitucional. Em um desses estudos<sup>91</sup> realizou-se uma análise pormenorizada de todas as decisões proferidas em Ações Diretas de Inconstitucionalidade julgadas pelo Supremo Tribunal Federal de 1988 a 2012, vez que esta tipologia de controle correspondia a aproximadamente 94% dos processos ajuizados. O universo analisado foi composto por um total de 4727 processos, distribuídos entre outubro de 1988 e dezembro de 2012.

A referida pesquisa mostrou que todos os legitimados, inclusive o PGR, movem Ações Diretas preponderantemente na defesa de interesse próprio ou das corporações a que eles se vinculam e não na defesa do interesse público ou de direitos difusos. Na conclusão aponta-se que “muito mais do que defender os direitos e garantias fundamentais, o controle concentrado de constitucionalidade é um grande instrumento para a defesa de interesses corporativos, explicitando-se, dessa forma, uma clara dissonância entre discurso doutrinário e prática judicial”.

## **2. Instrumentos atuais de democratização da Jurisdição Constitucional**

Ainda que no cotidiano da Corte Constitucional sejam observadas algumas restrições quanto à propositura das ações do controle de constitucionalidade, importante observar que existem outros meios para instrumentalizar o debate argumentativo e democrático na atividade jurisdicional. A Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 e a Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999 regulamentam o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e ação de descumprimento de preceito fundamental e trazem expressamente a possibilidade de o julgador solicitar informações de terceiros a fim de subsidiar a sua decisão.

A legislação acima trata especificamente da participação dos *amici curiae* nos processos objetivos perante a Corte, bem como da realização de audiências públicas, ambos com o intuito de promover uma decisão realmente informada por parte do Tribunal. Trata-se de instrumentalização de caráter jurídico-político com o fito de promover a ampliação das discussões mediante a colheita de inúmeras visões de mundo e argumentos jurídicos diversos. Esse propósito se coaduna perfeitamente

---

91 COSTA, Alexandre and BENVINDO, Juliano, *A Quem Interessa o Controle Concentrado De Constitucionalidade? - O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais* (Who is Interested in the Centralized System of Judicial Review? - The Mismatch between Theory and Practice in the Protection of Basic Rights) (April 1, 2014). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2509541> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2509541v>. Acesso em: 15 set. 2020.

com o preâmbulo<sup>92</sup> e o art. 1º<sup>93</sup> do texto constitucional, que também reconhecem a existência de uma sociedade brasileira plural e diversificada, que deve ser ouvida.

Uma vez que a Constituição abriga vários reclamos sociais simultaneamente, muitas vezes contraditórios entre si, e considerando que a concretização dos direitos e garantias fundamentais ocorre derradeiramente na seara da jurisdição constitucional, na qual as discussões não se restringem ao aspecto meramente jurídico, toda importância deve ser dada aos procedimentos que aproximam os cidadãos da Corte.

O foco de Häberle está no processo de interpretação constitucional, a qual é passível de tornar a norma fria e desconcertada em uma realidade flexível e dotada de significado. Há uma crítica à fechada centralização da hermenêutica nos juízes e nos procedimentos formalizados, que alijam o povo das decisões e dificultam a máxima efetividade do texto constitucional<sup>94</sup>.

Ainda que Häberle não trate detidamente do procedimento que asseguraria tal participação, atendo-se mais aos aspectos de sua interpretação, certamente o cerne de seu raciocínio é a salvaguarda do núcleo dos direitos fundamentais enquanto impulsionador democrático, situação que inevitavelmente conduz a verificação de aspectos das cláusulas pétreas e dos limites possíveis para eventuais alterações do texto constitucional. Sobre isto nos deteremos melhor no item referente à proposta de Incidente de Julgamento de Emendas Constitucionais como ampliação da participação social nas decisões públicas.

Nesse sentido, a Constituição é um trabalho conjunto e sempre inacabado. Logo, os mecanismos de interpretação da Constituição não podem nem devem restringir-se aos provenientes das instituições estatais e seus órgãos oficiais. É imprescindível a participação social, tanto quanto possível, na construção de seu próprio destino. Embora as figuras do *amicus curiae* e da audiência pública não sejam

---

92 "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL".

93 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

94 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997, p. 12.

dignas apenas de elogios, como se verá adiante, são importantes na ampliação democrática do controle de constitucionalidade.

## 2.1. *Amicus Curiae*

A figura do *amicus curiae* foi prevista no artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, possibilitando que o Supremo Tribunal Federal recebesse manifestações de órgãos ou entidades a fim de contribuir para aclarar a situação submetida a julgamento na Corte. Diante da mera previsão legal e da ausência de qualquer regramento a ser observado, a construção do instituto se deu no transcurso dos julgados e na formação da jurisprudência.

Sob o ponto de vista processual, o *amicus curiae* é desvinculado das partes, não participando de sua defesa direta, embora possa fazê-lo indiretamente ao exercer seu interesse público legítimo, em benefício derradeiro da Corte. Portanto, não se confunde com a posição jurídica assumida pelo assistente, que age de forma direta e interessada na defesa de uma das partes.

Quando do julgamento da ADI 2.321-7-MC/DF, por exemplo, o Ministro Celso de Mello destacou importante apoio à participação social nos julgamentos do Tribunal. Nessa manifestação assentou que o objetivo essencial era pluralizar o debate constitucional, permitindo o acesso a todos os elementos informativos possíveis e necessários para a resolução da controvérsia. Ao final, a abertura procedimental representaria a pertinente legitimidade democrática das decisões emanadas dessa Suprema Corte no controle concentrado de constitucionalidade. Além disso, a referida intervenção deve justificar-se, em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa<sup>95</sup>.

Os moldes pensados pela maioria dos Ministros integrantes da Corte, ao menos em discurso, justificam a participação central do *amicus curiae* de forma a legitimar as decisões do Tribunal e certamente a mera prestação de informações técnicas não cumprem esse papel. A utilidade com legitimação das decisões parece aproximar-se de uma concepção do instituto como elemento apto a levar diferentes perspectivas sociais ao aos magistrados, efetivando a participação social nos respectivos processos<sup>96</sup>.

Prosseguindo na linha de raciocínio e já admitida a participação e o seu escopo, resta ainda desenhar a forma em que a participação irá se materializar, quais

95 STF - ADI 2.321-7-MC/DF, Tribunal Pleno. Decisão Liminar. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 25/10/2000. Publicado no DJ em 31/10/2000.

96 GUIMARÃES, Aline Lisbôa Naves. *Participação Social no Controle de Constitucionalidade: o desvelamento da restrição nas decisões do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Brasília. UNB: Brasília, 2009. p.103.

serão os poderes dos interventores? No voto proferido na ADI 2.321-7-MC/DF o Ministro Celso de Mello defendeu o alargamento dos poderes processuais como forma de incrementar a efetivação do instituto. Veja-se o seguinte excerto:

Presente esse contexto, e consideradas as razões expostas, entendo que a atuação processual do “amicus curiae” não deve limitar-se à mera apresentação de memoriais ou à prestação eventual de informações que lhe venham a ser solicitadas. Essa visão do problema – que restringisse a extensão dos poderes processuais do “colaborador do Tribunal” – culminaria por fazer prevalecer, na matéria, uma incompreensível perspectiva reducionista, que não pode (nem deve) ser aceita por esta Corte, sob pena de total frustração dos altos objetivos políticos, sociais e jurídicos visados pelo legislador na positivação da cláusula que, agora, admite o formal ingresso do “amicus curiae” no processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. Cumpre permitir, desse modo, ao “amicus curiae”, em extensão maior, o exercício de determinados poderes processuais, como aquele consistente no direito de proceder à sustentação oral das razões que justificaram a sua admissão formal na causa<sup>97</sup>.

Todavia, somente no julgamento de Questão de Ordem no julgamento da ADI 2.777/SP98 o Tribunal reconheceu o direito de sustentação oral ao *amicus curiae*. Indubitavelmente, o temor de alguns Ministros em relação à quantidade de trabalho não é argumento válido para afastar os grupos sociais dos debates constitucionais. Trata-se de uma leitura restritiva e perniciosa ao amplo debate democrático.

Assim como a interpretação restritiva do art. 103, IX, da CF que permeou o Supremo Tribunal Federal em outros tempos, o tolhimento da capacidade contributiva do espectro social é incompatível com a atual postura aberta no sentido de aproximar-se da sociedade. Identifica-se a recorrência dos mesmos argumentos restritivos utilizados anteriormente<sup>99</sup>. Ultrapassados os pontos relativos à pertinência e aceitação do instituto, prossegue-se para a não menos problemática questão da ausência de procedimento.

---

97 STF - ADI 2.321-7-MC/DF, Tribunal Pleno. Decisão Liminar. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 25/10/2000. Publicado no DJ em 31/10/2000.

98 STF - ADI 2.777. Tribunal Pleno. Questão de Ordem. Relator Ministro Cezar Peluso. Julgado em 26/11/2003. Publicado no DJ em 09/12/2003.

99 GUIMARÃES, Aline Lisboa Naves. *Participação Social no Controle de Constitucionalidade: o desvelamento da restrição nas decisões do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Brasília. UNB: Brasília, 2009. p.108.

Consoante dispõe o art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, o relator deve considerar a “relevância da matéria” e a “representatividade dos postulantes” ao julgar os pedidos de admissão de *amicus curiae*. Portanto, o texto legal deixou a cargo do relator avaliar a presença dos requisitos autorizadores em cada caso concreto. A problemática é que a participação social depende somente da discricionariedade do julgador, que muitas vezes também não possui critérios bem estabelecidos para o filtro. Certa feita o Ministro Marco Aurélio nomeou essa avaliação como uma análise da “conveniência” da atuação do requerente<sup>100</sup>.

O Supremo Tribunal Federal interpreta o *amicus curiae* como um instituto a ser utilizado única e exclusivamente quando for “conveniente” ou “oportuno”. Os ministros deliberam acerca das intervenções, utilizando, quando muito, conceitos vazios como justificativa. Ocorre que essas expressões que nada dizem se prestam a ocultar as razões que orientam as escolhas do Tribunal<sup>101</sup>.

Desse modo, a questão da irrecorribilidade da decisão que inadmite a intervenção processual é sensível, razão pela qual, minimamente, dever-se-ia permitir a impugnação da decisão sem fundamentação ou mal fundamentada que indeferir o ingresso, de forma que fossem expostos os motivos pelos quais se entendeu não estarem presentes os requisitos de admissibilidade<sup>102</sup>.

Embora a legislação faça distinção e efetivamente diferencie os procedimentos relacionados aos institutos do *amicus curiae* e da audiência pública, existe corrente de pensamento que não enxerga as referidas figuras de forma apartada, entendendo a audiência pública como uma derivação procedimental na qual os *amici curiae* poderiam atuar de forma mais profícua e colaborativa<sup>103</sup>. Encara-se a audiência como uma oportunidade de promover a igualdade de partes muitas vezes inexistente na mera admissão tradicional dos amigos da Corte.

Esse entendimento restritivo não parece o mais adequado e consentâneo com a abertura procedimental promovida pelo legislador. Há sim aspectos de diferenciação entre as duas figuras jurídicas, ainda que ambas sirvam para auxiliar no

---

100 STF - ADI 3.620/DF. Tribunal Pleno. Decisão monocrática do Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 20/06/2007. Publicado no DJe em 17/09/2020.

101 GUIMARÃES, Aline Lisbôa Naves. *Participação Social no Controle de Constitucionalidade: o desvelamento da restrição nas decisões do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Brasília. UNB: Brasília, 2009. p.117.

102 LIMA, Barbara Scavone Bellem de. *Participação Democrática no Controle de Constitucionalidade Brasileiro*. Dissertação do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade São Paulo. USP: São Paulo, 2013. p.105.

103 MEDINA, Damares. *Amigo da Corte ou Amigo da Parte? Amicus Curiae no Supremo Tribunal Federal*. Dissertação do Programa de Mestrado em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público. IDP: Brasília, 2008. p. 82.

julgamento da ação, fornecendo informações relevantes para a decisão e possibilitando que terceiros sejam ouvidos<sup>104</sup>, de forma a pluralizar o debate na jurisdição constitucional concentrada e favorecer o acréscimo de legitimidade democrática na decisão.

Partindo da premissa da existência de efetiva diferenciação, têm-se alguns aspectos que denotam tal realidade<sup>105</sup>:

- a) Quanto à forma de ingresso, viu-se que na audiência pública ela varia conforme o modelo adotado pelo Ministro que presidi-la: os participantes podem ser indicados pelas partes, pelo próprio Ministro e até mesmo pelos *amici curiae* admitidos, ou pode-se abrir as portas do Tribunal para que qualquer interessado inscreva-se para participar. Já para aqueles que desejam intervir como *amicus curiae*, basta que peticionem ao STF.
- b) Quanto aos requisitos considerados para a admissão, para a audiência pública lei estabelece apenas que a pessoa deve ter experiência ou autoridade no tema discutido, tendo o Ministro relator discricionariedade para admiti-la ou não. Para o ingresso do *amicus curiae*, porém, a lei exige que haja relevância da matéria discutida, representatividade do postulante e manifestação dentro do prazo determinado, além da exigência jurisprudencial de informação nova e relevante, ficando a critério do relator a admissão
- c) Quanto ao momento e forma de participação, na audiência pública o participante manifesta-se apenas durante o evento, oralmente, pelo tempo estabelecido pelo Ministro que a presidir; em algumas audiências admitiu-se a apresentação de documentos. Já o *amicus curiae* pode participar apresentando razões, manifestação por escrito, documentos, sustentação oral e, por vezes, são responsáveis por indicar especialistas para serem ouvidos nas audiências públicas; para alguns, como já

104 Pesquisa empírica constatou que tradicionalmente são os atores *a priori* excluídos da jurisdição constitucional concentrada que buscam o ingresso como *amicus curiae* e não aqueles já legitimados para acionar o controle de constitucionalidade. Vide: MEDINA, Damares. *Amigo da Corte ou Amigo da Parte? Amicus Curiae no Supremo Tribunal Federal*. Dissertação do Programa de Mestrado em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público. IDP: Brasília, 2008. p. 126-127).

105 LIMA, Barbara Scavone Bellem de. *Participação Democrática no Controle de Constitucionalidade Brasileiro*. Dissertação do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade São Paulo. USP: São Paulo, 2013. p. 87-88.

visto, o *amicus* possui ainda o direito de recorrer e de requerer providências instrutórias.

d) Quanto às limitações impostas, como visto, na maior parte das audiências realizadas até o momento as exposições dos participantes sofreram algum tipo de limitação: proibiu-se a discussão de questões jurídicas ou restringiu-se a manifestação a questões pré-formuladas. Já o *amicus curiae* é livre para manifestar-se sobre o que quiser dentro dos atos processuais que pode realizar.

Em uma visão holística, pode-se concluir que o *amicus curiae* é um instrumento que possibilita uma participação mais ampla em termos de interação e temas a serem tratados. Contudo, justamente por permitir maior interferência no processo que a admissibilidade nesse caso é mais rigorosa e, conseqüentemente, o número de participantes mais reduzido, de modo a não comprometer a celeridade e exequibilidade processual<sup>106</sup>.

## 2.2. Audiência Pública

As audiências públicas são utilizadas como instrumental viabilizador da participação social em todas as funções estatais: legislativa, executiva e judicial. Embora não seja possível observar identidade nos regramentos, na esteira das peculiaridades de cada caso, é possível inferir características comuns.

Considerando esta ótica, trata-se de ferramenta auxiliar na tomada de decisões, permitindo a um só tempo o diálogo com a sociedade e a colheita de informações mais precisas advindas não apenas daqueles com expertise na área discutida, mas também os sujeitos diretos e indiretos dos efeitos da decisão que virá a ser proferida<sup>107</sup>. Tanto o Regimento Interno do Senado Federal<sup>108</sup>, dado pela

106 LIMA, Barbara Scavone Bellem de. *Participação Democrática no Controle de Constitucionalidade Brasileiro*. Dissertação do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade São Paulo. USP: São Paulo, 2013. p.88.

107 RAIS, Diogo. *A Sociedade e o Supremo Tribunal Federal: o caso das audiências públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 34.

108 Art. 90. Às comissões compete:

I - discutir e votar projeto de lei nos termos do art. 91 (Const., art. 58, § 2º, I);

II - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil (Const., art. 58, § 2º, II);

Art. 93. A audiência pública será realizada pela comissão para:

I - instruir matéria sob sua apreciação;

II - tratar de assunto de interesse público relevante.

§ 1º A audiência pública poderá ser realizada por solicitação de entidade da sociedade civil.

§ 2º A audiência prevista para o disposto no inciso I poderá ser dispensada por deliberação da comissão.

Resolução nº 93, de 1970, quanto o Regimento Interno da Câmara dos Deputados<sup>109</sup>, consolidado na Resolução nº 17, de 1989, regulamentam aspectos das audiências públicas promovidas pelas Casas do Parlamento. Ambos os normativos estabelecem que diante de interesse público relevante as audiências poderão ser realizadas, mediante iniciativa das Comissões ou por provocação da Sociedade Civil, disciplinado ainda vários aspectos da própria dinâmica formal das reuniões.

Partindo-se para as funções precípuas do Poder Executivo, há diversas previsões legais para a realização de audiências públicas, dentre elas a obrigação trazida pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, dispondo que deve haver audiência em se tratando de contratações públicas de grande vulto<sup>110</sup>, consideradas assim

---

Art. 94. Os depoimentos serão prestados por escrito e de forma conclusiva.

§ 1º Na hipótese de haver defensores e opositores, relativamente à matéria objeto de exame, a comissão procederá de forma que possibilite a audiência de todas as partes interessadas.

§ 2º Os membros da comissão poderão, terminada a leitura, interpelar o orador exclusivamente sobre a exposição lida, por prazo nunca superior a três minutos.

§ 3º O orador terá o mesmo prazo para responder a cada Senador, sendo-lhe vedado interpelar os membros da comissão.

Art. 95. Da reunião de audiência pública será lavrada ata, arquivando-se, no âmbito da comissão, os pronunciamentos escritos e documentos que os acompanharem.

Parágrafo único. Será admitido, a qualquer tempo, a requerimento de Senador, o traslado de peças.

109 Art. 255. Cada Comissão poderá realizar reunião de audiência pública com entidade da sociedade civil para instruir matéria legislativa em trâmite, bem como para tratar de assuntos de interesse público relevante, atinentes à sua área de atuação, mediante proposta de qualquer membro ou a pedido de entidade interessada.

Art. 256. Aprovada a reunião de audiência pública, a Comissão selecionará, para serem ouvidas, as autoridades, as pessoas interessadas e os especialistas ligados às entidades participantes, cabendo ao Presidente da Comissão expedir os convites.

§ 1º Na hipótese de haver defensores e opositores relativamente à matéria objeto de exame, a Comissão procederá de forma que possibilite a audiência das diversas correntes de opinião.

§ 2º O convidado deverá limitar-se ao tema ou questão em debate e disporá, para tanto, de vinte minutos, prorrogáveis a juízo da Comissão, não podendo ser apartado.

Art. 258. Da reunião de audiência pública lavrar-se-á ata, arquivando-se, no âmbito da Comissão, os pronunciamentos escritos e documentos que os acompanharem.

Parágrafo único. Será admitido, a qualquer tempo, o traslado de peças ou fornecimento de cópias aos interessados.

110 Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

Parágrafo único. Para os fins deste artigo, consideram-se licitações simultâneas aquelas com objetos similares e com realização prevista para intervalos não superiores a trinta dias e licitações sucessivas

aquelas com valor estimado de cento e cinquenta milhões de reais. Seguindo nesse contexto, existe a Lei nº 9.247, de 26 de dezembro de 1996, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL<sup>111</sup>. A realização da audiência pública é condição obrigatória para as alterações normativas que afetem direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores. No mesmo sentido as leis de criação da Agência Nacional do Petróleo – ANP, Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e Agência Nacional de Aviação Civil.

Também tratando a realização de audiência pública como condição *sine qua non* para o ato administrativo decisório, existe a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, conhecida como Estatuto da Cidade<sup>112</sup>. Aliás, a gestão democrática da política urbana é diretriz fundamental a pautar a implantação de projetos com impacto ambiental e repercussão na segurança da população.

Relativamente ao Poder Judiciário, antes de adentrar nas vicissitudes atinentes ao Supremo Tribunal Federal, importa registrar a existência do regramento próprio

---

aquelas em que, também com objetos similares, o edital subsequente tenha uma data anterior a cento e vinte dias após o término do contrato resultante da licitação antecedente.

111 Art. 4º A ANEEL será dirigida por um Diretor-Geral e quatro Diretores, em regime de colegiado, cujas funções serão estabelecidas no ato administrativo que aprovar a estrutura organizacional da autarquia. (...)

§ 3º O processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL.

112 Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: (..)

XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população;

Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

§ 1º O plano diretor é parte integrante do processo de planejamento municipal, devendo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual incorporar as diretrizes e as prioridades nele contidas. (...)

§ 4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:

I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;

Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:

I – órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal;

II – debates, audiências e consultas públicas;

Art. 44. No âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea f do inciso III do art. 4º desta Lei incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal.

assentado pelo Tribunal Superior do Trabalho – TST, no qual a convocação cabe ao Presidente do Tribunal, por iniciativa própria, ou mediante requerimento aprovado pela maioria dos integrantes de cada uma de suas seções ou de suas subseções especializadas, consoante previsão do Regimento Interno do Tribunal<sup>113</sup>.

No âmbito da Suprema Corte, a possibilidade de realização de audiências públicas encontra fundamento legal no art. 9º, § 1º, da Lei nº 9.868/99 e no art. 6º, § 1º da Lei nº 9.882/99, que facultam ao relator do processo fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. Essa forma de ampliação da discussão, com a participação de atores fora do processo é salutar e permite levar ao Tribunal novas perspectivas das questões em debate na Corte.

Contudo, mais importante do que a existência normativa dessa possibilidade, é justamente verificar como vem sendo instrumentalizado o uso das audiências públicas e se efetivamente a ferramenta conduz a pluralização do debate ou se trata de mera forma de legitimação artificial das prévias concepções dos julgadores.

Embora a previsão normativa esteja no ordenamento jurídico desde 1999, somente em 2007 houve a primeira audiência pública, convocada pelo Ministro Ayres Britto quando do julgamento da ADI 3.510/DF, na qual se discutia o uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos. A despeito do discurso pró-democracia social, o espectro de participantes foi bem reduzido, limitado à comunidade médica e biológica.

Inicialmente a audiência pública foi concebida como mera participação auxiliar do juízo. Contudo, após maturação da consciência democrática e enfrentadas as primeiras reuniões, surge a feição também voltada para a legitimidade das decisões judiciais. Certamente parte considerável da sobredita revolução foi decorrente da ampla divulgação das audiências pelas Rádio e TV Justiça, além do credenciamento da imprensa em geral para o acompanhamento das sessões. Esse somatório de fatores indubitavelmente aproximou o Supremo Tribunal Federal e a Sociedade, transformando sensivelmente relação anteriormente tão distante, tanto que até o

---

113 Art. 199. As audiências públicas serão realizadas nos dias e horários marcados pelo Presidente ou pelo relator, de ofício ou a requerimento, para colher informações de terceiros potencialmente atingidos pela decisão ou de especialistas na tese jurídica discutida, presente o Secretário do órgão competente, e atenderão ao seguinte procedimento: (...)

§ 4º Será garantida a participação das diversas correntes de opinião em torno da questão discutida (...).

§ 6º A audiência pública será presidida pelo Ministro relator, a quem cabe selecionar previamente as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista de habilitados, determinar a ordem dos trabalhos e fixar o tempo de manifestação de cada um, que deve se restringir à questão discutida, sob pena de lhe ser cassada a palavra.

ano de 2012 a Corte somente tinha convocado sete audiências e atualmente, no ano de 2020, já são trinta convocações<sup>114</sup>.

Registre-se que a Lei nº 9.868/99 e a Lei nº 9.882/99 falam apenas em convocação de audiência pública pelo relator, mas com o advento da Emenda Regimental nº 29, de 18 de fevereiro de 2009, a Suprema Corte estabeleceu regulamentação mínima em seu Regimento Interno, pela qual a decisão sobre a habilitação dos interessados será dada pelo Relator ou pelo Presidente do Tribunal a depender do caso, de forma irrecorrível. Confira-se a disciplina do tema:

Art. 13. São atribuições do Presidente:

(...)

XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal; (Redação dada pela Emenda Regimental n. 29, de 18 de fevereiro de 2009)

Art. 21. São atribuições do Relator:

(...)

XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante; (Incluído pela Emenda Regimental n. 29, de 18 de fevereiro de 2009)

Houve aumento das possibilidades de convocação, mas noutro turno, a irrecorribilidade acabou por ocasionar o efeito colateral da ausência ou deficiência na justificação dos indeferimentos dos pedidos. Inegavelmente, a plena ciência acerca da motivação para eventual indeferimento, para além de formas genéricas,

---

<sup>114</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiências Públicas Realizadas. Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?paginaAtual=1&tipo=realizada>. Acesso em 15 out. 2020.

serve de ferramenta para o controle social dos atos do Estado-Juiz, ainda que o ordenamento não preveja formalmente a faculdade de irresignação nos autos<sup>115</sup>.

Veja-se, por exemplo, a Audiência Pública nº 6, acerca da denominada “Lei Seca”, que discutia medidas para prevenir o consumo de álcool e a condução de veículos automotores. Na ocasião o Ministro Luiz Fux promoveu a fase de habilitação e respectiva publicização do ato, mas sem divulgar conjuntamente com a listagem qualquer critério que tenha sido considerado na seleção dos participantes, embora o despacho convocatório<sup>116</sup> tenha expressamente feito menção à legitimidade democrática que adviria da participação social.

Também se diga que cabem críticas aos poderes quase irrestritos do Relator, cuja ausência de mecanismos de sindicabilidade eventualmente não favorece o desejável diálogo social, conquanto seja mandatório reconhecer os esforços desenvolvidos ao longo desses anos na busca da forma mais eficiente de atuação procedimental<sup>117</sup>.

Por sua vez, a transposição do enfrentamento da matéria para a seara do Regimento Interno ampliou a possibilidade de utilização do ferramental para além dos casos de ações diretas de inconstitucionalidade, de constitucionalidade e das arguições de descumprimento de preceito fundamental, passando a ser cabível em outras classes processuais, como de fato ocorreu na convocação de diversas audiências públicas<sup>118</sup>. Destaca-se, ainda, os seguintes dispositivos do Regimento:

---

115 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. “A *Projeção da Democracia Participativa na Jurisdição Constitucional no Brasil: As Audiências Públicas e sua Adoção no Modelo Concentrado de Constitucionalidade*” in Carlos Bastide Horbath, Fernando Dias Menezes de Almeida, José Levi Mello do Amaral Júnior e Roger Stiefelmann Leal [coord.], *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.p. 118.

116 [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdin4103/anexo/Referente\\_ao\\_Despacho\\_de\\_Convocacao\\_de\\_Audiencia\\_Publica.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdin4103/anexo/Referente_ao_Despacho_de_Convocacao_de_Audiencia_Publica.pdf). Acesso em 15 out. 2020.

117 VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 126.

118 Audiência Pública nº 4 – Judicialização do Direito à Saúde (SL 47, SL 64, STA 36, STA 185, STA 211, STA 278, SS 2361, SS 2944, SS 3345 e SS 3355); Audiência Pública nº 5 – Políticas de Ação Afirmativa de Acesso ao Ensino Superior (APDF 186 e RE 597285); Audiência Pública nº 9 – Campo Eletromagnético de Linhas de Transmissão de Energia (RE 627189); Audiência Pública nº 10 – Queimadas em Canaviais (RE 586224); Audiência Pública nº 11 – Regime Prisional (RE 641320); Audiência Pública nº 16 – Internação Hospitalar com Diferença de Classe no SUS (RE 581488); Audiência Pública nº 20 – Armazenamento de Perfis Genéticos de Condenados por Crimes Violentos ou Hediondos (RE 973837); Audiência Pública nº 22 – Aplicabilidade do Direito ao Esquecimento na Esfera Civil (RE 1010606); Audiência Pública nº 26 – Conflitos Federativos e Questões Fiscais dos Estados e da União (ACO 3233) e Audiência Pública nº 28 – Candidatura Avulsa (RE 1238853)

Art. 154. Serão públicas as audiências:

(...)

III – para ouvir o depoimento das pessoas de que tratam os arts. 13, inciso XVII, e 21, inciso XVII, deste Regimento. (Incluído pela Emenda Regimental n. 29, de 18 de fevereiro de 2009)

Parágrafo único. A audiência prevista no inciso III observará o seguinte procedimento: (Incluído pela Emenda Regimental n. 29, de 18 de fevereiro de 2009)

I – o despacho que a convocar será amplamente divulgado e fixará prazo para a indicação das pessoas a serem ouvidas; (Incluído pela Emenda Regimental n. 29, de 18 de fevereiro de 2009)

II – havendo defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência, será garantida a participação das diversas correntes de opinião; (Incluído pela Emenda Regimental n. 29, de 18 de fevereiro de 2009)

III – caberá ao Ministro que presidir a audiência pública selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar; (Incluído pela Emenda Regimental n. 29, de 18 de fevereiro de 2009)

(...)

V – a audiência pública será transmitida pela TV Justiça e pela Rádio Justiça; (Incluído pela Emenda Regimental n. 29, de 18 de fevereiro de 2009)

(...)

Questão interessante que se põe é a delimitação dos contornos mínimos dos requisitos da repercussão geral e do interesse público, exigidos para que o Relator ou o Presidente do Tribunal possa efetuar a convocação da audiência pública. O conceito de repercussão geral é dado pelo art. 322, parágrafo único do Regimento Interno: “Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes”. No mesmo sentido dispõe o art. 1.035, § 1º, da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil.

Todavia, impende destacar que embora o conceito de repercussão geral seja comungado entre o requisito para interposição de recurso extraordinário e a convocação de audiência pública, esta última não segue o mesmo iter procedimental do recurso. Na audiência pública o crivo acerca da presença ou não de questão relevante sobre os aspectos econômico, político, social ou jurídico é do Relator ou do Presidente do Tribunal, não se exigindo o encaminhamento da matéria para os demais Ministros deliberarem.

Da mesma forma que a repercussão geral, é extremamente difícil estabelecer um conceito apriorístico para o interesse público relevante, de qualquer sorte é necessário que transcenda o mero interesse das partes e se aproxime de um interesse geral. Quase sempre o Ministro condutor da audiência, diante dos termos do caso concreto, é quem vai aferir o cenário em discussão. O interesse público relevante funciona como filtro das questões efetivamente transcendentais, evitando a banalização do instituto<sup>119</sup>.

Prosseguindo na ideia de que a realização de audiência pública não se restringe ao caráter informacional do procedimento, importante destacar que esse possui duas ordens de efeito: os diretos, provocados diretamente pela realização da audiência e independentes de qualquer feedback ou reverberação na sociedade; e os indiretos, aqueles oriundos da reação e interação da sociedade diante das discussões realizadas nas audiências.

Dentre os diretos, há o esclarecimento sobre a matéria ou circunstância de fato, oportunidade para debater teses opostas, ampliação e fomento do debate na corte e maior pluralidade atribuída ao processo constitucional. Já os indiretos, consistem na ampliação e fomento do debate fora do Supremo Tribunal Federal, aproximação entre a Corte e a sociedade, além da aferição de efeitos do julgado realizando um prognóstico do comportamento social diante da decisão a ser tomada<sup>120</sup>.

Considerando ser o cerne deste trabalho é a ampliação na pluralidade no processo constitucional, este se restringirá ao ponto nas linhas que seguem. A constatação de que realmente há efetiva legitimidade na ampliação da participação democrática no âmbito da Suprema Corte se afigura deverás complicado, mas a adoção de alguns parâmetros facilita a questão.

---

119 RAIS, Diogo. *A Sociedade e o Supremo Tribunal Federal: o caso das audiências públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 62.

120 RAIS, Diogo. *A Sociedade e o Supremo Tribunal Federal: o caso das audiências públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 73.

A aferição se inicia na verificação do alargamento do universo de participantes dos procedimentos, passa pela análise dos critérios para admissão de requerentes e finda com a real consideração das contribuições oferecidas na confecção do julgado<sup>121</sup>. Inclui-se, ainda, a necessidade de oitiva de diversas correntes de pensamento, cuja cientificação seja realizada da forma mais abrangente possível<sup>122</sup>. Questões aprofundadas afetas aos critérios de admissão ou à efetiva consideração dos argumentos demandam pesquisa empírica detalhada e fora do propósito deste trabalho, que se concentrará essencialmente no momento avaliativo da ampliação dos participantes na formação do *decisum*.

Os critérios acima visam obstar critérios exclusivamente discricionários por parte dos julgadores e caso não preenchidos acabam por denunciar procedimento voltado unicamente a mascarar voluntarismos e uma falsa abertura democrática da Corte. Imprescindível dizer que a adoção de procedimento no qual a indicação de expositores é feita pelas partes do processo não se coaduna perfeitamente com a ampliação da abertura da jurisdição constitucional concentrada e da legitimidade democrática, uma vez que a tendência é a restrição dos argumentos, sem a necessária pluralidade de correntes de pensamento<sup>123</sup>.

O mesmo efeito se observa quando da restrição das indicações àquelas formuladas por pessoa natural ou jurídica, e até mesmo órgãos ou entidades sem personalidade jurídica que já figuravam como *amici curiae*, tal como ocorrido na Audiência Pública nº 2, vinculada à ADPF 101 e tratando da importação de pneus usados<sup>124</sup>.

De todo modo, cumpre enfatizar que qualquer procedimento adotado na condução dos trabalhos certamente será mais benéfico, com efetivo aumento da legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal, caso seus membros, verdadeiros destinatários das informações ali apresentadas, participem do evento. A participação possibilitará que as audiências constituam de fato um diálogo entre esse

---

121 VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 60-62.

122 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. "A Projeção da Democracia Participativa na Jurisdição Constitucional no Brasil: As Audiências Públicas e sua Adoção no Modelo Concentrado de Constitucionalidade" in Carlos Bastide Horbath, Fernando Dias Menezes de Almeida, José Levi Mello do Amaral Júnior e Roger Stiefelmann Leal [coord.], *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 118.

123 LIMA, Barbara Scavone Bellem de. *Participação Democrática no Controle de Constitucionalidade Brasileiro*. Dissertação do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade São Paulo. USP: São Paulo, 2013. p. 64.

124 VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 74.

órgão do Judiciário e a população<sup>125</sup>. Inclusive há defensores da obrigatoriedade da presença dos Ministros<sup>126</sup>.

Os procedimentos das audiências públicas necessitam de um regramento mais vigoroso, sob pena de o acréscimo de legitimidade democrática das decisões da Corte restar subjugado à forma como cada Ministro decida organizar e conduzir o evento. É válido dizer que a participação social não significa que o Tribunal esteja vinculado a decidir nos termos dos anseios sociais externados, como mero legitimador da vontade da maioria. A Suprema Corte não deve julgar sob pressão, mas também não pode ignorar os argumentos e possíveis repercussões sociais trazidos mediante a democratização da discussão, a fim de se buscar não a infalibilidade ou consensos impensáveis e sim a melhor decisão possível no espectro da pacificação social<sup>127</sup>.

### **3. Incidente de Julgamento de Emendas Constitucionais como ampliação da participação social nas decisões públicas**

A legitimidade democrática da jurisdição constitucional não é matéria adstrita ao seio acadêmico, ao revés, a discussão vem sendo travada na sociedade em todos os graus de qualificação do debate. Não se trata, portanto, de tema estéril e adormecido, em verdade a importância do objeto cresce proporcionalmente ao agigantamento do Poder Judiciário diante das questões jurídico-políticas decididas no bojo de processos judiciais.

O arcabouço teórico que defende uma identificação inquebrantável entre a supremacia judicial e o controle de constitucionalidade, como se fossem entidades inafastáveis, encontra cada vez mais resistência na realidade do constitucionalismo brasileiro e de outros países. Esse novo cenário concebe a possibilidade de outros atores interpretarem a constituição, ou ao menos contribuam para a melhor interpretação possível, com maior aderência à realidade atual.

A democracia está em constante tensão com os princípios do constitucionalismo, razão pela qual afiguram-se salutares medidas interpretativas ou procedimentais que conciliem esses interesses na medida do possível, daí a relevância de outros atores na interpretação constitucional.

---

125 LIMA, Barbara Scavone Bellem de. *Participação Democrática no Controle de Constitucionalidade Brasileiro*. Dissertação do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade São Paulo. USP: São Paulo, 2013. p. 71.

126 VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Direito GV, vol. 4, n. 2, São Paulo: Jul/Dez, 2008.p. 459.

127 VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 50.

Certamente, a necessidade de maior ampliação democrática nas decisões advindas do Supremo Tribunal Federal não se origina somente em uma alegada ausência de legitimidade por falta de votos, mas também, dentre outros aspectos, pelo fato de os grandes debates políticos e a implementação de políticas públicas acabarem desaguando no Poder Judiciário, em especial no âmbito da jurisdição constitucional promovida pela Suprema Corte.

As ideias postas neste trabalho guardam bastante correlação com a linha de pensamento do constitucionalismo democrático, dissidência do extremado constitucionalismo democrático, defendido por Robert Post e Reva Siegel, bem como nos ensinamentos de Peter Häberle e sua famigerada "sociedade aberta de intérpretes", conceitos nos quais há a tentativa de democratizar a interpretação constitucional com a participação direta do povo na construção dos sentidos constitucionais.

Muitas das críticas ao constitucionalismo popular se lastreiam no excesso de confiança no tratamento de questões sociais sensíveis, sem contraposição, pelas maiorias populares, que podem facilmente submeter as minorias a preocupantes abusos interpretativos<sup>128</sup>. No constitucionalismo democrático não se objetiva retirar a interpretação constitucional das Cortes, pelo contrário, se admite a virtuosidade do trabalho coordenado entre várias instituições sociais.

A participação social pluralística é tida como essencial para interpretação judicial dos direitos.<sup>129</sup> Destarte, o procedimento processual proposto nas linhas que seguem intenta colher os benefícios dessa influência positiva recíproca entre o Poder Judiciário e a Sociedade, fato não presente nas discussões legislativas, nas quais há maior probabilidade de imposição por parte das maiorias.

Demais disso, a propositura de um procedimento especial para julgamento de algumas questões pretende contornar antiga dificuldade atribuída ao constitucionalismo popular, que falha em definir qual seria o cenário institucional e procedimental diante da retirada do *judicial review*. Em outras palavras, como seria instrumentalizada a participação popular na prática<sup>130</sup>. A mesma dificuldade foi

---

128 CHEMERINSKY, Erwin. *In defense of judicial review: The perils of popular constitutionalism*. University of Illinois Law Review, Champaign, n. 3. 2004. p. 673-690. Disponível em: <[http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2144&context=faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2144&context=faculty_scholarship)>. Acesso em: 18 de maio de 2020.

129POST, Robert C; SIEGEL, Reva B. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. Harv. Civil Rights – Civil Liberty Law Review. Cambridge, v. 42, 2007, p. 379.

130CHEMERINSKY, Erwin. *In defense of judicial review: The perils of popular constitutionalism*. University of Illinois Law Review, Champaign, n. 3. 2004 p. 677. Disponível em: <[http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2144&context=faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2144&context=faculty_scholarship)>. Acesso em: 18 mai. 2020.

enfrentada quando da tentativa de diminuir, em alto grau, o poder de decisão do Judiciário, mediante a PEC nº 33/2011, ocasião em que houve substanciais manifestações em sentido contrário, inclusive de membros da Corte, conforme destaque Werneck:

As reações públicas dos Ministros à polêmica Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2011 ilustram de que forma a antecipação de decisões futuras pode ser uma forma de exercer poder sobre atores externos ao tribunal. A PEC inclui três propostas de mudanças drásticas nas competências e no processo decisório do STF: (a) declarações de inconstitucionalidade exigiriam quórum de 4/5, e não mais maioria absoluta; (b) súmulas vinculantes só passariam a ser vinculantes após aprovação tácita ou expressa pelo Congresso; (c) decisões do STF declarando a inconstitucionalidade de emendas à Constituição por violação de cláusulas pétreas poderiam ser submetidas a aprovação popular, mediante consulta provocada pelo Congresso. Independentemente do mérito das mudanças, a aprovação dessa PEC limitaria de forma significativa o poder do STF. As reações dos Ministros do STF à tramitação da PEC foram bastante intensas. Em alguns casos, mais do que criticar a PEC, os Ministros chegaram inclusive a anunciar, desde já, que, caso a PEC fosse aprovada e sua constitucionalidade fosse discutida no STF, votariam pela inconstitucionalidade<sup>131</sup>.

Prosseguindo na justificação de um procedimento especial para o julgamento de emendas constitucionais não se pode olvidar que, se para a aprovação de modificação do texto constitucional a própria Carta de 1988 exige procedimento formal mais dificultoso, aumentar-se-ia a legitimidade do controle de emenda constitucional o quórum também qualificado nesses casos, até mesmo em respeito e deferência à legitimidade representativa e ao procedimento legislativo.

É de se considerar ainda que o entendimento da Suprema Corte tende a se cristalizar e em se tratando da análise de emenda constitucional violadora de cláusula pétrea, ao menos em determinada ótica, deixa de ser discutível até mesmo politicamente, a não ser que haja nova manifestação do Poder Constituinte Originário a estruturar as conjunturas políticas, jurídicas, econômicas e sociais de um novo Estado.

---

<sup>131</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político*, *Direito, Estado e Sociedade*, v.46, 2015.p.133.

Também se revela problemática a concretização do etéreo conceito de cláusulas pétreas, a reclamar ampliação procedimental democrática, vez que o equilíbrio entre a defesa dos direitos e garantias fundamentais, das condições mínimas do jogo democrático e da vontade das maiorias é sensível. Destaque-se, além disso, que os direitos e garantias fundamentais possuem plasticidade, podendo inclusive decorrer de princípios e valores implícitos no texto constitucional<sup>132</sup>.

Não se pode ignorar a dificuldade em se estabelecer critérios claros e objetivos para o devido enquadramento jurídico das cláusulas pétreas, afinal não apresenta qualquer dificuldade a conceituação e sim o delineamento de sua efetiva abrangência. Trata-se de um núcleo intangível que protege a estrutura basilar do Estado, além de se prestar como princípio auxiliar na interpretação constitucional<sup>133</sup>.

Um aspecto importante a ser considerado é a subjetividade da expressão “tendente a abolir” utilizada na Constituição, possibilitando sérias controvérsias quando de eventual concretização do sentido constitucional em cada caso. De certo que decisão dessa magnitude seria muito mais palatável, e associada como observadora das normas fundamentais vigentes, se houvesse participação popular na caracterização do alcance e do sentido que a Constituição vai corporificando.

O entendimento corrente na doutrina e jurisprudência é que a proteção assegurada pelas cláusulas pétreas se destina a resguardar o núcleo essencial do princípio em questão e não representa a instituição de intangibilidade absoluta ao texto do dispositivo constitucional. A dificuldade é exatamente identificar se a violação é substantiva ou se é apenas alteração perfunctória<sup>134</sup>.

É possível encontrar o ponto de equilíbrio legítimo na tensão entre a perenidade da Constituição e sua necessidade de compatibilização com a realidade social circundante, no concernente às cláusulas pétreas. Contudo, é necessário que seu conteúdo possa ser justificado e aceito racionalmente mediante um processo de argumentação com liberdade argumentativa, mas devidamente subsidiados e legitimados pelo Povo<sup>135</sup>.

---

<sup>132</sup>LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *Normas Constitucionais não escritas: costumes e convenções da Constituição*. Tese do Programa de Doutorado em Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade São Paulo. USP: São Paulo, 2012. p. 58.

<sup>133</sup>VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.p. 139-140.

<sup>134</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 381-382.

<sup>135</sup>VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.p. 224-

O processo político determina os objetivos sociais e a distribuição desses direitos individuais. Logo, se existe discordância sobre tais fatores, a especificação de nossos direitos precisa ser realizada no escopo de um processo político<sup>136</sup>. Indubitável que, ao menos em parte, as discussões políticas foram deslocadas para o âmbito do Supremo Tribunal Federal, imprescindível então estimular os instrumentos capazes de comunicar o posicionamento dos diversos grupos sociais, notadamente, no que concerne aos contornos das cláusulas pétreas.

Acrescente-se, por sua vez, o fato de não apenas o Tribunal, como instituição, ter a potencialidade de agir na formulação de políticas públicas, mas também os Ministros considerados individualmente, haja vista a dinâmica que rege os procedimentos na Corte, na qual ações individuais podem produzir efeitos sobre o processo político tanto quanto as decisões colegiadas<sup>137</sup>.

Cabe então perquirir, quais seriam os recursos individuais disponíveis aos Ministros da Corte para exercer individualmente o poder da instituição? A observação demonstra que esses poderes não precisam ser formalizados na legislação ou no Regimento Interno do Tribunal, basta que sejam exercidos com relativa frequência e que o seu exercício seja apto a produzir incentivos e desincentivos relativamente aos atores políticos<sup>138</sup>.

Um primeiro exemplo desses poderes está na possibilidade de os membros do tribunal manifestarem, na imprensa, suas posições e preferências sobre temas da pauta judicial e política que consideram importantes. Os Ministros têm o poder de sinalizar para a sociedade, para os outros poderes e até para seus colegas quais seriam suas decisões sobre temas que poderão entrar na pauta no Tribunal.

Outra manifestação é o pedido de vista como controle individual da agenda da Corte. O pedido é justificado como uma prerrogativa para garantir que os julgadores não serão forçados a decidir um caso com o qual não se sintam suficientemente familiarizados, ou em relação ao qual necessitem de mais tempo de reflexão. Estudos empíricos não indicam que os pedidos de vista sempre sejam utilizados para remover indefinidamente da agenda processos que já estão em julgamento, mas mostram que não há limites institucionais claros para a duração dos

---

136 MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.p. 105.

137 ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político, Direito, Estado e Sociedade*, v.46, 2015.p.121-122.

138 ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político, Direito, Estado e Sociedade*, v.46, 2015.p.129.

pedidos de vista. Nesse ponto o Regimento Interno é irrelevante e o uso desse mecanismo fica sujeito à discricionariedade de cada Ministro.

Por fim, e não exaurindo as hipóteses, destaca-se que um terceiro exemplo de poder individual dos Ministros para influenciar diretamente o comportamento de atores externos ao Tribunal está nas decisões monocráticas. Mais especificamente, as decisões monocráticas cumprem esse papel quando usadas para promover visões individuais como se fossem visões coletivas – a “jurisprudência” ou os “precedentes” – da instituição<sup>139</sup>.

Sobre o tema, recentemente, em julho de 2020, o Supremo Tribunal Federal rejeitou uma proposta de alteração no regimento interno de autoria do Ministro Marco Aurélio, que restringia ao plenário a concessão de liminares para cassar atos do Legislativo e do Executivo. Desse modo, fica mantida a possibilidade de ministros suspenderem atos de outros Poderes por meio de decisões monocráticas.

A sugestão acrescentaria o inciso XII ao artigo 5º do Regimento Interno do Tribunal, que estabelece as competências do plenário. Uma das competências do colegiado maior seria “apreciar pedido de tutela de urgência, quando envolvido ato do Poder Executivo ou Legislativo, praticado no campo da atuação precípua”. A proposta acabou sendo rejeitada, por maioria, em sessão administrativa virtual.

Os efeitos dessas manifestações individuais dependem de uma série de fatores e podem perfeitamente não ser permanentes. Contudo, é problemático considerar que uma maioria de Ministros independentes da política contrarie a vontade da maioria, o que dizer da possibilidade de que uma minoria de Ministros independentes, ou mesmo apenas um único membro da Corte, exerça um papel contramajoritário. Nesse cenário, a força da crítica à legitimidade do *judicial review* seria talvez redobrada<sup>140</sup>.

Veja-se que a situação extrapola até mesmo o que Jeremy Waldron já combatia com veemência. Uma decisão judicial colegiada é o produto de um processo de agregação de preferências dos juízes, que em caso de impasse argumentativo prevalecerá o critério majoritário. É interessante notar que a crítica tradicional assume que, internamente, os tribunais constitucionais se constituem como órgãos majoritários. Mas a possibilidade de um comportamento individual tal como o descrito pode fazer com que, internamente, essa premissa não se verifique em todos os casos de *judicial review*. Pelos mecanismos que foram descritos nas

139 ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político*, *Direito, Estado e Sociedade*, v.46, 2015.p.138.

140 ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político*, *Direito, Estado e Sociedade*, v.46, 2015.p.151.

seções anteriores, é possível que até mesmo uma minoria de Ministros determine os rumos do processo político<sup>141</sup>

Esse cenário reforça a ideia de que a ampliação democrática do processo constitucional de controle abstrato de normas deve ser um norte da prática judicial da Suprema Corte, a fim de potencializar a legitimidade das decisões ali tomadas, mormente diante das contingências apontadas ao longo deste trabalho. Nesse sentido, entende-se relevante a instituição de um procedimento diferenciado no julgamento dos processos que tratam dos temas mais sensíveis da democracia constitucional, em especial dos direitos fundamentais.

Considerando o movimento contínuo da sociedade e do próprio Supremo Tribunal Federal no sentido de prestigiar a ampliação democrática da jurisdição constitucional, bem como a inegável conjuntura atual em que o Poder Judiciário se encontra envolto nas principais discussões políticas, econômicas e sociais, mediante a famigerada judicialização da política e o ativismo judicial, nada mais natural de que se busque a maior legitimidade possível das decisões que regeram a vida cotidiana. O cerne da democracia é justamente a possibilidade de poder influir nas decisões públicas.

Por oportuno, retoma-se o pensamento de Häberle, pelo qual todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma é um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo do processo hermenêutico e como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detém eles o monopólio da interpretação constitucional<sup>142</sup>.

Decorrente da premissa acima, o filósofo alemão defende a ampliação e o aperfeiçoamento dos instrumentos de informação dos juízes constitucionais. Deve-se tratar o processo constitucional como parte mesma do direito de participação democrática, a ser exercido pelas potências públicas pluralistas<sup>143</sup>.

As figuras jurídicas do *amicus curiae* e da audiência pública são instrumentos notáveis na conformação da Constituição mediante uma legitimidade democrática ampliada. Contudo, a democracia constitucional se constrói e aperfeiçoa diuturnamente por meio de novas formas de pensar e agir. Nessa esteira, o presente trabalho foi alicerçado com o fito de contribuir, de uma forma procedimental, para a

141 ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político*, *Direito, Estado e Sociedade*, v.46, 2015.p.151.

142 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997, p. 15.

143 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997, p. 48.

ampliação democrática do controle de constitucionalidade, em especial no cenário atual em que as decisões da Corte são severamente questionadas na sociedade.

Pois bem, além de propiciar que não se parta de um quase vazio normativo, como ocorreu em relação às audiências públicas, que apenas vieram a ter disciplina normativa mínima com a Emenda Regimental nº 29/2009, o estudo e a *práxis* do *amicus curiae* e da audiência pública permitiram que fossem observados alguns equívocos procedimentais, os quais não se pretende replicar na proposta que seguirá a fim de sugerir alterações de ordem normativa relativamente ao procedimento de controle de constitucionalidade de Emendas Constitucionais.

No que concerne ao procedimento propriamente dito destaca-se como central a necessidade de participação social nesse controle de constitucionalidade específico. Por sua vez, as diretrizes de atuação são as seguintes: a) em regra, obrigatoriedade do regramento especial; b) presunção relativa de relevância social do controle de emendas; c) obrigação de fixação dos critérios eletivos e justificação formal dos indeferimentos e d) multiplicidade de pontos de vista.

A aferição em controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo indubitavelmente abrange questões importante e complexas para a sociedade, mas, quase sempre, não se encontra no mesmo patamar da verificação de compatibilidade vertical de emendas constitucionais, as quais possuem componente político de grau muito mais elevado, podendo inclusive, eventualmente, vir a abalar a estrutura basilar do ordenamento jurídico ante a mácula de alguma cláusula pétrea estampada no art. 60, § 4º da Constituição Federal.

Ora, haja vista as discussões de cunho político não se restringirem tão somente aos Poderes Legislativo e Executivo, existe também a necessidade de aproximação da Corte e da sociedade, tal qual as demais instituições. Veja-se por exemplo o caso das audiências públicas promovidas por Agências Reguladoras, que tratam apenas de questão setorial, mas há o inarredável crivo da população. O que dizer então da previsão de audiência na Lei de Licitações, que trata de aspectos meramente financeiros. Desse modo, não se vislumbra óbice para a ampliação da participação social em questões submetidas ao Poder Judiciário e que sejam de alta relevância social.

Demais disso, deixar a convocação popular no controle de emendas constitucionais a cargo unicamente da discricionariedade do Relator do processo implicará nos mesmos problemas já enfrentados nas audiências públicas, com a consequente restrição da potencialidade de ampliação da legitimação democrática na jurisdição constitucional.

Nesse sentido, toma consistência a presunção relativa de relevância social do controle de emendas, de forma a priorizar a obrigatoriedade de participação social, mas sem deixar de se estabelecer a possibilidade de se descartar casos envolvendo questões simplórias, que a temática não possui o interesse transcendente. Tal válvula de escape serve para evitar a atribuição de um procedimento abertamente participativo nos casos em que não se faça realmente necessária.

A sistemática é assemelhada ao que se adota em termos de repercussão geral para o recurso extraordinário no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal<sup>144</sup>. Em outros termos, *a priori* o controle abstrato de constitucionalidade de emendas constitucionais ensejaria a participação social, a menos que o Plenário, em votação com quórum qualificado, não reconheça a repercussão geral ou o interesse público relevante exigidos para a convocação de audiência pública.

Embora já se tenha mencionado a possibilidade, em nosso sentir desejável, de quórum mais substancial quando do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais, tratando-se de um incidente que irá tão somente deliberar acerca da participação social no julgamento, razão pela qual nos parece minimamente adequada a exigência de maioria absoluta, tal qual é exigido para afastamento da repercussão geral, reservando-se quórum maiores para o julgamento do mérito ou eventual modulação dos efeitos da decisão.

Da mesma forma que a repercussão geral, o procedimento específico também contaria com situações em que a presunção de importância social geral é absoluta e não poderia ser afastada sequer por deliberação dos Ministros. Trata-se exatamente das cláusulas pétreas estampadas no art. 60, § 4º da Constituição, que tem vínculo estreito e imediato com as mais profundas questões democráticas e de utilização do Poder Constituinte Derivado. Tem-se, então, que as referidas hipóteses não são fruto

---

144 Art. 323. Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) ou o Presidente submeterá, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 42, de 2 de dezembro de 2010) (...)

§ 2º Tal procedimento não terá lugar, quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante, casos em que se presume a existência de repercussão geral. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 42, de 2 de dezembro de 2010)

Art. 324. Recebida a manifestação do(a) Relator(a), os demais ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de 20 (vinte) dias, manifestação sobre a questão da repercussão geral. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 31, de 29 de maio 2009)

§ 1º Somente será analisada a repercussão geral da questão se a maioria absoluta dos ministros reconhecerem a existência de matéria constitucional. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 54, de 1º de julho de 2020)

de discricionariedade e sim decorrência inarredável de nosso próprio sistema constitucional.

As duas primeiras diretrizes tratam da instituição do Incidente de Julgamento de Emendas Constitucionais, já as duas seguintes disciplinam aspectos procedimentais para o melhor transcurso da oitiva social, com foco também no ideal de não inviabilizar as demais atividades do Tribunal e até mesmo considerando as contingências da realidade, as quais não permitiriam a participação da totalidade de interessados, tal como ocorre nos procedimentos relativos ao *amicus curiae* e às audiências públicas.

Há certa dúvida se a obrigação de fixação dos critérios eletivos, a justificação formal dos indeferimentos e a multiplicidade de pontos de vista são exigências preenchidas a contento quando da realização das audiências públicas no âmbito da Suprema Corte, merecendo atenção o incidente procedimental ora tratado, que apesar de similar, em razão da abertura democrática, ao que já existe hoje, goza de regramento e expectativas distintas que reforçam ainda mais o aspecto da legitimidade democrática em relação ao fornecimento de subsídios para os julgadores, pretende-se a sociedade como efetiva partícipe da futura decisão judicial.

Nesse sentido, fala-se em incidente como procedimento anterior e necessário ao julgamento das ações do controle de constitucionalidade envolvendo emendas constitucionais. Existirá uma deliberação prévia que irá definir a realização de oitiva da sociedade ou não, para posteriormente prosseguir-se no julgamento do mérito do processo. Note-se que não se confunde com a repercussão geral, pois não é juízo de admissibilidade para o julgamento da causa em si, mas aferição de qual procedimento será seguido. Demais disso, a aferição prévia seria mandatória e demandaria alteração na Lei nº 9.868/99 e Lei nº 9.882/99, em contraposição à mera convocação de audiência pública como faculdade do Relator ou do Presidente da Corte.

Os direitos fundamentais devem ser defendidos concomitante ao procedimento inclusivo. É uma oportunidade única de colher frutos do trabalho coordenado entre as maiorias e a defesa das minorias pelo Judiciário em um só momento e procedimento, ao contrário do distanciamento natural dos processos legislativo e jurisdicional. Nesse sentido assinala Häberle:

A forma de participação da opinião pública está longe de ser organizada ou disciplinada. Aqui reside uma parte da garantia de sua abertura e espontaneidade. Não obstante, os princípios e métodos de interpretação constitucional preservam o seu significado, exercendo, porém, uma nova função: eles são os

'filtros' sobre os quais a força normativa da publicidade atua e ganha conformação. Eles disciplinam e canalizam as múltiplas formas de influência dos diferentes participantes do processo<sup>145</sup>.

Ora, as exigências acima não são formalidades menores, há a tentativa de evitar empecilhos para que os interessados possam realmente argumentar e influenciar as discussões que ao final e ao cabo conformaram o direito positivo pátrio. As exigências de ampla clareza e publicidade são iminentes a qualquer processo político minimamente democrático, seja ele oriundo de discussões prévias a formação da legislação, seja na eventual regulamentação de lei pelo Poder Executivo ou mesmo diante da hermenêutica jurídica quando da verificação de constitucionalidade de uma norma.

A noção de que o Judiciário pode ser entendido como órgão com função representativa ganhou destaque nos últimos anos, em grande parte por influência de Robert Alexy, que sustenta a tese de que o Judiciário exerce uma representação argumentativa da sociedade, que atuaria de forma complementar à representação parlamentar.

Nesse contexto, observa-se que a democracia discursiva é pautada na intersecção desses dois aspectos representativos, a representação política parlamentar advinda da eleição temporária mediante votação dos membros da comunidade e a exercida pelas Cortes Constitucionais, que é essencialmente argumentativa, ou seja, pautada na persuasão e correção dos argumentos utilizados pelos magistrados, considerando que esses não são diretamente eleitos pela população. O autor pontua, ainda, que a existência de argumentos bons e plausíveis não basta para a representação argumentativa. É necessário que o Tribunal, além de promover a pretensão de que seus argumentos são os argumentos do povo ou do cidadão, um número suficiente de cidadãos precisa, em certa perspectiva temporal, aceitar esses argumentos como corretos<sup>146</sup>.

A teoria empolga e encontra ressonância no ordenamento jurídico brasileiro, mas existe a possibilidade de que esta denominação "representação argumentativa" seja utilizada de forma meramente simbólica e de forma a justificar *ex ante* a atuação do Poder Judiciário em qualquer situação e de modo livre. É necessária a devida cautela.

---

145 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997, p. 43-44.

146 ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review and representation*. International Journal of Constitutional Law. v. 3, n. 4, 2005.p. 572-579.

Uma Corte que pretenda ser representativa tem o ônus de estar aberta de forma igualitária para a sociedade civil, de facilitar o acesso dos vulneráveis e de considerar todos os argumentos em jogo na formulação da decisão judicial. A ideia de representação como autolegitimação que outorgue automaticamente às decisões judiciais um caráter democrático, opera o efeito inverso, torna-a mais aristocrática e hermeticamente fechada<sup>147</sup>.

Essa preocupação com a aceitação e legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal é o fio condutor deste trabalho e justamente por enxergar a importância da ampliação da participação social na própria construção da decisão judicial, ao invés de somente uma aceitação *a posteriori*, que se propõe, por óbvio não a solução de problema extremamente complexo, ao menos um passo a mais na consolidação da democracia constitucional. A incidência do procedimento pretendido é singela em abrangência quantitativa, mas cuida exatamente de ponto nevrálgico do sistema constitucional, seus alicerces e questões fundamentais fixadas pelo Poder Constituinte Originário, as quais devem ser atualizadas para a sociedade presente da forma mais inclusiva possível.

Uma vez estabelecidas as premissas do procedimento específico para julgamento de ações do controle de constitucionalidade envolvendo emendas constitucionais, importa registrar algumas ponderações acerca dos procedimentos para julgamentos pelo plenário da Corte. De se notar que as consequências sociais do COVID-19 e da pandemia que se instalou em âmbito mundial no ano de 2020, impactando em uma transição que já vinha sendo feita paulatinamente dos julgamentos presenciais para os eletrônicos, acelerando-a.

Em 2007, a repercussão geral mudou a forma de decidir do Supremo Tribunal Federal, sendo uma das principais alterações a criação do plenário virtual. O instrumento eletrônico de julgamento alterou substancialmente a forma como as decisões judiciais são tomadas na Corte. A nova prática apresentou incremento na eficiência dos julgamentos quanto ao reconhecimento da repercussão geral, com resultados melhores do que o tradicional julgamento presencial. Tal fator repercutiu no aumento do estoque de processos que tinham sua repercussão geral reconhecida virtualmente, mas aguardavam pendentes o julgamento presencial do seu mérito, *ad infinitum*<sup>148</sup>.

O plenário virtual agiu tão positivamente na rotina da Corte que sua competência foi se alargando para algumas situações específicas: primeiro para o

147 ALEX, Robert. *Balancing, constitutional review and representation*. International Journal of Constitutional Law. v. 3, n. 4, 2005.p. 580.

148 MEDINA, Damares. *A Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Saraiva, 2015.p.61.

julgamento da questão constitucional, depois para o julgamento do mérito dos recursos extraordinários em questões pacificadas, e até para julgamento de alguns agravos internos e embargos de declaração<sup>149</sup>.

Em junho de 2019, o plenário virtual mais uma vez se empoderou por meio da Emenda Regimental 52, de 14 de junho, que incluiu o art. 21-B no Regimento Interno. O julgamento eletrônico passou a ser estendido a quaisquer agravos internos, agravos regimentais e embargos de declaração, medidas cautelares em ações de controle concentrado de constitucionalidade, referendo de medidas cautelares e tutelas provisórias, demais classes processuais, inclusive recursos com repercussão geral, nas quais o tema controvertido já tenha jurisprudência pacificada na Corte.

Por fim, destaca-se a Emenda Regimental nº 53, de 18 de março de 2020, a qual inverte a excepcionalidade e pontualidade até então adotada no art. 21-B do Regimento Interno, igualando as hipóteses de cabimento no plenário virtual e presencial. Com a alteração normativa a partir de então “todos os processos de competência do Tribunal poderão, a critério do relator ou do ministro vistor com a concordância do relator, ser submetidos a julgamento em listas de processos em ambiente presencial ou eletrônico, observadas as respectivas competências das Turmas ou do Plenário”.

Também digno de menção a possibilidade de que o advogado faça sustentações orais no plenário presencial por videoconferência, o que se mostra salutar e democrático em um país com as dimensões territoriais do Brasil. Dito isso, forçoso ter em mente os impactos dessas mudanças para a sociedade, em termos de efetivo direito de participação e ampliação democrática do procedimento de controle de constitucionalidade, sempre velando para que seja permitida a participação social na seara da Corte e não seja obstada a progressiva aproximação com a sociedade.

Obviamente, considerando que tanto o procedimento especial proposto neste trabalho quanto a eventual matéria em debate serão de alta centralidade sistêmica, o ideal seria a opção pelo julgamento em plenário presencial. Embora o julgamento no colegiado virtual traga ganhos de celeridade, há vicissitudes que merecem atenção.

É de se frisar que a ausência de participação das partes e de terceiros parece contribuir para o elevado percentual de abstenção e deficiência de fundamentação dos acórdãos no plenário virtual. No plenário presencial, no qual os advogados e *amici curiae* participam durante toda a sessão de julgamento, a

---

149 STF - Emenda Regimental nº 31, de 29 de maio 2009; Emenda Regimental nº 42, de 2 de dezembro de 2010 e Resolução nº 587, de 29 de julho de 2016.

fiscalização das partes permite um controle social mais amplo e ativo da atividade jurisdicional<sup>150</sup>.

Afora as questões circunstanciais, a própria concepção procedimental dos julgamentos, inserta em seus aspectos objetivos, configura o distanciamento entre as duas tipologias de julgamento. Observe-se o comparativo abaixo<sup>151</sup>:

#### Plenário Virtual

- É livre o acesso ao pronunciamento de todos os ministros, mas apenas a fundamentação do voto dos demais ministros, quando existente, apenas é conhecida com a publicação do acórdão.
- 24h por dia, durante 20 dias em qualquer lugar, sem a necessidade de reunião virtual simultânea dos ministros. A ordem de votação não é preestabelecida, à exceção do relator, que abre o plenário virtual à votação dos demais ministros a partir da inclusão do tema e de seu voto. Não há pedidos de vista ou possibilidade de interrupção.
- Não existe participação das partes nos 20 dias em que perdura a sessão de julgamento. Apesar da previsão de participação de *amici curiae*, nenhum acórdão incorporou razões de terceiros
- Não existem debates ou interação entre os ministros, mais em razão de ausência de simultaneidade no processo de votação, que pelo procedimento eletrônico em si.
- O percentual de abstenções é de 20,62%. O desenho institucional e a fase processual (preliminar) favorecem as abstenções, seja pela possibilidade do voto tácito, que contorna a necessidade de quórum mínimo, seja pela menor transparência e falta de participação das partes.

#### Plenário Presencial

- A transcrição do áudio e a transmissão ao vivo pela TV Justiça permitem o acompanhamento integral dos processos e dos debates travados, além da publicação do acórdão.

150 MEDINA, Damares. *A Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Saraiva, 2015.p.102.

151 MEDINA, Damares. *A Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Saraiva, 2015.p.149.

- Sessões ordinárias às tardes de quartas-feiras e extraordinárias às quintas-feiras e sextas-feiras, com a presença simultânea dos ministros. Os ministros votam obedecendo a ordem inversa à antiguidade. Os julgamentos podem ser interrompidos, seja por pedidos de vista, seja por outras razões que o Presidente do Tribunal entender aplicáveis.
- As partes e *amici curiae* podem participar oferecendo sustentação oral e prestando esclarecimentos aos ministros.
- A simultaneidade de reunião dos ministros permite maior interação, debates e esclarecimentos.
- O percentual de abstenções é de 11,57%. A ausência é sempre justificada, seja pela imperiosidade do quórum, seja pela maior transparência, na degravação do áudio ou na transmissão ao vivo pela TV Justiça, que parece constranger o ministro a participar, bem como na participação ativa das partes no decorrer da sessão de julgamento.

Considerando as finalidades a serem alcançados bem como as diretrizes procedimentais, verifica-se que o julgamento de ações do controle de constitucionalidade envolvendo emendas constitucionais será mais bem engendrado na perspectiva do plenário presencial. Retirando do foco a referida constatação e com lastro nas experiências de participação social via *amicus curiae* e audiência pública já delineadas anteriormente, julga-se proveitosa a proposição de regramento mínimo para o Incidente de Julgamento referido, o que se faz na forma abaixo.

O procedimento proposto possuiria duas fases: a primeira, na qual se verifica se é realmente o caso de audiência pública obrigatória e a segunda, onde é efetivamente levada a cabo a oitiva popular. O iter procedimental veio inspirado, consoante já registrado, na observação das experiências das figuras do *amicus curiae*, da audiência pública e da repercussão geral.

Especificamente quanto ao desenvolvimento da audiência pública, foram colhidos subsídios no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e adicionadas as alterações julgadas pertinentes, sendo de bom alvitre a transposição de alguns de seus dispositivos para lei o âmbito de lei em sentido estrito, com maior grau de segurança jurídica.

Quanto ao procedimento em si destaca-se como central a necessidade de participação social nesse controle de constitucionalidade específico, sob as seguintes diretrizes estruturais: a) em regra, obrigatoriedade do procedimento especial; b) presunção relativa de relevância social do controle de emendas; c) obrigatoriedade

de fixação dos critérios eletivos e justificação formal dos indeferimentos para a participação social e d) oitiva de uma multiplicidade de pontos de vista.

Assim, julga-se importante o fomento da ampliação da legitimidade democrática da jurisdição constitucional, em vista de os grandes debates políticos e a implementação de políticas públicas acabarem desaguando no Poder Judiciário. Não se intenta, pois, retirar a interpretação constitucional da Suprema Corte e sim colher bons frutos da influência recíproca com a Sociedade.

### Conclusão

O arquétipo do controle de constitucionalidade brasileiro não permite o alijamento do Supremo Tribunal Federal da verificação de compatibilidade vertical com a Constituição. Além do aspecto normativo, existe a contingência de o constitucionalismo atual apresentar-se hipertrofiado, tocando uma grande quantidade de divergências morais levadas ao crivo da Corte Constitucional por conta da judicialização da política. Em nosso ordenamento jurídico, a problemática imediata não é a possibilidade do *judicial review* e sim o seu grau de legitimidade e quais os instrumentos viáveis para incrementá-la.

As principais possibilidades de legitimação democrática do Poder Judiciário são a pertinente e escoreta argumentação jurídica baseada na ideia de razão pública, além da formulação de procedimentos e formas de atuação que permitam maior abertura à sociedade civil, de forma que esta possa apresentar seu ponto de vista e tentar influenciar a futura decisão judicial.

Neste trabalho foram verificados alguns dos instrumentos que intentam aumentar a porosidade da Corte ao meio social. Observou-se os institutos do *amicus curiae* e da audiência pública, mas a conclusão é que o regramento utilizado nesses institutos, a despeito de certa evolução com o tempo, mostra-se insuficiente para promover os efeitos esperados em questões centrais. A importância dos institutos para a maioria dos processos em curso no Tribunal é inegável. Todavia, quando a discussão meritória gravitar em torno da definição de cláusulas pétreas, é necessário um procedimento especial do ponto de vista da ampliação democrática.

Defendeu-se, portanto, um procedimento especial capaz de apresentar resultados democráticos melhores em se tratando da definição do sentido constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, os valores sociais de alta relevância coletiva que dizem com a estruturação e manutenção do próprio ordenamento jurídico, balizados pelo Poder Constituinte Originário. A instituição do referido procedimento representaria não apenas mais um passo burocrático, mas a retomada da importância da participação da sociedade no desenvolvimento dos

assuntos públicos, valorizando uma postura democrática, dialógica e conferindo maior legitimidade às decisões judiciais.

A ampliação da discussão nas situações subsumidas ao conceito de cláusulas pétreas certamente permitirá a defesa dos direitos e garantias fundamentais e das condições mínimas do jogo democrático, mas também importa na remoção delas do âmbito de discussão política, vez que os direitos em questão possuem imensa plasticidade, podendo inclusive decorrer de princípios e valores implícitos no texto constitucional.

Desse modo, não se mostra ideal, sob o prisma da democracia, deixar exclusivamente aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, decisão política com características de perenidade. Acrescente-se o fato de não apenas o plenário, considerado como instituição, ter a potencialidade de proferir decisões pouco democráticas, mas também os Ministros considerados singularmente, cujas ações individuais podem produzir efeitos sobre o processo político tanto quanto as decisões colegiadas.

Como visto, o cenário jurídico em que estão inseridas as cláusulas pétreas, caso não haja balizas objetivas ou instrumentos de participação social efetivos, podem ensejar decisões judiciais sem adequada fundamentação, fruto de puro decisionismo e que esmaecem a legitimidade do ato judicante.

Reconhecendo-se que, ao menos em parte, as discussões políticas foram deslocadas para o âmbito do Poder Judiciário, imprescindível fortalecer os instrumentos capazes de comunicar o posicionamento dos diversos grupos sociais em relação a julgamento que envolva, principalmente, a formulação de contornos das cláusulas pétreas. Tendo em conta essa premissa é que foram desenhadas as diretrizes de um eventual Incidente de Julgamento de Emendas Constitucionais.

Referido procedimento teve inspiração na observação dos aspectos positivos e negativos colhidos da análise dos institutos da audiência pública e do *amicus curiae*, bem como da repercussão geral. Com o intuito de não inviabilizar a própria atividade jurisdicional, intencionalmente a aplicação do procedimento especial seria restrita ao controle de constitucionalidade de emendas constitucionais. A opção ocorreu também com fundamento na importância desse tipo de julgamento para os direitos e garantias fundamentais, bem assim relativamente aos demais valores estruturantes da democracia.

Sendo assim, o Incidente de Julgamento de Emendas Constitucionais, como forma de ampliação da participação social nas decisões públicas, permitiria um aperfeiçoamento da ideia de diálogos constitucionais ao incluir o povo na solução de conflitos coletivos de alta relevância e impacto social. A inclusão de um

mecanismo de democracia direta constitucional a um só tempo reforçaria o direito de participação, de igualdade política e reconheceria os indivíduos com legitimidade e responsabilidade para interpretar o direito e a Constituição.

#### Referências Bibliográficas

ALEX, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation*. International Journal of Constitutional Law, v. 3, n.4, 2005.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político, Direito, Estado e Sociedade*, v.46, 2015.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. Câmara dos deputados. Resolução nº 17 de 1989. Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Brasília: Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2012-2019%20A.pdf>.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [1993]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. *Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995*. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Brasília: Presidência da República, [1995]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. *Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996*. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de

energia elétrica e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [1996]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. *Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília: Presidência da República, [1999]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. *Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília: Presidência da República, [1999]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. *Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [1999]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, [1999]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. Senado Federal. Resolução nº 93 de 1970. Regimento Interno do Senado Federal. Brasília: Senado Federal, 2017. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISF+2018+Volume+1.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Resolução nº 587, de 29 de julho de 2016*. Dispõe sobre o julgamento em ambiente eletrônico de agravos internos e embargos de declaração no Supremo Tribunal Federal. Brasília: 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO587-2016.PDF>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Resolução Administrativa nº 1937, de 20 de novembro de 2017*. Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, 2017. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/116169/2017\\_ra1937\\_ri\\_tst\\_rep01\\_livro\\_atualizado.pdf?sequence=37&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/116169/2017_ra1937_ri_tst_rep01_livro_atualizado.pdf?sequence=37&isAllowed=y).

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. In.: CLÈVE, Clemerson Marlin; FREIRE, Alexandre (coord.).

Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014.

CHEMERINSKY, Erwin. *In defense of judicial review: The perils of popular constitutionalism*. University of Illinois Law Review, Champaign, n. 3. p. 673-690, 2004. Disponível em: <[http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2144&context=faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2144&context=faculty_scholarship)>. Acesso em: 18 mai. de 2020.

COSTA, Alexandre and BENVINDO, Juliano, *A Quem Interessa o Controle Concentrado De Constitucionalidade? - O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais* (Who is Interested in the Centralized System of Judicial Review? - The Mismatch between Theory and Practice in the Protection of Basic Rights) (April 1, 2014). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2509541> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2509541>. Acesso em: 15 set. 2020.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *"A Projeção da Democracia Participativa na Jurisdição Constitucional no Brasil: As Audiências Públicas e sua Adoção no Modelo Concentrado de Constitucionalidade"* in Carlos Bastide Horbath, Fernando Dias Menezes de Almeida, José Levi Mello do Amaral Júnior e Roger Stiefelmann Leal [coord.], *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

GUIMARÃES, Aline Lisbôa Naves. *Participação Social no Controle de Constitucionalidade: o desvelamento da restrição nas decisões do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Brasília. UNB: Brasília, 2009.

HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – a contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

LIMA, Barbara Scavone Bellem de. *Participação Democrática no Controle de Constitucionalidade Brasileiro*. Dissertação do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade São Paulo. USP: São Paulo, 2013.

LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *Normas Constitucionais não escritas: costumes e convenções da Constituição*. Tese do Programa de Doutorado em Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade São Paulo. USP: São Paulo, 2012.

MEDINA, Damares. *A Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEDINA, Damares. *Amigo da Corte ou Amigo da Parte? Amicus Curiae no Supremo Tribunal Federal*. Dissertação do Programa de Mestrado em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público. IDP: Brasília, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

NAVES, Aline Lisbôa. *Participação social no controle de constitucionalidade: a propositura de ações diretas, o amicus curiae e as audiências públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

POST, Robert C; SIEGEL, Reva B. Roe Rage: *Democratic Constitutionalism and Backlash*. Harv. Civil Rights – Civil Liberty Law Review., Cambridge, v. 42, 2007.

RAIS, Diogo. *A Sociedade e o Supremo Tribunal Federal: o caso das audiências públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 126.

VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política*. AVRITZER, Leonardo et al (orgs.). Dimensões políticas da justiça. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Direito GV, vol. 4, nº. 2, São Paulo: Jul/Dez, 2008.

## VITIMOLOGIA DO ESTUPRO

**MARIANA LORUSSO DO CARMO PAVAN:**

Bacharelanda do Curso de Direito do  
Instituto de Ensino Superior de Bauru

JOSÉ FERNANDO DO AMARAL JUNIOR

(orientador).

**RESUMO:** O estudo a respeito do estupro proporciona um entendimento como o crime ocorre e os tipos de vítimas. Mostra a trajetória histórica do crime e as formas de penalização que foram se aperfeiçoando de acordo com o tempo, tornando as leis mais rígidas em relação ao fato. O objetivo do trabalho foi buscar formas de melhor entender o crime de estupro, verificando a trajetória histórica com análise das legislações, porém com melhoras legislativas que devem ser feitas. Devemos ter em mente a importância de se falar sobre estupro, pois é um crime que cada dia tem sido mais comum em nossa sociedade, com casos que muitas vezes não chegam a ser noticiados ou mesmo ocorre a vitimização secundária tema que deverá ser aprofundado doutrinariamente, este estudo traz uma reflexão importante que deve ser feita em relação à conduta do homem na sociedade para com a mulher. Foi utilizado estudo bibliográfico a partir de obras de autores renomados como Caputi, Nohara Paschoal entre outros, literaturas específicas como a Constituição Federal, Código penal. Essa pesquisa se deu entre janeiro/2018 a março/2019. Conclui-se que o crime de estupro tem leis específicas para punir, porém é omissa em relação à proteção após o crime ocorrendo a revitimização. O crime de estupro é brutal e com necessidade de aprimoramento das leis.

**Palavras-chave:** Código Penal. Vítima. Estupro.

**ABSTRACT:** The study of rape provides an understanding of how crime occurs and the types of victims. It shows the historical trajectory of crime and the forms of penalization that have been perfected according to the time, making the laws more rigid in relation to the fact. The objective of this study was to find ways to better understand the crime of rape, verifying the historical trajectory with analysis of legislation, but with legislative improvements that must be made. We must keep in mind the importance of talking about rape as it is a crime that has been more and more common in our society with cases that often do not get to be reported or even occurs the secondary victimization topic that should be deepened doctrinally, this study brings an important reflection that must be made regarding the conduct of the man in the society towards the woman. We used a bibliographic study based on works by renowned authors such as Caputi, Nohara Paschoal and others, specific literatures such as the Federal Constitution, Criminal Code. This research took place

between January 2018 and March 2019. It is concluded that the crime of rape has specific laws to punish, but is silent on protection after the crime occurring revictimization. The crime of rape is brutal and in need of improvement of laws.

**Keywords:** Criminal Code. Victim. Rape.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 O DESAMPARO HISTÓRICO DA VÍTIMA. 2.1 Conceito de vítima. 2.2 Tipos de Vítima. 2.3 Tratamento dado pela lei à Vítima. 2.4 Medidas de proteção à Vítima. 2.5 A mulher como Vítima. 2.6 Evolução da lei Maria da Penha. 2.7 Vitimologia. 2.8 O crime de estupro – Evolução histórica do crime de estupro no ordenamento jurídico brasileiro. 2.9 Crimes contra a dignidade sexual. 3.0 ESTUPRO E COITO VAGINAL. 3.1 Espécies de estupro. 3.2 Desproporcionalidade em alguns casos de estupro. 4 AS VÍTIMAS DO CRIME DE ESTUPRO. 4.1 Tratamento dado as Vítimas de estupro. 4.2 Abalos psicológicos. 4.3 Vitimização primária e vitimização secundária. 4.4 A cultura do estupro. 4.5 Medidas a serem implementadas para combater a vitimização secundária das Vítimas de estupro. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## 1 INTRODUÇÃO

Um tema um tanto desagradável aos olhos da justiça e da lei é a ocorrência de diversos crimes brutais contra as mulheres, a sua liberdade e a sua intimidade. Através de estudos históricos pode-se constatar que a mulher sofre com a submissão e violência a centenas de anos, sendo expostas ao desejo de homens que as viam como objetos e que eram dominantes.

*Com o surgimento da cultura patriarcal, ela teve que se posicionar no lugar de resignada e devota ao marido, enquanto outras mulheres, como as cortesãs, gozavam de um poder sobre seus amantes que as esposas não possuíam. (SANTIAGO, ROSILENE A.; COELHO, Maria T. A. D. A violência contra a mulher: antecedentes históricos. Seminário Estudantil de Produção Acadêmica, v. 11, n. 1, 2008. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/sepa/article/view/313>>. Acesso em: 03 abr. 2018).*

Como se pode ver esteve presente na história por muitos séculos a submissão da mulher, fazendo com que o machismo imperasse na sociedade.

O crime de estupro de acordo com nossa legislação penal demorou em se enquadrar em penas rígidas e a conceituar o crime muitas vezes por falta de conhecimento sobre o assunto, podemos citar como exemplo o que ocorria na França de acordo com Naiara Machado, 2016.

*Na França do Antigo Regime (século XVI ao século XIX) verifica-se inúmeros exemplos do estupro, paralelo a raridade dos processos e julgamentos públicos, justificados pelo silêncio que se impõe sobre a vítima, além de alguns atos de exceção descritos como horrores pela justiça, pelos relatórios ou pelos jornais. (Uma prevê história sobre o crime de estupro. Naiara Machado, 2016).*

Além do crime de estupro, a mulher sofre violência mental, física com danos muitas vezes irreparáveis. Não necessariamente acontece de um estranho cometer o estupro, pode acontecer em casa com o marido a força-La a se deitar com ele.

Nota-se que a violência sexual é uma repugnante violação à dignidade da pessoa humana, negando os valores basilares de uma relação conjugal, e, mais ainda, direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, na medida em que o parceiro submete sua mulher a atos sexuais contra sua vontade, degradando-a moral e fisicamente. (<http://hdl.handle.net/11624/2183>).

A lei Maria da Penha foi muito importante para as mulheres que sofriam violência de seus maridos denunciassena diversa violência que passavam, não somente as mulheres casadas, mas a lei veio como proteção geral.

*Ressaltou-se o advento da Lei 11.340/2006, chamada de Lei Maria da Penha, que representou grandes mudanças sociais, culturais e legislativas, apresentando-se o conceito e evolução da referida legislação, até a sua promulgação no ano de 2006. (<http://hdl.handle.net/11624/2183>).*

Iremos também nos aprofundar no estudo da vítima, para podermos entender como proceder nesses casos, compreender o papel da vítima nos casos do estupro. A mulher passa por um processo de constante luta na sociedade de garantia de seus direitos, preservação de sua vida e suas escolhas, uma vez que a vestimenta ou a forma como conduz a vida não pode ser fator para o crime de estupro. O numero de casos de estupro do país aumentam ano após ano, mesmo com a legislação mais rígida o crime não cessou. De acordo com o Mapa da Violência podemos ter uma dimensão da violência contra a mulher.

Vemos que a violência física é, de longe, a mais frequente, presente em 48,7% dos atendimentos, com especial incidência nas etapas jovem e adulta da vida da mulher, quando chega a representar perto de 60% do total de atendimentos. Em terceiro lugar, a violência sexual, objeto de 11,9% dos atendimentos, com maior

incidência entre as crianças até 11 anos de idade (29,0% dos atendimentos) e as adolescentes (24,3%). (Mapa da Violência 2015. Homicídio de mulheres no Brasil).

Mesmo com a aplicação da legislação vemos que a ocorrência do crime ainda é gritante, devendo ser implementada formas de proteção a vítima que iremos tratar ao longo do trabalho.

## 2 O DESAMPARO HISTÓRICO DA VÍTIMA

As vítimas existem desde que o mundo é mundo, porém antigamente não era estudado o que se enquadraria como vítima.

Na época de a escravidão além dos negros ser tratados como animais eram sujeitados a humilhações e violentados na sua maioria por “seus senhores”. As mulheres são vítimas ainda dessa violação, o começo da violação e violência contra a mulher não se tem como precisar quando começou, pois, vem de muito antes. Foi marcante esse período, pois as mulheres eram obrigadas a se deitar com seus donos uma vez que eram tidas como propriedades, mercadorias e dessa maneira, de forma brutal tiravam totalmente sua dignidade. Após vasta pesquisa não se encontra nenhum autor que documente com precisão o sofrimento dessas mulheres. Podemos nos perguntar agora porque a mulher negra que está sendo a alavanca do presente trabalho, isso ocorre tendo em vista o sofrimento da forma mais escancarada e aceita pela sociedade dos últimos tempos. A luta da mulher por respeito e dignidade é incessante e mesmo nos tempos atuais a violência ocorre de uma forma velada<sup>152</sup>.

Temos um marco na história que é a ativista Ângela Davis (1982) que sempre lutou pelos direitos da mulher negra e tendo relatado em seu livro Mulheres, raça e classe onde relata de forma clara o sofrimento da mulher na escravidão, seus traumas e enfrentamentos pelo respeito e dignidade.

Davis diz claramente em sua obra como as mulheres na escravidão eram tratadas(1982):

*“As mulheres negras sofriam de forma diferente, porque eram Vítimas de abuso sexual e outros maus tratos bárbaros que só poderiam ser infligidos a elas. A postura dos senhores em relação as escravas era regida pela convivência. ” (DAVIS, Angela. Mulheres, raça e classe 1ª publicação na Grã-Bretanha pela The Women’s Press, Ltda. Em 1982. Traduzido em 2013 PLATAFORMA GUETO. Disponível em:*

---

<sup>152</sup>DAVIS, Angela. Mulheres, raça e classe 1ª publicação na Grã Bretanha pela The Women’s Press, Ltda. Em 1982. Traduzido em 2013 PLATAFORMA GUETO . Disponível em: <https://we.riseup.net/assets/165852/mulheres-rac3a7a-e-classe.pdf>

<https://we.riseup.net/assets/165852/mulheres-rac3a7a-e-classe.pdf>)

Além de todo sofrimento enfrentado pelos negros, ao trabalhar na lavoura e serem castigados e açoitados a mulher negra sofria ainda mais, uma vez que ela era violentada sexualmente sem ter ao menos uma chance de defesa sendo considerada uma mercadoria.

Davis mais uma vez transmite com clareza o sofrimento da época:

*"O estupro, na verdade, era uma expressão ostensiva de domínio econômico do proprietário e do controle do feitor sobre as mulheres negras na condição de trabalhadoras". (DAVIS, Angela. Mulheres, raça e classe 1ª publicação na Grã Bretanha pela The Women's Press, Ltda. Em 1982. Traduzido em 2013 PLATAFORMA GUETO. Disponível em: <https://we.riseup.net/assets/165852/mulheres-rac3a7a-e-classe.pdf>)*

Todos esses crimes cometido na época de maus tratos e estupro até hoje ficou sem punição, uma vez pelas leis vigentes na época e outra por ser um período escravocrata, sendo os negros apenas mercadorias.

Podemos perceber que a mulher branca era tida como casta uma vez vivendo com ensinamentos de submissão, religiosidade. Era difícil se deparar com o estupro nesse grupo. Elas também influenciaram de alguma forma a ocorrência desses estupros, pois muitas vezes incentivava o castigo a elas, o açoite e no meio disso ocorriam os estupros, somente quando a mulher branca começou a perceber a fragilidade que as negras estavam sendo submetidas que começou -se a luta pela alforria<sup>153</sup>.

A sexualidade era algo banal para os homens da época, sendo apenas uma forma de predominância do poder que exerciam nas escravas de acordo com estudos do livro de Ângela Davis (1982).

Com o passar dos anos além da luta pela abolição das próprias negras, a Princesa Isabel tomou frente mesmo sendo uma época machista sem direitos para as mulheres conseguindo se impuser e lutar pela Lei Áurea.

Para chegarmos à sanção da lei passamos por um processo de decadência

---

<sup>153</sup>DAVIS, Angela. Mulheres, raça e classe 1ª publicação na Grã Bretanha pela The Women's Press, Ltda. Em 1982. Traduzido em 2013 PLATAFORMA GUETO. Disponível em: <https://we.riseup.net/assets/165852/mulheres-rac3a7a-e-classe.pdf>

do Império uma vez que, com a lei Eusébio de Queiroz, que proibiu o tráfico de escravos africanos para o Brasil. Começaram a existir formas para conseguir a alforria e assim os negros com seu quinhão conseguiam.<sup>154</sup>

Outra lei um pouco intrigante foi a do Ventre Livre que possibilitava a alforria dos filhos nascidos das negras, um pouco contraditório, pois dada a liberdade aos filhos deixando às mães a mercê, pois continuavam com mães escravas<sup>155</sup>.

Pessoas ilustres e negras contribuíram para abolição como Machado de Assis, André Rebouças entre outros, que lutavam para erradicar a escravidão. Finalmente em 13 de maio de 1888 a princesa Isabel, sancionou a lei que daria fim a escravidão. Com a lei podemos dizer que o sofrimento diminuiu para grande parte das mulheres negras do mundo, mas em todo momento tem alguém sendo vítima de violência sexual independente de sua raça<sup>156</sup>.

Após séculos as leis penais foram se aperfeiçoando, mas de forma machista e com direitos que protegiam as mulheres castas e honradas para época, não sendo legislado de forma igualitária.

Um dos códigos mais conhecidos é do Hamurabi com leis rígidas retrógradas e arcaicas, podemos citar um artigo que mostra claramente o machismo que imperava na época:

*"127º - Se alguém difama uma mulher consagrada ou a mulher de um homem livre e não pode provar se deverá arrastar esse homem perante o juiz e tosquiá-lo a frente" (Princípios de direito penal/ Amadeu de Almeida Weinmann. 2. Edição, rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009).*

Vemos não ser igualitário no sentido de não amparar as mulheres solteiras ou as prostitutas.

O estudo sobre vítima se deu após o Holocausto, um marco na história da humanidade, onde se exterminou uma raça para predominância dos alemães. Idealizador e nazista da época foi Adolf Hitler que queria findar os judeus de forma cruel destruindo seus lares, comércio e fortunas, fazendo de escravos nos campos de concentração para após serem mortos cruelmente nas câmaras de gás. Pioneiro nos estudos sobre vítima e vitimologia foi Benjamin Mendelsohn, advogado e

---

<sup>154</sup>LEI Nº 581, DE 4 DE SETEMBRO DE 1850.

<sup>155</sup>LEI Nº 2.040, DE 28 DE SETEMBRO DE 1871

<sup>156</sup>A luta esquecida dos negros pelo fim da escravidão no Brasil. Amanda Rossi e Juliana Gagnani (<https://www.bbc.com>) Publicado em 11/05/2018. (Gagnani, 2018)

professor da Universidade Hebraica de Jerusalém, onde trouxe questionamentos sobre o assunto, pois acreditava que a vítima não era mera coadjuvante de ilícitos penais e sim peça fundamental a ser estudada. Outros estudiosos no assunto foram surgindo como Marvin Wolfgang, direcionado exclusivamente ao homicídio provocado pela vítima<sup>157</sup>.

No Brasil apenas em 1984 fundou-se a Sociedade Brasileira de Vitimologia, onde haviam especialistas em diversas áreas das ciências sociais. A Sociedade Mundial de Vitimologia foi criada em 1979.

*Em 1979 celebrou-se em Münster o Terceiro Simpósio Internacional de Vitimologia, e comentou-se a necessidade de institucionalizar, de alguma maneira, os conhecimentos, as ideias e os projetos que, desde 1973, têm surgido com tanta aprovação internacional. No último dia do simpósio, decidiu-se a criação da Sociedade Mundial de Vitimologia, que, imediatamente, conseguiu quase duzentos membros. Esta sociedade, com seu impulso juvenil e eficaz, conseguiu criar e propagar a todo o planeta uma doutrina e uma práxis que tornam realidade o que antes de 1979 era somente uma ideia quase utópica. (Beristain, Antônio. Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia/ Antônio Beristain; tradução de Cândido Furtado Maia Neto. - Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.194p)*

Após um estudo antropológico e social verificasse que o surgimento do estupro se deu muito antes da escravatura como mencionado no início. Na verdade, é datado desde a era das cavernas, onde predominava o macho na tribo, demonstrando sua virilidade e poder em guerras onde vencidos eram devastados e humilhados. Uma forma de diminuir a força de um grupo é a desonra que o estupro causava naquela determinada sociedade.

*Nas estruturas sociais rígidas das primeiras "tribos" da Pré-História, eram os líderes quem mantinham relações sexuais com a maioria das mulheres do grupo. E os jovens de pequenas tribos só podiam procriar quando "conquistavam" fêmeas de outras tribos em batalhas. Então, as primeiras guerras foram, na verdade, estupro coletivo.*

---

157 João Felipe da Silva - Vitimologia e direitos humanos. Disponível em [seer.uenp.edu.br](http://seer.uenp.edu.br).

(<https://veja.abril.com.br/mundo/a-intima-historia-do-estupro-e-da-guerra/>).

Thomas Hayden, um dos autores de Trish Tunney passou anos estudando a ligação existente entre estupro e guerra, relata que as atrocidades cometidas contra a mulher era uma estratégia de guerra para diminuir o oponente, tirando sua dignidade.

Diversos crimes foram cometidos em guerra até hoje sem solução, pois com o passar do tempo foi se tornando uma prática frequente e normal entre eles, existem diversos relatos sobre o sofrimento que vários países passaram, pois além de enfrentar uma guerra muitas vezes para defender alguma ideologia ou direitos tinham que enfrentar um monstro ainda maior, o ser humano com práticas perversas impossíveis de descrever nesse texto.

*Na última terça-feira, 21 de junho, o **Tribunal Penal Internacional** (TPI) condenou o antigo vice-líder da República Democrática do Congo a 18 anos de prisão. Jean-Pierre Bemba, que liderou tropas na República Centro-Africana em 2002, foi processado por crimes de guerra e contra a humanidade. Entre eles, o estupro. (Agência Patrícia Galvão. Condenação de ex-líder do Congo por estupro como crime de guerra abre precedente histórico, diz historiadora. Disponível em: < <http://agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/noticias-violencia/condenacao-de-ex-lider-do-congo-por-estupro-como-crime-de-guerra-abre-precedente-historico-diz-historiadora/>> Acesso em: 01 jun. 2018).*

Nos tempos atuais ainda ocorre, nos países muçulmanos, a mulher ainda é vista como um patrimônio. Interessante verificar que mesmo sendo vítima de violência sexual a mulher é hostilizada, humilhada.

*O Islã não considera o estupro como um crime contra a mulher. É um crime contra os pais e os maridos. Não há crime se um marido estuprar sua própria esposa. Essa é uma regra que os eruditos muçulmanos continuam a pregar nos dias de hoje. (www.heidropaula.com Acesso em: 07 jul. 2018- Original: Muslim Rape Culture and Lara Logan. Publicado no Spem in Alium. Tradução: De Olho na Jihad).*

Após essa trajetória histórica iremos centralizar tão somente na evolução das leis penais no tempo, tanto brasileira quanto do estrangeiro, trazendo um comparativo com os dias atuais. Na época do descobrimento do Brasil, as tribos indígenas que por alguns eram considerados como sendo silvícolas da Idade da

Pedra por outros foram analisados suas próprias leis e em relação aos crimes sexuais não teria nenhuma legislação específica.

*A virgindade da mulher nem sempre era respeitada entre os nossos silvícolas (José Henrique Pierangeli– Códigos Penais do Brasil 2ª Edição – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001).*

Como vimos pelo nobre Pierangelia única citação entre os indígenas para proteção da mulher é bem arcaica, sem proteções na verdade. Considerando em sua maioria como propriedade e servindo para reprodução das tribos.

Com o Reinado de Portugal temos as primeiras legislações que permitiram o então Código Penal. As Ordenações Filipinas foram as leis que vigoraram por um período extenso, nelas podemos analisar as punições contra crimes sexuais realmente efetiva, mais volto a dizer que as mulheres “impuras” não tinham respaldo algum contra o estupro.

No Código Filipino temos de forma clara as punições contra homens que se deitava com mulheres a força.

*Do que dorme per força com qualquer mulher, ou trava della ou a leva per sua vontade. Todo homem, de qualquer stado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher postoque ganhe dinheiro per seu corpo, ou scrava, morra por ello. Porém, quando for com mulher, que ganhe dinheiro per seu corpo, ou com scrava, não se fará execução até no-lo fazerem saber, e per nosso mandado. (<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733> (Código Filipino – Livro Quinto pag. 1168, Título XVIII))*

Como vimos na época o texto era redigido ainda de forma machista não sendo ampla a proteção contra a mulher, na época predominava muito as famílias da corte, os comandantes do reino, sendo os plebeus tratados de forma distinta para legislar. A mulher solteira não tinha a mesma proteção que uma mulher casada ou casta, os crimes sexuais muitas vezes eram culpados a vítima, sendo analisado a forma que ocorreu o fato. Essa legislação pendurou por muitos séculos e é de ser imaginável o sofrimento e as atrocidades que ocorreram na época. No decorrer dos estudos como vimos demorou-se séculos para estudar o conceito de vítima, sua fragilidade e desamparo.

*Era função da Igreja “castrar” a sexualidade feminina, usando como contraponto a ideia do homem superior a qual cabia o*

*exercício da autoridade. Todas as mulheres carregavam o peso do pecado original e, desta forma, deveriam ser vigiadas de perto e por toda a vida. Tal pensamento, crença e “medo” acompanhou e, talvez ainda acompanhe, a evolução e o desenvolvimento feminino. (SILVA, Glauce Cerqueira Corrêa da et al. A mulher e sua posição na sociedade: da antiguidade aos dias atuais. Rev. SBPH, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 65-76, dez. 2005. Disponível em <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1516-08582005000200006&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-08582005000200006&lng=pt&nrm=iso)>. acessos em 02 abr. 2018).*

Após os Filipinos temos outros códigos da época Imperial, pois com o passar dos anos e a evolução do homem se fez necessário outras leis, pois o homem legislava de acordo com aparição dos crimes.

Antes do atual Código de 1940 houve muitas legislações imperfeitas na proteção da mulher, machista por vezes.

*Podemos ver que no código de 1890 a penalização era distinta para mulheres consideradas honestas e para mulheres “prostitutas”. (Nohara Paschoal relata em seu livro O Estupro: uma perspectiva vitmológica essa distinção da pena, página 24).*

Demorou-se para aperfeiçoar as leis a ponto que proteja ambas as classes e categorias de mulheres.

No atual Código Penal não temos mais a distinção dos crimes sexuais em atentado ao pudor, classificando o crime sexual como estupro havendo ou não conjunção carnal.

*Artigo 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso (DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 - Código Penal)*

Estamos em pleno século XXI e a ocorrência do crime não cessou, havendo diversos casos de crimes sexuais no país. Mesmo com as políticas de punição e de reprovação da sociedade diante de tal ato, não ocorre mudanças, pois é um crime de cunho sexual e agravantes psicológicos por parte do agressor, questões que devem ser melhor estudadas na sociedade na infância.

*Homens cujas mães apanharam de seus pais têm maior tendência a serem abusivos em seus próprios relacionamentos. (SahikaYuksel. 2015 BBC Acesso em Agost.2018)*

Não podemos generalizar, porém o autor desses casos muitas vezes sofreu abusos sexuais na infância que desenvolveram prazer em praticar o crime de estupro não em ter a relação sexual em si mais seria como uma forma de poder. Estudar melhor o psicológico na infância pode ser um caminho para tentativa de diminuição do crime.

*Ninguém pode mudar se não aceitar que suas ações são erradas e se responsabilizar por elas. Se ele for pego e declarar que não tinha a intenção de fazê-lo, isso não levará a uma mudança de comportamento. (SahikaYuksel. 2015 BBC Acesso em Agost.2018).*

A questão está em identificar que esse comportamento é errado, pois esse reconhecimento seria o mais difícil para o estuprador, por muitas vezes ele comete o crime sem ter a noção que esse desejo veio de problemas e enfrentamentos da infância.

## **2.1 Conceito de vítima**

Vítima é alguém que de alguma forma sofreu algum tipo dano, é a pessoa que sofre as consequências de um ato de outrem. No presente trabalho estamos lidando com a vítima do crime de estupro, sendo ela exclusivamente mulher. De acordo com o livro A Vítima e o Direito Penal:

*“Um conceito razoavelmente amplo, ainda dentro dessa restrição, é fornecido, por exemplo, por Frederico Abrahão de Oliveira, para quem Vítima é: Aquela pessoa que sofre danos de ordem física, mental e econômica” (OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de; FERREIRA, Ivete Senise. A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. 1999. Universidade de São Paulo, SP, 1999)*

A vítima que iremos estudar é a mulher que muitas vezes está vulnerável ao crime de estupro, tornando-se vítima do estuprador, vítima sexual, psicológica, emocional, ficando encurralada nessa situação, muitas vezes sem reação ou sem chances de defesa. Ela se torna vítima desse criminoso pelo simples fato de ser mulher não existindo outros agravantes para que ela seja alvo de seu algoz.

*Mulheres que sofrem violência sexual apresentam índices mais severos de transtornos e consequências psicológicas, como TEPT, depressão, ansiedade, transtornos alimentares, distúrbios sexuais e distúrbios do humor. (Souza, F. B. C., Drezett, J., Meirelles, A. C., & Ramos, D. G. (2013). Aspectos psicológicos de mulheres que sofrem violência sexual. Reprodução & Climatério, 27(3), 98-103. doi: <https://doi.org/10.1016/j.recli.2013.03.002>).*

Ela não se torna vítima porque está com uma roupa um pouco mais curta ou porque para chegar até sua casa tem que se colocar em perigo e passar por ruas escuras, ela é vítima pela sua simples existencia. Essa vítima não pode se tornar culpada do crime sendo exclusivamente vítima, não existindo fatores que a torna culpada pelo estupro, vez que ele se aproveita da fragilidade da mulher.

*Entre os homens, o pensamento ainda é mais comum: 42% deles dizem que mulheres que se dão ao respeito não são estupradas. (G1.globo.com - Um em cada 3 brasileiros culpa mulher em casos de estupro, diz Datafolha, Acesso em 20 Agosto. 2018)*

Dentro do conceito etimológico da palavra vítima, ou mesmo do sentido da palavra temos o conceito jurídico de vítima, que é o ofendido, a parte autora de uma ação, é por fatos ocorridos a ela que se mensuram todas as premissas da vítima.

Podemos citar novamente o livro A Vítima e o Direito Penal:

*"Em suma. No campo juridico, a expressão Vítima é mais ampla que as outras referidas e estas, portanto, ficam por ela abrangidas. Vítima é portanto, o sujeito passivo constante ou eventual, principal ou secundário. "(OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de; FERREIRA, Ivette Senise. A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. 1999. Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999)*

A vítima é conceituada dessa forma, devendo de todas as formas possíveis ser tratada de forma humanitária.

## **2.2 Tipos de Vítima**

Iremos abordar agora os tipos de Vítima existente e reconhecidos por alguns estudiosos. A vítima pode ser interpretada como culpada pela ocorrência do crime,

podemos determinar com os tipos de vítima o tipo de criminoso. A tipificação da Vítima esta ligada com as atitudes da vítima antes e após o crime.

De acordo com Benjamin Mendelsohn as vítimas podem ser classificadas da seguinte maneira:

- 1. Vítima completamente inocente ou vítima ideal. Trata-se da vítima completamente estranha à ação do criminoso, não provocando nem colaborando de alguma forma para a realização do delito.*
- 2. Vítima de culpabilidade menor ou por ignorância. Ocorre quando há um impulso não voluntário ao delito, mas de certa forma existe um grau de culpa que leva essa pessoa à vitimização.*
- 3. Vítima voluntária ou tão culpada quanto o infrator. Ambos podem ser o criminoso ou a vítima.*
- 4. Vítima mais culpada que o infrator. Enquadram-se nessa hipótese as vítimas provocadoras, que incitam o autor do crime; as vítimas por imprudência, que ocasionam o acidente por não se controlarem, ainda que haja uma parcela de culpa do autor.*
- 5. Vítima unicamente culpada. Dentro dessa modalidade, as vítimas são classificadas em: a) Vítima infratora, ou seja, a pessoa comete um delito e no fim se torna vítima, como ocorre no caso do homicídio por legítima defesa; b) Vítima Simuladora, que através de uma premeditação irresponsável induz um indivíduo a ser acusado de um delito, gerando, dessa forma, um erro judiciário; c) Vítima imaginária, que trata-se de uma pessoa portadora de um grave transtorno mental que, em decorrência de tal distúrbio leva o judiciário à erro, podendo se passar por vítima de um crime, acusando uma pessoa de ser o autor, sendo que tal delito nunca existiu, ou seja, esse fato não passa de uma imaginação da vítima. (Jesus Nagib Beschizza Feres, 2009 -www.jurisway.org.br).*

Edmundo de Oliveira ao estudar os diversos tipos de vítimas chega à seguinte classificação:

*1. Vítima programadora. Trata-se da vítima que planeja a situação da qual nascerá um ato criminoso, exercendo nessa situação um evidente papel de autor, agindo diversas vezes de forma extraordinariamente complexa para que haja a ocorrência do delito programado por si mesma. Neste caso, a vítima serve de munição para que se configure com culpabilidade, dolosa ou culposa, a ação do indivíduo que será acusado como autor do delito.*

*2. Vítima precipitadora. Enquadra-se nessa qualificação a vítima que, de algum modo, contribui de forma dolosa ou culposa para que haja a ação ou omissão do autor no procedimento de execução ou consumação do delito. Neste caso a vítima despertará o apetite do delinquente, ou seja, ela se torna a isca do autor do delito.*

*3. Vítima de caso fortuito. Denomina-se vítima de caso fortuito a pessoa que vem a ser atingida por um fenômeno da natureza ou por uma fatalidade do acaso. Esses casos se caracterizam pela ocorrência de fatos que fogem do alcance da cautela do indivíduo e das possibilidades de prever tais acontecimentos. Um exemplo típico de vítima de caso fortuito é o do indivíduo que ao caminhar por uma avenida é atingido por um raio e acaba falecendo.*

*4. Vítima por força maior. Será considerada vítima por força maior o indivíduo que não tendo condições de opor resistência, acaba realizando atos que não são da sua vontade, às vezes até atos contrários ao senso moral. Tal coação vem privar a pessoa de sua liberdade física ou psíquica, deixando de agir com sua livre e própria vontade. Um caso de vítima por força maior pode ser exemplificado no caso do sonambulismo. (Jesus Nagib Beschizza Feres, 2009 -www.jurisway.org.br)*

Hans Von Henting conclui a classificação das vítimas da seguinte forma:

*1. Vítima isolada. A vítima neste caso vive na solidão, não se relacionando com outras pessoas. Em decorrência desse meio de vida ela se coloca em situações de risco.*

*2. Vítima por proximidade. Este grupo de vítimas subdivide-se em: a) Vítima por proximidade espacial, que se torna vítima pelo fato de estar em proximidade excessiva do autor do delito*

*em um determinado local, como ocorre nos casos de furto no interior de um ônibus; b) Vítima por proximidade familiar, a qual ocorre no núcleo familiar, como pode ser visto no caso do parricídio, em que o filho mata seu próprio genitor; c) Vítima por proximidade profissional, que geralmente ocorre no caso de atividades profissionais que requerem um estreitamento maior no relacionamento profissional, como no caso do Médico.*

*3. Vítima com ânimo de lucro. São taxadas dessa forma as vítimas que pela cobiça, pelo anseio de se enriquecer de maneira rápida ou fácil, acaba sendo ludibriada pelos estelionatários ou vigaristas.*

*4. Vítima com ânsia de viver. Ocorre com o indivíduo que, com o fundamento de não ter aproveitado sua vida até o presente momento de uma forma mais eficaz, passa a experimentar situações de aventuras até então não vividas que o colocam em situações de risco ou perigo.*

*5. Vítima agressiva. Neste caso a vítima se torna agressiva em decorrência da agressão que sofre do autor da violência, pois chega um momento que por não suportar mais a agressão sofrida, ela irá rebater tal ato de modo hostil.*

*6. Vítima sem valor. Trata-se da vítima que em decorrência de seus atos não recomendáveis praticados perante a sociedade, acaba sendo indesejada ou repudiada no meio social em que vive. Por praticar certos atos não aceitos pela sociedade, este indivíduo vem a sofrer agressões físicas, verbais, ou até mesmo podendo ser morto. Um exemplo clássico desse tipo de vítima é o caso do estuprador ou assassino que é morto pela sociedade, pela polícia, ou por sua própria vítima.*

*7. Vítima pelo estado emocional. Essas vítimas são qualificadas desta forma em decorrência de seus sentimentos de obcecação, medo, ódio ou vingança que vem a sentir por outras pessoas.*

*8. Vítima por mudança da fase de existência. O indivíduo passa por várias fases em sua vida, sendo que ao mudar para certa fase de sua existência, poderá se tornar vítima em*

*consequência de alguma mudança comportamental relacionada com alguma das fases.*

*9. Vítima perversa. Enquadram-se nesta modalidade de vítimas os psicopatas, pessoas que não possuem limite algum de respeito em relação às outras, tratando-as de um modo como se fossem objetos que podem ser manipulados.*

*10. Vítima alcoólatra. O uso de bebidas alcoólicas é um dos fatores que mais levam as pessoas a se tornarem vítimas, sendo que na maioria dos casos acabam resultando em homicídios.*

*11. Vítima Depressiva. Ao atingir um determinado nível, a depressão poderá ocasionar a vitimização do indivíduo, pois poderá levar a pessoa à sua autodestruição.*

*12. Vítima voluntária. São as pessoas que por não oporem resistência à violência sofrida, acabam permitindo que o autor do delito o realize sem qualquer tipo de obstáculo. Casos que exemplificam esse tipo de vítima são os crimes sexuais ocorridos sem a utilização de violência.*

*13. Vítima indefesa. Denominam-se vítimas indefesas as que, sob o pretexto de que a persecução judicial lhes causaria maiores danos do que o próprio sofrimento resultante da ação criminosa, acabam deixando de processar o autor do delito. São vistos tais comportamentos geralmente nos roubos ocorridos nas ruas, nos crimes sexuais e nas chantagens.*

*14. Vítima falsa. São taxadas de falsas vítimas as pessoas que, por sua livre e espontânea vontade se autovitimam para que possam se valer de benefícios.*

*15. Vítima imune. São consideradas dessa forma as pessoas que, em decorrência de seu cargo, função, ou algum tipo de prestígio na sociedade em que vive acham que não estão sujeitas a qualquer tipo de ação delituosa que possa transformá-las em vítimas. Um exemplo é o padre.*

*16. Vítima reincidente. Neste caso a pessoa já foi vítima de um determinado delito, mas mesmo após ter passado por tal episódio, não passa a tomar qualquer tipo de precaução para que não volte a ser vitimizada.*

*17. Vítima que se converte em autor. Nesta hipótese ocorre a mudança de pólo da violência. A vítima que era atacada pelo autor da agressão se prepara para o contra-ataque. Um exemplo clássico é o crime de guerra.*

*18. Vítima propensa. Ocorre com as pessoas que possuem uma tendência natural de se tornarem vítimas. Isso pode decorrer da personalidade deprimida, desenfreada, libertina ou aflita da pessoa, sendo que esses tipos de personalidade podem de algum modo contribuir com o criminoso.*

*19. Vítima resistente. Por não aceitar ser agredida pelo autor, a vítima reage e passa a agredi-lo da mesma forma, sempre em sua defesa ou em defesa de outrem, ou também no caso de cumprimento do dever. Neste caso há sempre a disposição da vítima em lutar com o autor.*

*20. Vítima da natureza. São pessoas que se tornam vítimas em decorrência de fenômenos da natureza, como no caso de uma enchente, um terremoto etc[5].*

*Guaracy Moreira Filho, através do exercício da sua profissão de Delegado de Polícia chegou à conclusão de que as vítimas devem ser classificadas do seguinte modo:*

*1. Vítimas inocentes. São as pessoas que não contribuem de nenhuma forma para a ocorrência do delito, ou seja, não há nenhuma participação da vítima na consumação da ação criminosa.*

*2. Vítimas natas. Tratam-se das vítimas que contribuem de alguma forma para a eclosão de um crime, seja por seu comportamento agressivo ou por sua personalidade insuportável.*

*3. Vítimas omissas. Neste grupo encontram-se as pessoas que não vivem em integração com o meio social, pois não participam da sociedade, nem sequer para reclamar de uma violência ou arbitrariedade sofridas.*

*4. Vítimas inconformadas ou atuantes. Ao contrário do que ocorre com as vítimas omissas, que não buscam relatar às autoridades competentes seus direitos violados, estas*

*cumprem de forma ativa seus papéis de cidadãos, pois sempre que são violadas em seus direitos, buscam a efetiva reparação judicial. ( Jesus Nagib Beschizza Feres, 2009 - www.jurisway.org.br).*

Por fim, o jurista argentino Walter Raul Sempertegui dá uma sugestão de classificação das vítimas de estelionato na seguinte ordem:

*1. Vítimas incapazes. Neste grupo encontram-se as pessoas definidas pela lei como incapazes, ou seja, os menores, que são aqueles que não tenham atingido ainda a maioridade legal, os alienados mentais, que são os indivíduos que são portadores de alguma enfermidade que dificultem seu entendimento ou vontade e os débeis mentais, que são os retardados, oligofrênicos e os imbecis.*

*2. Vítimas culpáveis. No entendimento do citado jurista a humanidade inteira pode estar enquadrada neste grupo, pois relata que a vítima de alguma forma sempre será culpável, em maior ou menor nível, por ser imprudente, negligente, vaidosa ou por haver ostentação por sua parte.*

*3. Vítimas delinqüentes. Tratam-se das pessoas que não realizam uma função meramente passiva, mas suas atitudes exigem uma capacidade menor de enganar. (Jesus Nagib Beschizza Feres, 2009 -www.jurisway.org.br).*

Dentre todas essas modalidades de vítimas podemos constatar que o crime de estupro se enquadraria em muitos desses casos. Não podemos de forma alguma confundir os tipos de vítima, com paradigmas da sociedade em relação ao comportamento da vítima mulher, uma vez que é julgada pelas suas vestimentas ou estilo de vida, jamais poderá utilizar como justificativa para a concretização do crime tal argumentos. Uma mulher não pode ser hostilizada pela sociedade pela forma de se vestir, isso não dá motivos para o crime. O estupro não tem um perfil pré-determinado de vítimas tornando todas as mulheres vulneráveis.

### **2.3 Tratamento dado pela lei à vítima**

Tema um tanto complicado de explicar é o tratamento dado à vítima, não tem uma legislação específica onde teriam determinações, obrigações e cuidados com a vítima do estupro.

Isso também dificulta um pouco a denúncia, vez que dependendo da vítima

ela se preocupa com o tratamento que terá ao denunciar e aos julgamentos que a sociedade impõe, por exemplo, as garotas de programa que muitas vezes não têm coragem de denunciar pelas situações que se encontram, sabendo que vão sofrer questionamentos a tornando culpada do crime.

*Predomina no imaginário da população a ideia de que, se a mulher foi estuprada, alguma coisa ela fez para provocar seu agressor, consistindo tal pensamento numa repressão a qualquer comportamento um pouco mais libertador que uma mulher venha a ter. Isso gera agressão à dignidade sexual feminina em dois momentos: durante e após a consumação do crime. (PEIXOTO, A.; NOBRE, B. A RESPONSABILIZAÇÃO DA MULHER VÍTIMA DE ESTUPRO. **Revista Transgressões**, v. 3, n. 1, p. 227-239, 27 maio 2015)*

A legislação brasileira se preocupou muito em tornar as penas mais rígidas, mas se esqueceu do principal, dos cuidados que a vítima deve ter. As penas muitas vezes não são cumpridas a rigor e torna-se ineficaz. Mais uma vez citaremos o livro de Ana Sofia:

*"Ainda em razão da falta de estudos aprofundados acerca da questão vitimológica no Brasil, a Vítima sempre foi, para o direito penal, uma personagem desconhecida." (OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de; FERREIRA, Ivette Senise. A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. 1999. Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999)*

De acordo com algumas pesquisas verificamos que o tratamento dado a vítima nas delegacias muitas vezes não é humanitário em relação a vítima e o acusado, as vezes trazendo inúmeros constrangimentos. Ocorre também no exame de corpo delito, vez que o IML está com suas estruturas depreciadas assim como relata uma reportagem.

*O relatório revela que a situação não poderia ser pior. "As mesas de exames ginecológicos estavam montadas nos mais diversos lugares, tais como salas emboloradas, úmidas e fétidas, salas de arquivo, dormitório de funcionários etc", diz o documento.*

*Em todo o Estado são 65 unidades do IML e apenas três equipamentos para análise de ataques sexuais em mulheres -o colposcópio- e apenas dois em funcionamento.*

(<http://temas.folha.uol.com.br/a-dor-do-estupro/capitulo-5/exames-sao-feitos-com-lanternas-de-camelo.shtml>)

Através desse relato podemos declarar que o tratamento dado a vítima é precário devendo ser melhorado o quanto antes para proteção da vítima. Uma atitude que deveria ser tomada é o tratamento psicológico a vítima custeada pelo governo por tempo indeterminado e treinamentos para as delegacias atenderem as mulheres.

*Apesar de o apoio psicológico e social não ser de responsabilidade dos serviços de ginecologia e obstetrícia, o atendimento da mulher que sofre violência sexual não seria adequado se não se encaminhar a vítima a estes serviços.* (Violência sexual: procedimentos indicados e seus resultados no atendimento de urgência de mulheres vítimas de estupro. Rev. Bras. Ginecol. Obstet. [online]. 2006, vol.28, n.2, pp.132.).

A criação da Lei Maria da Penha permitiu um cuidado maior ao crime, pois trás em seus artigos a existência dos crimes e violências que a mulher pode sofrer e também algumas medidas que devem ser tomadas podemos redigir o artigo 9º da Lei Maria da Penha:

*"Artigo 9º A assistência á mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso" (LEI MARIA DA PENHA. Lei N.º 11.340, de 7 de Agosto de 2006).*

Cabe a esses órgãos a proteção e assistência da mulher vítima de estupro que ao procurar ajuda deverá ser tratada da forma mais humanizada possível, fazendo com que ela se sinta mais confortável para relatar o ocorrido para que a policia possa tomar as medidas necessárias.

*Deve incluir o tratamento das lesões físicas que possam estar presentes e a prevenção de gravidez e de doenças de transmissão sexual. É preciso também oferecer tratamento psicológico a estas mulheres pelo tempo que for necessário.* (Violência sexual: procedimentos indicados e seus resultados no atendimento de urgência de mulheres vítimas de

estupro. Rev. Bras. Ginecol. Obstet. [online]. 2006, vol.28, n.2, pp.132).

O trauma causado por um estupro pode ser irreparável fazendo com que a vítima tenha que passar por tratamentos psicológicos de forma infundável. É muito importante que os profissionais da área da saúde sejam melhor preparados para receber essas vítimas para que elas tenham um tratamento que não irá agravar ainda mais seu sofrimento

## **2.4 Medidas de proteção à Vítima**

De acordo com nossa Constituição temos o princípio da dignidade da pessoa humana onde o bem protegido pelo estado é a vida e dentro da vida está a dignidade da pessoa, dignidade esta de proteção de seu corpo sendo ele inviolável.

*A Constituição Federal de 1988, traz o referido princípio codificado no artigo 1º, Inciso III, que dispõe:*

*A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)*

*III – A dignidade da pessoa humana; (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988)*

Para podermos proteger a vítima do crime de estupro seria necessária uma melhor estrutura do estado. Não encontramos na legislação medidas de proteção da vítima, no sentido de acompanhamentos psicológicos ou tratamentos contínuos, devendo tanto a delegacia da mulher quanto a rede pública de saúde estar preparada para receber essas mulheres.

*De acordo com o Ministério da Saúde, as mulheres vítimas de violência sexual devem ter prioridade no atendimento, e a recusa injustificada pode ser caracterizada ética e legalmente como omissão. (ACOSTA, Daniele Ferreira et al. Aspectos éticos e legais no cuidado de enfermagem às vítimas de violência doméstica. Revista Texto & Contexto Enfermagem, Florianópolis, v. 26, n. 3, p. 3-9, 2017).*

Outro personagem de muita importância na proteção das vítimas de estupro são os enfermeiros que devem ter um cuidado e humanização ao lidar com tal situação, com suas habilidades técnicas ele vai saber os exames necessários, os

cuidados com os ferimentos e como lidar com uma gravidez indesejada, outro aspecto importante é o acolhimento para fazer com que a vítima fique mais tranquila diante do abalo psicológico que passou, esse acolhimento é primordial para minimizar o ocorrido, mas para isso deve estar treinado para tal situação o que não ocorre em alguns lugares.

*Em decorrência disso, percebe-se que desconheciam a necessidade de notificar a violência doméstica e sexual. As profissionais confundiam a notificação dessa forma de violência com a denúncia policial, admitindo que deveriam comparecer à delegacia da mulher para fazer um boletim de ocorrência. (ACOSTA, Daniele Ferreira et al. Aspectos éticos e legais no cuidado de enfermagem às vítimas de violência doméstica. Revista Texto & Contexto Enfermagem, Florianópolis, v. 26, n. 3, p. 3-9, 2017).*

Para termos medidas protetivas para a vítima, ela deve provocar o judiciário solicitando medidas de proteção, pode também solicitar a inclusão em programas assistenciais que tem viés protetivo. Garante também a mulher funcionária pública mais agilidade no processo de remoção. Sendo ela da iniciativa privada não fica desamparada garantindo a manutenção do vínculo empregatício por até seis meses, se for necessário seu afastamento do local de trabalho.

*§ 2º O juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica: I - acesso prioritário à remoção quando servidora pública, integrante da administração direta ou indireta; II - manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses. (LEI MARIA DA PENHA. Lei N.º 11.340, de 7 de Agosto de 2006)*

Para proteger tanto ela como sua família ela pode determinar a autoridade policial medidas de proteção para determinar a proibição de frequentar alguns lugares, separação de corpos, alimentos, e todas essas determinações podem ser formuladas junta a autoridade policial.

*Dependendo da situação, o juiz poderá conceder, no prazo de 48 horas, medidas protetivas de urgência, como a suspensão do porte de armas do agressor, o afastamento do agressor do lar ou do local de convivência com a mulher agredida, e o distanciamento da vítima, entre outras. O juiz poderá fixar o limite mínimo de distância entre a vítima e o agressor, a*

*restrição ou suspensão de visitas a dependentes menores e a prestação de alimentos. ( Conselho Nacional de Justiça - CNJ Serviço: passo a passo do processo de violência contra a mulher, 2016)*

Podemos citar um julgado em relação a medidas protetivas:

*"Habeas corpus. Decisão que defere medidas protetivas de afastamento do paciente da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, assim como do lar, domicílio ou local de convivência de ambos. Pedido de revogação desta ultima. Impossibilidade. Não pode o paciente se valor do direito de propriedade – uma vez que a casa lhe pertence, que não é absoluto, para depois de , em tese, ter praticado um delito, ver retirada medida protetivaimposta contra si de afastamento do lar. Nesse caso, evidente que deve prevalecer i interesse não só dos seus filhos menores, Vítimas, que precisam ficar sob a guarda de sua ex-companheira e possuir um local para morar (não sendo um abrigo, como sugeriu o impetrante, o mais indicado), mas também o de sua ex-companheira, que também foi ofendida e não deu causa á situação, até por que a Lei Maria Da Penha visa proteger justamente a parte mais fraca da relação. Duração da medida protetiva. Alegação de excesso.Inocorrência. As medidas, deferidas há quase um ano e meio dever subsistir enquanto perdurar sua necessidade, não havendo limitação legal para sua duração. Ordem denegada. ( TJRS, HC 70040645962, 1ª C. Crim., 16.02.2011, rel. Marco Antonio Ribeiro de Oliveira. ( A lei Maria da Penha na justiça: a efetivação da Lei 11.340\2006 de combate á violência domestica e familiar contra a mulher\ Maria Berenice Dias.-3. Ed. rev., atual. eampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2012.*

Podemos então constatar que para as medidas de proteção serem determinadas pelo magistrado é preciso que a vítima o provoque. Temos determinações de medidas de proteção à vítima para o afastamento do acusado, para a separação de corpos, mas infelizmente mesmo com essas determinações a vítima continua sofrendo psicologicamente, pois nos conflitos familiares temos o envolvimento dos filhos que são vítimas também, porque no caso que o marido estupra a mulher é muito mais difícil para ela pois envolve mais pessoas e a historia é bem maior. No estupro onde o agressor é desconhecido o sofrimento que ela vai passar por muito tempo será grande, porém ela não terá nenhum vinculo familiar

com ele.

## 2.5 A mulher como Vítima

A mulher tem suas fragilidades e tem suas forças também, para ela se tornar vítima do crime de estupro os aspectos principais são o corpo da mulher alvo de violação por homens que tenham prazer em ferir, dominar e obrigá-las a fazerem atos contra sua vontade. Para que seja erradicada a violência contra a mulher alguns países começaram a fazer parte da Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher- Convenção de Belém do Pará promulgada em 09 de junho de 1994, com o objetivo de reconhecer os direitos das mulheres e anular a discriminação racial ou de gênero ressaltando seus direitos de acordo com a Constituição e outras leis pertinentes. Podemos citar um artigo da Convenção que trata do dever do Estado para com essas mulheres vítimas de violência.

### *Artigo 8*

*Os Estados Partes convêm em adotar, progressivamente, medidas específicas, inclusive programas destinados a:*

*a) promover o conhecimento e a observância do direito da mulher a uma vida livre de violência e o direito da mulher a que se respeitem e protejam seus direitos humanos;*

*b) modificar os padrões sociais e culturais de conduta de homens e mulheres, inclusive a formulação de programas formais e não formais adequados a todos os níveis do processo educacional, a fim de combater preconceitos e costumes e todas as outras práticas baseadas na premissa da inferioridade ou superioridade de qualquer dos gêneros ou nos papéis estereotipados para o homem e a mulher, que legitimem ou exacerbem a violência contra a mulher;*

*e) promover a educação e treinamento de todo pessoal judiciário e policial e demais funcionários responsáveis pela aplicação da lei, bem como do pessoal encarregado da implementação de políticas de prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher;*

*d) prestar serviços especializados apropriados a mulher sujeitada a violência, por intermédio de entidades dos setores público e privado, inclusive abrigos, serviços de orientação*

*familiar, quando for o caso, e atendimento e custódia dos menores afetados;*

*e) promover e apoiar programas de educação governamentais e privados, destinados a conscientizar o público para os problemas da violência contra a mulher, recursos jurídicos e reparação relacionados com essa violência;*

*f) proporcionar à mulher sujeita a violência acesso a programas eficazes de recuperação e treinamento que lhe permitam participar plenamente da vida pública, privada e social;*

*g) incentivar os meios de comunicação a que formulem diretrizes adequadas, de divulgação que contribuam para a erradicação da violência contra a mulher em todas as suas formas e enalteçam o respeito pela dignidade da mulher;*

*h) assegurar a pesquisa e coleta de estatísticas e outras informações relevantes concernentes às causas, consequências e frequência da violência contra a mulher, a fim de avaliar a eficiência das medidas tomadas para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como formular e implementar as mudanças necessárias; e*

*Promover a cooperação internacional para o intercâmbio de ideias e experiências, bem como a execução de programas destinada à proteção da mulher sujeitada a violência. (Brasil. Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, concluída em Belém do Pará, em 09 de junho de 1994. Diário Oficial da União 1996; 19. março)*

A evolução do mundo aconteceu e graças a isso a mulher foi tomando lugar na sociedade, podendo estudar e até mesmo votar, o machismo foi perdendo força diante dessas mudanças, mas mesmo assim não erradicou o crime de estupro. Com o número grande de crimes contra a mulher a ONU após 1975 realizou o primeiro Dia Internacional da Mulher mostrando assim o lugar da mulher na sociedade, tirando ela da obscuridade e determinando que elatenham seus direitos e eles devem ser respeitados.

*Organismos internacionais começaram a se mobilizar contra este tipo de violência depois de 1975, quando a ONU realizou o primeiro Dia Internacional da Mulher. Mesmo assim, a*

*Comissão de Direitos Humanos da própria ONU, apenas há dez anos, na Reunião de Viena de 1993, incluiu um capítulo de denúncia e propõe medidas para coibir a violência de gênero. (Blay, E. (2003). Violência contra a mulher e políticas públicas. Estudos Avançados).*

Com os movimentos feministas que iniciaram no século XX com a seguinte frase “Quem ama não mata”, levando a questão de mulheres que sofriam violência dentro de casa de seus maridos e a justificativa era o amor, mostrando que é o contrario e que elas não poderiam mais sofrer dessa forma.

*Haja vista que “Quem ama não mata” foi uma minissérie brasileira exibida pela TV Globo, em 1982, com 20 episódios, produzida pelo Núcleo Daniel Filho, reflexo da ação política feminista, que trouxe o tema da violência contra a mulher à mídia nacional. (Bandeira LM. Violência de gênero: a construção de um campo teórico e de investigação. Soc Estado. 2014;29(2):449-69. DOI:10.1590/S0102-69922014000200008).*

Após esses crimes e a repercussão que eles tiveram na sociedade finalmente a legislação brasileira criou uma lei específica para o crime contra as mulheres, dando continuidade ao artigo 121 nomeado de feminicídio logo a seguir:

*“VI – contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.  
” (DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 - Código Penal)*

De acordo com essa lei o feminicídio consiste do crime exclusivamente contra a mulher. O termo feminicídio foi utilizado pela primeira vez no Tribunal Internacional de Crimes contra a Mulher, em Bruxelas, no ano de 1976, por Russel, para caracterizar o assassinato de mulheres pelo fato de serem mulheres<sup>158</sup>.

No entanto, naquela ocasião, não foi dado um conceito sobre o tema, o que veio a ser feito posteriormente, em 1990, juntamente com Caputi, quando definiram feminicídio como:

*“O assassinato de mulheres realizado por homens motivado por ódio, desprezo, prazer ou um sentido de propriedade sobre as mulheres” (CAPUTI; RUSSEL, 1992, p. 34, tradução nossa).*

Entretanto, na América Latina, referido termo passou a ser utilizado pelos

---

<sup>158</sup>São escassas as informações referentes a esse tribunal, demais informações sobre Russel é possível através do site <http://www.dianarussell.com/femicide.html>.

movimentos feministas com fins políticos para denunciar a violência contra as mulheres e a impunidade dos agressores. Conforme CarcedoCabañas e Sagot Rodríguez (2002), o termo femicídio contribui para que se ressalte o caráter social e generalizado da violência baseada na iniquidade de gênero, afastando-se enfoques individualizantes, naturalizados ou patologizados, que tendem a culpar as vítimas, a tratar o assunto como problemas passionais ou privados e a ocultar a sua verdadeira dimensão, bem como as experiências das mulheres e a responsabilidade dos homens. Os termos "femicídio" e "feminicídio" embora sejam utilizados indistintamente na América Latina, referem-se aos assassinatos sexuais de mulheres e, portanto, diferencia-se do neutral "homicídio".

*Ao longo de quatro décadas o conceito foi ganhando força entre ativistas, pesquisadoras e organismos internacionais. Mas só recentemente o feminicídio passou a ser incorporado às legislações de diversos países da América Latina – inclusive do Brasil, com a sanção da Lei nº 13.104/2015, que visa tirar essas raízes discriminatórias da invisibilidade e coibir a impunidade. (Feminicidio:#InvisibilidadeMata/ organização Debora Prado, Marisa Sanematau/ Fundação Rosa Luxemburg. São Paulo: Instituto Patrícia Galvão, 2017.)*

Após a criação da Lei Maria da Penha a mulher tem mais proteção e podemos dizer que tem mais importância na sociedade, porém a sociedade deixa a diferença de gêneros e a vulnerabilidade da mulher cada dia mais se tornando alvo de perseguição desses homens que não deveriam ter essa denominação, pois as tratam de forma brutal. A mulher é vítima de uma sociedade machista, onde ela luta diariamente para ter direitos, onde homens querem violar seus direitos, querem adentrar em suas almas e lhes tirarem toda a dignidade possível.

*Sustentar padrões de desigualdade entre homens e mulheres partindo do aspecto biológico é de um equívoco grotesco e no limite, desumano. As diferenças não dizem respeito ao caráter ou personalidade, qualitativos de nenhum dos dois. (<http://monografias.ufrn.br/handle/123456789/7489>).*

Esses crimes são uma afronta aos direitos humanos, dilacera qualquer direito que a mulher adquiriu com o passar dos anos, pois sua submissão perdurou por muitos anos, a mulher era tida apenas para satisfazer o homem e para reprodução, começamos errado lá trás incluindo os direitos das mulheres. A mulher é escolhida como vítima porque a sociedade no passado a fazia ser um objeto e matrimônio, as gerações que foram chegando permaneceram na ignorância e somente após muita luta que foi possível chegarmos aonde chegamos com os direitos garantidos que

temos para as mulheres.

## 2.6 Evolução da lei Maria da Penha

Maria da Penha foi uma mulher que sofreu agressões de seu marido por muitos anos e sempre teve medo de denunciar, quando finalmente criou coragem para tanto não houve nenhuma providência pela polícia e ela chegou a pensar como muitas mulheres pensavam que era sua culpa e que seu agressor estava certo em agredi-la. Com tanto sofrimento e como medo por sua família decidiu escrever um livro mostrando sua indignação com o crime. As investigações começaram em junho de 1983, mas a denúncia só foi oferecida em setembro de 1984. Em 1991, ele finalmente foi condenado pelo tribunal do júri a oito anos de prisão. Recorreu em liberdade, continuou recorrendo em liberdade e somente 19 anos e 6 meses após os fatos foi preso, ficando somente dois anos preso<sup>159</sup>.

Em 22 de Setembro de 2006, entrou em vigor a Lei 11.340 com o objetivo de proteger e coibir crimes e violência contra a mulher. Essa lei permitiu que mulheres que sofriam violência dentro de casa de seus próprios maridos tomassem coragem para denunciar e de acordo com o tribunal a lei tem sido aplicada. Conforme julgado do Superior Tribunal de Justiça:

*CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. LEI MARIA DAPENHA. EX-NAMORADOS. VIOLÊNCIA COMETIDA EM RAZÃO DO INCONFORMISMO DO AGRESSOR COM O FIM DO RELACIONAMENTO. CONFIGURAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. APLICAÇÃO DA LEI 11.340/2006. COMPETÊNCIA DO SUSCITADO.*

*"1. Configura violência contra a mulher, ensejando a aplicação da Lei nº 11340/2006, a agressão cometida por ex-namorado que não se conformou como fim de relação de namoro, restando demonstrado nos autos o nexo causal entre a conduta agressiva do agente e a relação de intimidade que existia com a vítima.*

*2. In casu, a hipótese se amolda perfeitamente ao previsto no art. 5º, inciso III, da Lei nº 11343/2006, já que caracterizada a relação íntima de afeto, em que o agressor conviveu com a ofendida por vinte e quatro anos, ainda que apenas como namorados, pois aludido dispositivo legal não exige a*

<sup>159</sup><http://www.institutomariadapenha.org.br>

*coabitação para a configuração da violência doméstica contra a mulher.*

*3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Conselheiro Lafaiete -MG, o suscitado. (STJ – CC: 103813 MG 2009/0038310-8m Relator: M Jorge Mussi, data: 24/06/2009, S3-Terceira Seção.) ”.*

Após mais de 20 anos da criação da Lei Maria da Penha ela continua sendo referência para o entendimento sociojurídico e a dimensionar sua eficácia. Após esse tempo vê-se maior precisão das compreensões e do desdobramento para a aplicação da lei, vez que no início as mulheres até denunciavam, porém acabavam retirando a queixa, hoje isso ainda acontece, porém com menos frequência pois sabem que a lei se aplica de forma a proteger a mulher. Em seu Art. 1º a Lei 11.340/06 deixa expresso para que veio:

*“Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição federal, da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e erradicar a Violência contra a mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.” (LEI MARIA DA PENHA. Lei N.º 11.340, de 7 de Agosto de 2006).*

A Lei 11.340/06 apesar de não criar novos tipos penais, trouxe em seus artigos 42, 43, 44 e 45 alterações no Código Penal, Código de Processo Penal e na Lei de Execuções Penais, criando circunstâncias agravantes ou aumentando a pena de crimes relacionados à violência doméstica e familiar. Foi criada nova hipótese de prisão preventiva (o Art. 42 acrescentou inciso III ao Art. 313 do CPP):

*III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. (Código de Processo Penal - **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941**).*

Com isso, a possibilidade de prisão preventiva não mais se restringe aos crimes punidos com reclusão. A prisão pode ser decretada por iniciativa do Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da

autoridade policial, conforme previsto no art. 20:

*“Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial. (LEI MARIA DA PENHA. Lei N.º 11.340, de 7 de Agosto de 2006).*

Com essas mudanças a Lei foi tomando seu espaço e modificando outras leis para que fossem efetivos seus direitos. Hoje fazem 12 anos de sua criação e a Lei tem ajudado milhares de mulheres que sofrem a mercê de homens violentos. A lei assegura medidas de proteção a Vítima e também determina as formas de violência que sofre a mulher.

## **2.7 Vitimologia**

Vitimologia é o estudo da vítima que através dele podemos dividir os diferentes tipos de Vítima e estudar para perceber o papel da Vítima nos crimes. Podemos dizer que a vitimologia surgiu após o holocausto, pois foram momentos de muito sofrimento e com isso começou-se a estudar a vítima.

*Vitimologia foi primeiramente abordada pelo advogado Benjamin Mendelsohn. No pós-Segunda Guerra, Mendelsohn iniciou o estudo do comportamento dos judeus nos campos de concentração nazista. Um dos fatos que o intrigou foi como os judeus, frente à possibilidade da própria morte, trabalhavam na organização e administração internas dos campos de morte. (HAMADA, Fernando Massami; AMARAL, José Hamilton. Vitimologia: conceituação e novos caminhos. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1640/1563>>. Acesso em: 11 abr. 2018.)*

Através do estudo feito por Benjamin Mendelsohn sobre vitimologia, foi permitido que tivessem um conceito dos tipos de vítima, sabendo o papel que essas vítimas têm para a ocorrência do crime. Através do estudo vitimológico é possível saber as características da vítima e qual seu papel para a realização do crime, antes não havia um estudo sobre a vítima, ela passava despercebido e hoje deram mais importância a ela diferenciando e classificando cada tipo de vítima.

## **2.8 O crime de estupro – Evolução histórica do crime de estupro no ordenamento jurídico brasileiro**

No atual código penal podemos destacar a lei 12.015 de 7-08-2009 que trata

dos crimes contra a liberdade sexual, destacando as condutas e suas penalidades.

*Estupro Art.213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. (LEI Nº 12.015, DE 7 DE AGOSTO DE 2009)*

O mundo evoluiu, porém não podemos negar que o estupro está entre nós há séculos, mas como vivíamos em um país machista onde a mulher não tinha direitos e voz ativa, este crime bárbaro passava despercebido. Com os anos as leis mudaram e a mulher começou a ter direitos, em 1927 o governo do Rio Grande do Norte, Juvenal Lamartine, consegue uma alteração da lei eleitoral dando o direito de voto as mulheres. O primeiro voto feminino e na América Latina foi em 25 de novembro, no Rio Grande do Norte, porém acabaram sendo anulados. Somente em 1932 que Getúlio Vargas promulgou o Novo Código Eleitoral garantindo definitivamente o voto das mulheres brasileiras.

*E ao se elaborar, naquele ano, a Lei Eleitoral do estado, em função da revisão constitucional que se procedera em 1926, Juvenal Lamartine solicitou ao então governador, José Augusto Bezerra, a inclusão de emenda que, afinal, constou das disposições transitórias do texto: "Art. 17. No Rio Grande do Norte, poderão votar e ser votados, sem distinção de sexos, todos os cidadãos que reunirem as condições exigidas por esta lei." ( Voto da mulher – Tribunal Superior Eleitoral – [www.tse.jus.br](http://www.tse.jus.br)).*

A mulher é julgada diariamente pela forma de se vestir, falar, conversar e principalmente pelos ambientes que frequenta. Isto a torna vulnerável diante de pessoas que tem prazer em violentar e ter relações sexuais sem consentimento. Podemos citar:

*"aludido autor discordava da inclusão, no mesmo título do estupro de meretriz, argumentando faltar à prostituta honra, diante da moral imperante na sociedade". ( Nohara Paschoal, O Estupro – uma perspectiva vitimológica p.12 capítulo 1,2).*

É claro o preconceito pela forma de vida que a mulher tem, quase querendo dizer que a mulheres com roupas insinuantes ou mesmo as profissionais do sexo merecem tal ato forçado.

O crime em estudo nos remete a pensamentos de horror, pavor e repulsa, pois

é inadmissível que uma pessoa sem chance alguma de defesa possa ser violada de forma tão grotesca.

Estamos em pleno século XXI onde o homem com a tecnologia evoluiu bastante, porém todo esse avanço não consegue proteger as Vítimas de seus estupradores.

O artigo aqui apresentado quer deixar claro que não é culpa da vítima que tem sua intimidade violada deixando marcas para toda uma vida.

Podemos citar:

*“Debatia-se, com intensidade, o grau de resistência da mulher e a duração do seu dissenso no cenário do crime de estupro. Tal discussão não se exaure diante do novo tipo penal. Entretanto, permitia-se debater, igualmente, o grau de resistência de qualquer pessoa, em face do delito sexual violento. Admite-se, ainda, o debate acerca da duração do dissenso da Vítima em qualquer contexto e não apenas no âmbito da conjunção carnal.” ( Crimes Contra a Dignidade Sexual, Guilherme de Souza Nucci, pagina 19).*

Podemos também dizer sobre outra forma de estupro que torna quase impossível a resistência da vítima que é o estupro coletivo onde duas ou mais pessoas aproveitando da desvantagem cometem o ato sexual de forma brutal e algumas vezes fatal a vítima. Lembremos do caso que houve no Piauí no dia 27 de maio de 2013:

*Quatro adolescentes sofreram um estupro coletivo em Castelo do Piauí, 194 quilômetros ao norte de Teresina. As Vítimas que tinham entre 15 e 17 anos, foram espancadas, apedrejadas, estupradas, amarradas e jogadas de um penhasco de oito metros de altura. Uma delas, Danielly Rodrigues Feitosa, de 17 anos, morreu.*

Em julho, os acusados pelo crime- quatro menores, com idades entre 15 e 17 anos- foram condenados a 24 anos de internação, mas ficarão apenas<sup>3</sup>. Um deles foi morto. Adão José Silva Sousa de 42 anos, acusado de ser o mentor do crime, está preso. (Dados retirados do Jornal Estadão, 27 de maio de 2016/ 08h36).

A violência contra a dignidade sexual da mulher é algo que ocorre há séculos,

pois a mulher era vista como um matrimônio que não poderia demonstrar reações, era submissa em todos os aspectos. Com o passar dos séculos isso foi mudando a mulher criou seu espaço na política, na sociedade, no mundo, porém ainda existem pensamentos machistas descriminando a dignidade da mulher.

Devemos falar também do machismo que ainda assombra a nossa sociedade onde uma mulher que estiver com roupas mais extravagante ainda é descriminada, ainda é flagelada por homens sem escrúpulos e ainda se houve que a culpa é da vítima.

Uma mulher que está andando livremente e sua vestimenta não são tão provocante, só ela é a vítima, não temos que mudar este cenário, pois todas são vítimas independentes das suas vestes ou do lugar que estão. São vítimas que diariamente tem medo de andar na rua e acontecer isso novamente, são pessoas que às vezes nunca mais terão sua vida recuperada e o estuprador ao se deparar com o sistema carcerário acaba sendo morto por ser inadmissível entre eles este tipo de crime, mas a solução não está aí pois estaríamos gerando mais violência.

*[...] pode-se entender que os detentos que cumprem pena por atentado violento ao pudor já entram marcados para sofrer agressão sexual dentro do IAPEN. Ou seja, nos primeiros meses os estupradores são colocados em celas separadas. Contudo, depois da adaptação eles são misturados aos demais, e aí, invariavelmente, acontece o estupro. (MACHADO, Tadeu Lopes. Violência no cárcere: análise sobre os estupros no IAPEN/AP.PRACS: Revista Eletrônica de Humanidades do Curso de Ciências Sociais da UNIFAP, Macapá, v.7 n. 2, 2014, p. 167.)*

Deve-se punir com mais rigor esses monstros e mostrar para a sociedade que a vítima do estupro não tem culpa, que ela não tem como se defender, porém essa punição tem que ser de forma punitiva e não com incitações à violência.

## **2.9 Crimes contra a dignidade sexual**

Após o advento da lei 12.015, de 7 de agosto de 2009 o atual código penal tratou dos crimes sexuais como crimes contra a dignidade social, fazendo com que os crimes não fossem mais chamados de crimes contra o costume.

Com esse título não estavam mais protegendo a dignidade sexual da mulher e após a nova redação o crime tornou-se mais grave e com uma redação que realmente se preocupava com a mulher com a sua dignidade sexual.

Através desse novo diploma legal, foram fundidas as figuras do estupro e do

atentado violento ao pudor em um único tipo penal. Além disso, foi criado o delito de estupro de vulnerável (art. 217-A), encerrando-se a discussão que havia em nossos Tribunais, principalmente os Superiores, no que dizia respeito à natureza da presunção de violência, quando o delito era praticado contra vítima menor de 14 (catorze) anos. Acertadamente, foi determinado pela nova lei que os crimes contra a dignidade sexual tramitariam em segredo de justiça (art. 234-B), evitando-se, com isso, a indevida exposição das pessoas envolvidas nos processos dessa natureza, principalmente as vítimas.

Enfim, podemos dizer que a Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009 alterou, significativamente, o Título VI do Código Penal.

No que diz respeito ao crime de estupro, vale ressaltar que a nova lei fundiu, sob esta rubrica, os delitos previstos anteriormente nos artigos 213 (estupro) e 214(atentado violento ao pudor) do Código Penal, não havendo que se falar em *abolitio criminis* com relação a este último, em virtude da aplicação do princípio da continuidade normativo-típica, uma vez que os elementos que integravam a figura do atentado violento ao pudor migraram para o art. 213do Código Penal, que diz respeito ao fato de ter o agente constrangido alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal, ou a praticar ou com ele permitir que se pratique outro ato libidinoso.

*Agora, não importa se o sujeito passivo é do sexo feminino, ou mesmo do sexo masculino que, se houver o constrangimento com a finalidade prevista no tipo penal do art. 213 do diploma repressivo, estaremos diante do crime de estupro. Em alguns países da Europa, a exemplo do que ocorre com a Espanha, essa infração penal recebe o nome de violação sexual. (Rogério Greco, Crimes contra a dignidade sexual – [www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br))*

Não exige mais a lei penal, para efeitos de caracterização do estupro, que a conduta do agente seja praticada contra uma mulher. No entanto, esse constrangimento pode ser dirigido finalisticamente à prática da conjunção carnal, vale dizer, a relação sexual normal, o coito vaginal, que compreende a penetração do pênis do homem na vagina da mulher, pressupondo, ainda, uma relação heterossexual.

A nova redação do art. 213 do Código Penal considera ainda como estupro o constrangimento levado a efeito pelo agente no sentido de fazer com que a vítima, seja do sexo feminino, ou mesmo do sexo masculino, pratique ou permita que com ela se pratique outro ato libidinoso.

### 3.0 ESTUPRO E COITO VAGINAL

O estupro é o ato sexual indesejável pela mulher, é a penetração forçada, no nosso ordenamento jurídico não existe a modalidade culposa do crime. Qualquer pessoa pode cometer o crime, e seu resultado é instantâneo. Quando uma pessoa é vítima deste crime ela deve se dirigir até uma delegacia onde será feito o exame de corpo e delito onde é possível constatar a prática do crime. É um crime que traz muito abalo psicológico a vítima muitas vezes irreparável. No estupro existe a generalização do coito e no coito vaginal é a penetração pela vagina da mulher, caso seja forçado caracteriza o crime de estupro.

De acordo com o artigo 213 do código penal estupro é:

*“Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Pena de reclusão de 6 a 10 anos.”*

É um crime contra a dignidade sexual da mulher e da dignidade da pessoa humana elencada na Constituição Federal, pois você está agredindo o espaço daquela pessoa adentrando em seu íntimo e causando danos muitas vezes irreparáveis, é um crime que causa reputil até mesmo nos presos que muitas vezes acabam matando e submetendo o agente criminoso a torturas chegando a morte.

#### 3.1 Espécies de estupro

O crime de estupro pode ser estupro de vulnerável que seria até os 14 anos, constrangendo a pessoa a ato sexual contra a sua vontade. Esse crime ocorre com frequência e a vítima é ainda mais vulnerável que a mulher, porque muitas vezes a vítima não tem entendimento do ocorrido e nem o que significa tal ato. Em alguns casos a criança vítima deste crime se acha culpada de alguma forma por deixar que isso aconteça e não relata a ninguém e acaba crescendo com esse trauma irreparável. Existem casos que a família é omissa tornando mais difícil ainda contar o ato.

De acordo com nossa legislação o crime está previsto no Código Penal:

*“Artigo 217 A – Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menos de 14 anos.*

*Pena de reclusão de 8 a 15 anos.”*

Sendo assim a diferença que temos entre o estupro do artigo 213 e do estupro de vulnerável seria a penalidade e a vítima que neste caso seria uma criança, sendo mais incapaz ainda de se defender.

### 3.2 Desproporcionalidade em alguns casos de estupro

Para podermos entender como ocorre a desproporcionalidade no crime de estupro iremos primeiramente estudar e entender o princípio da proporcionalidade.

Tal princípio é redigido na Constituição Federal de 1988, onde deve ser ponderado a decisão do juiz trazendo assim um juízo de penalização justa. O princípio da proporcionalidade traz segurança jurídica na hora da aplicação da lei, sendo feita de forma justa não havendo excessos.

A desproporcionalidade seria o contrário disto vez que a lei é aplicada de forma rígida e injusta para casos que deveria ser mais proporcionais. A pena deve ser proporcional para punir a pessoa do crime, prevenir o crime e ser graduada de acordo com sua gravidade.

Nesse sentido se norteou a reforma de vários tipos penais, conforme destaca Mirabete (2010, p. 384):

*[...] buscou-se um tratamento igualitário entre homens e mulheres como sujeitos passivos dos crimes sexuais; buscou-se intensificar, pela disciplina em capítulo específico, a proteção dos menores de 18 anos, em especial os menores de 14 anos, contra os efeitos deletérios que os crimes sexuais provocam sobre a sua personalidade ainda em formação, estendendo-se essa especial proteção a outras pessoas particularmente vulneráveis em decorrência de outras causas como a enfermidade ou deficiência mental; ampliou-se a repressão a outras formas de exploração sexual além da prostituição etc. (MIRABETTE, JulioFabrini; Renato N. Fabrini. Manual de direito penal: parte especial: arts. 121 a 234-B do CP – 27 ed. rev., e atual. São Paulo: Atlas, 2010. v.)*

De acordo com a citações podemos dizer que alguns casos de estupro deveriam ser tratados como crimes contra vulneráveis vez que algumas pessoas com alguma dificuldade de entendimento e de raciocínio deveria ser tratada de forma especial. A desproporcionalidade está ligada também a pena excessiva em um caso que houve o consentimento, porém por ser menor de idade dentro da faixa de até 14 anos incorre no crime de estupro e a pessoa acaba sendo penalizada por um ato que não foi forçado e não deveria ser penalizado como estupro, isso também é desproporcional e nosso ordenamento jurídico deveria ter mais cuidado na aplicação da pena nesses casos.

## 4 AS VÍTIMAS DO CRIME DE ESTUPRO

### 4.1 Tratamento dado as Vítimas de estupro

A parte mais difícil após o crime de estupro é como tratar da vítima, em alguns casos a Vítima não denuncia por ficar com vergonha, ou quando o caso ocorre nas ruas sendo ela prostituta e sabendo que vai sofrer preconceito.

*Mais grave ainda é a atitude enviesada dos provedores de serviços de saúde e da polícia, que tendem a culpar a vítima, desestimulando as mulheres violentadas a pedir ajuda ou denunciar o agressor. Infelizmente são priorizadas as necessidades da justiça de identificar e perseguir o agressor, em relação às necessidades da mulher violentada. Consequentemente o atendimento muitas vezes se limita à coleta de amostras para identificação de DNA e ao tratamento de eventuais traumas sofridos pela mulher. (Violência sexual: procedimentos indicados e seus resultados no atendimento de urgência de mulheres vítimas de estupro. Rev. Bras. Ginecol. Obstet. [online]. 2006, vol.28, n.2, pp.129).*

A primeira coisa a ser feita é o boletim de ocorrência relatando o fato e dando características do criminoso, após isso a vítima é encaminhada para o Instituto médico legal para fazer exames de corpo de delito e após fazer exames em relação a doenças sexuais e tomar pílula do dia seguinte para não ocorrer uma gravidez. Os exames são importantes para verificar a gravidade do estupro e os procedimentos que deveriam ser tomados.

*O exame físico tem o duplo propósito de obter as provas de que precisa o sistema judicial e identificar as lesões que requerem tratamento. Deve ser realizado pelo profissional melhor preparado disponível no plantão, que deve documentar cuidadosamente seus achados. Nunca deve ser realizado sem a presença de outra pessoa, que pode ser uma enfermeira ou uma outra mulher da família que esteja acompanhando a vítima. (Violência sexual: procedimentos indicados e seus resultados no atendimento de urgência de mulheres vítimas de estupro. Rev. Bras. Ginecol. Obstet. [online]. 2006, vol.28, n.2, pp.130).*

Após isso a vítima recebe um encaminhamento para fazer tratamento psicológico. O acompanhamento psicológico é muito importante, pois através desse

tratamento a vítima consegue retomar sua vida.

## 4.2 Abalos psicológicos

O crime de estupro é o ato pelo qual alguém é obrigado a ter ou manter relações sexuais com outrem sem sua vontade ou a fazer atos libidinosos.

Quando a Vítima consegue sobreviver deste ato brutal os abalos psicológicos que ela começa a sofrer são inúmeros e ela pode desencadear depressão, sintrome do pânico entre outros. Ela começa a ter medo de ficar em meio a multidões, medo de se relacionar com outras pessoas.

Temos alguns julgados que tratam do abalo psicológico que a Vítima sofre trazendo para o julgamento tal fato.

*Estupro de vulnerável. Palavra da vítima. Coerência com as demais provas dos autos. Consequências. Violação de domicílio. Embriaguez. Atipicidade da conduta. Regime. 1 - Nos crimes sexuais, geralmente praticados às ocultas e sem a presença de testemunhas, é de especial relevância as declarações da vítima, ainda que se trate de criança, máxime se coerente com as demais provas, firmes quanto à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal. 2 - Nos crimes sexuais, cujo trauma psicológico à vítima é próprio do crime, as consequências só devem ser valoradas de forma negativa se demonstrado que o abalo psicológico refletiu de forma concreta na vida da vítima. 3 - O agente que entra ou permanece clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, pratica crime de violação de domicílio. 4 - A embriaguez, voluntária ou culposa, não exclui a imputabilidade (art. 28, II, do CP). O ânimo alterado do agente em virtude de embriaguez não exclui o dolo nos crimes de estupro de vulnerável e violação de domicílio. 5 - A pena de detenção será cumprida em regime semiaberto ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado (CP, art. 33, caput). 6 - Apelação provida em parte.*

*(TJ-DF 20170410039907 - Segredo de Justiça 0003870-79.2017.8.07.0004, Relator: JAIR SOARES, Data de Julgamento: 14/12/2017, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 18/12/2017 . Pág.: 234/247)*

A vida da pessoa Vítima de estupro nunca mais será a mesma, devendo manter

um tratamento psicológico constante para conseguir reconstruir sua vida.

### 4.3 Vitimização primária e vitimização secundária

Da ocorrência de um fato típico, surge para a vítima o constrangimento físico, psicológico e, muitas vezes, material, dependendo da natureza da infração, da relação com o causador do perigo ou até da personalidade da vítima. Na definição de Sandro Carvalho Lobato de Carvalho e Joaquim Henrique de Carvalho Lobato, a vitimização primária pode ser entendida como aquela que acontece na prática do crime, através da conduta delituosa do agente que viola os direitos da vítima. O professor de Criminologia Lélío Braga Calhau afirma que a vitimização primária é o sofrimento que a vítima tem com o crime.

*Aquela originada diretamente do fato criminoso, ou seja, o contato direto, imediato, com a lesão a um bem jurídico tutelado pela Lei. Personalizada ou individual, que pode ser diretamente atacada e ferida em transgressão frontal, que é ameaçada ou tem uma propriedade furtada ou danificada. (Uberaba/MG, a. 5, no 1239. Disponível em: <http://boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=4026> Acesso em: 18 mar. 2019)*

As consequências imediatas da vitimização primária podem variar de acordo com o crime. Provavelmente os danos serão físicos quando se tratar de um crime violento regado de lesões ou maus tratos; serão matérias quando se tratar de crimes de furto ou roubo; enfim, são várias as consequências desta vitimização, que terão um impacto duradouro na vida do indivíduo.

*Dentro da sistemática moderna do Direito Penal brasileiro, a vítima nunca alcançou uma posição de destaque, pois, com o Estado assumindo a responsabilidade de aplicar o jus puniend, muitas vezes, aquela de deveria ser o centro da atenção do processo criminal, acaba sendo considerada tão somente um mero informante ou uma testemunha diferenciada. (O lugar da vítima nas ciências criminais/ Eduardo Saad- Diniz (organizador) - São Paulo: LiberArs, 2017 s/p)*

Enquanto os resultados físicos podem curar e a situação em torno do evento terem passado, a vítima possivelmente continuará com o receio da insegurança e da periculosidade. Ainda, dependendo de quem foi o infrator, a o sofrimento do dano pode angariar problemas relacionados à confiança nas pessoas, incluindo membros da família ou amigos.

Em relação a vitimização secundária podemos dizer que após a prática do fato delitivo, inicia-se o drama da vítima. Além da dor física, psicológica, material e moral decorrente do crime, a vítima é colocada em situações de julgada e culpada perante autoridades que deveriam defendê-la.

Também chamada de sobrevivitização, a vitimização secundária pode ser entendida como aquela causada pelas instâncias formais que detêm o controle sobre o âmbito social (delegacias, Ministério Público etc.) abrangendo os custos pessoais derivados da intervenção do sistema legal que incrementam os padecimentos da vítima. É, portanto, o desrespeito às garantias e aos direitos fundamentais das vítimas de crime no curso do processo penal.

*[...]uma vez que o indivíduo é destrutado pelo próprio ente estatal, fato corrente nos casos de crimes sexuais, cuja vítima não temo amparo devido e acaba a sofrer uma nova vitimização[...]. (VIVIANE DE CASSIA MACIEL FIGUEIREDO. VITIMOLOGIA, O DIREITO E O CRIME DE ESTUPRO, Curitiba, 2018 s/n)*

Ao procurar amparo da polícia, muitas vezes a vítima não é tratada como deveria, isto é, como um sujeito de direito, mas sim como mero objeto de investigação, já que se importará unicamente com o suspeito do crime.

Diante disto, verifica-se que as autoridades policiais tratam as vítimas todas de maneira semelhante como se um crime fosse igual aos outros. Destarte, o fato de a vítima ter que recordar os momentos do crime ao expô-lo para as autoridades judiciais, que muitas vezes a trata com falta de sensibilidade ou não estão preparadas para lidar com a situação, a sensação de constrangimento e humilhação que é submetida ao ser atacada, por exemplo, pelo advogado de defesa do delinquente, que joga toda a culpa do delito para ela, o reencontro com o agressor em juízo e até mesmo a realização do exame médico-forense faz com que seja caracterizada a vitimização secundária.

Em outras palavras, ao ser forçada a explicar o trâmite da infração, a vítima será questionada sobre os meios que poderia ter tomado para evitar que a mesma acontecesse. Como apregoa Ana Sofia Schimidt de Oliveira, "vale analisar alguns possíveis motivos pelos quais a vitimização secundária é mais preocupante que a primária. O primeiro deles diz respeito ao desvio de finalidade: afinal, as instâncias formais de controle social destinam-se a evitar a vitimização. Assim, a vitimização secundária pode trazer uma sensação de desamparo e frustração maior que a vitimização primária (do delinquente, a vítima não esperava ajuda ou empatia)." É interessante e muito importante, para evitar a vitimização secundária, que as pessoas

que sofreram com as ações de um criminoso saibam que existem pessoas com intenção de apoiá-las. Tal apoio pode vir de um simples diálogo capaz de deixar claro a compreensão e a disposição do ouvinte em querer ajudar, apregoando sempre a paciência, já que esta vitimização pode ser considerada a pior, pois traz à vítima um sofrimento adicional.

Recordando o que foi dito no início deste tópico, vale lembrar que nesta fase (e também na terciária) ocorre o fenômeno chamado de *cifras negras*, que são as quantidades de crimes que não chegam ao conhecimento do Estado, muitas vezes pela falta de confiança no sistema penal brasileiro, por medo de vingança ou até mesmo pelo sentimento de impunidade. Porém, não necessariamente a vitimização secundária será a causadora da cifra negra, devendo, portanto, ser analisado o caso concreto. Exemplificando essa questão, pode-se citar um padrasto que estupra uma criança e a ameaça caso conte para alguém sobre o que acontece. Neste caso, é notável que houve a vitimização primária, visto que o padrasto comete uma infração penal contra a criança. Já a secundária não acontecesse porque a criança, sem meios suficientes e sob pressão do criminoso, não denuncia o caso. O fato da vitimização secundária não acontecer não exclui a existência da cifra negra, porque o Estado até então não tem conhecimento daquele crime.

#### **4.4 A cultura do estupro**

O termo "cultura do estupro" foi usado pela primeira vez, provavelmente, por notáveis ativistas da segunda onda do feminismo; e foi aplicado à cultura estadunidense contemporânea como um todo.

Durante os anos 70, feministas da segunda onda começaram a se envolver em esforços de conscientização criados para educar o público sobre a prevalência do estupro.

*Antes, de acordo a Alexandra Rutherford, professora canadense de psicologia, a maioria dos americanos assumia que estupro, incesto e violência doméstica raramente aconteciam. (FREITAS, Daniella Freitas. Cultura do estupro: perspectivas e desafios. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4731, 14 jun.2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/49658>>. Acesso em: 1 abr. 2018)*

O conceito de cultura do estupro assumia que o estupro era comum e normal na cultura americana, e que era simplesmente uma manifestação extrema do homem perverso na sociedade.

Podemos dizer que cultura do estupro seria as pessoas se acostumarem com

o crime e nada fazerem, acharem comum que o crime aconteça e que não seja punido.

A cultura do estupro é a cultura que normaliza a violência sexual. As pessoas não são ensinadas a não estuprar, mas sim ensinadas a não serem estupradas.

*Cultura do estupro é duvidar da vítima quando ela relata uma violência sexual. É relativizar a violência por causa do passado da vítima ou de sua vida sexual. É ser mais fácil acreditarmos em narrativas de uma suposta malícia inerente das mulheres do que lidarmos com o fato de que homens cometem um estupro. A cultura do estupro é visível nas imagens publicitárias que objetificam o corpo da mulher. Nos livros, filmes, novelas e seriados que romantizam o perseguidor. No momento que acatamos como normal recomendar às meninas e mulheres que não saiam de casa à noite, ou sozinhas, ou que usem roupas recatadas. (BURIGO, Joanna. A cultura do estupro. Carta Capital – Sociedade. 2016. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/a-cultura-do-estupro>. Acesso em 01 de maio de 2018).*

Todas essas ações revelam o que chamamos de cultura de estupro porque todas normalizam que a responsabilidade pelo estupro é da vítima. Não é. O protagonista do estupro é o estuprador.

A cultura do estupro é machista, e o machismo cria e mantém a cultura do estupro. É machismo partir do pressuposto de que o que uma mulher revela sobre estupro é invenção. É machismo duvidar das mulheres por partir do pressuposto que uma declaração sobre estupro é falsa.

Na cultura machista que sustenta a cultura do estupro, a voz das mulheres é tomada como dissimulação. Na cultura machista as mulheres são malignas (olá Eva, bruxas e súcubos do imaginário coletivo), e os homens são eternas vítimas de nossas calúnias.

Outra cultura do estupro é dizer que elas estavam bêbadas. Elas estavam de roupas curtas. Mas elas definitivamente não estavam pedindo. Acreditar que elas estavam pedindo sexo por estarem alcoolizadas ou vestidas de um ou outro jeito é sucumbir à cultura do estupro.

#### **4.5 Medidas a serem implementadas para combater a vitimização secundária das Vítimas de estupro**

Primeiramente devemos entender o termo vitimização secundária que nada mais é que o tratamento recebido pela vítima pelas autoridades, seria uma revitimização que causa ainda mais sofrimento a vítima que por vezes acaba não denunciando o crime para que isso não ocorra. No crime de estupro isso é mais delicado pois o tratamento que a vítima vai receber será primordial para o relato dos fatos e para que seja possível realizar todos os procedimentos para identificar o criminoso e poder puni-lo. De acordo com Andre Gomes Rabeschinieles entende-se da seguinte forma a vitimização secundária:

*Ocorre quando a vítima sofre os efeitos do processo penal, quando o sistema a trata de forma ofensiva, muitas vezes com descaso, violando assim outro bem o. Trata-se de um novo sofrimento imposto a vítima por aqueles que deveriam lhe fazer Justiça. (RABESCHINI, Andre Gomes. Vitimologia Criminal. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 5, no1239. Disponível em: <http://boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=4026> Acesso em: 18 mar. 2019.)*

Como podemos ver a vitimização ocorre dentro do sistema penal e não vemos nada ser feito para que isso mude, desta forma a única solução encontrada no momento seria um melhor treinamento desses profissionais para melhor atender as vítimas.

De acordo com a monografia de Viviane ela encontra algumas soluções que deveriam ser aplicadas:

*Portanto, com a devida aplicação de políticas públicas e sanções bem aplicadas é possível a diminuição dos crimes praticados, bem como, trata mais segurança a vítima ao delatar o problema sofrido, deixando de ser uma mera estatística numeral. (VIVIANE DE CASSIA MACIEL FIGUEIREDO. VITIMOLOGIA, O DIREITO E O CRIME DE ESTUPRO, Curitiba, 2018 s/n)*

Como pudemos ver essas políticas públicas seriam uma solução para que a vitimização secundária não ocorresse, porém para que isso seja aplicado é preciso que as vítimas de revitimização se reúnam e lutem para que seja sancionada leis que as protejam do próprio sistema.

O Estado tem obrigação de fazer com que a legislação seja aplicada e de acordo com leis já citadas é obrigação do Estado a proteção das vítimas de crimes sexuais, porém de acordo com estudos feitos podemos citar que o Estado não atua de forma ativa para essa proteção causando a vitimização secundária nesse aspecto também ao se fazer "cego" diante das atrocidades ocorridas. É necessário que a atuação do

Estado ocorra de forma efetiva.

Podemos citar o trabalho de Saad que afirma que o estado não está atuando da forma como deveria.

*O estado atua como se fosse a verdadeira vítima do acontecimento criminoso, com isso monopoliza as decisões quanto ao procedimento de persecução do delito perpetrado. ( O lugar da vítima nas ciências criminais/ Eduardo Saad- Diniz (organizador) - São Paulo: LiberArs, 2017 s/p)*

Esse cenário deve mudar pois são constatações recentes de uma sociedade que muito evoluiu, porém ainda deixa lacunas para a proteção realmente efetiva da vítima para que ela confie nas autoridades e acredite que ao procurar ajudar não será revitimpizada.

## 5 CONCLUSÃO

O trabalho se aprofundou no estudo da vitimologia do estupro, foi abordado a trajetória histórica do crime de estupro desde nossos antepassados. Tivemos como marco inicial o estudo da época escravocrata onde foi possível constatar o sofrimento que as mulheres negras eram submetidas sem ter ao menos uma proteção. Conforme o estudo que foi feito ficou constatado que o estupro vem desde A.C e que era utilizado como forma de desonra em guerras para seu adversário de uma determinada tribo para sua predominância.

O estudo sobre vítima se tornou possível após o Holocausto que se iniciou os estudos em relação a vitimologia que trouxeram aspectos importantes para análise do estupro. Foi apresentado os tipos de vítimas por Benjamin Mendelsohn que estão divididas em aspectos que é possível verificar a participação da vítima para ocorrência do crime, mostrando que anteriormente não era analisado sendo mero coadjuvante no crime.

A vítima que foi estudada é a mulher, onde a luz da legislação vigente foi possível analisar a forma como são penalizados seus agressores deixando um pouco a desejar em relação aos cuidados que devem ser tomados em relação a vítima, que seria a vitimização secundária que ocorre pelos agentes públicos. Foi verificado que com o passar dos séculos a legislação ficou mais rígida em relação a punição, porém esqueceu de determinar uma legislação que cuidasse apenas da proteção dessa vítima após o estupro.

O objetivo deste trabalho foi analisar e mostrar a importância do estudo aprofundado sobre o estupro, mostrando as falhas que a legislação ainda possui,

para com isso trazer novos questionamentos a respeito do tema que por vezes acaba sendo esquecido. Este trabalho procurou esclarecer questões que ainda são questionadas a respeito da culpa da mulher para a ocorrência do crime, tentando dessa forma deixar claro com os dados obtidos que a mulher é vítima sem ter agravantes para que ela se torne vítima devendo ser implementado em nossa sociedade que a mulher ao dizer não deve ser respeitada, deixando que definitivamente o pensamento machista caia por terra para com isso devolver a liberdade dessas mulheres que passaram por tanto sofrimento.

Uma das alternativas para um melhor tratamento dessas vítimas pelo poder público, vez que em algumas regiões não existem delegacias especializadas em crimes contra a mulher, seria um treinamento a respeito da parte psicológica e de assistência social para melhor atendê-las. Poderia também ser feita políticas públicas para implementação de leis para diminuir essa vitimização secundária que ocorre.

O interesse pelo tema se deu a partir da grande quantidade de crimes contra as mulheres se fazendo necessário um estudo aprofundado da repercussão histórica e legislativa até os dias atuais, trazendo também formas para amenizar o sofrimento da vítima com um bom tratamento.

Não podemos deixar que essas histórias se apaguem devemos lutar para que seja erradicado esse crime brutal, buscando formas de proteção a vítima e que ao procurar por ajuda não seja revitimizada.

## REFERÊNCIAS

ACOSTA, Daniele Ferreira et al. Aspectos éticos e legais no cuidado de enfermagem às vítimas de violência doméstica. *Revista Texto & Contexto Enfermagem*, Florianópolis, v. 26, n. 3, p. 3-9, 2017.

Bandeira LM. Violência de gênero: a construção de um campo teórico e de investigação. *Soc Estado*. 2014;29(2):449-69. DOI:10.1590/S0102-69922014000200008

Beristain, Antônio. Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia/ Antônio Beristain; tradução de Cândido Furtado Maia Neto. - Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.194p

Blay, E. (2003). Violência contra a mulher e políticas públicas. *Estudos Avançados*

Brasil. Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, concluída em Belém do Pará, em 09 de junho de 1994. *Diário Oficial da União* 1996; 19. Março

BURIGO, Joanna. A cultura do estupro. Carta Capital – Sociedade. 2016. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/a-cultura-do-estupro>. Acesso em 01 de maio de 2018

CAPUTI; RUSSEL, 1992, p. 34, tradução nossa

Código de Processo Penal - **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm). Acesso em 20 de agosto de 2018.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 10 de julho de 2018.

DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe 1ª publicação na Grã Bretanha pela The Women's Press, Ltda. Em 1982. Traduzido em 2013 PLATAFORMA GUETO**. Disponível em: <https://we.riseup.net/assets/165852/mulheres-rac3a7a-e-classe.pdf>

Dias, Maria Berenice. A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340\2006 de combate á violência domestica e familiar contra a mulher. 3 EDIÇÃO, 2012.

DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 - Código Penal. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm). Acesso em 05 de abril de 2018.

Feminicídio: #InvisibilidadeMata/ organização Debora Prado, Marisa Sanematau/ Fundação Rosa Luxemburg. São Paulo: Instituto Patrícia Galvão, 2017.

FREITAS, Daniella Freitas. Cultura do estupro: perspectivas e desafios. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4731, 14 jun.2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/49658>>. Acesso em: 1 abr. 2018

G1.globo.com - Um em cada 3 brasileiros culpa mulher em casos de estupro, diz Datafolha, Acesso em 20 Agosto. 2018

HAMADA, Fernando Massami; AMARAL, José Hamilton. Vitimologia: conceituação e novos caminhos. Disponível em: <<http://intertemas.unitedledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1640/1563>>. Acesso em: 11 abr. 2018

<http://www.institutomariadapenha.org.br>. Acesso em 18 de dezembro de 2018

<http://www.dianarussell.com/femicide.html>. Acesso em 14 de agosto de 2018

<https://g1.globo.com/bemestar/noticia/como-e-o-atendimento-medico-a-uma-Vitima-de-estupro.ghtml>. Acesso em 15 de julho de 2018.

Feminismo e liberdade: fundamentos políticos e valorativos para a emancipação das mulheres. Ariane Souza dos Anjos. Disponível em: <http://monografias.ufrn.br/handle/123456789/7489>. Acesso em 18 de julho de 2018

A Classificação das Vítimas no entendimento dos Estudiosos da Vitimologia, Junho de 2009. Disponível em: [https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=1409](https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1409). Acesso em 16 de agosto de 2018.

TJ-DF 20170410039907 - Segredo de Justiça 0003870-79.2017.8.07.0004, Relator: JAIR SOARES, Data de Julgamento: 14/12/2017, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 18/12/2017 . Pág.: 234/247. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/532797017/20170410039907-segredo-de-justica-0003870-7920178070004?ref=serp>. Acesso em 24 de setembro de 2018.

A intima historia do estupro e da guerra. Nana Queiroz Abril de 2011. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/a-intima-historia-do-estupro-e-da-guerra/>. Acesso em 10 de abril de 2018.

Código Filipino – Livro Quinto pag. 1168, Título XVIII) Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>. Acesso em 14 de agosto de 2018.

A importância da palavra da vítima nos crimes de estupro praticados no ambiente doméstico e familiar. Vanessa Steffany Freitas, 2018. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11624/2183>. Acesso em 15 de agosto de 2018

João Felipe da Silva - Vitimologia e direitos humanos. Disponível em: [seer.uenp.edu.br](http://seer.uenp.edu.br). Acesso em 20 de agosto de 2018

LEI MARIA DA PENHA. Lei N.º11.340, de 7 de Agosto de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm). Acesso em 20 de março de 2018.

LEI Nº 12.015, DE 7 DE AGOSTO DE 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm). Acesso em: 07 de dezembro de 2018.

Mapa da Violência 2015. Homicídio de mulheres no Brasil. Disponível em: [https://www.mapadaviolencia.org.br/mapa2015\\_mulheres.php](https://www.mapadaviolencia.org.br/mapa2015_mulheres.php). Acesso em 14 de junho de 2018.

MACHADO, Tadeu Lopes. Violência no cárcere: análise sobre os estupros no IAPEN/AP. PRACS: Revista Eletrônica de Humanidades do Curso de Ciências Sociais da UNIFAP, Macapá, v.7 n. 2, 2014, p. 167.

MIRABETTE, JulioFabrini; Renato N. Fabrini. Manual de direito penal: parte especial: arts. 121 a 234-B do CP – 27 ed. rev., e atual. São Paulo: Atlas, 2010. v.)

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de; FERREIRA, IvetteSenise. A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. 1999.Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999

O lugar da vítima nas ciências criminais/ Eduardo Saad- Diniz (organizador) - São Paulo: LiberArs, 2017 s/p

PASCHOAL, Nohara. **O estupro: uma perspectiva vitimológica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PEIXOTO, A.; NOBRE, B. A RESPONSABILIZAÇÃO DA MULHER VÍTIMA DE ESTUPRO.**Revista Transgressões**, v. 3, n. 1, p. 227-239, 27 maio 2015

Princípios de direito penal/ Amadeu de Almeida Weinmann. 2. Edição, rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

RABESCHINI, Andre Gomes. Vitimologia Criminal. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 5, no1239. Disponível em:<http://boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=4026> Acesso em: 18 mar. 2019

Rogério Greco, Crimes contra a dignidade sexual – Disponível em: [www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br). Acesso em 14 de dezembro de 2018.

SILVA, Glauce Cerqueira Corrêa da et al . A mulher e sua posição na sociedade: da antiguidade aos dias atuais. **Rev. SBPH**, Rio de Janeiro , v. 8, n. 2, p. 65-76, dez. 2005. Disponível em <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1516-08582005000200006&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-08582005000200006&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em 02 abr. 2018.

VIVIANE DE CASSIA MACIEL FIGUEIREDO. VITIMOLOGIA, O DIREITO E O CRIME DE ESTUPRO, Curitiba, 2018 s/n

Voto da mulher – Tribunal Superior Eleitoral – [www.tse.jus.br](http://www.tse.jus.br). Acesso em 10 de janeiro de 2019.

SahikaYuksel. 2015 BBC. Disponível em: [https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/02/190217\\_gch\\_mente\\_estuprador\\_aa\\_cc](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/02/190217_gch_mente_estuprador_aa_cc). Acesso em Agost.2018.

SANTIAGO, Rosilene A.; COELHO, Maria T. A. D. A violência contra a mulher: antecedentes históricos. Seminário Estudantil de Produção Acadêmica, v. 11, n. 1, 2008. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/sepa/article/view/313>>. Acesso em: 03 abr. 2018

Souza, F. B. C., Drezett, J., Meirelles, A. C., & Ramos, D. G. (2013). Aspectos psicológicos de mulheres que sofrem violência sexual. Reprodução & Climatério, 27(3), 98-103. doi:<https://doi.org/10.1016/j.recli.2013.03.002>

STJ – CC: 103813 MG 2009/0038310-8m Relator: M Jorge Mussi, data: 24/06/2009, S3-Terceira Seção

TJRS, HC 70040645962, 1<sup>a</sup> C. Crim., 16.02.2011, rel. Marco Antonio Ribeiro de Oliveira. ( A lei Maria da Penha na justiça: a efetivação da Lei 11.340\2006 de combate á violência domestica e familiar contra a mulher\ Maria Berenice Dias.-3. Ed. rev., atual. eampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2012.

## **COMPETÊNCIA PARA DIRIMIR CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E O MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL.**

**CLÁUDIO FACUNDO DE LIMA:** Ex-Servidor Público do Ministério Público do Estado do Ceará; Ex-Professor da Universidade Regional do Cariri (URCA); Ex-Advogado do Município de Farias Brito/CE; Pós-graduação em Direito Penal e Criminologia pela URCA e em Direito Ambiental pela FIC.

**Resumo:** O estudo ora apresentado cuida da competência para dirimir conflito de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual. De início, será abordada o conceito de conflito de atribuições. Em seguida, analisará o entendimento adotado até 2016. Após, abordará o posicionamento de 2016 até junho de 2020. Por fim, verificará o entendimento atual.

**Palavras-chave:** Competência para dirimir conflito de atribuições entre o MPF e o MPE. Entendimento até 2016. Posicionamento de 2016 a junho de 2020. Entendimento atual.

### **1. INTRODUÇÃO**

O conflito de atribuições pode ser conceituado como a divergência entre dois membros do Ministério Público durante a tramitação de procedimentos extrajudiciais, devendo a controvérsia ser restrita as Unidades Ministeriais.

Segundo Renato Brasileiro, "O conflito de atribuições não se confunde com o conflito de competência. Cuidando-se de ato de natureza jurisdicional, o conflito será de competência; tratando-se de controvérsia entre órgãos do Ministério Público sobre ato que caiba a um deles praticar, ter-se-á um conflito de atribuições." (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8ª ed., Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1239).

Vale salientar que o conflito de atribuições pode ocorrer tanto em matéria criminal quanto cível, como o caso de improbidade, meio ambiente e outros direitos difusos e coletivos.

### **2. ENTENDIMENTO ATÉ 2016**

Segundo o art. 102, I, "f", da Constituição Federal, compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União

e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta.

Portanto, até 2016, este conflito de atribuição deveria ser dirimido pelo próprio Supremo, uma vez que um Promotor de Justiça é um órgão estadual e um Procurador da República é um órgão da União.

### **3. POSICIONAMENTO DE 2016 A JUNHO DE 2020**

Consoante afirmado no julgamento da ACO 924/PR, o Supremo Tribunal Federal não é competente para dirimir conflito de atribuição entre órgãos do Ministério Público vinculados a entes federativos diversos.

*Para os ministros "não há um conflito federativo com estatura razoável para inaugurar a competência do Supremo Tribunal Federal de que trata o art. 102, I, f, da Constituição. Isso porque não é qualquer conflito entre entes da Federação que autoriza e justifica a intervenção do STF, mas apenas aqueles conflitos federativos que (a) ultrapassam os limites subjetivos dos órgãos envolvidos e que (b) possuam potencialidade suficiente para afetar os demais entes e até mesmo o pacto federativo".*

Observa-se que a competência para dirimir conflitos de atribuição entre órgãos do Ministério Público Estadual e do Ministério Público Federal é do Procurador-Geral da República.

*Para o STF, "o PGR, na solução de conflitos de atribuição, atua como órgão nacional do MP e não como chefe do Ministério Público da União".*

Nos termos da jurisprudência do STF, *"competete ao Procurador-Geral da República o julgamento dos conflitos de atribuições entre membros do Ministério Público vinculados a entes federativos diversos (ACO 924/PR). Incompetência originária desta Corte."* STF. Plenário. ACO 924/PR, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 19/5/2016

### **4. ENTENDIMENTO ATUAL**

*Atualmente, compete ao Conselho Nacional do Ministério Público julgar conflitos de atribuição entre ramos do Ministério Público.*

*O Supremo Tribunal Federal decidiu que "cabe ao Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) solucionar conflitos de atribuições entre os diversos ramos dos Ministérios Públicos. Por maioria de votos, prevaleceu entendimento de que o CNMP é o órgão mais adequado para decidir, em razão da previsão constitucional que lhe atribui o controle da legalidade das ações administrativas dos*

*membros e órgãos dos diversos ramos ministeriais, sem ingressar ou ferir a independência funcional'.*

Mister salientar que o ministro Alexandre de Moraes explicou em seu voto que o conflito de atribuição entre integrantes de Ministérios Públicos estaduais e o Ministério Público da União não tem a dimensão de conflito federativo que justifique a atuação direta do STF (artigo 102, inciso, alínea "f", da Constituição Federal). Para o ministro, cabe ao Ministério Público resolver o conflito de atribuição envolvendo seus agentes no âmbito administrativo, dentro da própria instituição, reservando-se ao Poder Judiciário, apenas, o controle da legalidade do ato administrativo que o dirimiu, por intermédio da via processual adequada. *"Preservam-se, com isso, os princípios da autonomia e da independência funcional do Ministério Público".*

Ainda, para o ministro Alexandre, o conflito de atribuição não deve ser encaminhado ao Procurador-Geral da República porque, enquanto autoridade competente, ele é parte interessada na solução da demanda administrativa, pois acumula a chefia do Ministério Público da União com a chefia de um de seus ramos, o Ministério Público Federal. O ministro lembrou que, constitucionalmente, o Ministério Público abrange duas grandes instituições, sem qualquer relação de hierarquia e subordinação entre elas: o Ministério Público da União – que compreende os ramos Federal, do Trabalho, Militar e do Distrito Federal e Territórios – e o Ministério Público dos estados.

Segundo o ministro, o princípio da unidade não compromete a independência entre os vários MPs, chefiados por seus respectivos procuradores-gerais, que se posicionam no mesmo nível de hierarquia. *"Com tal premissa, não parece ser mais adequado que o impasse acabe sendo resolvido monocraticamente por quem exerce a chefia de um deles, no caso, o procurador-geral da República".*

O ministro classificou como "mais razoável e compatível" com a própria estrutura orgânica do Ministério Público reconhecer ao CNMP a competência para solucionar os conflitos de atribuição entre seus diversos ramos, pois, constitucionalmente, tem a missão de realizar o controle de atuação administrativa e financeira do Ministério Público. *"No âmbito interno e administrativo, não tendo vinculação direta com qualquer dos ramos dos Ministérios Públicos dos entes federativos, mas sendo por eles composto, o CNMP possui isenção suficiente para definir, segundo as normas em que se estrutura a instituição, qual agente do Ministério Público tem aptidão para requisitar a instauração de determinado inquérito policial".*

De fato, a interpretação sistemática dos preceitos constitucionais da Instituição, portanto, aponta a competência do CNMP para dirimir essa modalidade

de conflito de atribuição com fundamento no artigo 130-A, § 2º, e incisos I e II, da Constituição Federal. Com amparo nesses preceitos constitucionais, estaria o referido órgão colegiado, ao dirimir o conflito de atribuição, exercendo o controle da atuação administrativa do Ministério Público e, ao mesmo tempo, zelando pela autonomia funcional e independência da instituição.

*Por fim, compete ao Conselho Nacional do Ministério Público dirimir conflitos de atribuições entre membros do Ministério Público Federal e de Ministérios públicos estaduais.* STF. Plenário. ACO 843/SP, Rel. para acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgado em 05/06/2020. STF. Plenário. Pet 4891, Rel. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão Alexandre de Moraes, julgado em 16/06/2020

## 5. CONCLUSÃO

O presente estudo objetivou demonstrar a competência para dirimir conflito de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual.

Fora analisado que até 2016, nos termos do art. 102, I, "f", da Constituição Federal, compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta.

Ato posterior, fora verificado que de 2016 até junho de 2020, o Procurador-Geral da República tinha atribuição para julgar o conflito entres os membros do Ministério Público de ramos diferentes.

Por fim, conclui-se que o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal é de que compete ao Conselho Nacional do Ministério Público *dirimir conflitos de atribuições entre membros do Ministério Público Federal e de Ministérios públicos estaduais.*

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: [Constituição \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br). Acesso em: 28 Jan. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em: [Conselho Nacional do Ministério Público - Início \(cnmp.mp.br\)](http://cnmp.mp.br). Acesso em: 28 Jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [paginador.jsp \(stf.jus.br\)](http://paginador.jus.br). Acesso em: 28 Jan. 2021.

BRASIL. Dizer o Direito. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br>. Acesso em: 28 Jan. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8ª ed., Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1239

## **MODERNIZA BRASIL E GRACILIANO RAMOS: UM GUIA PARA O FUTURO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

### **ELDER SOARES DA SILVA CALHEIROS:**

Procurador do Estado de Alagoas. Advogado. Consultor Jurídico. Ex-Conselheiro do Conselho Estadual de Segurança Pública de Alagoas. Ex-Membro de Comissões e Cursos de Formação de Concursos Públicos em Alagoas. Ex-Membro do Grupo Estadual de Fomento, Formulação, Articulação e Monitoramento de Políticas Públicas em Alagoas. Ex-Técnico Judiciário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ex-Estagiário da Justiça Federal em Alagoas. Ex-Estagiário da Procuradoria Regional do Trabalho em Alagoas. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

É assente no cenário nacional a grande preocupação dos cidadãos brasileiros com relação ao modo de organização da Administração Pública, bem como sobre os resultados práticos advindos do formato atual de estruturação do setor público.

Essa exigência social quanto a um serviço público mais eficiente se intensificou nos últimos anos, notadamente após a redemocratização do Brasil na década de 80, catalisada, hoje, pela massificação das redes sociais.

Nesse viés, o caminho da Administração Pública atual não pode – nem poderá – ser destoante de práticas modernas pautadas num contexto valorativo que garanta a plena eficiência do setor público.

A título de exemplo, são inadmissíveis nos tempos hodiernos os gastos excessivos com trâmites processuais físicos e obsoletos, notadamente quando o meio eletrônico se mostra mais econômico e eficiente.

Justamente no mesmo sentido é a lição doutrinária administrativista:

[...] as críticas reiteradas ao Estado e ao modelo de Administração Pública brasileiros são, em geral, justas, e remontam a razões históricas profundas, que levaram a dominação do aparato estatal por elites sociais que, ao dirigir a atuação administrativa em favor de seus próprios interesses, promoveram a reprodução de um modelo exclusivista e

ineficiente no tocante à prestação de serviços públicos à população.<sup>160</sup>

Quando a esse ponto dos interesses manifestamente escusos que muitas vezes permeiam a visão da gestão pública brasileira, é importante mencionar o célebre relato do escritor alagoano Graciliano Ramos, quando fora gestor do Município de Palmeira dos Índios, no Estado de Alagoas:

Evitei emaranhar-me em teias de aranha. Certos indivíduos, não sei por que, imaginam que devem ser consultados; outros se julgam autoridade bastante para dizer aos contribuintes que não paguem impostos. Não me entendi com esses.

Há quem ache tudo ruim, e ria constrangidamente, e escreva cartas anônimas, e adoeça, e se morda por não ver a infalível maroteirazinha, a abençoada canalhice, preciosa para quem a pratica, mais preciosa ainda para os que dela se servem como assunto invariável; há quem não compreenda que um acto administrativo seja isento de lucro pessoal; há até quem pretenda embaraçar-me em coisas tão simples como mandar quebrar as pedras dos caminhos. Fechei os ouvidos, deixei gritarem, arrecadei 1:325\$500 de multas.

Não favoreci ninguém. Devo ter cometido numerosos disparates. Todos os meus erros, porém, foram da inteligência, que é fraca. Perdi vários amigos, ou indivíduos que possam ter semelhante nome. Não me fizeram falta. Há descontentamento. Se a minha estada na Prefeitura por estes dois anos dependesse de um plebiscito, talvez eu não obtivesse dez votos.<sup>161</sup>

Fixadas essas premissas, cumpre ressaltar a relevância do Decreto Federal nº 10.609/2021 que instituiu a Política Nacional de Modernização do Estado e o Fórum Nacional de Modernização do Estado, instrumentos que visam a combater exatamente os males apontados pelo escritor Graça, como comumente se chama Graciliano Ramos. Este novo olhar da Administração Pública Federal surgiu após

---

<sup>160</sup> MIRAGEM, Bruno. A nova administração pública e o direito administrativo. 2. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 23

<sup>161</sup> In Relatório do Prefeito de Palmeira dos Índios ao Governador do Estado de Alagoas, referente ao ano de 1928. Disponível em: <[https://www.tnh1.com.br/fileadmin/user\\_upload/especiais/licoes-graciliano-ramos-tempos-lava-jato/img/relatorio-01.pdf](https://www.tnh1.com.br/fileadmin/user_upload/especiais/licoes-graciliano-ramos-tempos-lava-jato/img/relatorio-01.pdf)>. Acesso em 30 jan 2021.

intensos debates ocorridos a partir de 2019, consoante informações oficiais de fontes governamentais, saber:

Ainda de acordo com o Secretário, o Moderniza Brasil começou com uma pesquisa objetiva sobre a percepção dos servidores públicos e da iniciativa privada em relação ao tema em 2019. Na época, foram recebidas cerca de 3.500 respostas. “A partir daí, fizemos entrevistas com todos os secretários executivos do Poder Executivo Federal. Para isso, tivemos toda uma parceria. Contratamos a Enap, que trouxe o Ipea, com pesquisadores de altíssimo nível e que nos ajudaram a imprimir uma metodologia que nos permitiu, ao final, decompor todas essas visões e gerar um relatório que sustenta a proposta de um decreto que cria a Política”, detalhou.<sup>162</sup>

Segundo a citada norma editada em 2021:

Art. 1º Fica instituída a Política Nacional de Modernização do Estado - Moderniza Brasil, com a finalidade de direcionar os esforços governamentais para aumentar a eficiência e modernizar a administração pública, a prestação de serviços e o ambiente de negócios para melhor atender às necessidades dos cidadãos.

Art. 2º A Política Nacional de Modernização do Estado tem por objetivos a integração, a articulação, o monitoramento e a avaliação de políticas, programas, ações e iniciativas de modernização do Poder Executivo federal.

Parágrafo único. Para consecução dos objetivos de que trata o caput, poderão ser firmadas parcerias com os outros Poderes, os entes federativos, os organismos internacionais e a iniciativa privada.

Art. 3º São princípios da Política Nacional de Modernização do Estado:

I - o foco nas necessidades dos cidadãos;

---

<sup>162</sup> BRASIL. Presidência da República. Conheça a trajetória de construção do Moderniza Brasil. Disponível em: <<https://www.gov.br/secretariageral/pt-br/noticias/2020/setembro-1/conheca-a-trajetoria-de-construcao-do-moderniza-brasil>>. Acesso em 30 jan 2021.

- II - a simplificação normativa e administrativa;
- III - a confiabilidade na relação Estado-cidadão;
- IV - a inovação governamental;
- V - a transparência na atuação do Estado;
- VI - a efetividade na gestão pública;
- VII - a competitividade dos setores público e privado; e
- VIII - a perenidade das iniciativas de modernização.

Art. 4º São diretrizes da Política Nacional de Modernização do Estado:

- I - direcionar a atuação governamental para a entrega de resultados com foco nos cidadãos;
- II - buscar o alinhamento institucional entre os atores envolvidos na política de modernização;
- III - promover um Estado moderno e ágil, capaz de atuar, de forma tempestiva e assertiva, frente aos desafios contemporâneos e às situações emergenciais;
- IV - viabilizar a simplificação de normativos, procedimentos, processos e estruturas administrativas;
- V - assegurar a segurança jurídica necessária à inovação na gestão das políticas públicas e à dinamização do ambiente de negócios;
- VI - aprimorar as capacidades dos servidores públicos e das instituições;
- VII - ampliar o acesso e a qualidade dos serviços públicos; e
- VIII - promover a transformação digital da gestão e dos serviços.

Art. 5º A Política Nacional de Modernização do Estado será implementada com observância aos seguintes eixos temáticos:

I - ambiente de negócios próspero - ampliação da competitividade, do investimento e da produtividade, por meio da redução das barreiras ao empreendedorismo, da inovação e da simplificação do arcabouço regulatório;

II - capacidades do Estado moderno - aprimoramento do capital humano, da governança pública e da infraestrutura do Estado, para atuar de modo ágil e eficiente;

III - evolução dos serviços públicos - desburocratização e simplificação na prestação dos serviços públicos, com ampliação da efetividade na ação governamental, de modo a garantir o atendimento das necessidades da sociedade;

IV - cooperação e articulação entre agentes públicos e privados - articulação com entes públicos e privados para a transferência de conhecimento, o fortalecimento das iniciativas existentes e a construção colaborativa e integrada de soluções inovadoras nacionais e locais de modernização do Estado; e

V - governo e sociedade digital - transformação digital do País, com atenção à governança de dados, à internet das coisas, à digitalização da economia, à digitalização de serviços, à integração das bases e à estrutura de conectividade.

Art. 6º São instrumentos da Política Nacional de Modernização do Estado, sem prejuízo de outros a serem constituídos, observados os seus princípios, diretrizes e eixos:

I - Plano Nacional de Modernização do Estado - Plano da Modernização; e

II - Selo Nacional de Modernização do Estado - Selo da Modernização.

§ 1º O Plano da Modernização definirá os objetivos específicos, os indicadores, as ações e a forma de implementação da Política Nacional de Modernização do Estado e será atualizado a cada dois anos.

§ 2º O Selo da Modernização terá o objetivo de identificar, certificar e incentivar as iniciativas de modernização.

Art. 7º Fica instituído o Fórum Nacional de Modernização do Estado, órgão consultivo, responsável pelo apoio na articulação, implementação, monitoramento e avaliação da Política Nacional de Modernização do Estado.

Art. 8º Ao Fórum Nacional de Modernização do Estado compete:

I - apoiar e incentivar a integração das ações e iniciativas adotadas pelo Poder Executivo federal, pelos outros Poderes, pelos entes federativos, pelos organismos internacionais e pela iniciativa privada que envolvam a temática de modernização do Estado;

II - propor a adoção de modelos e estratégias nacionais ou internacionais que envolvam a temática de modernização do Estado;

III - apoiar a elaboração do Plano da Modernização;

IV - aprovar a metodologia de concessão do Selo da Modernização às iniciativas que envolvam a temática de modernização do Estado implementadas pelo Poder Executivo federal, pelos outros Poderes, pelos entes federativos, pelos organismos internacionais e pela iniciativa privada, instituir outros incentivos às iniciativas de modernização e avaliar a composição da carteira de projetos com o Selo;

V - acompanhar e incorporar ao Plano da Modernização as ações que visem à modernização da prestação de serviços públicos e do ambiente de negócios, à desburocratização e à simplificação administrativas;

VI - propor e apoiar a elaboração de estudos sobre pessoal da administração pública federal em consonância com as iniciativas de racionalização da estrutura governamental, observadas as competências do Ministério da Economia; e

VII - promover a unificação, nos assuntos que envolvam a temática de modernização do Estado, a política de comunicação integrada e articulada dos órgãos referidos no art. 9º e os planos de comunicação existentes na administração

pública federal, observadas as competências do Ministério das Comunicações.<sup>163</sup>

A par disso, o referido ato normativo, acaso realmente efetivado, trará inúmeras inovações e benefícios ao funcionamento da Administração Pública, consoante apontado em seu próprio texto de modo autoexplicativo.

Obviamente que esta perspectiva disruptiva na Administração Pública, proposta pelo Decreto Federal nº 10.609/2021, impescinde de uma correspondente mudança de *mindset*, notadamente por parte dos gestores públicos. Uma alteração completa de mentalidade acerca do futuro do país.

Não há campo fértil para se tratar, por exemplo, de governo e sociedade digital na esteira da transformação digital do País, com atenção à governança de dados, à internet das coisas, à digitalização da economia, à digitalização de serviços, à integração das bases e à estrutura de conectividade; quando o gestor público sequer compreende a relevância da tecnologia para a atividade administrativa.

Determinados assuntos precisam evoluir, mas não só em textos prescritivos. É necessária uma mudança radical e profunda do modo como as realidades do setor público são enfrentadas. E, por isso, a principal transformação é conceitual, não meramente textual e simbólica, mas libertária e concreta no âmago do pensamento humano.

A liberdade criativa do gestor público – e de seus colaboradores – precisa ser estimulada, não cerceada. Profissionais que promovem soluções diferentes para os problemas cotidianos não podem ser taxados pejorativamente como desconectados da realidade. A incompreensão da maioria obsoleta não justifica a sabotagem de novas ideias apontadas pela minoria empreendedora no setor público.

Justamente nisto reside a essência do Decreto Federal nº 10.609/2021: estimular um novo caminho para a Administração Pública. Um trilhar que somente atingirá o êxito pretendido se não houver a contaminação com o comportamento ultrapassado, defasado e falido do modelo de gestão pública já fadado ao insucesso.

Não é porque algo tem determinado modo de execução há 50 anos no setor público que está imune a mudanças, conforme frisou o mestre Graça. Não se constroem casas hoje como nos anos 50. Mas se insiste, em muitos casos, em fazer Administração Pública num modelo estéril de meados do século passado.

---

163 BRASIL. Planalto. Decreto Federal nº 10.609/2021. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ Ato2019-2022/2021/Decreto/D10609.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2019-2022/2021/Decreto/D10609.htm)>. Acesso em 30 jan 2021.

Isto, decididamente, não tem mais sustentação jurídica ou administrativa. É descabido ver gestores públicos atuando à revelia de noções mínimas de planejamento estratégico no ano de 2021. Ou confundindo uma sigla IA (inteligência artificial) com uma fabricante de veículos automotores.

Espera-se, assim, que o espírito inovador do Decreto Federal nº 10.609/2021 se espalhe por toda a Administração Pública e não seja apenas um projeto específico do Poder Executivo Federal. Todo o país necessita desse choque de realidade na busca por um serviço público de excelência.

Enfim, a mudança no seio da Administração Pública deve correr, nos limites normativos, mas sem o receio do rompimento conceitual com o passado. Neste momento vale lembrar a singular clareza de Graciliano Ramos:

Liberdade completa ninguém desfruta: começamos oprimidos pela sintaxe e acabamos às voltas com a delegacia de ordem política e social, mas, nos estreitos limites a que nos coagem a gramática e a lei, ainda nos podemos mexer.<sup>164</sup>

Então que bem seja utilizado e revirado o Decreto Federal 10.609/2021, pois, como frisado pelo velho Graça: *"[...] nos estreitos limites a que nos coagem a gramática e a lei, ainda nos podemos mexer"*. Esta é uma lição de gestão pública, mas também de vida e literatura, a qual não é demasiado que cada servidor público a exercite em seu cotidiano. Faz-se urgente o movimento, afastando-se de uma vez por todas a apatia do ultrapassado.

---

<sup>164</sup> In Memórias do Cárcere. Rio de Janeiro: Record, 2008. p. 12.

## LEI 12.318 DE 2010 (LEI DA ALIENAÇÃO PARENTAL) E SUA APLICAÇÃO NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

**JULIANA GOMES DALL'ACQUA:** Bacharela em Direito (2020). Capacitada pelo curso de Extensão em Alienação Parental. Certificada pela PUC/RJ.

ERNESTO GOMES ESTEVES NETO

(orientador)

**RESUMO:** Este estudo visa elucidar um assunto considerado polêmico entre os juristas, a Alienação Parental. Um conflito entre os pais em situação de separação conjugal ou dissolução de relação de convívio, de uma criança ou de um adolescente ainda em menor idade, onde um deles, o alienador, tende a usar o filho contra o outro, o alienado. Nesse cenário, a criança é estimulada pelo pai alienador a repudiar o alienado, com ações que a levam a enxergá-lo negativamente e rejeitá-lo. As consequências das ações não medidas causam na criança sérias sequelas emocionais e comportamentais, conhecidas como Síndrome da Alienação Parental. A Alienação Parental é um tema específico da área do Direito de Família, que busca, através de medidas definidas em lei própria, Lei 12.318/2010 e em algumas doutrinas e legislações pertinentes que considerem as configurações familiares da modernidade baseadas no princípio da afetividade, preservar o crescimento e desenvolvimento sadio da criança e do adolescente, assim como lhe proporcionar condições para manutenção do vínculo materno e paterno. Por se tratarem, antes de qualquer coisa, de questões emocionais e psicológicas, o Judiciário necessita atuar conjuntamente com uma equipe multidisciplinar, formada por profissionais especializados e capacitados tecnicamente a fornecer pareceres que auxiliem na identificação da prática das ações alienatórias, que contribuirão para a tomada das medidas cabíveis que preservem o melhor interesse da criança, conforme cada caso. O principal objetivo com tal estudo é proporcionar conhecimentos sobre o assunto para a sociedade, para advogados e demais profissionais da área jurídica e da psicologia forense, com conteúdo claro, elaborado através da execução de uma ampla pesquisa bibliográfica, devidamente analisada, que resultou na compilação das mais importantes e elucidativas informações sobre o tema. O estudo conta com a exposição de conceitos e citações baseados em obras de grandes autores especialistas no assunto e também com análises de jurisprudências em casos que envolvem alienação parental e que demonstram as principais ferramentas jurídicas aplicadas para a tomada de uma decisão judicial, na mesma medida que comprova que a correta aplicação da Lei 12.318/2010, aliada a um aparato legislativo e a um

trabalho conjunto pode contribuir de maneira significativa no combate à prática da alienação parental no Brasil.

**Palavras-chave:** Alienação Parental; Lei 12.318/2010; Síndrome da Alienação Parental.

**ABSTRACT:** This study aims to elucidate a subject considered controversial among jurists, Parental Alienation. A conflict between parents in a situation of marital separation or dissolution of a relationship, of a child or adolescent at an even younger age, where one of them, the alienator, tends to use the child against the other, the alienated. In this scenario, the child is encouraged by the alienating parent to repudiate the alienated, with actions that lead him to see him negatively and to reject him. The consequences of unmeasured actions cause serious emotional and behavioral sequelae in children, known as Parental Alienation Syndrome. Parental Alienation is a specific theme in the area of Family Law, which seeks, through measures defined in its own law, Law 12.318 / 2010 and in some pertinent doctrines and legislation that consider the family configurations of modernity based on the principle of affectivity, preserve the healthy growth and development of children and adolescents, as well as provide them with conditions to maintain the maternal and paternal bond. As these are, first and foremost, emotional and psychological issues, the Judiciary needs to act jointly with a multidisciplinary team, formed by specialized professionals and technically trained to provide opinions that assist in the identification of the practice of alienating actions, which will contribute to taking appropriate measures that preserve the child's best interest, according to each case. The main objective with such a study is to provide knowledge on the subject for society, for lawyers and other professionals in the legal and forensic psychology fields, with clear content, elaborated through the execution of a wide bibliographic research, properly analyzed, which resulted in the compilation most important and informative information on the topic. The study includes concepts and citations based on works by great authors who are experts in the subject and also analyzes of jurisprudence in cases involving parental alienation and which demonstrate the main legal tools applied to make a judicial decision, to the same extent which proves that the correct application of Law 12.318 / 2010, combined with a legislative apparatus and joint work can contribute significantly in combating the practice of parental alienation in Brazil.

**Keywords:** Parental Alienation; Law 12.318 / 2010; Parental Alienation Syndrome.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1 CONFIGURAÇÕES FAMILIARES E O DIREITO DE FAMÍLIA NO BRASIL. 1.1 Do Direito de Família. 1.2 Guarda Unilateral e Guarda Compartilhada. 2 ALIENAÇÃO PARENTAL. 2.1 Conceitos e Definições. 2.2 Figuras da Alienação Parental. 2.3 Da Implantação de Falsas Memórias. 2.4 Formas de Alienação Parental

Previstas na Lei 12.318/2010. 2.5 Propostas de Modificação da Lei 12.318/2010. 3 O PODER JUDICIÁRIO DIANTE DA ALIENAÇÃO PARENTAL. 3.1 A Relação entre o Poder Judiciário e o Direito de Família. 3.2 O Poder Judiciário e a Alienação Parental. 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS. ANEXO I - Lei nº 12.318 de 26 de Agosto de 2010. ANEXO II - Jurisprudências na Íntegra. APÊNDICE – Breve Histórico dos Principais Autores Consultados.

## **INTRODUÇÃO**

Há dez anos vige no Brasil a Lei 12.318/2010, promulgada em 26.08.2010, visando o combate à Alienação Parental. Muitos foram os avanços nesses anos, no entanto trata-se de uma lei relativamente nova, que merece atenção e aperfeiçoamento.

Ocorre na alienação parental uma situação que afeta gravemente a criança ou o adolescente, ocasionada por quem teria o dever de protegê-los para um desenvolvimento sadio e livre de traumas.

Estudos apontam que as consequências são gravíssimas, podendo resultar em depressão, hiperativismo, levar ao consumo futuro de álcool e drogas, e até mesmo ao suicídio, visto que a criança ou o jovem permanecem em meio à batalha entre seus pais, transformando-se na “corda do cabo de guerra”.

As causas desses atos repugnantes têm sido analisadas constantemente, destacando-se o sentimento de vingança, que resulta da dificuldade de um dos genitores em não conseguir prosseguir com sua vida após a separação, mostrando-se incapaz de lidar com a rejeição.

É notório que a exteriorização da alienação parental possui vasta manifestação como as falsas acusações e implantação de falsas memórias, mas ganha contornos sutis por envolver o sentimento da criança ou adolescente.

Com a evolução constante na formação das configurações familiares, as relações entre seus integrantes passam a ser consolidadas pela afetividade, que se torna um elemento norteador do Direito de Família para fundamentar a estabilidade dessas relações, inclusive as parentais.

São as relações parentais mal resolvidas o principal elemento causador da prática de atos de Alienação Parental, objeto de estudo deste trabalho.

É evidente que a atuação do Direito de Família deve ser baseada na aplicação dos princípios constitucionais que alicerçam os princípios de família, mas ao mesmo

tempo necessita acompanhar mudanças advindas da evolução social constante e dos novos arranjos familiares existentes na atualidade.

Lidar com questões familiares, em especial separações conjugais ou dissolução de relações de convívio onde estão envolvidos filhos, que são crianças em formação, requer preparo técnico e emocional, uma vez que envolve sentimentos variados das pessoas, e acima de tudo a busca primordial de preservar o bem estar e a proteção integral da criança, vítima dos conflitos parentais.

Trata-se, portanto, de matéria que envolve a subjetividade humana, vindo a ser um grande desafio para o Poder Judiciário amparar indivíduos e proteger seu desenvolvimento saudável, com a rapidez e efetividade necessárias, razão pela qual se faz indispensável um trabalho conjunto, com equipe multidisciplinar especializada.

O trabalho da equipe multidisciplinar procura identificar e apontar ao Judiciário, através de estudos comportamentais, perícias técnicas, dentre outras provas, o responsável pela alienação, uma vez que assim como os pais, podem também ser alienadores os avós, tios ou qualquer outra pessoa próxima ao menor que detenha autoridade parental sobre o mesmo.

O objetivo deste trabalho não é esgotar a discussão a respeito do tema, mas sim apresentar um estudo sobre o mesmo, através de ampla pesquisa bibliográfica realizada e compilação de um grande número de informações que foram devidamente analisadas para se transformarem no seu conteúdo, estruturado pela exposição de conceitos e dados atualizados, com contribuições informativas de grandes autores, análise das ferramentas jurídicas utilizadas pelos magistrados em jurisprudências cujo enfoque é a Alienação Parental, assim como considerações a respeito do assunto.

## **1 CONFIGURAÇÕES FAMILIARES E O DIREITO DE FAMÍLIA NO BRASIL**

A instituição Família não pode ser vista a partir de um conceito imutável, pelo contrário, ela acompanha a evolução do tempo. No passado sua formação era baseada nas relações matrimoniais com o objetivo de procriação, mas conquistas sociais a foram transformando através do tempo e hoje passou a ter como base os laços de afetividade.

De acordo com o doutrinador e Advogado de Família Dr. Elson Gonçalves de Oliveira, o conceito de família não abrange somente aqueles com laços de consanguinidade, mas também aqueles ligados pela afetividade, envolvendo deste modo todos aqueles que convivem juntos.

Conforme elucida o Advogado, Professor e Escritor, especialista em Direito de Família e Sucessões Conrado Paulino da Rosa a família, a partir das mudanças provenientes do advento da Constituição Federal de 1.988, passa a apresentar um conceito plural. O preconceito legal anterior é rompido trazendo uma nova concepção de família, reconhecendo a união estável e as famílias monoparentais, a igualdade entre homem e mulher e igualdade dos filhos, sendo ou não frutos do casamento ou filhos por adoção, com garantias dos mesmos direitos, conforme previsto em seus Artigos 226, §§ 3º, 4º e 5º, e 227, § 6º, que dizem:

Art.226. CF. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

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

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Com o objetivo de valorização da pessoa humana, a Constituição Federal de 1988 reconhece as transformações sociais da família brasileira, o que também provocou atualização nas demais leis e resultou na aprovação do Código Civil de 2002, adequando-se às mudanças e concepções de família moderna.

No entanto, ainda conforme as elucidações de Conrado Paulino da Rosa é nítido que apesar das mudanças, tanto a Constituição Federal quanto o Código Civil apresentam apenas três estruturas de modelos familiares que são o casamento entre homem e mulher, a união estável entre ambos e a família monoparental, o que leva o Judiciário ao acolhimento de doutrinas que contemplem a nova realidade da família contemporânea, que com a evolução do tempo adquiriu modelos diferentes de configuração dos não expressamente reconhecidos pela legislação.

Com a evolução das formações familiares, o afeto passa a ser o elemento norteador do direito de família contemporâneo e a família um lugar comum para a realização da felicidade de seus integrantes.

Os avanços culturais, políticos, sociais e tecnológicos impactaram em mudanças nas relações familiares e hoje suas configurações diferem em suas formas e tipos, como famílias nucleares, família matrimonial, família informal, reconstituída, anaparental, unipessoal, extensa ou ampliada, homoafetiva, paralelas, solidária, poliafetiva, virtual, coparental, multiespécie, eudemonista, homoparental, socioafetiva. Embora os formatos sejam variados, todos tem como elemento comum a afetividade como base em suas relações.

Na mesma direção, Maria Berenice Dias esclarece que as famílias não podem mais ser vistas através de um modelo tradicional. No presente, as formações familiares possuem variadas configurações que diferem das existentes no passado e onde as relações de afeto e a felicidade são fatores determinantes na sua construção. A família contemporânea tem como base o afeto, que passa a ter valor jurídico na atualidade.

Embora o princípio da afetividade não esteja explícito na legislação, é possível visualiza-lo de maneira implícita no Artigo 1, Inciso III, no Artigo 226, § 7º e Caput do Artigo 227 da Constituição Federal e no Artigo 1.584, § 5º do Código Civil.

Nesse sentido, ainda de acordo com Maria Berenice Dias, sendo a afetividade o princípio norteador do direito da família, é ela que fundamenta a estabilidade das relações socioafetivas, inclusive as parentais, e não necessariamente os laços de consanguinidade, o que afiança ao citar Paulo Lobo quando diz que o estado de filiação de cada pessoa humana é único e de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar.

Da mesma forma a autora enfatiza a afetividade como princípio norteador do direito de família quando se refere ao Enunciado Doutrinário 06 do IBDFAM, aprovado no X Congresso Brasileiro de Direito de Família em 2015, onde é definido que o reconhecimento jurídico do vínculo de filiação socioafetiva gera o parentesco socioafetivo para todos os fins de direito, nos limites da lei civil, em especial quando

o filho for menor de idade, onde deve prevalecer o princípio do melhor interesse da criança, e quando for maior, o princípio da dignidade da pessoa humana, previstos na Constituição Federal.

A relação parental socioafetiva baseia-se nos princípios da afetividade, dignidade da pessoa humana e solidariedade e está amparada pelo Artigo 1.593 do Código Civil.

Art. 1.593 C.C. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

Em casos de definição de guarda em favor de terceira pessoa, também a afetividade e afinidade são aplicadas como elemento indicativo, de acordo com o Artigo 1.584, § 5º, do Código Civil.

Art. 1.584 C.C. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

Ocorre que o termo “outra origem” previsto no Artigo 1.593 do CC/02, além de envolver parentesco por adoção, também envolve o parentesco por socioafetividade (conhecido também como adoção à brasileira), que constitui uma relação de fato e que já vem sendo reconhecida e protegida em nosso ordenamento jurídico, preponderando sobre a verdade biológica, tendo em vista além da proteção à personalidade humana, a preservação da estabilidade familiar (STJ, Resp. 1.000.356-SP, 3ªT., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 25-05-2010).

## **1.1 Do Direito de Família**

O direito de família regula e estabelece normas para serem aplicadas nas relações familiares e conjugais, visando sua manutenção sem prejuízos aos direitos protegidos pelo poder pátrio, sua organização e proteção e seus desdobramentos jurídicos.

Segundo a Advogada Maria Helena Diniz:

Direito de família é o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade

conjugal, a dissolução desta, a união estável, as relações entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela (DINIZ, 2005, p. 05).

A família recebe da Constituição Federal proteção especial devido à sua grande importância jurídica e social, conforme Caput do Artigo 226 do mesmo documento.

De acordo com o Advogado Daniel Vinicius Ferreira da Silva em seu artigo “Princípios Norteadores do Direito de Família”, a base do ordenamento jurídico brasileiro, em especial do Direito de Família, é o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo um dos principais objetivos do Estado sua proteção. Dessa forma, os princípios fundamentais do Direito de Família devem ser analisados a partir do aspecto constitucional, uma vez que ocupa-se de conflitos entre pessoas, que devem ter seus direitos fundamentais preservados e garantidos.

Ainda de acordo com o mesmo autor, os princípios do Direito de Família não são absolutos à medida que derivam de diversos princípios gerais, mas podem ser aqui salientados os de maior relevância para essa área do Direito como o já citado princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da afetividade, do melhor interesse da criança e do adolescente, da paternidade/maternidade responsável, do pluralismo familiar, da igualdade e direito à diferença, da liberdade, da solidariedade.

Apesar da atuação do Direito de Família ser baseada no conhecimento e aplicação dos princípios constitucionais que embasam os princípios de família, ao mesmo tempo necessita acompanhar mudanças, como a evolução social constante e os novos arranjos familiares aqui já vistos.

Importante ressaltar que os operadores do Direito que lidam com questões familiares tratam com pessoas, seus medos, sentimentos, perdas, frustrações, conforme ressalta Maria Berenice Dias. As questões familiares possuem peculiaridades que requerem preparo e sensibilidade por parte de quem as trata, devendo buscar a condução harmônica entre as necessidades dos envolvidos e as soluções para seus conflitos.

Para o Direito de Família são temas recorrentes as ações de separação conjugal ou dissolução de relações de convívio conflitantes, onde os filhos menores de dezoito anos ficam sujeitos às consequências de uma guerra familiar, sendo necessária uma intervenção jurídica para decisão sobre a guarda dos mesmos quando o assunto chega aos tribunais.

Assim, procurando atender a prerrogativa do melhor interesse da criança, fica a cargo do Judiciário a séria decisão sobre qual tipo de guarda é aplicável em cada

caso, onde o princípio da afetividade e respeito ao bem estar da criança devem sempre prevalecer.

## **1.2 Guarda Unilateral e Guarda Compartilhada**

A ruptura de um vínculo de afeto, base de um relacionamento conjugal ou de convívio, acarreta mágoas e frustrações entre o casal, onde um deles ou os dois podem não lidar bem com o rompimento do relacionamento, procurando maneiras de ferir/punir o outro com a intenção de vingar-se.

No entanto, quando o fruto desse relacionamento é uma ou mais crianças, elas podem servir como instrumentos para essa vingança de um dos pares na intenção de atingir o outro, quando deveriam decidir juntos pela melhor forma de proteger e prestar assistência sem privar o menor da convivência familiar, evitando mais dor e sofrimento à criança do que as já causadas pelos reflexos conturbadores do rompimento.

Muitas vezes, porém, além dos normais “problemas” decorrentes de uma separação, os adultos não conseguem diferenciar seu papel de companheiros/conjugues do papel parental. Nesse caso as dificuldades são ainda mais graves, porque os litigantes fazem o rompimento ser ainda mais destrutivo, a si e ao grupo, e usam de todas as armas possíveis para ir contra o “ex”.

Não raro nessas situações que os filhos sejam as vítimas das manipulações de um dos separados, com o fito de atingir o outro conjugue/companheiro (GUAZELLI, 2010, p.37-38).

Na ausência de consenso dos pais, a justiça analisa e decide a aplicação da guarda, se Unilateral ou Compartilhada, levando em conta sempre o princípio do melhor interesse da criança.

Na guarda unilateral (Código Civil 1.538 §§ 1º e 5º), apenas uma das partes (genitor ou genitora) detém a guarda da criança, ou na impossibilidade ou inviabilidade daquele (a), poderá ser atribuída a alguém que a (o) substitua. A guarda unilateral decorre do acordo entre os genitores, ou de declaração de um deles abrindo mão de guarda compartilhada.

Art.1.583.CC. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua.

Art.1.583, §5º, CC. A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

A Guarda Compartilhada institui o compartilhamento igualitário entre os genitores separados.

(...) se compreende por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns (...) (JORNADA DE DIREITO CIVIL (7.: 2015 : Brasília, DF).

Em 2015, aconteceu em Brasília a VII Jornada de Direito Civil, onde foram aprovados alguns enunciados doutrinários que dizem:

O ENUNCIADO 603 - VII JORNADA DE DIREITO CIVIL, VERSA SOBRE A DISTRIBUIÇÃO DE TEMPO ENTRE OS GENITORES NA GUARDA COMPARTILHADA, EM QUE DIZ:

A distribuição do tempo de convívio na guarda compartilhada deve atender precipuamente ao melhor interesse dos filhos, não devendo a divisão de forma equilibrada, a que alude o § 2º do art. 1.583 do Código Civil, representar convivência livre ou, ao contrário, repartição de tempo matematicamente igualitária entre os pais. Parte da legislação: art. 1.583, § 2º, do Código Civil.

ART. 1.583, § 2º, CC "Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos" (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014). ENUNCIADO 604 VII JORNADA DE DIREITO CIVIL

A divisão, de forma equilibrada, do tempo de convívio dos filhos com a mãe e com o pai, imposta na guarda

compartilhada pelo § 2º do art. 1.583 do Código Civil, não deve ser confundida com a imposição do tempo previsto pelo instituto da guarda alternada, pois esta não implica apenas a divisão do tempo de permanência dos filhos com os pais, mas também o exercício exclusivo da guarda pelo genitor que se encontra na companhia do filho. Parte da legislação: § 2º do art. 1.583 do Código Civil (redação dada pela Lei n. 13.058, de 2014). Livro IV - Do Direito de Família. Título I - Do Direito Pessoal. Subtítulo I - Do Casamento. Capítulo XI - Da Proteção da Pessoa dos Filhos.

Conforme já dito, almeja-se com esses tipos de guardas a preservação do melhor interesse da criança e do adolescente, conforme regula Lei Pátria:

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

Quando da detenção da guarda do menor, ou mesmo quando um dos pais descumpra seus deveres intrínsecos à autoridade parental na guarda compartilhada, é comum que se iniciem ataques ao outro genitor através de difamações sobre o mesmo para a criança, que por ser ainda imatura, não percebe que está sendo objeto de manipulação. São atitudes que induzem a criança a desprezar o outro genitor e evitá-lo, já que passa a acreditar nas informações não verdadeiras que o denigrem. Tais ações configuram a prática de atos de Alienação Parental.

A Guarda Unilateral pode ser um fator contribuinte para a ocorrência da alienação parental, uma vez que favorece maior convivência com um dos genitores e maior ausência por parte do outro, o que a meu ver pode causar mais prejuízos à criança. Nesse sentido, compartilho do entendimento do doutrinador Conrado Paulino da Rosa quanto a Guarda Compartilhada como uma forma de precaução quanto à síndrome da alienação parental, à medida que evita ser o alienador o único a cuidar da criança afastando-a do genitor alienado. O compartilhamento da guarda implica na detenção da autoridade parental de forma igualitária para os dois genitores e contribui para preservar os laços de afetividade entre a criança e os mesmos.

## 2 ALIENAÇÃO PARENTAL

### 2.1 Conceitos e Definições

A projeção de uniões perfeitas sempre esteve presente em nosso cotidiano, seja nas propagandas de margarina ou nos contos de fadas, onde o ideal do “e viveram felizes para sempre” embalou, desde há muito, o sonho de dez a cada dez novos casais.

[...]

Todavia, quando algo sai do percurso inicialmente projetado, o final de uma

união, de modo constante, pode atíçar em um ou em ambos os cônjuges ou

companheiros o desejo inconsciente de, a qualquer preço vingar-se pelo fato

de que o anel anteriormente dado “era de vidro e se quebrou”.(ROSA, 2019,

Jornal da Lei).

O trecho acima foi extraído do Jornal da Lei, publicado em 19 de Novembro de 2019, cuja matéria “Era Vidro e Se Quebrou”, escrita por Conrado Paulino da Rosa retrata a alienação parental a partir do fim do relacionamento. Ocorre que a criança acaba sendo “usada como arma” para ferir o outro ex-cônjuge ou companheiro e para isso o alienador deixa de priorizar a proteção psicológica e o bem estar da criança e passa a pensar (como ato de egoísmo) em como vingar-se do outro a qualquer custo, e isso acaba por fazer com que a criança pague um preço alto. Conforme Maria Berence Dias disse em uma de suas palestras... “com a destruição daquele sonho de criança, o tão sonhado “ lar, doce lar” deixa de ser doce , e transforma-se em um verdadeiro pesadelo ”.

Em mais uma passagem da referida matéria, o autor faz alusão à transformação dos sentimentos e à prática da desqualificação do outro para o filho, cujo ato caracteriza alienação parental e causa prejuízos emocionais enormes para o mesmo.

Nesse momento, visualiza-se a antítese de tudo que outrora havia sido experienciado. Eles, até então perdulários em elogios,

transformam-se em mesquinhos em sua essência. Tudo que lhes era positivo se torna - na mesma intensidade do início - invariavelmente negativo. No ápice das emoções, até porque existe uma linha muito tênue entre amor e ódio, qualquer forma de retaliação será muito bem arquitetada.

Nesse ambiente insalubre é que surge a alienação parental e a sua, no mínimo tortuosa, ardilosa, e porque não, psicótica prática de diuturna desqualificação do outro progenitor com um claro objetivo: o de criar um filho órfão de pais vivos.

Sem medir consequências, o outro genitor passa a ser uma espécie de "vodu" de bruxaria e as agulhas que o perpassam são os filhos. Custe o que custar, buscar a infelicidade do outro passa a ser o principal objetivo da vida, mesmo que para isso, custe a vida da própria prole (ROSA, 2019, Jornal da Lei).

Fica claro então que a alienação parental ocorre quando um dos genitores desqualifica o outro para os filhos no intuito de prejudicar ou até mesmo cortar os laços de afetividade entre a criança e/ou adolescente com o genitor alienado, pelo fato de não ter passado pelo luto conjugal, por falta de aceitação ou por outros motivos que nele criaram o sentimento de vingança, induzindo-o a ferir o outro a "qualquer custo".

Convém nesse sentido destacar que a prática de atos de alienação parental, conforme esclarece o Advogado Italo Silva Dantas em seu artigo "A Alienação Parental e o Princípio da Afetividade no Direito Brasileiro", configura afronta ao princípio da afetividade à medida que fere o direito fundamental da criança ou adolescente quanto ao convívio familiar saudável, prejudicando suas relações de afeto e o desenvolvimento normal da sua personalidade, conforme disposto nos Artigos 2º, Caput e 3º da Lei 12.318/2010, cujo teor será esclarecido um pouco mais adiante.

Os estudos de casos sobre alienação parental ganharam força a partir de meados de 1980. Em 1985, o psiquiatra infantil norte-americano, pesquisador da Universidade de Columbia e perito judicial, Dr. Richard Gardner, começou a identificar os sintomas da Síndrome da Alienação Parental.

Era verificada a conduta de manipulação psicológica entre pai e filho, também conhecida como implantação de falsas memórias, com grande incidência em crianças cujos pais estavam passando por litígio conjugal. Nesta época foi publicado pelo Dr. Richard Gardner um artigo sobre as tendências atuais em litígios de divórcio e guarda.

A alienação é considerada pela psicologia uma síndrome, a Síndrome de Alienação Parental, também chamada de falsas memórias ou abuso do poder parental. O termo foi proposto por Richard Gardner, em 1985, após identificar a síndrome em processos de separação conjugal, especialmente quando havia disputa de guarda e a criança demonstrava um apego excessivo a um dos cônjuges, desprezando o outro sem justificativa aparente e apresentando forte temor e ansiedade em relação a isso. (AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS, DATA DA PUBLICAÇÃO 14/08/2015).

É importante então deixar clara a diferença entre Síndrome da Alienação Parental e Alienação Parental.

A Alienação Parental configura-se quando um dos genitores usa o filho como ferramenta para atacar/machucar o outro, tentando com seus atos impedir, obstaculizar e/ou destruir completamente o vínculo afetivo entre a criança/vítima e o alienado. Seu objetivo é “castigar” o ex-cônjuge/convivente pelo fim do relacionamento fracassado, na busca incessante por “vingança”.

Já a Síndrome de Alienação Parental, refere-se às sequelas emocionais e comportamentais que as crianças adquirem no processo de alienação parental. Nota-se acentuada semelhança entre ambos os termos e inclusive parte da doutrina utiliza ambos para falar sobre a alienação parental, sem distinção. Entretanto, como visto aqui, teoricamente não significam a mesma coisa.

Segundo os Psicólogos Jurídicos Jorge Trindade e Fernanda Molinari:

Importante referir que o conceito alienação parental, enquanto situação jurídica, não se confunde com o da síndrome de alienação parental, como condição psicológica. O manual diagnóstico e estatístico de doenças mentais dsm - 5 define síndrome como um agrupamento de sinais e sintomas com base em sua frequente ocorrência, que pode sugerir uma patogênese subjacente, curso, padrão familiar ou seleção. Tratamentos comuns à síndrome de alienação parental dizem respeito a sequelas emocionais e comportamentais das crianças que sofrem com essa prática. Diferentemente de um evento isolado, de um acontecimento qualquer, uma síndrome é composta por um conjunto de fatores ou sintomas que apontam num mesmo sentido, qual seja, caracterizar um fenômeno complexo marcado pela repetição, pela persistência,

pela intensidade e por uma dose de polissemia dos comportamentos. A síndrome de alienação parental, portanto, não se confunde com um ato excepcional praticado por um dos pais, mas configura-se como um conjunto sistemático de procedimentos que alienam o outro conjugue, num manifesto prejuízo aos filhos (TRINDADE, MOLINARI 2017, p.297 e 298).

Devido ao crescente número de casos de alienação parental no Brasil percebidos pelos profissionais que atuam no direito de família e ante a gravidade dos mesmos, foi promulgada a Lei da Alienação Parental, Lei 12.318 de 26 de Agosto de 2010, com o objetivo de garantia de proteção a criança e ao adolescente contra abusos psicológicos e seus direitos fundamentais nas relações familiares.

Definição legal da Lei 12.318/2.010:

Art. 2o Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Segundo Maria Berenice Dias:

Não raras vezes, quando da ruptura da vida conjugal, se um dos conjugues não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, com sentimento de rejeição ou a raiva pela traição, surge o desejo de vingança que desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex - parceiro sentir-se vencido, rejeitado, preterido, desqualificado como objeto de amor, podendo fazer emergir impulsos destrutivos que ensejam desejo de vingança, dinâmica que faz com que muitos pais se utilizem de seus filhos para o "acerto de contas" do débito conjugal. Conforme Viviane Ciambelli, ferido em seu narcisismo, um genitor sente-se no direito de anular o outro e, a partir daí, ou ocupa onipotentemente o lugar do pai deposto junto à criança ou o substitui por uma pessoa idealizada tornando-a mais valiosa. Dessa forma, entre relações falseadas, sobrecarregadas de imagens parentais distorcidas e memórias inventadas, a alienação parental vai se desenhando: pais riscam, rabiscam e

apagam a imagem do outro genitor na mente da criança (DIAS, 2017, p.573).

O Psicólogo e Comunicador Cássio Ropelato, registrado no Conselho Regional de Psicologia sob o nº 79029/06, criou como contribuição para esse trabalho uma frase especial, citada na sequência, definindo de forma pertinente o que a instalação de uma situação de alienação parental evidencia: "A alienação revela uma condição sistêmica onde o amor é precedido pelo poder e pela posse, neste contexto, a exclusão se torna um dano, muitas vezes, com repercussões irreparáveis".

## **2.2 Figuras da Alienação Parental**

Para compreender como ocorre a alienação parental é importante saber a adequada denominação das partes envolvidas e sua dinâmica de funcionamento, onde encontram-se presentes três figuras: o alienador, o alienado e o instrumento da alienação, que se torna a vítima.

Deste modo, o agente alienador é aquele que comete os atos de alienação parental (o abusador de direito) e alienado é aquele que suporta os reflexos/consequências desses atos, tendo o vínculo com seu filho, que é a vítima, abalado ou destruído.

Conforme detalha Conrado Paulino da Rosa, essa dinâmica se dá pela prática de alienação parental pelo agente alienador, que pode ser um dos pais ou qualquer outro parente, em relação ao outro genitor, o sujeito alienado, sendo o instrumento de alienação o filho.

É uma dinâmica onde a criança passa a ser manipulada por meio de estratégias que deturpam a realidade na intenção de fazê-la acreditar no abandono sofrido por parte do outro genitor (o Alienado), e que o bom é aquele que tem apreço por ela (o Alienador). O genitor alienado passa a ser visto pela criança como o vilão da situação.

O modo de agir do alienador se baseia em queixas de desamparo para sensibilizar a criança, controle do tempo que a mesma passa com o outro genitor, fiscalização quanto aos sentimentos da criança em relação a ele e ao outro genitor, mentiras praticadas para destruir o outro, realização de ameaças e até mesmo agressividade. Sua caracterização de vítima é tão convincente que acaba mesmo por envolver pessoas externas à situação, que acreditam na sua versão e se compadecem dele.

O autor ainda destaca a chamada “Contaminação de Objetos”, onde o genitor alienador, com a intenção de desqualificar o genitor alienado, destrói objetos provindos do mesmo.

Com a chamada “contaminação de objetos” provenientes do genitor alienado, a animosidade estende-se a tudo o que, de um modo ou de outro possa ter relação com o progenitor odiado. Nessas práticas é comum o alienador esconder brinquedos que a criança recebeu no lar alienado ou desqualificar roupas que ganhou do outro progenitor (ROSA, 2020, p. 514).

Além disso, pode existir um quadro de extrema gravidade para a criança, que é a alienação parental bilateral, e embora a Lei de Alienação Parental não trate dessa hipótese, é plausível sua ocorrência. Nela, os dois genitores, além de seus familiares, tornam-se agentes alienadores e alienados e o filho serve de instrumento de ataque e alienação, sendo cruelmente penalizado pela situação.

Importante constar aqui que a doutrina majoritária e a jurisprudência vem reconhecendo como agentes alienadores não somente os genitores, mas também os avós, tios, parentes próximos ou qualquer pessoa que detenha a autoridade parental, que na maioria das vezes, por motivos egoísticos, praticam atos de alienação parental ou contribuem para a destruição do vínculo entre a criança e o alienado.

Nesse sentido, é válido citar a seguinte jurisprudência sobre o assunto:

APELAÇÃO. AÇÃO DE GUARDA. ALIENAÇÃO PARENTAL FEITA PELA AVÓ MATERNA. TRANSFERÊNCIA DA GUARDA PARA GENITOR. INTERESSE DA MENOR. SENTENÇA MANTIDA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. - O Estatuto da Criança do Adolescente determina quais atos são considerados alienação parental, deixando claro que estes podem ser feitos pelos genitores e por avós, afetando o desenvolvimento psicológico e social da criança. VISTOS, relatados e discutidos estes autos, em que figuram como partes as acima nominadas. ACORDA a Quarta Câmara Especializada Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, integrando a decisão a súmula de julgamento de fl. 199 (APELAÇÃO CÍVEL 0002226-44.2013.815.2001, 7º Vara da Família da Comarca da Capital, Tribunal de Justiça da Paraíba, Relator: Des. João Alves da Silva, Julgado em 04/05/2016).

Diante desse cenário, a criança/adolescente é considerada a vítima, que sofre abuso psicológico e lesão de seus direitos constitucionalmente garantidos, sendo levada a acreditar em falsas alegações e falsas verdades e privada do direito de convivência familiar com outro genitor pelo alienador, parentes ou por quem detenha o poder parental, como visto acima, causando-lhe dor e sofrimento, além de outros danos futuros desencadeados que com o passar do tempo tornam-se irreversíveis e irreparáveis.

### **2.3 Da Implantação de Falsas Memórias**

Pós-verdade ("post-truth") foi eleita a palavra do ano em 2016 pela Oxford Dictionaries, um departamento da Universidade britânica responsável pela publicação de dicionários que são editados pela universidade, e conforme argumenta o especialista em segurança empresarial Claudio dos Santos Moretti em seu artigo "A Era da Pós-Verdade", publicado em 2019, não foi à toa.

Ele conceitua pós-verdade como afirmações que são feitas sem conexão com a realidade, onde os aspectos e apelos emocionais, assim como as crenças pessoais, têm mais influência sobre as pessoas do que os fatos objetivos.

Vivemos na sociedade da pós-verdade, onde checar as fontes não é uma preocupação e assim as mentiras são difundidas prejudicando pessoas e instituições, principalmente pela rapidez com que as informações são propagadas pela facilidade que a tecnologia proporciona.

O autor esclarece ainda que esse processo de desinformação contribui para enganar, confundir e influenciar a opinião das pessoas. Ele trás uma famosa frase de Joseph Goebbels, ministro da propaganda nazista que diz "Uma mentira repetida mil vezes torna-se verdade".

De maneira semelhante as falsas memórias são implantadas na criança pelo genitor alienador. As histórias que ele conta a ela em desfavor do alienado, carregadas de mentiras e apelo emocional, com o passar do tempo permanecem no subconsciente da criança transformando as falsas verdades em falsas memórias.

A criança acredita que realmente aconteceu aquele fato. Ela passa a não se lembrar do que realmente aconteceu e adota a história que o alienador contou por várias vezes como se o fosse de fato, semelhante a uma "lavagem cerebral".

Maria Berenice Dias esclarece o conceito das falsas memórias em sua obra citando Lenita Duarte, conforme a seguinte explanação:

Como explica bem Lenita Duarte, ao abusar do poder parental, o genitor busca persuadir os filhos a acreditar em suas crenças e opiniões. Ao conseguir impressioná-los, eles sentem-se amedrontados na presença do outro. Ao não verem mais o genitor, sem compreender a razão do seu afastamento, os filhos sentem-se rejeitados, não querendo mais vê-lo. Como consequência, sentem-se desamparados e podem apresentar diversos sintomas. Assim, aos poucos se convencem da versão que lhes foi implantada, gerando a nítida sensação de que essas lembranças de fato aconteceram. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo paterno-filial. Restando órfão do genitor alienado, acaba o filho se identificando com o genitor patológico, aceitando como verdadeiro tudo que lhe foi informado (DIAS, 2017, p. 573).

As lembranças criadas pelo alienador têm como objetivo destruir a imagem do alienado para criança. Seguem alguns exemplos:

“Seu pai/mãe falou que você só atrapalha a vida nova dele”.

“Seu pai/mãe não te ama mais”.

“Ele não vem te visitar porque ele me disse que quer te esquecer”.

“Ele me largou e não gosta de nós”.

Também podem ser implantadas na criança a falsa memória de abuso sexual, violência do genitor alienado contra a criança, entre outras.

Serão brevemente exemplificadas a seguir:

“Seu pai tocou em você? Ele aproveitou de você!” (Quando na verdade ele estava dando banho na criança ou em outra tarefa comum, sem qualquer intenção).

“Sua mãe sempre gritava e te batia, ela é uma bruxa disfarçada, tem garras enormes, a noite ela se transforma, quando todos estão dormindo. Que bom que foi embora, agora eu te protejo dela”.

Estes são breves exemplos, mas existem muitos outros com um poder inacreditável, dependendo do grau de influência psicológica que o alienador tem com a criança, que podem variar conforme a idade da mesma e as estratégias de alienação usadas para a implantação das falsas memórias.

Conforme apontado pela Psicóloga Lilian M. Stein, em seu livro:

“Nossa memória é suscetível à distorção mediante sugestões de informações posteriores aos eventos. Além disso, outras pessoas, suas percepções e interpretações podem, sim, influenciar a forma que recordamos dos fatos” (STEIN, 2010, pg. 26).

Nessa situação, os filhos ficam completamente “à mercê” daquele que tem o dever legal, social e moral de amar, cuidar e proteger. Conforme explica Maria Berenice Dias, o que deveria ser sagrado passa a ser berço de agressão psicológica contra a criança, e que ocorre por motivos egoísticos do alienador.

Os resultados são perversos. Pessoas submetidas à alienação mostram-se propensas às atitudes antissociais, violentas ou criminosas; depressão, suicídio e na maturidade, quando atingida, revela-se o remorso de ter alienado e desprezado um genitor ou parente, assim padecendo de forma crônica de desvio comportamental ou moléstia mental, por ambivalência de afetos. (DIAS, 2017, p. 574).

A alienação parental, quando instalada, deixa a criança órfã de pai ou mãe vivos, ocorrendo o mesmo com o ex-cônjuge, cujos laços de afeto com o filho são destruídos pelo alienador por conta do rancor instalado. A implantação de falsas memórias faz com que a criança acredite na única “verdade” conhecida por ela, e estando o fenômeno instalado, passa a desprezar o outro genitor como se morto fosse, o que causa uma dor imensurável. Assim o alienador se satisfaz por conseguir o que queria, destruir a coisa mais importante da vida do seu ex-cônjuge que é a relação de afeto com o filho. A maternidade ou paternidade lhe é tirada sem piedade e na maioria das vezes, ele nunca mais a terá de volta.

Para aqueles cujo interesse seja se aprofundar um pouco mais nesse assunto, existe um documentário de nome “A Morte Inventada”, bem esclarecedor do tema. É um documentário que traz relatos de casos concretos, com a participação de especialistas nesse âmbito, além de advogados e juízes que discutem sobre o mesmo. Deste mesmo documentário foi publicado um livro da editora Saraiva, de igual título, que vale a pena conhecer.

## **2.4 Formas de Alienação Parental Previstas na Lei 12.318/2010**

Na lei que versa a alienação parental (nº 12.318/2010), em seu artigo 2º, incisos I ao VII, existe o rol exemplificativo das condutas que o alienador parental geralmente pratica, que seguem brevemente comentados:

## **I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade.**

Geralmente ocorre quando o alienador influencia negativamente seu filho sobre o outro genitor, afirmando falsas alegações de descrédito/desmoralização, como por exemplo: "Seu pai não a ama, mas eu sim".

"Sua mãe falou que vai fazer horas extras hoje, mas ela acha que somos bobos, ela vai é gandaiar com as amigas e te deixar sem jantar".

"Sua mãe mente que vai trabalhar, mas ela não quer mais te ver".

## **II – dificultar o exercício da autoridade parental.**

Aqui o alienador influencia a criança a não obedecer às ordens do alienado, manipulando-a. Seria o caso, por exemplo, do pai que passa o final de semana com a criança e ele fala para não obedecer à mãe e deixar de fazer as atividades escolares.

Também seria o caso onde o alienador induz a criança para ao invés de ir passar o final de semana com a mãe, ficar com ele, e voltar só quando ele quiser, inventando uma atividade para a criança se distrair e esquecer-se do que combinou com a mãe.

## **III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor.**

Neste caso, infelizmente muito presente nos casos de alienação parental, um dos genitores priva o outro do contato com o filho, por exemplo, mudando número de telefone, desligando a linha, não passando os recados do alienado para o filho, fazendo acreditar que ele é esquecido pelo seu pai/mãe e que ele não o (a) ama.

## **IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar.**

Quando ocorre a dissolução conjugal ou de convívio, na maioria das vezes já ficam estabelecidos, com quem a criança vai ficar e como serão distribuídas as visitas, ou as partes fazem em comum acordo ou o juiz estabelece.

O que acontece na alienação parental, é que o alienador tenta de todas as formas possíveis afastar ou tirar o filho do alienado. Tal conduta se concretiza inicialmente, com o desrespeito aos horários pré-estabelecidos. O alienador passa a fazer compromissos com a criança nos dias de ficar com a mãe/pai (alienado), tirando-lhes o direito à convivência familiar, instituto de suma importância para o crescimento saudável da criança, que é protegido constitucionalmente pela nossa Lei Pátria.

Art. 227. CF/88 "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão" (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

**V - omitir deliberadamente ao genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço.**

Nestas situações usualmente, acontece o seguinte: o alienador, geralmente o que está com a guarda da criança, não comunica ao outro genitor das datas das reuniões escolares, das notas e desempenho escolar, não diz ao alienado possíveis intercorrências médicas, consultas, exames. Nada chega ao conhecimento do alienado e inclusive o alienador chega a omitir dados /informações para que a criança não conte ao alienado, deixando o ex-cônjuge/parceiro, completamente fora da vida do filho.

A situação pode chegar ao ponto extremo em que o alienador, na tentativa de acabar com o vínculo afetivo entre o filho e o alienado muda de endereço, muitas vezes até de cidade, vai para locais de difícil acesso e não comunica ao alienado no intuito de afastar a criança do outro genitor, criando deste modo, grandes obstáculos para a manutenção do convívio familiar.

Esta situação é muito delicada, para o alienado e para a criança, causando muito sofrimento para ambos, mas em especial ao alienado, que ao ser privado de ver seu filho e não ter notícias de forma alguma, sente o pior dos sofrimentos. É como se fosse torturado psicologicamente.

Ao mesmo tempo, a criança passa a acreditar que foi abandonada e muitas vezes sente raiva do alienado, mal sabendo que tudo que foi contado pelo alienador é uma grande mentira e que ela foi usada como um fantoche nas mãos daquele que ela considera seu salvador.

**VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente.**

Este inciso enseja uma das condutas mais graves e difíceis de serem resolvidas. É o caso da falsa denúncia de crime contra o alienado e/ou seus familiares. O genitor alienador com este ato tem a intenção de afastar/dificultar a convivência familiar com o outro genitor.

Essas falsas denúncias podem ser de maus tratos ou de abusos sexuais ou ainda de outra espécie com conteúdo pejorativo. Neste sentido, é o ensinar dos Advogados Figueiredo e Alexandridis ao consignar que:

A ideia fixa do genitor alienador de proteção do menor em face do outro genitor (vitimado) bem como de seus familiares, pode ser promovida pela apresentação de falsas denúncias, v. g., de maus tratos ou de abusos sexuais, cujas graves alegações surtem complexas consequência não só para o menor e o genitor vitimado diretamente envolvido, mas também para toda família. (FIGUEIREDO, ALEXANDRIDIS, 2011, p. 55).

Vale citar a seguinte jurisprudência acerca deste assunto:

#### AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA.

Menino com 6 anos (DN 04/06/2012 - fl. 46), cuja guarda provisória foi deferida ao pai, diante do noticiado abuso sexual cometido pelo avô materno, com a convivência da mãe. Procedimento arquivado em relação ao avô. Existência de procedimento contra o pai/agravante, por denúncia caluniosa. Estudos e avaliações que demonstram intenção de alienação parental por parte do pai. Prioritário interesse da criança que recomenda a guarda materna. AGRAVO IMPROVIDO. EFEITO SUSPENSIVO REVOGADO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento Nº 70073239709, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 02/08/2018).

(TJ-RS - AI: 70073239709 RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Data de Julgamento: 02/08/2018, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 13/08/2018).

Importante constar que, em caso de falsa denúncia de crime ou de contravenção, configura o crime contra a administração da justiça previsto no artigo 339 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 339, CP - Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente (Redação dada pela Lei nº 10.028, de 2000):

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.

§ 1º - A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto.

§ 2º - A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção.

Na falsa denúncia, também há um outro tipo penal que tutela este ato, no âmbito dos crimes contra a honra. Nesta, teremos configurada a violação do bem jurídico HONRA contra o genitor ofendido, tal conduta é denominada Calúnia e é tutelada pelo artigo 138 do Código Penal. *In verbis*:

Art. 138º, CP - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime.

Pena: detenção de seis meses a dois anos, e multa.

Sendo assim, o genitor alienado pode entrar com as medidas cabíveis contra aquele, pelo crime de calúnia.

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Nenhum dos genitores pode mudar de cidade levando consigo a criança, sem a anuência do outro genitor, o silêncio importa em concordância ou autorização judicial, mesmo que detenha de guarda unilateral.

Esta norma legal visa proteger o melhor interesse da criança e do adolescente, onde em casos de alienação parental pode o alienador mudar de cidade com o intuito de "ficar com o filho só pra si", causando danos à criança pela mudança abrupta de seu meio social, além do distanciamento do genitor alienado.

## **2.5 Propostas para Modificação da Lei 12.318/2010**

Conforme a Assessoria de Comunicação do IBDFAM (com informações da Câmara Federal) tramita no Senado análise para a revogação da Lei 12.318/2010 pela CPI instalada em 2017 sobre maus tratos de crianças e adolescentes, que sugere propostas para modificação da legislação através dos Projetos de Lei 10.182/2018, 10.402/2018 e 10.712/2018.

Isso porque, resumidamente, segundo os citados projetos de lei, pais podem perder a guarda do filho por denunciarem práticas de abuso e violência que não

conseguem se comprovar, sendo assim condenados por falsa denúncia a perder a guarda do filho, o que sob esse ponto de vista, favorece o abusador.

São variadas as opiniões de especialistas no assunto, mas após a elucidação anterior sobre o Art. 2º, Incisos I ao VII da referida lei, fica evidente a necessidade da sua aplicação para proteção e não violação dos direitos dos menores em detrimento aos interesses dos cônjuges.

Dessa forma, conforme escreve a Advogada Renata Nepomuceno e Cysne, Presidente do IBDFAM/Seção DF, na mesma matéria publicada pelo instituto:

A lei em vigor prevê que diante de indício de ato de alienação parental, o processo deve ter tramitação prioritária, da mesma forma há dispositivo sobre a necessidade de estudo multidisciplinar a ser realizado por profissionais habilitados para diagnosticar atos de alienação parental. Ademais, a lei prevê formas exemplificativas de atos de alienação parental, bem como medidas que poderão ser deferidas para inibir ou atenuar seus efeitos. Portanto, o que se deve buscar é o fortalecimento e aplicação da legislação já existente sobre o tema no Judiciário, com a manutenção de sua integralidade (ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM (com informações da Câmara Federal, 2019).

Em resposta às alegações contrárias à Lei de Alienação Parental e o pedido de sua revogação pela CPI dos Maus Tratos através da PLS 498/2018 (Revogação da Lei da Alienação Parental), foi apresentado pela Senadora Leila Barros (PSB-DF), alterações ao citado Projeto de Lei através da proposta 5.030/2019 (ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM (com informações da Agência Senado), 2020).

O substitutivo teve aprovação pela Comissão de Direitos Humanos em 18 de Fevereiro de 2020 e ressalta a importância da lei, que para a autora não deve ser extinta e sim apresentar alterações que reparem o problema de favorecimento de pais abusadores pelo mau uso da mesma.

Conforme informa a Agência Senado, três pilares são defendidos no documento: o bem estar da criança, segurança para que possam ser feitas denúncias de suspeitas de abusos por um dos pais sem o risco de punição e que nas fases iniciais dos processos os juízes sejam envolvidos, ouvindo todas as partes antes da tomada de qualquer decisão, exceto em casos onde haja indícios de violência.

Existindo processo criminal contra um dos pais onde a vítima seja o filho e até que haja decisão em primeira instância no juízo criminal, o processo de alienação parental fica interrompido.

Outra medida proposta pela emenda substitutiva é a retirada gradativa de direitos do alienador pelo magistrado, possibilitando o contraditório e a ampla defesa, antes de qualquer medida, devendo o magistrado atuar antes de se reverter ou modificar a guarda do genitor acusado, salvos os casos de risco à integridade física ou emocional do menor, onde a medida aplicada deve ser imediata.

Sendo a proposta 5.030/2019 aprovada pelo Congresso, as falsas acusações que facilitem crime contra a criança em processos de alienação parental passam a ter pena de reclusão de dois a seis anos e multa, e em casos de crime consumado contra a criança, aumento de um a dois terços da pena (AGÊNCIA SENADO, 2020).

### **3 O PODER JUDICIÁRIO DIANTE DA ALIENAÇÃO PARENTAL**

#### **3.1 A Relação entre o Poder Judiciário e o Direito de Família**

O Direito de Família, conforme já citado no presente trabalho, trata de questões e litígios entre pessoas de um núcleo familiar, e de acordo com os esclarecimentos da Advogada Luiza Galvão em sua publicação “Tudo o que um Advogado Precisa Saber sobre Direito de Família”, embora deva atuar em conformidade com normas baseadas em orientação constitucional sobre família no âmbito jurídico, deve ao mesmo tempo se ater às transformações sociais.

O principal objetivo do Direito de Família é a regulação das obrigações e direitos das instituições familiares que envolvem, dentre outros, fatores como casamento, divórcio, união estável, guarda de filhos menores, direito de visitas, alimentos.

No entanto, conforme enfatiza a autora, as questões do Direito de Família são carregadas de carga emocional e subjetividade, devendo ser tratadas com cautela pelo Poder Judiciário, evitando-se a tomada de decisões baseadas exclusivamente em teorias e racionalizações.

Cabe aqui ressaltar que a família atual e contemporânea, conforme também já exposto neste trabalho, adquiriu com as transformações sociais novas composições e funções, onde os laços de afeto são inerentes ao convívio dos seus integrantes, devendo esse fator também ser levado em consideração pelo Judiciário para tomada de decisões, em especial quando os processos envolvem disputas pela guarda de filhos menores.

Em seu Artigo “O Processo Civil à Luz do Direito de Família”, publicado em 2017, a Juíza de Direito Dra. Denise Damo Comel destaca que são vários os princípios constitucionais a nortear as relações familiares, porém no que diz respeito às questões de direito de família, existem singularidades e relevâncias que permitem soluções e caminhos que diferem dos prescritos ao procedimento comum, como por exemplo, a busca de meios consensuais para solucionar conflitos visando à reconstrução dos vínculos, das relações e laços afetivos rompidos, que na maioria das vezes são as verdadeiras causas dos processos de família.

No que diz respeito às ações de guarda e visitas, a autora elucida que a atuação do Juiz deve se dar de maneira ativa e diretiva na gestão processual, sugerindo adequações e soluções que contemplem a individualidade do caso concreto, de acordo com o contexto onde está inserida a família e seus membros, protegendo o interesse do menor, onde qualquer decisão a ser tomada deve estar pautada em análise efetiva e atual da dinâmica do conflito familiar, levando-se em séria conta os efeitos nocivos que uma decisão equivocada pode ter sobre todos os envolvidos.

Para essa atuação efetiva do magistrado, somente uma avaliação técnico-jurídica pode não ser eficaz, fazendo-se também necessária a realização de uma análise interdisciplinar, em especial nos processos que envolvem casos de Alienação Parental. Nesse caso, profissionais da área social e da Psicologia, através de avaliações técnicas e científicas propiciarão ao magistrado uma visão mais clara dos conflitos existentes na dinâmica familiar, fornecendo elementos para tomada de decisões.

Conforme elucida o Advogado Acir de Matos Gomes, em seu Artigo “Alienação Parental e suas Implicações Jurídicas”, do IBDFAM, reconhecer a real ocorrência da alienação parental exige estudos e conhecimento aprofundado do assunto por parte dos envolvidos, Advogados, Ministério Público, Promotores, Psicólogos, Assistentes Sociais, Assistentes Judiciais e Juízes, tendo sempre como foco o princípio do melhor interesse da criança.

Conforme será demonstrado nas análises das Jurisprudências no item 3.2 deste trabalho, os laudos técnicos emitidos por profissionais da equipe multidisciplinar, capacitados para tais demandas, possuem grande peso nas decisões judiciais, sendo assim de suma importância sua realização acontecer de forma isenta, imparcial, respeitando normas e regulamentações dos Conselhos das respectivas categorias profissionais.

Conforme esclarece Maria Berenice Dias em sua obra Incesto e Alienação Parental, um laudo psicológico elaborado por profissional em oitiva de menor em

um litígio judicial deve estar pautado na real expressão da verdade e não na versão unilateral de um dos envolvidos, devendo para isso o profissional conhecer o contexto familiar e ouvir todos os envolvidos no cotidiano da criança.

Da mesma forma devem proceder demais profissionais da saúde como pediatras, ginecologistas, psiquiatras, entre outros.

Ainda de acordo com Maria Berenice Dias, também os operadores do direito que atuam em varas de família, em processos que envolvem crianças, devem sempre atuar de forma a proteger seus direitos fundamentais. Um advogado não deve priorizar nesses casos os interesses de seus clientes, mas sim os do menor. O Juízo deve ser cauteloso ao analisar os pleitos e as provas dos autos.

Portanto, o cuidado, comprometimento com a ética e fazer cumprir a legislação em vigor são aspectos de vital importância para a preservação e a busca do melhor interesse da criança sempre.

### **3.2 O Poder Judiciário e a Alienação Parental**

A Lei 12.318/2010, Lei de Alienação Parental, foi criada para o atendimento de uma demanda crescente de casos como uma fundamental ferramenta, que aliada a um aparato legislativo regulador das relações familiares, auxilia na identificação das ações de alienação e na fundamentação para decisões judiciais.

O doutrinador Conrado Paulino da Rosa elucida que a declaração de alienação parental pode ocorrer a qualquer tempo em um processo. Mesmo estando o mesmo em andamento, pode ser suscitada a ocorrência de alienação parental de acordo com o artigo 4º da Lei 12.318/2010, conforme segue:

Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Ou seja, a legislação permite que o pedido seja feito em ação autônoma (processo originário) ou incidentalmente (processo apartado). O exemplo a seguir, dado pelo autor, enriquece essa informação:

Existindo em tramitação apenas uma execução de alimentos, tendo em vista sua cognição restrita, o interessante seria o ajuizamento de ação autônoma denominado como “ação declaratória de alienação parental” que poderá ser cumulada com alteração de guarda e/ou regulamentação de convivência familiar. Todavia, se já estiver em curso uma ação cujo objeto seja um destes temas, nesse caso o pedido deve ser de caráter incidental, sob pena de extinção sem resolução do mérito (ROSA, 2020, p. 515).

Dessa forma, é válido citar a seguinte jurisprudência sobre o assunto:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE ALIENAÇÃO PARENTAL. AÇÃO AUTÔNOMA. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. MANUTENÇÃO. 1. Como é sabido, o interesse processual está intimamente associado à utilidade da prestação jurisdicional que se pretende obter com a movimentação da máquina jurisdicional. 2. No caso, observa-se que a demanda em que regulamentadas as visitas paternas se encontra na fase introdutória, com determinação de realização de estudo social e de perícia psicológica nas partes, justamente em razão da forte litigiosidade havida e das notícias de alienação parental, o que evidencia a ausência de interesse processual do autor, ante a desnecessidade e a inutilidade dessa demanda específica para apuração da alegada prática de alienação parental pela ré, o que pode dar-se incidentalmente no feito já em andamento. 3. Manutenção do indeferimento da petição inicial e de extinção da ação, sem resolução do mérito, na forma do art. 485, do NCPC. APELO DESPROVIDO (Apelação Cível Nº 70071962906, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 23/03/2017).

Esses processos devem tramitar em caráter prioritário e de forma urgente, uma vez que deve ser preservada a integridade emocional da criança e a mesma urgência deve ser aplicada na realização das perícias psicológicas e biopsicossocial, onde o prazo determinado para apresentação dos laudos e resultados pela equipe multidisciplinar designada para a realização dos mesmos é de 90 dias.

Ainda falando das questões processuais, é válido citar também Maria Berenice Dias quando esclarece que não somente os pais ou parentes podem propor judicialmente a ação autônoma ou incidental, também o juiz pode agir de ofício, com

legitimidade do Ministério Público, conforme prevê o mesmo artigo 4º da Lei 12.318/2010.

A autora ainda esclarece que o foro competente para a ocorrência da ação é o domicílio dos pais, de acordo com a Súmula 383 do STJ que diz: "A competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda". A alteração do mesmo, caso aconteça, é irrelevante para a determinação da competência. Em relação à matéria recursal, a lei nada prevê, devendo ser aplicado nesses casos o regime do Código de Processo Civil.

Importante aqui ressaltar que tanto a Lei 12.318/2010, quanto as demais legislações como ECA-Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Pátria, Código Civil, devem ser percebidas pela ótica do melhor interesse da criança, ou seja, eles estarão acima de qualquer interesse outro, em conflitos de qualquer ordem. Dessa forma, a convivência familiar é um direito a ela garantido, e que nela se preserve condições que lhe garantam bem estar e proteção.

As ações envolvendo casos de Alienação Parental, por todas as questões complexas que abrange, tornam-se um desafio para o Judiciário, sendo por isso importante analisar e destacar as principais evidências e ações levadas em consideração nos julgamentos de casos de alienação parental, assim como suas respectivas decisões.

Dessa forma serão a seguir apresentadas análises de Jurisprudências dos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio Grande do Sul e São Paulo, baseadas na Lei 12.381/2010 e demais legislações pertinentes. As mesmas encontram-se disponíveis na íntegra, no Anexo II deste trabalho.

**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA. PEDIDO INCIDENTE DE ALIENAÇÃO PARENTAL CONFIGURADA.** A guarda é instituto que visa à proteção dos interesses dos menores. O seu bem-estar deve se sobrepor, como um valor maior, a quaisquer interesses outros, sejam dos genitores ou de terceiros. Na hipótese, a forma como procedeu o genitor, em completo desrespeito à própria filha, impedindo o convívio da filha com a mãe, e plantando falsas memórias contra a genitora, dão conta da alienação parental praticada pelo genitor. **APELO DESPROVIDO.** (Apelação Cível Nº 70076918309, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 25/04/2018).

(TJ-RS - AC: 70076918309 RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 25/04/2018, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/04/2018).

Trata-se de Apelação por parte do genitor para transformar sentença proferida anteriormente em seu desfavor por prática de alienação parental configurada, necessidade de eventual afastamento da filha pelas ações praticadas, guarda unilateral em favor da genitora, e encaminhamento da criança para tratamento especializado.

A Apelação teve seu provimento negado de maneira unânime pelo citado Tribunal de Justiça, uma vez que a elucidação dos fatos concretos e sua relação com uma fundamentação qualificada, pautada na ponderação e prevalência de princípios constitucionais, evidenciam os critérios utilizados na motivação da decisão judicial.

É possível entrever no referido processo, que a Relatora utiliza o princípio de proteção integral aos interesses do menor e seus direitos fundamentais, com destaque ao convívio familiar, conforme preceituam a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil e a Lei nº 12.318/2010, tanto no que se refere ao processo de guarda como na configuração da alienação parental praticada pelo genitor da criança.

Dessa forma, conforme a Constituição Federal, Capítulo VII, Artigo 227:

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

No Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu Artigo 4º, também é possível vislumbrar o princípio de proteção aos interesses e direitos fundamentais da criança e a convivência familiar, usado como ponderação na motivação da decisão judicial:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

A Desembargadora Relatora do processo esclarece que a “guarda é instituto que visa à proteção dos interesses dos menores”, dessa forma, dispõe o Código Civil em seu Capítulo XI - Da Proteção da Pessoa dos Filhos, Artigo 1.583, Parágrafos 1º e 5º:

Art.1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua.

§5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

A Magistrada elucida a ocorrência de alienação parental nesse caso, pautada na Lei 12.318/2010, esclarecendo que a mesma foi sancionada em razão da busca pelo bem estar e proteção da criança nesses casos, citando especificamente seu Artigo 2º, cujos incisos de I ao VII exemplificam formas da alienação parental, dentre as quais várias foram praticadas pelo genitor da criança, como desqualificar a conduta materna, dificultar seu exercício de autoridade parental, dificultar o contato da criança com sua genitora, dificultar a convivência familiar e omitir informações relevantes sobre a filha.

Os fatos trazem um caso de separação conjugal onde um dos cônjuges, o pai da menor, não aceitou o fim do relacionamento e menos ainda o novo relacionamento da ex-esposa, usando a filha para se vingar da mãe dela.

Foi um processo que se arrastou por anos desde que a menor foi passar um dia de visitas com o pai e não mais voltou. Após seis meses sem ver a filha, a mãe entrou na justiça com ação de guarda.

O pai, mesmo após as audiências conciliatórias determinando formas de convívio entre mãe e filha, dificultava as visitas, era agressivo e resistente, o que chegou a ser registrado pelo Oficial de Justiça.

Foram realizados laudos técnicos periciais sociais, psicológicos e psiquiátricos com a criança e em todos eles foram reconhecidas a presença de condutas de alienação parental por parte do pai.

Foram acatadas as respostas aos quesitos do Ministério Público em relatórios sociais, que constataram ser o pai manipulador dos fatos, afastando a menina do convívio materno prejudicando sua formação psicológica. Da mesma forma com o relatório pericial psicológico, onde foi identificada a desqualificação da imagem da mãe pelo pai, fazendo a filha acreditar no seu desinteresse por ela e por fim a conclusão do relatório psiquiátrico, onde foi indicado tratamento terapêutico e revisão de guarda.

Também foram levados em consideração fatos referidos pela Diretora da escola onde a criança estudava, assim como pela senhora que sempre cuidou da menina, que comprovavam carência materna acentuada por parte da mesma.

Os elementos probatórios configuram a prática da alienação parental por parte do genitor e a decisão judicial veio da forma do artigo 6º da Lei 12.318/2010, determinando tratamento psicoterápico de pai e filha, principalmente com a preocupação de tratar consequências psicológicas acarretadas pela Síndrome da Alienação Parental na criança alienada, também a proibição do deslocamento do pai à residência da mãe, que vivia sob ameaça à sua integridade física por parte do mesmo, dentre outras disposições.

A prática de alienação parental também está configurada na documentação da última ação de guarda ajuizada pela mãe, sendo a mesma estabelecida à genitora, com visitas livres ao genitor, primando pelo convívio familiar.

A Apelação teve seu provimento negado motivado pela aplicação de princípios constitucionais e legais, com o reforço dos laudos técnicos periciais sociais, psicológico e psiquiátrico, informações registradas por Oficial de Justiça, sentenças proferidas anteriormente, considerações feitas pela Diretora da escola frequentada pela menor, assim como da senhora que cuidou da menina desde pequena.

Todas as evidências dos fatos constavam nos autos processuais do caso desde a Inicial e todo o conjunto probatório foi acertadamente aplicado na decisão desta Apelação.

O próximo processo também trata de recurso de Apelação, porém dessa vez movido por uma genitora requerendo reforma de sentença anteriormente proferida em seu desfavor. A sentença conta com medida protetiva, ação declaratória de ato de alienação parental praticado pela mãe e ampliação do regime de convivência entre a filha e o pai, sendo seu descumprimento implicado em incidência de multa para essa genitora. Também a possibilidade de alteração da guarda, de unilateral para compartilhada, ou até mesmo sua inversão.

APELAÇÃO CÍVEL. MEDIDA PROTETIVA. PEDIDO INCIDENTE DE ALIENAÇÃO PARENTAL CONFIGURADA. A prova colhida evidencia a existência de alienação parental praticada pela mãe. Sentença mantida. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70080130016, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 27/02/2019).

(TJ-RS - AC: 70080130016 RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 27/02/2019, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 06/03/2019).

A decisão de negar o provimento ao recurso teve sua motivação pautada na ponderação dos princípios da convivência familiar saudável e proteção integral aos direitos e interesses da criança, assim como dos deveres decorrentes da autoridade parental, de tutela ou guarda.

É assegurado ao menor o direito da convivência familiar conforme o Artigo 19 do ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016).

A proteção integral aos seus direitos é expressa no Artigo 227 da Constituição Federal:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

A Relatora do processo bem emprega a definição de alienação parental conforme disposto no Artigo 2º da Lei 12.318/2010, na relação da mãe com a filha e com os atos praticados para afastá-la do pai, quando diz que é “a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua

autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este”. Quanto ao rol exemplificativo do mesmo Artigo, destaca o Inciso VI, esclarecendo que falsas denúncias contra qualquer dos genitores ou seus familiares, que dificulte a convivência do menor com eles, é uma prática de ato de alienação parental.

A necessidade de apuração de fatos que configurem a alienação parental deve ser provida pela realização de avaliações psicológicas e sociais, sendo então determinada a ocorrência das mesmas, conforme previsto no Artigo 5º, da Lei 12.318/2010.

Art.5º. Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

Os resultados conclusivos do laudo social realizado com os núcleos materno e paterno apontaram que o direito de exercer a função paterna por parte do genitor foi atingido, devido a aspectos emocionais vivenciados no passado promovidos pelas agressões pregressas entre os cônjuges, com culpa atribuída ao pai pela mãe.

Em relação ao laudo psicológico, o mesmo indicou a ocorrência da alienação parental da mãe com a filha em detrimento do pai, sendo a mesma influenciada pela

mãe em relação às agressões, o que a faz se distanciar do pai e culpá-lo pelo relacionamento difícil com a mãe.

O conjunto probatório constatou a ocorrência de alienação parental por parte da mãe, nos termos do Artigo 2º, parágrafo único, inciso IV da Lei nº 12.318/2010, que dispõe sobre o exercício do direito regulamentado de convivência familiar, onde dificultá-lo caracteriza prática de ato alienatório.

Conforme o artigo 6º, inciso I do mesmo diploma, foi declarada a prática de alienação parental e advertida a genitora que havendo o descumprimento da decisão judicial, implicará na incidência de multa para a mesma e alteração da guarda, ou até sua inversão, de acordo com o Inciso V.

Art. 6º. Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

I – declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II – ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III – estipular multa ao alienador;

IV – determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V – determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI – determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII – declarar a suspensão da autoridade parental.

A terceira e última decisão a ser apresentada trata de recurso de apelação por parte do genitor para cumprimento de sentença com acordo de visitação à filha do casal já separado, que vinha sendo descumprida por parte da mãe, inclusive nos encontros destinados às sessões de psicoterapia da menor, que foram suspensos pela

genitora sob alegação de problemas de saúde da menina. Os atos praticados pela mãe configuraram prática de alienação parental, resultando na inversão da guarda da menor, com direito à visitação pela mãe.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Cumprimento de sentença – Ação de guarda – Acordo descumprido pela genitora – Atos da genitora que configuram alienação parental – Inversão da guarda da menor que se impõe – Fixação de regime de visitas em favor da mãe, com acompanhamento terapêutico – Recurso provido.

(TJ-SP 21454261920178260000 SP 2145426-19.2017.8.26.0000, Relator: José Carlos Ferreira Alves, Data de Julgamento: 05/06/2018, 2ª Câmara de Direito Privado de SP, Data de Publicação: 07/06/2018).

A motivação da decisão pelo provimento do recurso foi embasada na Lei 12.318/2010, cujo princípio é proteger a integridade e o bem estar da criança nos casos de separação dos pais onde configuram praticados atos de alienação parental por parte de qualquer deles e também no princípio do direito da criança a convivência familiar, conforme ordenamento jurídico brasileiro, destacando-se o Artigo 227 da Constituição Federal, ratificado pelo ECA em seu Artigo 4º, sendo esses princípios ponderados e utilizados como parâmetros decisórios de acordo com sua relação aos fatos concretos do caso.

O processo, que teve como ação originária cumprimento de sentença proferida em ação de guarda, teve como acordo firmado entre as partes a guarda unilateral da criança em favor da mãe, com regime de visitas da criança pelo pai. Em razão do descumprimento do acordo por parte da genitora, outras tratativas foram firmadas, sendo uma delas que o pai realizaria as visitas nas sessões de terapia da menina, com profissional indicado pelo Tribunal.

Foi o que ocorreu por um período de tempo, sendo que após a realização de algumas sessões, a mãe suspendeu o acompanhamento psicoterápico alegando problemas de saúde da menor.

Os relatórios psicológicos revelaram influência da genitora sobre o comportamento e sentimentos da criança em relação ao pai, denegrindo sua imagem, causando repulsa na menina pelo pai. Seus anseios e inseguranças eram gerados pela convivência com o estendido conflito parental, com grande responsabilidade da mãe na maioria das vezes, que demonstrou também até um distúrbio moderado de ordem mental.

Os mesmos relatórios evidenciaram uma criança já prejudicada emocionalmente de forma grave e apontaram consequências imprevisíveis para sua vida futura. À medida que seu crescimento acontecer e ele enxergar a situação de forma consciente, poderá rebelar-se contra a mãe, da mesma forma que com o pai, vivendo situação de luto ambíguo, ou seja, pode se tornar orfã de pais vivos, o que a prejudicará em várias esferas do seu desenvolvimento, inclusive na fase adulta, com seus próprios relacionamentos amorosos.

Os relatórios das sessões foram juntados aos autos e sua conclusão convenceu quanto à prática de alienação parental por parte da genitora da criança, sendo fator fundamental no processo decisório.

O Relator esclarece que no Artigo 2º da Lei 12.318/2010, existe um rol exemplificativo que elenca formas de ações de alienação parental, onde identifica dentre elas, várias praticadas pela genitora, como desqualificar conduta paterna, dificultar contato da criança com o pai, dificultar o exercício da autoridade parental, dificultar a convivência familiar, omitir informações pessoais da criança.

Nesse sentido, segue citação do referido Artigo:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

- I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II - dificultar o exercício da autoridade parental;
- III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Além da prática da alienação parental detectada na avaliação psicológica houve também a negligência da mãe, constante em sentenças já proferidas nas ações anteriores, quanto ao não cumprimento do regime de visitação, onde a mesma cerceava o direito da criança de conviver com o pai.

Sendo assim, para melhor evidenciar a decisão de inversão de guarda, segue embasamento legal disposto no Artigo 1.584, § 4º e Artigo 1.586 do Código Civil:

Art. 1.584.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor.

Art. 1.586. Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais.

Os elementos probatórios deste caso configuram a prática da alienação parental por parte da genitora, o que motivou a decisão de inversão de guarda, baseada no princípio do melhor interesse da criança, primando pela sua saúde física e psíquica e sua proteção, entregando-se ao pai a guarda da filha menor, com regime de visitas da mãe, conforme princípio do direito a convivência familiar, devendo ser realizadas com acompanhamento terapêutico devido à situação de transição e após dois meses, emissão de novo laudo sobre a relação parental e possibilidade de ampliação no regime de visitas.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Nos casos de separação conjugal, onde se comprove a conduta de prática de atos de alienação parental por parte de um dos cônjuges/companheiros ou qualquer outra pessoa que detenha poder parental sobre a criança, é inevitável a ocorrência da Síndrome de Alienação Parental, na forma de sequelas advindas dos traumas vivenciados, conforme comprovado pelos conceitos apresentados, baseados em teorias de autores especialistas no assunto e casos concretos vistos nas jurisprudências analisadas nesse estudo.

A alienação parental, além de causar dor e sofrimento, viola os direitos da criança e do adolescente garantidos constitucionalmente, como por exemplo, o direito à liberdade e à convivência familiar.

Esse estudo sobre Alienação Parental também indica que a Lei 12.318/2010, aliada às doutrinas e legislações pertinentes, que acompanhem as configurações familiares modernas cujo princípio é o afeto, pode ser usada pelo Judiciário em combate à prática de atos alienatórios.

A necessidade de um trabalho conjunto em busca de uma tomada de decisão que seja sempre adequada ao princípio do melhor interesse da criança, foi claramente demonstrada com a exposição da importância do envolvimento de uma equipe multidisciplinar, onde profissionais capacitados e especializados tecnicamente, com responsabilidade, imparcialidade e ética, podem fornecer pareceres de peso na produção das provas que pesarão nas decisões judiciais e impactarão na vida futura dos menores envolvidos.

As Jurisprudências apresentadas demonstram o quanto é importante que o Magistrado da área de família tenha sensibilidade e cautela a avaliar todo o conjunto probatório para aplicar uma sentença, que influenciará diretamente no futuro e bem estar da criança.

Conforme exposto no início deste trabalho, a Lei 12.318/2010 ainda é relativamente nova, entretanto, dez anos após sua vigência no País, é possível concluir que seu aperfeiçoamento faz-se necessário para impedir alguns abusos e não sua revogação, conforme projetos de lei que tramitam no Senado.

Essa lei representa um grande avanço para a garantia das crianças e adolescentes a terem um desenvolvimento saudável, à convivência familiar livre de qualquer tipo de violência, à sua liberdade, assim como traz segurança jurídica, e sua revogação seria um retrocesso a esses direitos.

A lei traz medidas coercitivas capazes de coibir o abuso do poder familiar, entre elas está a pena de multa e a reversão da guarda com a perda do poder familiar nos casos mais graves.

Nos tribunais brasileiros, em decisões recentes analisadas nesse estudo, foi possível observar que a lei vem sendo aplicada cada vez mais, com sanções impostas em casos de verificado a prática de atos de alienação parental com base no princípio do melhor interesse da criança e além de outros princípios também, o da Ponderação, com o intuito e cautela necessários para preservar o menor e garantir seus direitos.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS. **Alienação Parental: o que a justiça pode fazer?** 2015. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/alienacao-parental-o-que-a-justica-pode-fazer/>>. Acesso em: 27/05/2019.

AGÊNCIA SENADO. **Alteração na Lei de Alienação Parental Avança.** 2020. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/02/18/alteracao-na-lei-de-alienacao-parental-avanca>>. Acesso em: 24/03/2020.

ALVES, J. C. F. (Relator). **Agravo de Instrumento. Cumprimento de sentença. Nº 21454261920178260000.** 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Julgado em 05/06/2018. Disponível em: <[http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/TJ-SP\\_\\_21454261920178260000\\_04f35\(1\).pdf](http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/TJ-SP__21454261920178260000_04f35(1).pdf)>. Acesso em: 03/02/2020.

ANDRIGHI, N. (Relatora). **Recurso Especial-Resp. 1000356 SP 2007/0252697-5.** Superior Tribunal de Justiça STJ. 3ª T. j. 25-05-2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14318607/recurso-especial-resp-1000356-sp-2007-0252697-5/inteiro-teor-14318608>>. Acesso em: 07/06/2020.

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM (com informações da Câmara Federal). **IBDFAM se Manifesta Contra Propostas de Alterações na Lei de Alienação Parental.** 2019. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6878/IBDFAM+se+manifesta+contra+propostas+de+altera%C3%A7%C3%B5es+na+Lei+de+Aliena%C3%A7%C3%A3o+Parental>>. Acesso em: 05/02/2020.

\_\_\_\_\_ (com informações da Agência Senado). **Proposta para Alterar a Lei de Alienação Parental Avança no Senado.** 2020. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/7168/Proposta+para+alterar+a+Lei+de+Aliena>>.

%C3%A7%C3%A3o+Parental+avan%C3%A7a+no+Senado>. Acesso em: 24/03/2020.

BRASIL, Código Civil. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 29/05/2019.

BRASIL, Lei da Alienação Parental. **Lei 12.318 de 26 de Agosto de 2.010**. Brasília, 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm)>. Acesso em: 21/03/2019.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 23/04/2019.

BRASIL, Código Penal. **Decreto-Lei No 2.848, de 07 de Dezembro de 1940**. Brasília. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 03/06/2019.

BRUXEL, I. L. (Relator). **Agravo de Instrumento-Guarda. Nº 70073239709**. Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Julgado em 02/08/2018. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/612642308/agravo-deinstrumento-ai-70073239709-rs/inteiro-teor-612642318?ref=serp>>. Acesso em 03/06/2019.

COMEL, D. D. **O Processo Civil à Luz do Direito de Família**. 2017. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/59572/o-processo-civil-a-luz-do-direito-de-familia>>. Acesso em: 20/04/2020.

DANTAS, I. S. **A Alienação Parental e o Princípio da Afetividade no Direito Brasileiro**. 2017. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50584/a-alienacao-parental-e-o-principio-da-afetividade-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 17/05/2020.

DINIZ, M. H. **Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 20ª ed. São Paulo : Saraiva, 2005.

DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias**. 12ª ed . São Paulo : Revista dos Tribunais, 2017. p. 59-61, p.75, p. 576-577.

\_\_\_\_\_. **Incesto e Alienação Parental**. 4ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2017. p. 137-150.

ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE. **LEI 8.069/90**. 1990. Disponível em: < <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91764/estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-lei-8069-90>>. Acesso em: 21/03/2019.

FIGUEIREDO, F. V.; ALEXANDRIDIS, G. **Alienação Parental**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GALVÃO, L. **Tudo o que um Advogado Precisa Saber Sobre Direito de Família**. 2019. Disponível em: < <https://www.aurum.com.br/blog/direito-de-familia/>>. Acesso em: 21/04/2020.

GOMES, A. de M. **Alienação Parental e Suas Implicações Jurídicas**. 2013. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/870/Alien%C3%A7%C3%A3o+parental+e+sua+implica%C3%A7%C3%B5es+jur%C3%ADdicas>>. Acesso em: 30/01/2020.

GUAZZELLI, M. **A Falsa Denúncia de Abuso Sexual**. IN: DIAS, Maria Berenice Dias (COORD.). **Incesto e alienação parental**: realidade que a justiça insiste em não ver. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MORETTI, C. dos S. **A Era da Pós-Verdade**. 2019. Disponível em: < <https://administradores.com.br/artigos/a-era-da-pos-verdade>>. Acesso em: 19/05/2020.

NUNES, R. Manual da Monografia Jurídica. 12ª ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

OLIVEIRA, E. G. de. **Direito de Família**: a tutela familiar na Legislação Brasileira. Campinas : Servanda Editora, 2013.

PASTL, R. M. L. (Relator). **Apelação Cível Nº 700719629. Apelação Cível. Ação Declaratória de Alienação Parental. Ação Autônoma. Ausência de Interesse Processual. Extinção sem Resolução de Mérito. Manutenção**. Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 23/03/2017. Disponível em: < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/691968121/apelacao-civel-ac-70079893483-rs/inteiro-teor-691968145?ref=serp>>. Acesso em: 19/07/2020.

RIBEIRO, L. S. R. (Relatora). **Apelação Cível. Medida Protetiva. Pedido Incidente de Alienação Parental Configurada. Nº 70080130016**. Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Julgado em 27/02/2019. Disponível em:< <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/683516166/apelacao-civel-ac-70080130016-rs/inteiro-teor-683516185?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 02/02/2020.

\_\_\_\_\_. **Apelação Cível. Ação de Guarda. Pedido Incidente de Alienação Parental Configurada. Nº 70076918309.** Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Julgado em 25/04/2018. Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia/10193/Guarda.%20Aliena%C3%A7%C3%A3o%20parental%20configurada.%20Prote%C3%A7%C3%A3o%20do%20interesse%20do%20menor>>. Acesso em: 01/02/2020.

ROSA, C. P. da. **Curso de Direito de Família Contemporâneo.** 6ª ed. Salvador : Editora Juspodivm, 2020. p.52-69, p.214, p.505-510, p. 515-516, p.523-524.

\_\_\_\_\_. **Era Vidro e Se Quebrou.** 2019. Jornal da Lei. Disponível em: <[https://www.jornaldocomercio.com/\\_conteudo/cadernos/jornal\\_da\\_lei/2019/11/711691-era-vidro-e-se-quebrou.html](https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/cadernos/jornal_da_lei/2019/11/711691-era-vidro-e-se-quebrou.html)>. Acesso em 18/05/2020.

SILVA, D. V. F. da. **Princípios Norteadores do Direito de Família.** 2017. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/56132/principios-norteadores-do-direito-de-familia>>. Acesso em: 17/05/2020.

SILVA, J. A. da (Relator). **Apelação. Ação de Guarda. Alienação Parental Feita Pela Avó Materna. Transferência da Guarda para Genitor. Interesse da Criança. Sentença Mantida. Desprovemento do Recurso. Nº 0002226-44.2013.815.2001.** 7º Vara da Família da Comarca da Capital, Tribunal de Justiça da Paraíba, Relator: Des. João Alves da Silva, Julgado em 04/05/2016. Disponível em: < <http://tjpb-jurisprudencia-dje.tjpb.jus.br/2016/5/4/b659e70f-5e0a-4435-82e7-6655b824de42.pdf>>. Acesso em: 19/05/2020.

STEIN, L. M... Et al. **COMPREENDENDO O FENÔMENO DAS FALSAS MEMÓRIAS.** IN: STEIN, Lilian Milnitsky. **Falsas memórias [RECURSO ELETRÔNICO]: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. DADOS ELETRÔNICOS.** Porto Alegre. Ed. Artmed, 2010. p. 21- 41, p.26. Disponível em: <[https://books.google.com.br/books?hl=ptR&lr=&id=Zge17ZVgvLkC&oi=fnd&pg=PA8&ots=fPWijofN\\_m&sig=5b7h3OJNw2gHtrmJuJDEvAgio1o#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.br/books?hl=ptR&lr=&id=Zge17ZVgvLkC&oi=fnd&pg=PA8&ots=fPWijofN_m&sig=5b7h3OJNw2gHtrmJuJDEvAgio1o#v=onepage&q&f=false)>. Acesso em: 02/06/2019.

TRINDADE, J; MOLINARI, F. **Alienação Parental:** psicodinâmica de uma constelação perigosa. In: dias, Maria Berenice. **Incesto e a Alienação Parental.** 4º ed. rev.atual. e ampl. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 2017. p.295- 310.

**VII Jornada de Direito Civil,** [28-29 de setembro de 2015, Brasília]. Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015. p.34 e 35.

ANEXO I

**LEI Nº 12.318, DE 26 DE AGOSTO DE 2010.**

Dispõe sobre a alienação parental e altera o  
art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990.

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

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a alienação parental.

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I – realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II – dificultar o exercício da autoridade parental;

III – dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV – dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V – omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI – apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII – mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente

responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

I – declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II – ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III – estipular multa ao alienador;

IV – determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V – determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI – determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII – declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

Art. 7º A atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada.

Art. 8º A alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de decisão judicial.

Art. 9º (VETADO)

Art. 10. (VETADO)

Art. 11. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 26 de agosto de 2010; 189º da Independência e 122º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DASILVA

Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto

Paulo de Tarso Vannuchi

José Gomes Temporão

Este texto não substitui o publicado no DOU de 27.8.2010 e retificado no DOU de 31.8.2010

## **ANEXO II**

### **JURISPRUDÊNCIAS NA ÍNTEGRA**

**Nº 70076918309 (Nº CNJ: 0057042-70.2018.8.21.7000)**

**2018/Cível**

#### **APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA. PEDIDO INCIDENTE DE ALIENAÇÃO PARENTAL CONFIGURADA.**

A guarda é instituto que visa à proteção dos interesses dos menores. O seu bem-estar deve se sobrepor, como um valor maior, a quaisquer interesses outros, sejam dos genitores ou de terceiros.

Na hipótese, a forma como procedeu o genitor, em completo desrespeito à própria filha, impedindo o convívio da filha com a mãe, e plantando “falsas memórias” contra a genitora, dão conta da alienação parental praticada pelo genitor.

APELO DESPROVIDO.

Apelação Cível.

Sétima Câmara Cível

Nº 70076918309 (Nº CNJ: 0057042-70.2018.8.21.7000)

Comarca de Porto Alegre

A.M.L.

APELANTE

M.P.

APELADO

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores Des. Jorge Luís Dall'Agnol.

(Presidente) e Des.<sup>a</sup> Sandra Brisolara Medeiros.

Porto Alegre, 25 de abril de 2018.

DES.<sup>a</sup> LISELENA SCHIFINO ROBLES RIBEIRO,

Relatora.

## **RELATÓRIO**

Des.<sup>a</sup> Liselena Schifino Robles Ribeiro (RELATORA)

Trata-se de recurso de apelação interposto por AQUILES M. L. pretendendo a reforma da sentença das fls. 213/221, que julgou procedente o Pedido Incidental de Declaração de Ato de Alienação Parental com Aplicação de Medida de Urgência e de Efetividade requerido pelo MINISTÉRIO PÚBLICO em desfavor do demandado, para o efeito de declarar a prática de alienação parental perpetrada pelo genitor em desfavor da filha, Rebeca, e aplicar as medidas de proteção, nos termos do disposto no artigo 129, inciso VI, da lei n.º 12.318/2010, devendo a genitora providenciar imediatamente o tratamento psicológico da adolescente, usando os valores depositados em Juízo exclusivamente para esse fim.

Alega, preliminarmente, cerceamento de defesa, uma vez que não atendido ao pedido de expedição de ofício à escola onde a filha estuda, a fim de comprovar que a genitora da menina "causou vexame" na instituição de ensino. Argumenta que a mãe da menor maculou sua imagem, fazendo diversas alegações que nunca foram comprovadas, não demonstrada a afirmada alienação parental. Assevera, outrossim, que os valores depositados em juízo devem ser liberados em seu favor, uma vez que é o responsável pela alimentação e bem estar da filha.

Pede, por isso, o provimento do recurso (fls. 225/9).

Foram apresentadas as contrarrazões pugnando pelo desprovimento da apelação (fls. 230/3),

manifestando-se após o Ministério Público pelo desprovimento do recurso (fls. 235/9). Vieram os autos conclusos, restando atendidas às disposições dos arts. 1.010, § 3º e 1.011, ambos do CPC/2015, pela adoção do procedimento informatizado do sistema themis2g.

## **VOTOS**

Des.<sup>a</sup> Liselena Schifino Robles Ribeiro (RELATORA)

Afasto, a princípio, o alegado cerceamento de defesa, infundado o pedido de expedição de ofício à escola da filha, porquanto desimporta para o deslinde do feito.

No mérito, igualmente, não procede a inconformidade.

Cuida-se, como se viu, de Pedido Incidental de Declaração de Ato de Alienação Parental com

Aplicação de Medida de Urgência e de Efetividade requerido pelo Órgão Ministerial, pois, em ação de guarda promovida pela genitora da menina Rebeca, tendo em vista os atos praticados pelo genitor, foi constatada a necessidade de seu eventual afastamento, bem como de seu encaminhamento e o da menor a tratamento psicológico.

A Síndrome de Alienação Parental é um distúrbio da infância caracterizado pela doutrinação do menor, usado por parte de um genitor, a fim de alienar o outro progenitor da vida da criança. É uma prática utilizada de forma recorrente e irresponsável que põe em risco a saúde emocional e compromete o sadio desenvolvimento de uma criança. Atualmente a alienação parental é uma forma de maltrato ou abuso; é um transtorno psicológico que se caracteriza por um conjunto de sintomas pelos quais um genitor, denominado cônjuge alienador, transforma a consciência de seus filhos, mediante diferentes formas e estratégias de atuação, com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado, sem que existam motivos reais que justifiquem essa condição (SERAFIM, Antonio de Pádua; SAFFI, Fabiana. Psicologia e Práticas Forenses. São Paulo: Manole, 2012.).

A Síndrome em estudo causa inúmeras consequências para a criança alienada, principalmente

psicológicos e pode provocar problemas psiquiátricos para o resto da vida. Como sintomas, pode-se destacar depressão crônica, incapacidade de adaptação em ambiente psicossocial normal, transtornos de identidade e imagem, desespero, sentimento incontrolável de culpa, sentimento de isolamento, comportamento hostil,

falta de organização, dupla personalidade e às vezes suicídio (DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. DIAS, 2011, pg. 460).

Em face desse panorama, foi sancionada a Lei nº 12.318, que dispõe sobre a alienação parental e assim como a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil, tem o objetivo de proteger a criança e seus Direitos Fundamentais, preservando dentre vários direitos o seu convívio com a família. Conforme o art 2º:

Art. 2o. Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou

maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

É o caso.

Consta na inicial que em julho de 2012, a genitora de Rebeca ajuizou ação de guarda, noticiando que o demandado não permitia a aproximação da filha desde a Páscoa de 2012.

Em audiência conciliatórias realizadas (fls. 36, 74, 78, 116 e 142) foram determinadas várias formas de convívio entre mãe e filha, todas frustradas.

A par disso, na primeira visita, o genitor demonstrou resistência e extrema agressividade, fato

registrado pelo Oficial de Justiça.

Em março de 2013, Rebeca passou a recusar o convívio materno e em setembro de 2013, o Ministério Público manifestou-se pelo reconhecimento da prática de alienação parental e pela advertência do demandado. Porém, ante a continuidade dos fatos alienantes e a impossibilidade do convívio entre mãe e filha, foi determinada a inversão de guarda em 25/02/2014.

Não obstante, a guarda fática continuou a ser exercida pelo pai. E diante das manobras do demandado para que a mãe não tivesse contato com a filha, em abril de 2014, sobreveio a notícia de que a genitora desistiu do feito, dizendo-se cansada de lutar e temendo pela sua integridade física em razão das constantes ameaças.

Contudo, por meio de decisão judicial o feito teve prosseguimento, na forma do art. 6º da Lei nº 12.318, determinando a proibição de deslocamento do demandado até o local de residência da genitora, o tratamento psicoterápico da menina, assim como o pai, dentre outras disposições (fls. 64/67).

No laudo social das fls. 121/5, realizado em 23/03/2016, Aquiles não aceitou a visita das peritas em sua residência, exceto se os valores dos alimentos da menor fossem liberados, uma vez que bloqueados pelo juízo. As peritas foram obrigadas a realizar a avaliação da menina Rebeca na escola, e no momento em que estava sendo ouvida, Aquiles entrou "furioso" na sala de aula da filha e não a encontrando, foi pedir satisfação aos funcionários do colégio, gritando porque a escola permitiu a entrada das peritas. Mesmo estando ciente da nomeação da nomeação para a realização da avaliação, intimou as peritas de modo agressivo, gritando e dizendo que a menina fez já várias avaliações e todas foram distorcidas, esperando que fosse relatada a verdade. Em conversa, Rebeca disse que sua mãe abandonou o pai e foi embora com outro homem e ela não deseja conviver com o companheiro da mãe e também não quer saber do irmão. Disse que o pai é maravilhoso e não lhe deixa faltar nada.

Rebeca disse que seus pais se separaram quando ela tinha 11 anos (nascida em 15/05/2001), a mãe saiu de casa levando-a consigo para a casa da avó materna, onde

era maltratada, ficava solta na rua e atravessava a ponte da Ilha Grande dos Marinheiros para passar o dia na casa do dindo, uma vez que a mãe “não lhe dava bola”. Disse que a mãe batia nela e a avó lhe chamava de lixo, tendo ido passar o final de semana com o pai e decidido não mais retornar para a casa materna. Referiu que a mãe não a visitava porque não queria e sempre arrumava desculpas para não vir buscá-la. Defende o pai em todos os sentidos, afirmando que nunca foi proibida de manter contato com a mãe, foi sua mãe que nunca fez questão de visitá-la, inclusive foi feito acordo judicial para a mãe buscá-la uma vez por semana na escola para passear, após a aula, e a mãe só veio uma vez. Rebeca disse que a última vez que viu a mãe foi em audiência, quando esta referiu que não tinha mais filha e estava desistindo do processo de guarda. Rebeca manifestou a vontade de conviver com a mãe uma vez por semana, para passear, sem ir à casa materna, pois não quer conviver com o companheiro da genitora e com o irmão, desejando também manter o contato telefônico. A genitora, em contato, referiu que estava morando em outro Estado e que gostaria muito de passar as férias escolares com a filha. Disse que inviabilidade das visitas vai esperar a filha se tornar maior de idade para que possam conviver sem a interferência do genitor. Em resposta aos quesitos formulados pelo Ministério Público, foi constatada a existência da alienação parental de grande extensão, que vem sendo exercida desde a separação do casal, quando a menor estava com 11 anos, estando agora com 14 anos. O requerido sempre manipulou os fatos da separação e detém um poder autoritário e persuasivo sobre a filha. A consequência é o afastamento do convívio materno, prejudicando a formação psicológica da menor, sendo que Rebeca possui carência materna, fato referido pela Diretora da escola e por dona Rosa, a senhora que sempre cuidou da menor).

Igualmente, o laudo pericial psicológico atesta que Aquiles disse que não compareceria e nem a filha para a avaliação enquanto não fosse liberada a pensão da menor. A avaliação com Rebeca teve que ser realizada no ambiente escolar, insurgindo-se o genitor com a entrevista realizada sem a sua autorização, tumultuando o local. No mesmo dia, no turno da tarde, Aquiles telefonou para a entrevistadora tirando satisfação sobre a entrevista no colégio. Em razão do tom ríspido e agressivo, a entrevistadora interrompeu a conversa, mas Aquiles continuou ligando insistentemente (16 ligações em pequeno intervalo), até que foi atendido, dizendo à perita: Não qué ouvi o que em tenho pra ti dize? Pra ti escreve neste teu laudinho de merda? Rebeca foi entrevistada, relatando que seus pais estavam separados há quatro anos e o juiz havia programado as visitas na casa da genitora, mas quando ela chegava lá, a sua avó lhe chamava de “lixo” e dizia para a sua mãe largá-la de mão. Era maltratada pela mãe e pelos outros. Disse que só gostaria de passear com a mãe. Verbalizou que sente falta da mãe e gostaria de manter o contato telefônico pelo menos uma vez por semana. Que seu aniversário está chegando e tem certeza que sua mãe não vai mandar nem uma mensagem para ela.

Disse que está feliz com seu pai e que ele não a impede de ver a mãe, não existindo alienação

parental. Em conclusão foi constatado que a menina vive em conflito entre o amor possessivo do seu pai e a saudades da mãe. Nos seus relatos percebe-se que ela sofre uma certa influência do genitor em algumas formações de opinião. A mãe Sônia revela que se sente ameaçada por Aquiles e que ele não aceitando o fim do relacionamento, usa a menina para se vingar. Disse que entende o comportamento da filha em não conseguir se posicionar frente ao pai, que não tem problema de Rebeca morar com o pai, mas gostaria de passar as férias na sua casa e falar por telefone. Responde aos quesitos considerando a existência de alienação parental por parte do genitor, desqualificando a imagem da mãe e fazendo a filha acreditar que sua genitora não tem interesse e afeto por ela (fls. 132/139).

Ambos os laudos só ratificam o que já havia sido constatado nos estudos sociais realizados em 20/12/2012, 22/05/2013 e 15/08/2013, sobre o comportamento agressivo de Aquiles, a não aceitação com o novo relacionamento de Sônia e a alienação parental (fls. 58/63, 99/160 e 111/113, autos apenso).

Na anterior ação de guarda, também a avaliação psiquiátrica já referia:

“características paternas marcadas de agressividade e controle criam condições de submissão consciente e inconsciente da filha, que sente-se, também, abandonada e totalmente dependente do pai...Todos os elementos disponíveis indicam a ocorrência de Alienação Parental em relação à figura materna. O acompanhamento psicológico da menor por profissional de confiança do Juízo é indicado no sentido de reorganizar os laços familiares ...visando, a curto prazo , reversão da guarda.” fls. 124/126 da ação de guarda em apenso.

Não bastassem os elementos probatórios existentes nestes autos, a prática de alienação parental pelo demandado está configurada pela documentação que instrui a última ação de guarda ajuizada recentemente pela genitora (autos em apenso, onde realizado o acordo de alteração de guarda).

Naquele feito, Rebeca firmou declaração de próprio punho afirmando que quando residia com o pai ele não permitia o contato com a mãe (fl. 38).

As mensagens telefônicas das fls .20 daquele feito também demonstram a correção dos laudos já produzidos, onde a menor diz à mãe que sempre teve medo de falar e que precisa de ajuda da mãe porque o pai não permite que converse com meninos, chamando-a de vadia e determinando que a adolescente escolha entre ele ou a genitora.

Nada mais esclarecedor quanto à prática de alienação do que a afirmativa de que a filha teria que optar entre um ou outro genitor.

Quanto a esse processo, cumpre mencionar que não há nos autos qualquer prova da alegação de retorno de Rebeca à guarda paterna (parte final das razões de recurso).

A última notícia dos autos advém da audiência da fl. 50 dos autos 001/1.17.0059375-8, realizada em 14.09.2017, quando a guarda foi estabelecida à genitora, com visitas livres ao genitor.

Portanto, a versão da genitora é bastante distinta daquela trazida pelo apelante, afirmando na inicial de 2012 (processo 001/1.12.01673381) que não abandonou a filha, mas que a menor foi passar um dia de visitas com o genitor em dezembro de 2011 e não mais voltou. Em novembro de 2012, quando da audiência da fl.36, a genitora não via a filha há 6 meses, e sempre na visitação havia resistência do genitor.

E apenas para não deixar passar em branco, não é crível que a genitora se apresentasse com a Brigada Militar para efetivar a busca da filha na escola se tal não fosse necessário em razão de resistência do recorrente quanto ao cumprimento da ordem judicial de que dispunha na ocasião.

Assim, em que pese a impugnação dos fatos, a prática alienadora está demonstrada pela prova pericial realizada. O contexto fático é muito mais amplo do que tais episódios pontuais e conduta paterna e suas tentativas de romper o vínculo da filha com a mãe após ela ter abandonado o lar conjugal resta inequívoca da leitura dos autos técnicos (em relação aos quais o apelante não logrou êxito em impugnar ou trazer contraposição qualificada).

Nesse sentido:

**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÕES DE GUARDA E DE BUSCA E APREENSÃO DE MENOR.**

**INSTRUÇÃO E JULGAMENTO CONJUNTO. REVERSÃO DA GUARDA. PERTINÊNCIA. ALIENAÇÃO PARENTAL CONFIGURADA.** 1. A guarda é instituto que visa à proteção dos interesses dos menores. O seu bem-estar deve se sobrepor, como um valor maior, a quaisquer interesses outros, sejam dos genitores ou de terceiros. 2. No feito em comento, a guarda provisória foi deferida ao genitor por ter levado o juízo a incidir em erro, noticiando situação que não correspondia à realidade. 3. A forma como procedeu à retirada da infante da residência materna, em completo desrespeito aos seus sentimentos, aliada à postura posterior no sentido de impedir o convívio da filha com a mãe, e às provas documentais e testemunhais, dão conta da alienação parental praticada pelo genitor. 4. O provimento do recurso, considerando que a guarda da menor reverteu para a genitora, significaria, a meu

sentir, cancelar atitudes que tais, egoístas e infundadas, demonstrando que pouco importam os caminhos desde que o objetivo seja alcançado. APELO DESPROVIDO (Apelação Cível Nº 70061609905, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolará

Medeiros, Julgado em 29/04/2015).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÕES DE GUARDA E REVERSÃO DE GUARDA E BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. AGRAVO RETIDO. ANTERIOR INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO DA DECISÃO QUE DECLAROU O ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA CONFIGURADA. APELAÇÃO. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE A AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO AJUIZADA PELA GENITORA E IMPROCEDENTE AS AÇÕES DE GUARDA E REVERSÃO PROPOSTAS PELO GENITOR. RECONHECIMENTO E CONFIGURAÇÃO DE ALIENAÇÃO PARENTAL, PERPETRADA PELA FAMÍLIA PATERNA. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. LITIGÂNCIA DE MA-FÉ CARACTERIZADA. AUSÊNCIA DE LEALDADE PROCESSUAL POR PARTE DO GENITOR.

APLICAÇÃO DE MULTA AO GENITOR TENDO EM VISTA DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. CABIMENTO. AGRAVO RETIDO E APELAÇÃO DO GENITOR DESPROVIDOS E APELO DA GENITORA PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70053874905, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 26/06/2013).

Outrossim, importa destacar que sequer vinga o pleito do apelante de que os valores depositados em juízo devem ser liberados em seu favor, já que é o responsável pela alimentação e bem estar da filha.

Como bem pontuado na sentença, muito embora os valores referentes às pensões depositadas em juízo cabem ao genitor que exerceu a guarda, tendo em vista a fixação de multa ao demandado, decorrente do descumprimento da decisão de encaminhamento da menina a atendimento psicológico e psiquiátrico, foi determinada a compensação e liberação mediante alvará em favor da adolescente a fim de utilizar exclusivamente para seu tratamento psicológico.

Do exposto, nego provimento ao recurso.

Des.<sup>a</sup> Sandra Brisolará Medeiros - De acordo com o (a) Relator (a).

Des. Jorge Luís Dall'Agnol (PRESIDENTE) - De acordo com o (a) Relator (a).

DES. JORGE LUÍS DALL'AGNOL - Presidente - Apelação Cível nº 70076918309, Comarca de Porto Alegre: "RECURSO DESPROVIDO. UNÂNIME."

Julgador (a) de 1º Grau: LILIANE MICHELS ORTIZ

**APELAÇÃO CÍVEL. MEDIDA PROTETIVA. PEDIDO INCIDENTE DE ALIENAÇÃO PARENTAL CONFIGURADA.**

A prova colhida evidencia a existência de alienação parental praticada pela mãe. Sentença mantida.

APELO DESPROVIDO.

APELAÇÃO CÍVEL

SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

Nº 70080130016 (Nº CNJ: 0378213-10.2018.8.21.7000)

COMARCA DE MARAU

T.F.B.

APELANTE

M.P.

APELADO

C.T.M.M.

INTERESSADO

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores DES. JORGE LUÍS DALL'AGNOL (PRESIDENTE) E DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES.

Porto Alegre, 27 de fevereiro de 2019.

DES.<sup>a</sup> LISELENA SCHIFINO ROBLES RIBEIRO,

Relatora.

## **RELATÓRIO**

DES.<sup>a</sup> LISELENA SCHIFINO ROBLES RIBEIRO (RELATORA)

Trata-se de recurso de apelação interposto por TATIANA F. B., postulando a reforma da sentença proferida em medida protetiva cumulada com ação declaratória de ato de alienação parental instaurada de ofício pelo Juízo da Infância e Juventude, declarada, incidentalmente, a prática de atos de alienação parental pela mãe de TALITA, ampliando o regime de convivência entre a filha e o pai, fixando-se o convívio semanal, das 10h às 18h, aos domingos, sob pena de descumprimento, de incidência de multa e alteração da guarda para compartilhada ou, até mesmo, sua inversão (fls. 100/101).

Sustenta que jamais praticou atos que possam configurar alienação parental, referindo que a avaliação psicológica não é suficiente para apontar a sua ocorrência. Afirma que Talita está traumatizada por presenciar agressões entre os genitores, de iniciativa do pai. Também alega que o genitor, durante a constância do casamento, foi relapso no que tange à criação, educação e cuidados afetivos com a menor, e a adolescente já possui discernimento e razoável autonomia em suas opiniões e vontades, não sendo justo atribuir à mãe atos de alienação parental. Afirma que estimula a filha para que mantenha vínculos com o genitor, que, no mais das vezes, dificulta a convivência.

Pede, por isso, o provimento do recurso, a fim de seja afastada a declaração da prática de alienação parental por parte da genitora (fls. 110/114).

Não foram apresentadas contrarrazões (fl. 120).

O Ministério Público manifesta-se pelo desprovimento do recurso (fls. 122/124).

Vieram os autos conclusos, restando atendidas às disposições dos arts. 1.010, §3º e 1.011, ambos do CPC/2015, pela adoção do procedimento informatizado do sistema themis2g.

É o relatório.

## **VOTOS**

DES.<sup>a</sup> LISELENA SCHIFINO ROBLES RIBEIRO (RELATORA)

Não procede a inconformidade recursal.

Inicialmente, no que diz respeito aos atos de alienação parental supostamente praticados pela recorrente TATIANA, tem-se que restaram efetivamente comprovados no decorrer da instrução.

Com efeito, a Lei nº 12.318/2010 dispõe sobre a alienação parental, definindo-a como a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (artigo 2º, caput).

O diploma legal elenca, em rol exemplificativo, atos de alienação parental. Vejamos:

Art. 2º [...]

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Ainda, importa ressaltar que a prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, infringindo disposição constitucional da proteção integral dos menores (artigo 227, da Constituição Federal), além de prejudicar a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constituir abuso moral contra os jovens e infantes e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

Consoante o Conselho Nacional de Justiça :

(...) O principal prejuízo para a criança que sofre alienação parental é desenvolver uma visão distorcida sobre um de seus genitores e, posteriormente, percebe que foi privada do contato com um de seus pais, o que poderá levá-la a se voltar contra o alienador.

O termo alienação parental é complexo e cabe ao juiz decidir, com base no diagnóstico de psicólogos e outros profissionais, se houve a prática de fato. A alienação é considerada pela psicologia uma síndrome – a Síndrome de Alienação Parental, também chamada de falsas memórias ou abuso do poder parental. O termo foi proposto por Richard Gardner, em 1985, após identificar a síndrome em processos de separação conjugal, especialmente quando havia disputa de guarda e a criança demonstrava um apego excessivo a um dos cônjuges, desprezando o outro sem justificativa aparente e apresentando forte temor e ansiedade em relação a isso.

O alienador costuma apresentar características como manipulação e sedução, baixa autoestima, dificuldades em respeitar regras e resistência a ser avaliado, entre outras. Exemplos de conduta do alienador são apresentar o novo cônjuge como novo pai ou nova mãe, desqualificar o pai da criança em sua frente e de outros, tomar decisões importantes sobre o filho sem consultar o outro, alegar que o ex-cônjuge não tem disponibilidade para os filhos e não deixar que usem roupas dadas por ele.

E para apurar a configuração de alienação parental, é necessária a realização de avaliação psicológica e social, conforme previsão do artigo 5º do referido diploma legal .

No caso, o estudo social elaborado junto ao núcleo familiar materno apontou, in verbis:

[...] Observa-se que Tatiana se posiciona como vítima dos conflitos familiares não conseguindo ter escuta e nem uma leitura coerente da relação estabelecida entre o ex-casal e a relação estabelecida destes com a filha. [...] também se observou que a mesma remete à filha a responsabilidade de decisão de ver o pai, porém identifica-se contradição em seu discurso, pois em alguns momentos traz a dificuldade de se

relacionar com o ex-marido, gerando desconfiança em deixar Talita com o pai, sem a sua presença.

Por seu turno, o estudo social confeccionado com o núcleo familiar paterno indicou que:

[...] a separação ocorreu há aproximadamente 03 anos [...] após a audiência de separação, ficou decidido judicialmente que a guarda de Talita ficaria com a mãe, porém Leonardo teria visita livre para com a filha, o que, segundo ele, não ocorreu em função dos conflitos e impedimentos a que era submetido pela ex-esposa, onde "só podia pegar ela pra sair se levasse Tatiana junto" (SIU). Relata sua insegurança em relação à ex-esposa, e a preocupação com a relação que a mãe estabelece com Talita, principalmente a seu respeito, onde acredita que Tatiana "faz sua cabeça" para não querer vê-lo. Segundo ele e sua família de origem, Talita sente medo de desafiar a mãe, tendo que se submeter em concordar a não vê-lo.

Conclui o laudo social que:

[...] a leitura que a família de origem e Leonardo têm da relação que Tatiana e Talita estabelecem, pode ser considerado coerente, visto o aspecto relacional que eles mesmos vivenciaram anteriormente a fragilização dos vínculos afetivos da família.

Entende-se que o direito de exercer a função paterna de Leonardo pode estar sendo atingido, visto a fragilização dos vínculos afetivos e relacionais entre o ex-casal.[...]

Realizada avaliação psicológica com a menor Talita, foi referido que se evidenciou que apresenta dados de uma personalidade com aspectos influenciáveis, ou seja, conforme a situação pode ser influenciada (até manipulada) e mudar de opinião em detrimento de outros/outras opiniões.

A par disso, restou constatado que o discurso verbal de Talita é extremamente idêntico ao da mãe em relação às agressões, sugerindo que em alguns momentos Talita pode acabar sendo influenciada pela mesma. Ainda, Talita recusa as visitas do pai e a comunicação, além de apresentar pensamento negativos sobre ele, referindo que ele é o "culpado" do difícil relacionamento conjugal que mantinha com sua mãe (Tatiana). Ao final, a psicóloga responsável pelo laudo indicou a ocorrência de atos de alienação parental da mãe com a filha em relação ao pai (fls. 90/91).

Assim, o conjunto probatório, especialmente os estudos sociais e avaliação psicológica, identifica a ocorrência de alienação parental, nos termos do artigo 2º, parágrafo único, inciso IV da Lei nº 12.318/2010. E, em conformidade com o artigo 6º, inciso I, do mesmo diploma legal, deve a genitora ficar advertida de que eventual

descumprimento da decisão judicial importará na incidência de multa e alteração da guarda ou, até mesmo, a sua reversão.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÕES DE GUARDA E DE BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. INSTRUÇÃO E JULGAMENTO CONJUNTO. REVERSÃO DA GUARDA. PERTINÊNCIA. ALIENAÇÃO PARENTAL CONFIGURADA. 1. A guarda é instituto que visa à proteção dos interesses dos menores. O seu bem-estar deve se sobrepor, como um valor maior, a quaisquer interesses outros, sejam dos genitores ou de terceiros. 2. No feito em comento, a guarda provisória foi deferida ao genitor por ter levado o juízo a incidir em erro, noticiando situação que não correspondia à realidade. 3. A forma como procedeu à retirada da infante da residência materna, em completo desrespeito aos seus sentimentos, aliada à postura posterior no sentido de impedir o convívio da filha com a mãe, e às provas documentais e testemunhais, dão conta da alienação parental praticada pelo genitor. 4. O provimento do recurso, considerando que a guarda da menor reverteu para à genitora, significaria, a meu sentir, chancelar atitudes que tais, egoístas e infundadas, demonstrando que pouco importam os caminhos desde que o objetivo seja alcançado. APELO DESPROVIDO (Apelação Cível Nº 70061609905, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Julgado em 29/04/2015).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÕES DE GUARDA E REVERSÃO DE GUARDA E BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. AGRAVO RETIDO. ANTERIOR INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO DA DECISÃO QUE DECLAROU O ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA CONFIGURADA. APELAÇÃO. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE A AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO AJUIZADA PELA GENITORA E IMPROCEDENTE AS AÇÕES DE GUARDA E REVERSÃO PROPOSTAS PELO GENITOR. RECONHECIMENTO E CONFIGURAÇÃO DE ALIENAÇÃO PARENTAL, PERPETRADA PELA FAMÍLIA PATERNA. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. LITIGÂNCIA DE MA-FÉ CARACTERIZADA. AUSÊNCIA DE LEALDADE PROCESSUAL POR PARTE DO GENITOR. APLICAÇÃO DE MULTA AO GENITOR TENDO EM VISTA DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. CABIMENTO. AGRAVO RETIDO E APELAÇÃO DO GENITOR DESPROVIDOS E APELO DA GENITORA PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70053874905, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 26/06/2013)

Destarte, impõe-se a manutenção da sentença, que ampliou o regime de convivência familiar entre TALITA e seu genitor, LEONARDO, em atenção à proteção integral e absoluta dos direitos da criança e do adolescente.

Do exposto, nego provimento ao recurso.

DES. JORGE LUÍS DALL'AGNOL (PRESIDENTE) - De acordo com o (a) Relator (a).

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES - De acordo com o (a) Relator (a).

DES. JORGE LUÍS DALL'AGNOL - Presidente - Apelação Cível nº 70080130016, Comarca de Marau: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME."

Julgador (a) de 1º Grau: MARCEL ANDREATA DE MIRANDA

**Registro: 2018.0000420491**

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2145426-19.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante HUGO RIZZO, é agravada SIMONE RUFINA ABDUL NOUR.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALVARO PASSOS (Presidente) e JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS.

São Paulo, 5 de junho de 2018.

José Carlos Ferreira Alves

RELATOR

Assinatura Eletrônica

Agravo de Instrumento nº 2145426-19.2017.8.26.0000

Agravante: H. R.

Agravado: S. R. A. N.

Comarca: São Paulo Foro Regional de Santo Amaro

MM. Juiz de 1ª instância: Analuísa Livorati Oliva De Biasi Pereira da Silva.

### **RELATÓRIO.**

1. Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão digitalizada às fls. 51/52, que, nos autos da ação de guarda, em fase de cumprimento de sentença, designou audiência para tentativa de conciliação para 18 de agosto de 2017.
2. Inconformado, insurge-se o agravante alegando, em resumo, que o acordo foi firmado entre as partes em 2013, mas desde dezembro de 2014 vem tentando fazer com que seja realmente cumprido. Diz que é nítida a alienação parental praticada pela agravada. Aduz que já restou demonstrado nos autos que a agravada não cumpre os acordos por ela firmados, de modo que a audiência de conciliação será infrutífera. Sustenta que atualmente está sem qualquer notícia da filha, posto que a genitora não atende suas ligações e o bloqueou no aplicativo "Whatsapp". Pede, pois, a suspensão da decisão agravada e o restabelecimento do regime de visitas acordado, devendo ser cominada multa diária para o caso de descumprimento. Ao final, requer o provimento do recurso.
3. Recebi o recurso e deferi a liminar, fixando regime provisório de visitas (fls. 830/835).
4. Às fls. 838/841 e 937/939 o agravante noticiou o descumprimento da liminar pela agravada e, às fls. 870/882, a agravada requereu a reconsideração da liminar.
5. Em razão dos fatos narrados, suspendi o regime provisório de visitas anteriormente fixado (fls. 943/945).
6. Laudo psicológico elaborado pela Dra. Verônica A. da Motta Cezar juntado às fls. 950/972, sobre o qual se manifestaram as partes (fls. 1.003/1.016 e 1.024/1.044).
7. Contraminuta (fls. 975/996).
8. A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso "para que seja, diante da evidência da alienação parental gravíssima que foi constada, alterada a guarda da menor para seu pai, ou caso, assim não entenda esta E. Corte, seja fixado um regime de visitas imediato, com retiradas semanais, com pernoite nos fins de semana, e previsão de retirada para pernoite da quarta para quinta feira, diretamente na escola, mediante fixação de pena pecuniária mínima de R\$5.000,00(cinco mil reais) por dia de desobediência, e advertência de que a mudança da guarda será inexorável diante do descumprimento de qualquer dia de visitas" (fls. 1.090/1.102).
9. As partes se manifestaram (fls. 1.104/1.119, 1.169/1.172 e 1.177/1.180).

10. Em cumprimento à r. decisão de fls. 1.193, houve a complementação do laudo psicoterapêutico (fls. 1.196/1.198), sobre o qual as partes se manifestaram (fls. 1.217/1.220 e

1.223/1.226).

11. A douta Procuradoria Geral de Justiça requer a conversão do julgamento em diligência, ou, caso superadas as preliminares, reitera o parecer anterior (fls. 1.238/1.246).

### **FUNDAMENTOS.**

12. De início, consigno que entendo o recurso suficientemente instruído, com elementos bastantes à formação do convencimento deste colegiado, sendo desnecessárias as diligências sugeridas no laudo de fls. 1.196/1.198.

13. Trata a ação originária de cumprimento de sentença proferida em ação de guarda.

14. Na referida ação, as partes firmaram acordo com relação à guarda e regime de visitas da menor em abril de 2013. Desde dezembro de 2014, porém, o agravante vem informando o descumprimento reiterado do acordo, certo que outras tratativas foram firmadas, inclusive na presença deste Relator.

15. Por ocasião de uma dessas tratativas, foi acordado entre as partes que as visitas do pai ocorreriam em sessões de terapia, com profissional de confiança deste Relator.

16. Realizadas algumas sessões, houve a suspensão do acompanhamento, ante problemas de saúde da menor noticiados pela genitora.

17. Pois bem. O relatório das referidas sessões foi juntado aos autos e traz informações gravíssimas, que nos convencem da alienação parental realizada pela genitora da criança.

18. Esclareço que, de acordo com a Lei nº 12.318/10, em seu art. 2º: "Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

19. Nesse sentido, salientou a Prof. Dra. Verônica A. da Motta Cezar Ferreira que “O Protocolo Rorschach por nós solicitado para avaliar a hipótese de alguma forma de distúrbio em algum ou alguns membros da família, concluiu que a criança e o pai se encontram dentro dos níveis de normalidade, com total possibilidade de convivência saudável, e que a criança não apresenta qualquer indício de estresse pós-traumático proveniente do relacionamento com

o pai. Que todos os anseios e inseguranças da menina se devem à convivência com o estendido conflito parental, sendo a mãe a maior responsável pela situação, denotando esta moderado distúrbio de ordem mental” (fls. 960).

20. Mais à frente, ela assevera que “No caso em tela, a sequência de fatos e a psicodinâmica da relação levam à consideração de que, no momento, dos pontos de vista psíquico e relacional, a criança denota progressiva repulsa pelo pai, tem sua imagem denegrida, está distanciada da família paterna e tem na mãe sua figura de segurança. Esta, consciente ou inconscientemente, exerce significativa influência em seu comportamento e sentimentos, sendo nela depositado tudo o que há de bom, e, no pai, tudo o que há de mau, o que, se, no momento, já aponta para uma criança prejudicada, emocionalmente, no futuro, poderá prejudicá-la, sob o prisma psicoemocional, de forma grave. À medida que essa menina for crescendo, acabará

por tomar consciência da situação, podendo rebelar-se também em relação à mãe, tendendo a ficar, portanto, órfã de pai e mãe vivos, em situação de luto ambíguo, que, mais do que o luto real, pode trazer consequências imprevisíveis na vida adolescente e adulta, prejudicando-a nas várias esferas da vida, inclusive na relacional, o que incluirá dificuldade na escolha de futuro parceiro amoroso" (fls. 961/962).

21. Restou claro, portanto, que não há razão para a menor ter repulsa à presença do pai, senão em virtude de alienação parental praticada pela mãe.

22. Nesse diapasão, como bem ponderado no parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, "O caso se arrasta desde 2103 - quando então a pequena tinha apenas três anos de idade. Ora se a convivência com o pai sempre foi anulada, de onde a criança retira tantos e tão fortes elementos informadores para ser contra todo e qualquer contato com o pai? Afinal houve algum fato concreto que justificasse tamanha reação? A resposta, infelizmente, é não".

23. Inegável, portanto, a alienação parental praticada pela genitora da menor.

24. E é importante notar que a agravada em momento algum, em nenhuma petição, sugere alguma forma de reaproximação entre pai e filha, dando a entender que sua pretensão é, de fato, anular a figura do pai na vida da criança, o que, por óbvio, não se pode admitir.

25. Desse modo, vislumbrando melhores condições de saúde física e psíquica da menor, a longo prazo, entendo que se impõe a inversão da guarda, entregando ao pai a guarda da menor.

26. Assevero que, consoante dispõe o art. 1.584, §4º, do Código Civil, "A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor", não se olvidando que, de acordo com o art. 1.586 do mesmo Códex, "Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais".

27. Nesse sentido, veja-se o comentário ao art. 1.586 do Código Civil, in "Código Civil Comentado", Coordenador Ministro Cezar Peluso, 11ª edição, 2017:

"Este artigo realça mais uma vez a prevalência quanto à definição sobre a guarda, do interesse do menor sobre o dos seus pais, como já constava nos artigos antecedentes (arts. 1583 e segs.). Em razão da não ocorrência da coisa julgada

material, exatamente porque recomenda o interesse do menor, o que se definiu anteriormente sobre a guarda dos filhos pode ser regulamentado de maneira diferente pelo juiz, agora se houver motivos graves”.

28. Saliento que não se ignora os males de saúde que acometeram a menor em certas circunstâncias, noticiados pela genitora nos autos.

29. Ocorre que, não se pode esquecer também que, durante período em que a menor alegadamente não estava em perfeitas condições de saúde, realizou viagem ao exterior em companhia da mãe, sem que tivessem ocorrido quaisquer intercorrências médicas.

30. Destarte, ciente da dimensão da decisão ora tomada, anoto que o que se deseja, nesse momento, é que Stephanie possa ser criada em um ambiente de paz, tranquilidade, harmonia e amor, convivendo com ambos os genitores de forma harmoniosa, o que, diante de todo o exposto, não se mostra possível enquanto sob a guarda da mãe.

31. Como já dito, a inversão da guarda visa resguardar o futuro da menor, evitando a ocorrência da malfadada conclusão contida no laudo psicoterapêutico juntado aos autos, isto é, que ela se torne órfã de pais vivos.

32. Pois bem. Fixada a guarda da menor em favor do pai, tendo em vista as peculiaridades do caso, necessária a antecipação dos efeitos da tutela, estabelecendo-se que a criança seja entregue pela mãe, no prazo máximo de 3 (três) dias a contar da publicação deste acórdão, na residência paterna, em horário a ser previamente comunicado pela mãe, com antecedência mínima de 24 horas.

33. Impõe-se, também, a fixação de regime de visitas da mãe.

34. Entendo que nesse período de transição e adaptação, melhor que as visitas sejam realizadas com acompanhamento terapêutico com profissional a ser escolhido pelas partes, duas vezes na semana, sendo 2 horas por encontro, e, após 2 (dois) meses, deverá ser remetido laudo ao Juízo de Primeira Instância, informando sobre a evolução da relação parental e, eventualmente, sobre a possibilidade de mudança no regime de visitas, com sua ampliação, a critério do MM. Juízo a quo.

35. Pelo meu voto, DOU PROVIMENTO ao recurso, antecipando a tutela recursal, nos termos da fundamentação supra.

JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES

RELATOR

## APÊNDICE

### BREVE HISTÓRICO DOS PRINCIPAIS AUTORES CONSULTADOS

#### **Conrado Paulino da Rosa**

Advogado especializado em Direito de Família e Sucessões. Presidente do IBDFAM/Seção RS. Presidente da Comissão Especial de Direito de Família e Sucessões da OAB/RS. Professor de Direito em Cursos Universitários e de Pós-Graduação e Palestrante em eventos nacionais e internacionais. Mestre, Doutor e Pós Doutor em Direito. Autor de oito livros e coordenador de 17 obras coletivas nas áreas de família e sucessões e conflitos.

[www.conradopaulinoadv.com.br](http://www.conradopaulinoadv.com.br)

#### **Fábio Vieira Figueiredo**

Advogado e Consultor Jurídico. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais, subárea do Direito Civil. Co-fundador da Escola Brasileira de Direito (Ebradi). Professor Universitário e de Pós-Graduação em diversas instituições. Autor de várias obras jurídicas, entre elas Alienação Parental, escrita em coautoria com Georgios Alexandridis.

[www.fabiovfigueiredo.com.br](http://www.fabiovfigueiredo.com.br)

#### **Fernanda Molinari**

Psicóloga Forense e Advogada especializada em Direito de Família. Sócia do Instituto de Psicologia Prof. Jorge Trindade. Presidente da Sociedade Brasileira de Psicologia Jurídica e Diretora do Instituto Brasileiro de Direito de Família/RS. Docente em várias instituições com experiência nas áreas de conexão entre Psicologia e Direito, com ênfase em Psicologia Forense e Mediação de Conflitos. Autora de várias obras nas áreas de Família e Forense.

[www.inspi.com.br](http://www.inspi.com.br)

#### **Georgios Alexandridis**

Advogado, Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais. Membro da Comissão de Direito Civil e da Jovem Advocacia da OAB/SP. Professor e autor de obras jurídicas, entre elas Alienação Parental, da Editora Saraiva, escrita em coautoria com Fábio Vieira Figueiredo.

[www.ebradi.com.br](http://www.ebradi.com.br)

### **Jorge Trindade**

Psicólogo especialista nas áreas clínica e jurídica. Membro de Associações e Entidades de Classe como OAB, Ordem dos Psicólogos do Brasil, Associação do Ministério Público do RS, Comissão Especial dos Direitos da Criança e do Adolescente da OAB/RS, entre outros. Criador da Escala de Indicadores de Alienação Parental, instrumento que auxilia crianças, adolescentes e genitores a identificar os sinais de Alienação Parental de acordo com a Lei 12.318/2010. I. Professor universitário e autor de várias obras sobre Psicologia Jurídica.

[www.inspi.com.br](http://www.inspi.com.br)

### **Lilian Milnitsky Stein**

Psicóloga com especialização em Psicologia Cognitiva. Professora e Pesquisadora com ações pioneiras na área de falsas memórias aplicadas ao campo da Psicologia do Testemunho e técnicas de entrevistas investigativas para oitiva de testemunhas, vítimas, e suspeitos. Autora de várias obras sobre memória e emoção.

[www.escavador.com](http://www.escavador.com)

### **Maria Berenice Dias**

Advogada especializada em Direito de Família e Sucessões. Desembargadora aposentada do TJRS. Vice-Presidente do IBDFAM. Presidente da Comissão Especial da Diversidade Sexual e Gênero do Conselho Federal da OAB. Participante da elaboração de Estatutos que tramitam no Senado Federal: Estatuto das Famílias, da Adoção, da Diversidade Sexual e de Gênero. Fundadora do JusMulher (serviço voluntário de atendimento jurídico e psicológico às mulheres vulneráveis). Criadora do Jornal Mulher, voltado a questões de gênero. Autora de diversas e importantes obras sobre o Direito de Família e Direito Homoafetivo.

[www.mariaberenice.com.br](http://www.mariaberenice.com.br)

### **Maria Helena Diniz**

Advogada, Jurista e Professora, Mestra e Doutora em Direito. Autora de mais de 40 obras na área do Direito, em especial na área civil.

[www.pt.wikipedia.org](http://www.pt.wikipedia.org)

### **Monica Guazzelli**

Advogada de Direito de Família e Sucessões. Professora de Direito e autora de vários trabalhos publicados. Membro do Instituto dos Advogados do Brasil/Seção RS do IBDFAM (Instituto Brasileiro do Direito de Família) e do International Society of Family Law.

[www.monicaguazzelli.com.br](http://www.monicaguazzelli.com.br)

## O IMPACTO DO SISTEMA DE PRECEDENTES NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

**STANLEY SILVA RIBEIRO:** Pós-graduado em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP (2008). Pós-graduado em Direito Constitucional pela Uniderp (2017). Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. É advogado da União lotado na Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Infraestrutura, tendo passagem pelo Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos - DECOR da Consultoria-Geral da União e pela Assessoria do Gabinete do Consultor-Geral da União.

**RESUMO:** O trabalho aborda os aspectos legais e dogmáticos do Código de Processo Civil no que toca ao sistema de precedentes atualmente adotado e o respectivo impacto trazido pelos artigos 927 a 928 sobre a jurisdição constitucional. O cerne respeita principalmente ao controle difuso de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, a abstrativização do controle concreto e a denominada *teoria da transcendência dos motivos determinantes*. A metodologia utilizada é a dogmática, com análise da legislação, jurisprudência e doutrina especializada. Ao final, percebeu-se a necessidade de se repensar o contexto em torno do art. 52, X da Carta Constitucional.

**Palavras-chave:** Precedentes. *Ratio decidendi*. Código de Processo Civil. Controle Difuso de Constitucionalidade. Efeito Vinculante.

**ABSTRACT:** The paper examines some legal and dogmatic aspects from Code of Civil Procedure, mainly about the stare decisis system adopted and the impact brought by articles 927 to 928 over the constitutional jurisdiction. The fundamental of object is the judicial review made by the Supreme Court and the "transcendence of the determining motives theory". The method used is the dogmatic, with reviews about law, doctrine and jurisprudence. In the end, the conclusion is that necessary rethink about article 52, X, of Federal Constitution.

**Keywords:** Precedents. Ratio decidendi. Code of Civil Procedure. Judicial Review. Binding Effects.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A diferente posição da jurisprudência no *common law* em relação ao *civil law*. 2 Fundamentos do Sistema de Precedentes no Novel Código de Processo Civil. 3. Controle de Constitucionalidade no Brasil; 3.1 Noções Gerais; 3.2

Controle Concentrado; 3.3 Controle Difuso. 4. Impactos do Código de Processo Civil no Controle de Constitucionalidade Brasileiro. Conclusão. Referências Bibliográficas

## INTRODUÇÃO

O trabalho abordará os aspectos legais atinentes aos precedentes judiciais no ordenamento jurídicos brasileiro, trazidos à lume por meio da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, e os desdobramentos daí resultantes na jurisdição constitucional. O cerne a ser oportunamente desenvolvido respeita principalmente ao controle difuso de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, a abstrativização do controle concreto e a denominada *teoria da transcendência dos motivos determinantes*.

A metodologia utilizada é a dogmática ou instrumental e em razão do caráter eminentemente técnico-jurídico da problematização torna-se imprescindível a análise da legislação em vigor, bem assim da jurisprudência e da doutrina especializada.

O ponto central do tema está inserto na seara das normas e da coerência do ordenamento jurídico, buscando, de forma pragmática, uma precisa adequação formal voltada à solução de casos concretos do cotidiano forense e da vida dos cidadãos.

Quanto ao método de procedimento empregado a pesquisa é precipuamente monográfica, baseando-se fundamentalmente na revisão bibliográfica dos grandes doutrinadores e eventualmente na avaliação de julgados emblemáticos.

Assim sendo, o presente artigo será dividido em quatro capítulos. A primeira parte observará as questões fundamentais dos grandes sistemas normativos do mundo, *common law* e *civil law*, bem como as distintas concepções da jurisprudência em cada uma dessas formas de lidar com os julgados anteriores. Posteriormente, trataremos dos precedentes em seus aspectos legais, na forma preconizada pelo CPC/2015. Em seguida, analisaremos os mecanismos de controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, enveredaremos em análise quanto às modificações produzidas no controle de constitucionalidade difuso após o advento do Código.

A vida cotidiana de qualquer cidadão é repleta de interações com outras pessoas, as quais acabam gerando relações jurídicas de toda ordem, mas com um aspecto sempre presente; a necessidade de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos de seus atos. Esse valor tão buscado por todo o tecido social, a segurança jurídica, foi preconizado pela Constituição Federal em diversas passagens, mas pela limitação do objeto de pesquisa cingimo-nos ao estudo dos precedentes.

Uma vez o julgamento judicial representando a chancela estatal acerca de determinada situação, a segurança jurídica por ela representada ganha contornos ainda mais fortes, sob pena de desacreditar a própria soberania estatal, marcada na hipótese pelo Estado-Juiz. Para além da questão institucional não se pode olvidar do impacto negativo da ausência de segurança jurídica nas relações econômicas e os eventuais prejuízos gerados ao Estado pela falta de investimentos e desaquecimento da economia.

## **1 A DIFERENTE POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO COMMON LAW EM RELAÇÃO AO CIVIL LAW**

Inicialmente, expõe-se que em ambos os sistemas jurídicos, sob metodologia distinta, pretende-se criar objetividade e previsibilidade, privilegiando os princípios da igualdade e da segurança jurídica. No *common law* a preservação desses valores ocorreu de forma natural e sem grandes rupturas com o passado, ao passo que história do *civil law* transitou em sentido oposto. No Brasil, a insegurança jurídica atingiu níveis alarmantes, de forma a causar perplexidade tanto na comunidade jurídica, como no seio da sociedade como um todo, essa preocupação é compartilhada por WAMBIER (2012, p. 36-38):

No Brasil, enfrenta-se o problema de excesso de casos em que há divergência de interpretações da lei num mesmo momento histórico, o que compromete a previsibilidade e a igualdade. As divergências se alastram desde o primeiro grau até os Tribunais Superiores, atingindo também o Supremo, o que impossibilita que as decisões dessas cortes superiores desempenhem o papel de orientação para os demais órgãos do Judiciário.

(...)

Outro fenômeno indesejável no Brasil é a consistente e frequente alteração brusca da orientação nos tribunais superiores, o que gera a falta de uniformidade e a consequente previsibilidade do sistema. Não obstante, a autora aponta o espírito de muitos magistrados brasileiros que se sentiriam menos juízes ao não decidir com sua própria convicção, mesmo sendo o caso, de ser entendimento pacificado em um tribunal superior<sup>165</sup>.

No *common law* os precedentes são fontes do direito tanto quanto as leis emanadas do Estado, o que não autoriza o magistrado a ignorar solenemente o

direito positivo. Esse sistema jurídico é mais permeável e flexível aos influxos dos precedentes, no relacionamento com a legislação, não sendo esta última a principal manifestação do direito. Tal percepção é consolidada na doutrina:

Assim, no common law, a jurisprudência é tipicamente uma das fontes do direito no sentido formal, ao lado do direito legislativo, constitucional e as regras do Executivo. Ainda que a decisão judicial demande a aplicação da lei, o juiz não inicia a decisão do caso a partir e tão somente do texto legal, ele busca aplicar o precedente ao caso, ou seja, passa a investigar nas decisões acumuladas sobre a questão quais as principais regras jurídicas a serem extraídas do contexto histórico-normativo (STRECK; ABBoud, 2013, p. 35).

O juiz do sistema de precedentes se vincula aos casos pretéritos e para se afastar dessa trilha deve necessariamente lançar mão do *distinguishing* e do *overruling*. Um aspecto digno de relevo é justamente o fato da doutrina dos precedentes não se confundir com o *stare decisis*, apesar deste último ter se desenvolvido com base nos precedentes.

Uma decisão judicial prolatada por um tribunal e que tenha aptidão para ser replicada pelos demais tribunais, por si só não configura um precedente, para que se alcance tal classificação é necessário que a decisão seja efetivamente replicada, ou seja, é imprescindível a ressonância no meio jurídico.

A regra do *stare decisis*, que veio a se desenvolver posteriormente, irradia efeito vinculante para todo o sistema, não em razão de disposição constitucional ou legal e sim em razão da tradição. Não se trata de simples aplicação de solução jurídica análoga para casos iguais, sua acepção técnica é representada pela sistematização das decisões, que distingue a efetiva fundamentação, que é o precedente vinculante, do *dictum*, que é mera argumentação prescindível para a solução do caso. (STRECK; ABBoud, 2013. p. 37).

A *ratio decidendi* pode ser conceituada como o princípio de direito contido na decisão judicial e que é suficiente para decidir o caso concreto. Trata-se, portanto, de uma regra jurídica a ser aplicada a um incontável número de casos. A doutrina continuamente destaca essa necessária distinção:

O precedente não é a decisão em si, senão a razão jurídica que se tomou como fundamento para o caso concreto. A decisão concreta vincula apenas às partes, mas a razão de decidir tem força de lei para os casos futuros. A diferente vinculação que tem a decisão (apenas para os litigantes) e a razão de decidir

(com valor para os casos futuros), com eficácia erga omnes, permite estabelecer a distinção entre a eficácia da doutrina vinculante (*stare decisis*) e a eficácia da *res iudicata*. (VÁSQUEZ, 1998 p. 358).

Entretanto, é preciso ter em mente que os fundamentos da decisão paradigma jamais podem ser analisados isoladamente, sem a presença do contexto fático-jurídico que lhe deu existência, sob pena de não ser possível a adequada identificação da fundamentação do precedente.

O *obiter dictum*, por sua vez, corresponde ao enunciado ou argumentação jurídica expressamente contidos na decisão judicial, cujo conteúdo e presença são irrelevantes para a solução final da demanda, é mera baliza argumentativa.

Como se observa das considerações até aqui expendidas a aplicação de um precedente não é tão simples quanto aparenta, não existe prévia regra jurídica apta a solucionar diversos casos em efeito cascata. O desvelar da regra contida em um precedente demanda atividade interpretativa e intenso debate, para ao final realizar-se o cotejo da regra encontrada com o caso concreto, verificando-se a eventual existência de distorções que ensejem a inaplicabilidade das razões jurídicas pretéritas.

Alinhavando as premissas acima, destaca-se a existência de dois âmbitos de incidência quanto ao *stare decisis*: o horizontal, que se refere à obrigação de qualquer tribunal de se ater aos seus próprios precedentes e o vertical, significando o dever de se seguir fielmente os precedentes dos tribunais hierarquicamente superiores.

Por fim, importa deixar registrado que a ciência jurídica moderna não conhece sistema puro, a adotar estritamente o sistema do *common law* ou o *civil law*, há em verdade uma mescla de ambos os modelos, ora com prevalência de um ora do outro. A doutrina pátria e estrangeira em essa perspectiva consolidada quando da efetivação dos respectivos estudos. Observemos a lições de TARUFFO (2007, p. 795):

Cumprе destacar, antes de tudo, a grande importância que o emprego do precedente e da jurisprudência ocupa na vida do direito de todos os ordenamentos modernos. Pesquisas desenvolvidas em vários sistemas jurídicos têm demonstrado que a referência ao precedente não é há tempos uma característica peculiar dos ordenamentos do *common law*, estando agora presente em quase todos os sistemas, mesmo os de *civil law*. Por isso, a distinção tradicional segundo a qual os primeiros seriam fundados sobre os precedentes, enquanto os segundos seriam fundados sobre a lei escrita, não tem mais

– admitindo-se que realmente tenha tido no passado – qualquer valor descritivo. De um lado, na verdade, nos sistemas de civil law se faz amplo uso da referência à jurisprudência, enquanto nos sistemas de common law se faz amplo uso da lei escrita e inteiras áreas desses ordenamentos – do direito comercial ao direito processual – são, na realidade, “codificadas”.

Ao tratar especificamente dos britânicos VÁSQUEZ (1998, p. 365) arremata: “*Observa-se, que o direito inglês entrou na era dos estatutos, como consequência da influência da União Europeia, podendo-se dizer que atualmente se vive um common law estatutificado. Assim, podemos falar em uma aproximação entre os dois sistemas*”.

Uma vez desenhado o panorama geral pertinente aos sistemas de precedentes atualmente observados em diversos ordenamentos jurídicos, necessário prosseguir aferindo como esse instituto foi estruturado pelo Código de Processo Civil e quais são os possíveis desdobramentos desses novos dispositivos normativos. Cabendo, desde já, repisar o alerta para o cenário especial em que se põe um sistema de precedentes, como bem identifica trabalho recente sobre a temática:

(...) implantar um sistema de precedentes não é o mesmo que observar a jurisprudência dos tribunais, utilizando-a para o reforço argumentativo ou exemplo. É reconhecer nos seus julgados a *autoridade* e a legitimidade do órgão prolator, e atribuir a eles a condição de fontes primárias do direito.

Respeitar um precedente é decidir um caso individual à luz dos fundamentos que solucionaram um caso anterior, não porque se concorde com eles ou porque se chegou à mesma conclusão, trilhando o mesmo raciocínio dos anteriores julgadores, mas porque se trata de uma decisão anterior prolatada por um órgão competente e hierarquicamente superior na estrutura judiciária ao qual compete decidir de forma definitiva sobre a mesma questão. Ou, ainda, porque se trata de uma decisão anterior do próprio órgão superior. (FERRAZ, 2017, p. 300).

Estabelecidas essas ideias gerais a respeito do sistema de precedentes nos sistemas de origem anglo-saxã e romano-germânica, com ênfase na necessária presença do conceito de *ratio decidendi* e *obiter dictum*, mister a partir desse momento adentrar às peculiaridades do sistema brasileiro, que além de contar com

características de ambos os regimes gerais tem o *stare decisis* implantado não por uma questão de história e tradição e sim em função de um comando legal.

## **2 FUNDAMENTOS DO SISTEMA DE PRECEDENTES NO NOVEL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.**

Antes de adentrar nos meandros do direito positivado pelo Código de Processo Civil, inarredável trazer à lume trechos da exposição de motivos que inspiraram o anteprojeto de lei e posteriormente conformaram a Lei nº 13.105, de 16 de marco de 2015, vejamos:

Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos.

Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade.

Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado), tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize.

Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema.

Por isso é que esses princípios foram expressamente formulados. Veja-se, por exemplo, o que diz o novo Código, no Livro IV: "A jurisprudência do STF e dos Tribunais Superiores deve nortear as decisões de todos os Tribunais e Juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia". (...)

Mas talvez as alterações mais expressivas do sistema processual ligadas ao objetivo de harmonizá-lo com o espírito da Constituição Federal, sejam as que dizem respeito a regras que induzem à uniformidade e à estabilidade da jurisprudência.

O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas.

Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta. (Código de processo civil e normas correlatas, 2015, p. 27-29)

Os artigos 926 a 928 do CPC representam a ideia basilar do sistema de precedentes, ao tempo em que sintetizam os matizes deste arranjo de direito positivo. Vejamos, então, o que dispõem estes eminentes dispositivos:

**Art. 926.** Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

O art. 926 apresenta os princípios que dão roupagem ao Código de Processo Civil, expondo as diretrizes que delimitarão a atividade interpretativa, dando a necessária sistematicidade tão peculiar a um sistema jurídico subserviente aos precedentes judiciais. O *caput* do dispositivo exige não só a uniformização da jurisprudência por parte dos tribunais, como também a manutenção desta em bons termos, observando-se a estabilidade, integralidade e coerência, predicativos que ao final buscam resguardar os princípios da igualdade e segurança jurídica.

A preconizada estabilidade atina com a necessidade de evitar oscilação despropositada nos entendimentos judiciais, a integridade relaciona-se com a harmonia tanto para o Legislador quando da feitura da norma, quanto para o

intérprete, que deve extrair o sentido e o alcance da norma em consonância com os princípios e regras de direito coexistentes. Por fim, fala-se em coerência na aplicação da lei, quando emerge o entendimento de que o produto interpretativo não pode ser distinto se a situação problema levada ao escrutínio do Poder Judiciário é a mesma, nesse sentido já clamava o antigo brocardo jurídico *Ubi eadem est ratio, eadem est jus dispositio* (Onde existe a mesma razão, deve reger a mesma disposição legal). (SANTOS, 2001, p. 329).

O § 1º do art. 926 também apresenta importante balizamento comportamental aos integrantes de tribunal. Devem ser envidados os melhores esforços no sentido de retirar a interpretação judicial do campo exclusivo do voluntarismo e da subjetividade para a seara do objetivo e igualitário. Assim, sempre que restar identificada a consolidação de determinada interpretação jurídica esta deve ser alçada a categoria de súmula, deixando a problemática e efêmera condição de jurisprudência dominante para trás.

Diferentemente do que ocorre no *common law*, o sistema de precedentes do CPC é fundado em dispositivo legal, que apresenta de forma objetiva quais situações gozam de eficácia vinculante, e não nos costumes. O art. 927 encerra o rol no qual estão inseridos os procedimentos dos quais serão derivados os denominados precedentes vinculantes, são eles:

**Art. 927.** Os juízes e os tribunais observarão:

- I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II - os enunciados de súmula vinculante;
- III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

**Art. 928.** Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I - incidente de resolução de demandas repetitivas;

II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

Os incisos I a V do art. 927 do Código Adjetivo apresentam situações distintas, e que a despeito de seu caráter cogente não comungam da mesma prevalência normativa. Interessante notar, ainda, que as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e as súmulas vinculantes já possuíam efeito vinculante dado pela própria Constituição Federal, antes mesmo da vigência do CPC.

As hipóteses entalhadas no art. 927 apresentam-se exatamente em ordem de preferência quanto à observação por parte dos julgadores. No ápice do poder normativo estão as decisões do STF no controle concentrado de constitucionalidade, que não só possuem o poder de fixar a interpretação adequada de determinado

dispositivo, como também podem eventualmente retirá-lo do ordenamento jurídico. Os respectivos incisos do art. 927 somente são aplicáveis na ausência de dispositivos anteriores regendo a matéria, ou seja, para que a orientação do plenário ou do órgão especial dos tribunais prevaleça, esta não deve conflitar com entendimentos consolidados na forma dos incisos I a IV.

Como é de se perceber, existe uma sobreposição das decisões judiciais emanadas do Supremo Tribunal Federal e não poderia ser diferente, uma vez que este órgão detém a competência de guarda da constituição e primazia na interpretação do direito positivo. Nesse contexto, ressalta-se que tanto as decisões do controle concentrado como as súmulas vinculantes possuem normatividade ampliada em relação aos demais incisos, haja vista o seu efeito vinculante para além do âmbito do Poder Judiciário e nas esferas federal, estadual e municipal.

Mesmo diante do que se foi exposto até o momento, não se nega a força vinculante das decisões produzidas na esteira de quaisquer dos incisos do art. 927, a expressão “observarão” constante do caput não deixa margem para dúvidas, sem embargo, obviamente, de balizadas opiniões em sentido contrário.

Uma vez pressuposta a força vinculante de alguns precedentes judiciais, após o advento do CPC/2015, cumpre analisar melhor a problemática dos instrumentos postos à disposição do operador do direito em caso de inobservância ao que dispõe o art. 927. Assim, devemos nos voltar para as disposições do art. 988 do Código de Processo:

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

§ 1º A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir.

§ 2º A reclamação deverá ser instruída com prova documental e dirigida ao presidente do tribunal.

§ 3º Assim que recebida, a reclamação será autuada e distribuída ao relator do processo principal, sempre que possível.

§ 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.

§ 5º **É inadmissível a reclamação:** (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada; (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016)

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016)

No que tange ao cabimento de reclamação em razão do descumprimento de precedentes vinculantes, o CPC/2015 apresenta três maneiras distintas de lidar com a questão: a) uma em relação ao enunciado de súmula vinculante, decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, incidente de resolução de demandas repetitivas e de incidente de assunção de competência; b) outra relativamente à julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos; e c) por fim, os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, além das orientações do plenário ou do órgão especial dos tribunais.

O cabimento de reclamação em relação a decisão judicial, que não aplique, ou o faça inadequadamente, súmula vinculante ou decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade já contava com a devida explicitação constitucional e o art. 988, III, veio somente reforçar essa possibilidade,

além de acrescer à hipótese os incidentes de resolução de demandas repetitivas e assunção de competência.

Já no que toca a reclamação relativa ao descumprimento de decisão judicial tomada com fulcro em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, o CPC deu tratamento também pela vez primeira, mas infelizmente, reduzindo o grau de eficácia da vinculação, na medida em que para esta específica situação faz a exigência de esgotamento prévio das instâncias ordinárias, consoante art. 988, § 5º, II.

Por sua vez, os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, além das orientações do plenário ou do órgão especial dos tribunais, não receberam a proteção instrumental da reclamação como forma de preservar os respectivos conteúdos, devendo a parte prejudicada buscar as soluções jurídicas convencionais e inerentes à generalidade dos processos judiciais.

Fixadas essas premissas, imperioso realçar o fato da nova sistemática implantada pelo Código de Processo Civil reavivar o espírito de busca por uma atividade jurisdicional segura, igualitária, célere e efetiva. As características ora destacadas somente se consolidarão diante de um sistema processual que respeite às decisões prévias das cortes hierarquicamente superiores, promovendo o tão buscado ideal de segurança jurídica.

A alteração de paradigma na esfera processual ordinária é indiscutível, e não poderia ser diferente, pois foi esse o intuito do novo CPC/2015. Todavia, tal como já enunciado na introdução do presente trabalho, interessa-nos estudar de forma mais acurada as eventuais repercussões do advento da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, em relação ao controle de constitucionalidade brasileiro, em especial ao fenômeno denominado “objetivação do controle difuso”, para tanto incumbe uma breve digressão sobre os contornos basilares desse juízo de adequação vertical.

### **3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL**

#### **3.1 Noções gerais**

A supremacia da Constituição é um pressuposto para a própria existência do controle de constitucionalidade. As normas constitucionais são simultaneamente o ponto de partida e chegada de todo o ordenamento jurídico, o qual se baseia nesse importante diploma político-normativo e ao cabo pretende a todo momento a reafirmação das regras e valores ali estampados. BARROSO (2015, p. 22) enaltece bem essa singular característica da Carta Constitucional:

(... ) toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição. Direta, quando uma pretensão se fundar em uma norma constitucional; e indireta quando se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões: a) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque, se não for, não poderá fazê-la incidir; e b) ao aplicar a norma, deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.

A supremacia constitucional se revela em dois aspectos: material e formal. A supremacia material consiste na superioridade da Constituição em razão do conteúdo fundamental nela consagrado. Desse sentido material emergem as balizas estruturantes de um determinado Estado, consolidando os valores morais, éticos e de justiça mais relevantes na respectiva sociedade, tais como: direitos fundamentais, estrutura do Estado e organização dos Poderes. SILVA (2002, p. 44-45) apresenta interessante classificação dos chamados elementos da constituição:

(1) elementos orgânicos, que se contêm nas normas que regulam a estrutura do Estado e do Poder, e, na atual Constituição, concentram-se, predominantemente nos Títulos III (Da organização do Estado), IV (Da organização dos Poderes e do Sistema de Governo), Capítulos II e III do Título V (Das Forças Armadas e da Segurança Pública) e VI (Da Tributação e do Orçamento, que constituem aspectos da organização e funcionamento do Estado);

(2) elementos limitativos, que se manifestam nas normas que consubstanciam o elenco dos direitos e garantias fundamentais: direitos individuais e suas garantias, direitos de nacionalidade e direitos políticos e democrático; são denominados limitativos porque limitam a ação dos poderes estatais e dão a tônica do Estado de Direito; acham-se eles inscritos no Título II de nossa Constituição, sob a rubrica Dos Direitos e Garantias Fundamentais, excetuando-se os Direitos Sociais (Capítulo II), que entram na categoria seguinte;

(3) elementos sócio-ideológicos, consubstanciados nas normas sócio-ideológicas, que revelam o caráter de compromisso das constituições modernas entre o Estado individualista e o Estado Social, intervencionista, como as do Capítulo II do Título II,

sobre os Direitos Sociais, e as dos Títulos VII (Da Ordem Econômica e Financeira) e VIII (Da Ordem Social);

(4) elementos de estabilização constitucional, consagrados nas normas destinadas a assegurar a solução de conflitos constitucionais, a defesa da constituição, do Estado e das instituições democráticas, premunindo os meios e técnicas contra sua alteração e infringência, e são encontrados no art. 102, I, a (ação de inconstitucionalidade), nos arts. 34 a 36 (Da Intervenção nos Estados e Municípios), 59, I, e 60 (Processo de emendas à Constituição), 102 e 103 (jurisdição constitucional) e Título V (Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, especialmente o Capítulo I, porque os Capítulos II e III, como vimos, integram os elementos orgânicos);

(5) elementos formais de aplicabilidade, são os que se acham consubstanciados nas normas que estatuem regras de aplicação das constituições, assim, o preâmbulo, o dispositivo que contém as cláusulas de promulgação e as disposições constitucionais transitórias, assim também a do § 1º do art. 5º, segundo o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

A supremacia formal, por sua vez, consiste na existência de um processo mais dificultoso que o ordinário para a alteração de suas normas. Não se analisa aqui o conteúdo de suas normas, mas o processo para a sua alteração. Quando a Constituição possui um processo de alteração mais difícil do que as normas infraconstitucionais ela é chamada de Constituição rígida. Logo, a supremacia formal decorre da rigidez. O controle de constitucionalidade só existe quando a Constituição possui supremacia formal.

Em se tratando o controle de constitucionalidade de uma verificação de justa adequação entre um objeto cognoscível e o competente parâmetro de aferição, forçoso verificar o que pode ser objeto de controle e qual o modelo padrão para cotejo. Difere-se, assim, o objeto do controle, que é o ato impugnado (lei, ato ou omissão do poder público) do conjunto de normas constitucionais, cuja observância é mandatária.

Nesse sentido, todas as normas formalmente constitucionais, abrangendo inclusive o ADCT, servem como parâmetro para o controle, tanto no que diz respeito às normas expressas quanto aos princípios implícitos. Registre-se, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que o preâmbulo não serve como

parâmetro, pois não se trata propriamente de norma jurídica e sim de exaltação aos valores políticos inseridos de forma fundamental na Constituição.

A Emenda Constitucional nº 45/2004, introduziu em nosso ordenamento o § 3º, art. 5º: "*Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais*". Após a inclusão desse dispositivo, ganhou força na doutrina pátria o conceito de bloco de constitucionalidade, pelo qual as normas constitucionais instrumentalizadas como parâmetro de controle não necessariamente devem fazer parte do corpo da Constituição, deve ser analisado se o conteúdo é materialmente constitucional.

Dentre as diversas classificações do controle de constitucionalidade temos inicialmente aquela que considera a natureza do órgão responsável pelo controle. Denomina-se controle jurisdicional: aquele feito por um órgão do Poder Judiciário e controle político: aquele feito por um órgão que não tem natureza jurisdicional, apontando-se por exclusão o Poder Legislativo e Poder Executivo.

De acordo com esse tipo de controle de constitucionalidade, existem três sistemas de controle: Sistema Jurisdicional: em regra, o controle é exercido pelo Judiciário, como no Brasil e nos Estados Unidos; Sistema Político: aquele adotado nos países nos quais o controle é feito por órgão não jurisdicional, como França e o Sistema Misto: adotado nos países em que algumas espécies de leis se submetem ao controle jurisdicional e outras ao controle político, como Suíça.

Outra classificação muito difundida toma como distinção o momento em que o controle é exercido, podendo ser preventivo, quando ocorre durante o processo de elaboração do ato normativo. O ato não está violando a Constituição, pois ele ainda está em fase de elaboração. O principal órgão que o exerce é o Poder Legislativo. De outra banda, pode ser repressivo, quando exercido depois de ocorrida a lesão. Aqui a primazia é do Poder Judiciário.

Considerando a pretensão e as limitações do presente trabalho, debruçamo-nos mais detalhadamente sobre o controle repressivo ou *a posteriori*. Existem duas formas de controle repressivo: difuso e concentrado. O controle repressivo só poderá ser exercido pelo Judiciário após a conclusão definitiva do processo legislativo, ou seja, após a promulgação e publicação da lei.

O controle difuso pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal. Não existe reserva para o exercício desse controle, qualquer órgão do Poder Judiciário pode exercê-lo. Já o controle concentrado é aquele cuja competência é reservada a determinado órgão do Poder Judiciário. No Brasil, quando o parâmetro é a

Constituição Federal, a competência para processar e julgar uma ação de controle concentrado é do Supremo Tribunal Federal, quando o parâmetro é a Constituição Estadual, a competência se concentra no Tribunal de Justiça.

Por fim, existe ainda a classificação que considera a finalidade principal do controle. Nesse caso temos o controle concreto ou incidental, que surge a partir de um caso concreto e tem como finalidade a proteção de direitos subjetivos. O controle concreto surge em razão da efetiva violação de um direito subjetivo. Assim, a análise da constitucionalidade ou não da lei é feita de forma incidental no processo.

De outro lado, o controle abstrato tem como finalidade a proteção da supremacia constitucional e não a proteção de um direito subjetivo. No controle abstrato, a constitucionalidade da lei não é uma questão incidental, mas sim questão principal do processo. A seguir incursionamos nas especificidades dos controles concentrado e difuso, de forma a delimitar adequadamente as futuras inquietações na seara das eventuais repercussões do CPC no controle de constitucionalidade.

### **3.2 Controle Concentrado**

O controle concentrado é realizado em maior medida pelas Ações Diretas de Inconstitucionalidade - ADI, Ações Diretas de Constitucionalidade- ADC e Ações por Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF. A ADI e ADC são reguladas pela Lei nº 9.868/99, enquanto a ADPF é disciplinada pela Lei nº 9.882/99.

A ADI/ADC possuem um caráter dúplice ou ambivalente, nos termos do art. 24 da Lei nº 9.868/99. Isso significa dizer que a natureza dessas ações é a mesma, a diferença está na inversão da pretensão. A ADI pede a declaração de inconstitucionalidade, já a ADC pede a declaração de constitucionalidade. Assim, se o STF declarou a norma constitucional, uma ADC teria sido julgada procedente, e uma ADI improcedente; caso contrário, ou seja, se o STF declarou a inconstitucionalidade de uma norma, uma ADC teria sido julgada improcedente e uma ADI procedente.

No controle concentrado de constitucionalidade não estão em jogo direitos subjetivos. Logo, não se admite desistência, assistência e nem intervenção de terceiros. A Lei 9.868/99 prevê a possibilidade da intervenção do *amicus curiae* na ADI e ADC, consoante disciplina o art. 20, §1º. Para alguns Ministros do STF o instituto representaria uma forma de intervenção de terceiros.

A causa de pedir é aberta: ou seja, abrange todos os dispositivos da Constituição, independentemente daqueles que foram invocados na inicial. O STF pode declarar a lei inconstitucional, não com fundamento no dispositivo invocado, mas com fundamento em outro dispositivo constitucional. Assim, o STF não está

adstrito ao dispositivo constitucional invocado como parâmetro, afigurando-se eminente o objeto do pedido e não a causa de pedir.

A decisão de mérito é irrecorrível, salvo embargos declaratórios: nenhuma dessas ações do controle concentrado admite qualquer recurso contra a decisão de mérito, com exceção dos embargos de declaração. Também não cabe ação rescisória, diante do caráter objetivo do processo sindicante.

O objeto precípua da ADI e ADC é uma lei ou ato normativo, consoante previsão do art. 102, inciso I, "a", da CF/88:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

Essa lei ou ato normativo deve violar diretamente a Constituição. A violação tem que ser direta ou antecedente. Ainda, quando se fala em "lei", abrange-se inclusive as de efeito concreto, tidas como aquelas em que o grau de generalidade e abstração é, de certa forma, reduzido em relação ao que comumente se espera de uma lei.

### 3.3 Controle Difuso

O controle de constitucionalidade difuso nasceu nos EUA. A doutrina aponta que o seu surgimento ocorreu em 1803, quando o Juiz Marshall julgou o caso MARBURY X MADISON. Este é o caso mais notório da justiça americana, nele foram estabelecidas as bases teóricas do *judicial review*. Já no Brasil, o controle difuso surgiu com a Constituição de 1891.

No sistema jurídico brasileiro todo controle difuso é também um controle concreto ou incidental, e, conseqüentemente, tem por finalidade assegurar direitos subjetivos. Assim, não interessa se uma Constituição já foi revogada ou não, pois durante o período em que a Constituição esteve em vigor ela produziu efeitos. O que interessa é a época em que o direito subjetivo foi violado. Portanto, no controle difuso concreto, o que deve ser levado em consideração é a Constituição e a lei vigentes na época em que o fato ocorreu.

Em regra, os efeitos apresentados nesse tipo de aferição de constitucionalidade é inter partes, não atingindo terceiros. Quanto ao aspecto objetivo, temos que a parte postula a proteção do seu direito subjetivo; a constitucionalidade da lei somente é discutida na fundamentação da decisão, em questão *incidenter tantum*. Portanto, a inconstitucionalidade é apreciada como causa de pedir, não se almeja a retirada da norma do mundo jurídico como questão principal, consoante já decidido pelo STF no julgamento da Rcl 1.733-SP.

No Brasil, segundo o entendimento majoritário em âmbito doutrinário e jurisprudencial, a lei inconstitucional é considerada um ato nulo, írrito, ou seja, já nasceu incompatível com a Constituição, possuindo um vício congênito. Logo, a declaração de inconstitucionalidade normalmente possui efeitos *ex tunc* ou retroativos.

Todavia, essa regra comporta exceção: possibilidade de modulação temporal dos efeitos da decisão. Essa modulação pode fazer com que a decisão tenha efeitos *ex nunc* ou prospectivos. Porém devem estar presentes dois requisitos para que o STF proceda à modulação temporal dos efeitos da decisão: a) razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social; b) decisão proferida por maioria de 2/3 dos Ministros da Corte. O STF vem aplicando por analogia o art. 27 da Lei 9.868/99, que trata somente do controle concentrado.

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

A inconstitucionalidade pode ser declarada por qualquer juiz ou tribunal. Entretanto, existe a regra especial denominada cláusula da reserva de plenário ou *full bench*, prevista no art. 97 da CF, rezando que em se tratando de tribunal, a inconstitucionalidade somente pode ser declarada pelo plenário ou por órgão especial da Corte, bem como mediante voto da maioria absoluta dos membros do tribunal.

Por fim, calha ressaltar a existência da regra estampada no art. 52, X da Constituição, atribuindo ao Senado Federal o papel de editar resolução suspendendo a execução da lei quando o STF julgar definitivamente a inconstitucionalidade de uma lei em controle difuso, haja vista o tradicional efeito inter partes nesta situação.

Nesse momento, cumpre transitar para a verificação da alteração de paradigma promovida pelo CPC/2015 relativamente ao controle de constitucionalidade brasileiro, com atenção especial para o controle difuso de constitucionalidade levado a efeito pelo Supremo Tribunal Federal e seus respectivos efeitos sobre o direito subjetivo do caso concreto, bem como à constitucionalidade da norma em abstrato, uma vez expressamente reconhecida sua incompatibilidade com a ordem jurídica projetada pela Carta Magna.

#### **4 IMPACTOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO**

A jurisprudência nem sempre fez parte do rol elencado como as fontes do direito, há muito tempo tínhamos o julgador meramente revelando o sentido já contido na norma, era o chamado juiz “Boca da lei”. Assim, os julgamentos não possuíam o papel protagonista dos tempos modernos, no qual o próprio direito é criado por meio da prestação jurisdicional, existindo hodiernamente uma clara distinção entre os dispositivos normativos e a efetiva norma do caso concreto, esta somente desvelada após o processo hermenêutico promovido pelo julgador.

Antes mesmo do advento do CPC/15, a acepção moderna de jurisprudência já se deparava com os desafios da promoção da igualdade e segurança jurídica. A própria ideia do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça como Cortes de sobreposição, a instrumentalizar a uniformização da jurisprudência constitucional e infraconstitucional respectivamente, já demonstrava esse intento de busca pela previsibilidade. A doutrina não destoa desse entendimento:

A função básica da jurisprudência é interpretação e a concretização do próprio direito. Assim, a jurisprudência teria quatro funções primordiais em relação à lei, que seriam: explicativa, supletiva, diferencial e renovadora. Nessa perspectiva é que, atualmente, a lei e a jurisprudência não devem mais ser confrontadas como fontes jurídicas colocadas em grau diferente de hierarquia, uma vez que, atualmente elas devem ser consideradas

O STF ocupa o ápice hierárquico em nosso ordenamento jurídico, sendo o precípua guardião da Constituição. Ocorre que a jurisprudência emanada da mais alta Corte do país tradicionalmente tem sido simplesmente persuasiva, a exceção das decisões tomadas em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Além disso, imprescindível ressaltar que mesmo nesses casos o efeito vinculante ocorre somente em relação ao dispositivo do *decisum*.

Destarte, temos que o Supremo Tribunal Federal não vem adotando a “*teoria da transcendência dos motivos determinantes*”, muito embora em alguns momentos haja certo entrelaçamento de institutos próprios do controle concentrado nos processos subjetivos, tais como a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade prevista no art. 27 da Lei nº 9.868/98 e aplicada analogicamente no controle difuso, bem como a extensão dos efeitos de decisão tomada em um caso concreto para os demais assemelhados, a exemplo do que ocorreu no julgamento do HC 82.959-SP, que aduz conflitar com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, a imposição do cumprimento da pena em regime integralmente fechado, no caso dos crimes hediondos.

Embora antiga jurisprudência do STF e parte da doutrina defendam que o controle de constitucionalidade das leis é a atividade essencial a ser desenvolvida pelo Judiciário, não podendo ser diminuída em virtude do recrudescimento da atribuição de efeito vinculante para as decisões das cortes superiores, sob pena de supressão da *judicial review* (ABBOUD, 2012, p. 505). Acreditamos que os contornos atuais senão desaguam em sentido contrário, ao menos devem voltar a ser objeto de reflexões pelos cultores do Direito.

A questão é polêmica e também encontra grandes nomes defensores da efetiva aplicação da transcendência dos motivos determinantes, tais como Gilmar Mendes e Eros Grau quando do julgamento da RCL 4.335 e ZAVASCKI (2001, p. 135-136).

É impossível tratar da transcendência dos motivos determinantes sem considerar as marcas distintivas entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, pois a ideia de respeito aos essenciais fundamentos da jurisprudência também aqui se encontra. E mais, o Código de Processo Civil expressamente trouxe para o conceito de precedente a decisão em controle concentrado de constitucionalidade, por meio do art. 927, I.

Considerando-se que os valores jurídicos que se buscam exaltar são a igualdade, a previsibilidade e a segurança jurídica, não se vislumbra adequação em aquilatar com maior monta simplório dispositivo de julgamento, que em verdade possui um caráter mais privatístico do que público e comunitário, ainda que sob a égide de processo objetivo, do que as reais razões que levaram àquela decisão.

Também não nos parece o mais acertado admitir que a mais alta Corte do país possua última palavra no controle concentrado de constitucionalidade, com o respectivo efeito vinculante, e não o tenha da mesma forma no que tange ao controle difuso. Demais disso, o Código de Processo Civil expressamente atribui efeito

vinculante às decisões de inconstitucionalidade em controle difuso, nos casos de reconhecida coisa julgada inconstitucional. Vejamos os dispositivos pertinentes:

**Art. 525.** Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

(...)

III - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

(...)

§ 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

**Art. 535.** A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

(...)

III - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

(...)

§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

Nesse contexto, mister apontar a absoluta impropriedade de se considerar vinculante o precedente em controle difuso de constitucionalidade tão somente para as situações previstas nos art. 525, § 12 e art. 535, § 5º do CPC. Ora, a condição examinada nos leva a crer em uma unicidade valorativa, ou a interpretação da constituição, em controle difuso, é vinculante ou não é. Inexiste a possibilidade de restringir os efeitos às situações específicas elencadas pelo legislador.

A teleologia própria, devidamente sobrelevada pelo CPC, somente pode ser verdadeiramente compreendida mediante visão holística da norma representada pelos indigitados dispositivos em cúmulo com o que dispõe o art. 927, como há muito já alertava MAXIMILIANO (2011, p. 104-105):

Consiste o Processo Sistemático em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto. Por umas normas se conhece o espírito das outras. Procura-se conciliar as palavras antecedentes com as consequentes, e do exame das regras em conjunto deduzir o sentido de cada uma.

(...)

O hermeneuta eleva o olhar, dos casos especiais para os princípios dirigentes a que eles se acham submetidos; indaga se, obedecendo a uma, não viola outra; inquire das consequências possíveis de cada exegese isolada. Assim, contemplados do alto os fenômenos jurídicos, melhor se verifica o sentido de cada vocábulo, bem como se um dispositivo deve ser tomado na acepção ampla, ou na estrita, como preceito comum, ou especial.

Ao não se admitir a transcendência dos motivos determinantes, em um sistema imerso na concepção do respeito ao precedente, abre-se caminho para a erosão da força normativa da Constituição. Interpretações incongruentes certamente conviverão por um lapso temporal considerável até que haja a devida uniformização via controle concentrado ou mediante algumas das hipóteses do art. 927 do CPC, deixando de obstar a propositura de milhares de ações judiciais que ao cabo terão o mesmo resultado daquela primeiramente analisada.

O cenário jurídico que hoje se apresenta, em nosso sentir, direciona-se para o efetivo reconhecimento da mutação constitucional do art. 52, X, inclusive já defendida no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Por oportuno registre-se o conceito do instituto trazido pela doutrina brasileira: "*as mutações constitucionais são alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de*

*modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação"* (MENDES, 2009, p.130).

Vale o registro de que, em razão dessa discussão, não há encaminhamento de decisões do STF ao Senado Federal desde 2006. É certo que, desde que se instituiu no Brasil a súmula vinculante, existe uma situação paradoxal com relação à função senatorial contida no art. 52, inciso X. É que, se o Senado Federal não é "obrigado" a expedir a resolução suspensiva e se, de outro lado, o Supremo Tribunal Federal, após enviar ofício ao Senado, ante o silêncio deste, continua decidindo pela inconstitucionalidade da norma questionada, poderá ocorrer a hipótese de o STF expedir súmula vinculante decidindo, em definitivo, a questão e, por óbvio, fixando os efeitos a serem produzidos pela norma julgada inconstitucional (FERRAZ, 2013, p. 1060).

Após o advento do CPC/15 surgiu espectro cogente de atuação para o genuíno respeito aos precedentes. Essa questão assumiu contornos propriamente jurídicos, os quais não podem ficar subjugados ao tempo específico e ao complexo domínio do campo político. A regra trazida pelo art. 52, X, apesar de tradicional, não merece mais guarida. Vejamos interessante síntese feita por TALAMINI (2011, p. 149-151):

Como já indicado, a figura da "suspensão" da norma pelo Senado foi introduzida pela Constituição de 1934 (art. 91, IV) precisamente como forma de permitir a extensão do reconhecimento da inconstitucionalidade em via incidental a outros casos. Lembre-se que na época não existia o controle direto e abstrato de inconstitucionalidade, instituído pela EC 16/1965. Em 1977, o Supremo firmou o entendimento de que a regra da suspensão pelo Senado, reiterada nas Constituições de 1946 e 1967/1969, só se aplicava ao controle incidental. O fundamento dessa conclusão estava na eficácia *erga omnes* de que já se reveste, por si só, a decisão na ação direta. Confirmou-se, assim, a eficácia *inter partes* do incidental de inconstitucionalidade.

Prevalece o entendimento de que o poder de "suspensão" do Senado é discricionário, no sentido de eminentemente político. A casa legislativa não está vinculada à decisão do Supremo. Não tem prazo para apreciar a questão. Mais ainda, ao apreciá-la, pode decidir por não retirar a norma do ordenamento. Assim, já houve ocasião em que o Senado negou-se a "suspender a execução da (a) por reputar que a conclusão pela

inconstitucionalidade, definida no Supremo em apertada maioria, poderia ainda ser revista e (b) por considerar excessivamente gravosos os efeitos que adviriam da retirada da norma.

(...)

Em linhas gerais, esse é o mecanismo constitucionalmente fixado para a atribuição de eficácia erga omnes aos pronunciamentos de inconstitucionalidade incidentalmente proferidos pelo Supremo. Trata-se de modelo muito criticado pela doutrina atual. Remonta a época em que muito se temia a atribuição de poderes excessivos aos juízes. Não se coaduna com a gama de poderes atualmente conferidos ao Judiciário, inclusive no próprio campo do controle de constitucionalidade.

Uma vez o STF reconhecendo o descompasso da lei ou ato normativo em relação ao bloco de constitucionalidade, mormente em um sistema de observância aos precedentes, a questão deveria ser tratada como de observação obrigatória.

## CONCLUSÃO

O trabalho abordou os aspectos legais relativos aos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, trazidos à lume por meio do CPC/2015. Assim, foi desenvolvida pesquisa direcionada especialmente à necessidade de se respeitar o sistema de precedentes em sua inteireza, de forma a realmente promover-se uma alteração na forma tradicional de pensar e agir o direito.

O juiz do sistema de precedentes se vincula aos casos pretéritos e para se afastar dessa trilha deve necessariamente identificar a *ratio decidendi* do paradigma e utilizar-se eventualmente do *distinguishing* e do *overruling*, a fim de aferir se efetivamente é caso de aplicação do precedente.

A regra do *stare decisis*, que veio a se desenvolver após a simples observância dos precedentes, irradia efeito vinculante para todo o sistema, em razão da tradição jurídica ou mesmo disposição legal, como é o caso do Brasil. Não se trata de simples aplicação de solução jurídica análoga para casos iguais, sua acepção técnica é representada pela sistematização das decisões, que distingue a efetiva fundamentação, que é o precedente vinculante, do *dictum*, que é mera argumentação prescindível para a solução do caso.

Diferentemente do que ocorre no *common law*, o sistema de precedentes do CPC é fundado em dispositivo legal, que apresenta de forma objetiva quais situações

gozam de eficácia vinculante, e não nos costumes. O art. 927 encerra o rol no qual estão inseridos os procedimentos dos quais serão derivados os denominados precedentes vinculantes.

Nas hipóteses elencadas no art. 927 percebe-se a existência uma hierarquia das situações envolvendo o Supremo Tribunal Federal e não poderia ser diferente, uma vez que este órgão detém a competência de guarda da constituição e primazia na interpretação do direito positivo.

É impossível tratar da transcendência dos motivos determinantes sem considerar as marcas distintivas entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, pois a ideia de respeito aos essenciais fundamentos da jurisprudência também aqui se encontra. E mais, o Código de Processo Civil expressamente trouxe para o conceito de precedente a decisão em controle concentrado de constitucionalidade, por meio do art. 927, I.

Considerando-se a igualdade, a previsibilidade e a segurança jurídica como realidades a serem eficazmente buscadas, não se vislumbra adequação em atribuir maior valor ao dispositivo de um julgamento, que em verdade possui um caráter eminentemente privado do que as reais razões que levaram àquela decisão.

Também não nos parece o mais acertado admitir que a mais alta Corte do país possua última palavra no controle concentrado de constitucionalidade, com o respectivo efeito vinculante, e não o tenha da mesma forma no que tange ao controle difuso. Demais disso, o Código de Processo Civil expressamente atribui efeito vinculante às decisões de inconstitucionalidade em controle difuso, nos casos de reconhecida coisa julgada inconstitucional, na esteira dos artigos 525, § 12 e art. 535, § 5º do CPC

Ao não se admitir a transcendência dos motivos determinantes, em um sistema imerso na concepção do respeito ao precedente, abre-se caminho para a erosão da força normativa da Constituição. Interpretações incongruentes certamente conviverão por um lapso temporal considerável até que haja a devida uniformização via controle concentrado ou mediante algumas das hipóteses do art. 927 do CPC, deixando de obstar a propositura de milhares de ações judiciais que ao cabo terão o mesmo resultado daquela primeiramente analisada.

A prestação jurisdicional não deixa de ser um serviço público, ainda que em acepção ampla, daí resultando a necessidade de implantar mecanismos promovedores da eficiência, tal como previsto no caput do art. 37 da Constituição e, mais especificamente na seara do processual, a razoável duração do processo estampada no art. 5º, LXXVIII.

A jurisdição constitucional precisa se modernizar e para tanto prescinde de uma notória modificação de paradigmas, a título de exemplo rememora-se que há não muito tempo a divisão estanque entre o processo de conhecimento e o processo de execução era um dogma estritamente seguido até que foi proposto o processo sincrético, que também não passou isento de críticas, tal qual o efeito vinculante da decisão tomada pelo STF em controle difuso de constitucionalidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante – A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes**. Direito Jurisprudencial, São Paulo: Revista dos Tribunais, Coord. Tereza Arruda Alvim Wambier. 2012.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Precedentes e evolução do direito**. Direito Jurisprudencial, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Coord. Tereza Arruda Alvim Wambier.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**, Saraiva. 7ª edição, 2015, São Paulo.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 de junho de 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Diário Oficial da União. Código de Processo Civil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)>. Acesso em: 20 de junho de 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. ref. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

**Código de processo civil e normas correlatas**. – 7. ed. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. - Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Comentário ao artigo 52, X**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

FERRAZ, Taís Schilling. **O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral**. São Paulo: Saraiva, 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. – 40. ed., – São Paulo: Saraiva, 2015.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, 20ª edição. Forense, 05/201.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição**. – 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. – São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, Malheiros Editores, 20ª edição, 2002, São Paulo.

STRECK, Lênio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TALAMINI, Eduardo. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins** - coordenadores Nelson Nery Junior, Teresa Arruda Alvim Wambier. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. - (Série Aspectos polêmicos e atuais dos recursos v. 12)

TARUFFO, Michele. **Precedente e giurisprudenza**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.

VÁSQUEZ SOTELO, José Luis. **A jurisprudência vinculante na 'common law' e na 'civil law'**. XVI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual (Brasília). Rio de Janeiro: Forense; Brasília: IBET, 1998.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: RT, 2001.



## COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR AS AÇÕES AJUIZADAS CONTRA DECISÕES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) E DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP) PROFERIDAS NO EXERCÍCIO DE SUAS COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS.

**CLÁUDIO FACUNDO DE LIMA:** Ex-Servidor Público do Ministério Público do Estado do Ceará; Ex-Professor da Universidade Regional do Cariri (URCA); Ex-Advogado do Município de Farias Brito/CE; Pós-graduação em Direito Penal e Criminologia pela URCA e em Direito Ambiental pela FIC.

**Resumo:** O estudo ora apresentado cuida da competência para processar e julgar as ações ajuizadas contra decisões do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) proferidas no exercício de suas competências constitucionais. De início, será abordada o conceito, a criação e o papel do CNJ e do CNMP. Em seguida, analisará a interpretação restritiva dada pelo Supremo Tribunal Federal. Por fim, verificará o entendimento atual da Suprema Corte.

**Palavras-chave:** Competência para julgar ações contra o CNJ e CNMP. Interpretação restritiva do art. 102, I, "r", da CF/88 pelo STF. Entendimento atual da Suprema Corte

### 1. INTRODUÇÃO

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é uma instituição pública que busca aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, especialmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual.

Vale salientar que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi criado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004 e instalado em 14 de junho de 2005, nos termos do art. 103-B da Constituição Federal. Trata-se de um órgão do Poder Judiciário com sede em Brasília (DF) e atuação em todo o território nacional.

Salienta-se que competente ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), segundo o art. 103-B, §4º, da Constituição Federal, *"o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder*

*Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção ou a disponibilidade e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa."*

Por outro lado, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) é um órgão público que atua em prol do cidadão executando a fiscalização administrativa, financeira e disciplinar do Ministério Público no Brasil e de seus membros, respeitando a autonomia da instituição.

Mister esclarecer que o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) foi criado em 30 de dezembro de 2004 pela Emenda Constitucional nº 45, teve sua instalação concluída em 21 de junho de 2005. A sede fica em Brasília-DF.

Por sua vez, competências ao Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), conforme o artigo 130-A, §2º, da Constituição Federal:

*"I - Zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II - Zelar pela observância do art. 37 da Constituição Federal e apreciar a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados; III - Receber reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção, a*

*disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; IV - Rever os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano; V - Elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no País e as atividades do Conselho."*

## **2. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

A Constituição Federal é clara ao dispor no seu art. 102, I, "r", que *"competete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe o julgamento das ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público"*.

De fato, o Supremo falava que somente seria competente para julgar as ações em que o próprio CNJ ou CNMP figurassem no polo passivo, qual seja, no caso de mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data* contra os Conselhos.

Por outra banda, na situação de serem propostas ações ordinárias para impugnar atos do CNJ e CNMP, quem irá figurar como ré no processo é a União, já que os Conselhos são órgãos federais. Assim tais demandas seriam julgadas pela Justiça Federal de 1ª instância, com fundamento no art. 109, I, da CF/88, pois *"aos juízes federais compete processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho"*.

Esse entendimento era pacificado no STF, existindo inúmeros julgados nesse sentido, vejamos:

*"A competência originária do Supremo Tribunal Federal, cuidando-se de impugnação a deliberações emanadas do Conselho Nacional de Justiça, tem sido reconhecida apenas na hipótese de impetração, contra referido órgão do Poder Judiciário (CNJ), de mandado de segurança, de "habeas data", de "habeas corpus" (quando for o caso) ou de mandado de injunção, pois, em tal situação, o CNJ qualificar-se-á como órgão coator impregnado de legitimação passiva "ad causam" para figurar na relação processual instaurada com a impetração originária, perante a Suprema Corte, daqueles "writs" constitucionais. Em referido contexto, o Conselho Nacional de*

*Justiça, por ser órgão não personificado, define-se como simples “parte formal” (Pontes de Miranda, “Comentários ao Código de Processo Civil”, tomo I/222-223, item n. 5, 4ª ed., 1995, Forense; José dos Santos Carvalho Filho, “Manual de Direito Administrativo”, p. 15/17, item n. 5, 25ª ed., 2012, Atlas, v.g.), revestido de mera “personalidade judiciária” (Victor Nunes Leal, “Problemas de Direito Público”, p. 424/439, 1960, Forense), achando-se investido, por efeito de tal condição, da capacidade de ser parte (Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, “Código de Processo Civil”, p. 101, 5ª ed., 2013, RT; Humberto Theodoro Júnior, “Curso de Direito Processual Civil”, vol. I/101, item n. 70, 54ª ed., 2013, Forense; Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, “Código de Processo Civil Comentado”, p. 233, item n. 5, 13ª ed., 2013, RT, v.g.), circunstância essa que plenamente legitima a sua participação em mencionadas causas mandamentais. Precedentes. - Tratando-se, porém, de demanda diversa (uma ação ordinária, p. ex.), não se configura a competência originária da Suprema Corte, considerado o entendimento prevalecente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, manifestado, inclusive, em julgamentos colegiados, eis que, nas hipóteses não compreendidas no art. 102, I, alíneas “d” e “q”, da Constituição, a legitimação passiva “ad causam” referir-se-á, exclusivamente, à União Federal, pelo fato de as deliberações do Conselho Nacional de Justiça serem juridicamente imputáveis à própria União Federal, que é o ente de direito público em cuja estrutura institucional se acha integrado o CNJ. Doutrina. Precedentes.” (AO 1706 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 18/12/2013)*

*“A competência desta Corte para conhecer e julgar ações que questionam atos do conselho nacional de justiça CNJ e do conselho nacional do Ministério Público CNMP se limita às ações tipicamente constitucionais: mandados de segurança, mandados de injunção, habeas corpus e habeas data. Precedentes: AO 1.814-QO/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe de 03/12/2014; AO 1.706-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe de 18/02/2014. A competência constitucional originária do Supremo Tribunal Federal para a ação prevista no art. 102, I, f, da Constituição Federal demanda a existência de situação de conflito capaz de*

*abalar o pacto federativo. Precedentes: ACO 1.364, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJe de 6/8/2010; ACO 1.140, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 26/5/2010; ACO 1.295-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, DJe de 2/12/2010; ACO 1.480 QO, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 20/08/2010; Rcl 3.152, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 13/03/2009; RE 512.468 AgR, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 06/06/2008. In casu, não se configuram as hipóteses de cabimento por qualquer das alíneas f e r do art. 102, I, do texto constitucional, inexistindo a competência originária desta Corte para processar e julgar o feito, que deve ser remetido ao órgão competente da justiça Federal. Agravo regimental a que se nega provimento.” (ACO 1987-AgR-quarto, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux)*

*“Cabe à Justiça Federal processar e julgar ação ajuizada contra a União presente ato do Conselho Nacional de Justiça. A alínea “r” do inciso I do artigo 102 da Carta da República, interpretada de forma sistemática, revela a competência do Supremo apenas para os mandados de segurança.” (AO-QO 1814, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 24/09/2014, publicado em 03/12/2014, Tribunal Pleno)*

*“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a competência prevista no art. 102, I, r, da Constituição deve ser interpretada de forma estrita, alcançando apenas os casos em que o CNJ tenha personalidade judiciária para figurar no feito (i.e., em mandados de segurança, de injunção, habeas corpus e habeas data). Precedentes. Agravo interno a que se nega provimento.” (AO 1894 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 07/08/2018)*

### **3. ENTENDIMENTO ATUAL DA SUPREMA CORTE**

*Atualmente, compete ao STF processar e julgar originariamente ações propostas contra o CNJ e contra o CNMP no exercício de suas atividades constitucionais.*

*Portanto, compete ao STF processar e julgar originariamente ações propostas contra o CNJ e contra o CNMP no exercício de suas atividades-fim.*

*Segundo o Supremo, “a Constituição não discriminou quais ações contra o CNJ e contra o CNMP seriam da alçada do STF, do que se extrai ter procurado fixar atribuição mais ampla para a análise de tais demandas. Essa leitura é corroborada*

*pelo fato de que, quando pretendeu restringir a competência do Tribunal apenas às ações mandamentais, o constituinte o fez de forma expressa.”*

*Ainda para a Corte, “porém, isso não significa que a Corte deva afirmar sua competência para conhecer toda e qualquer ação ordinária contra atos daqueles conselhos constitucionais. A regra de competência deve ser interpretada de acordo com os fins que justificaram sua edição. A competência se justifica sempre que indagados atos de cunho finalístico, concernentes aos objetivos precípuos de sua criação, a fim de que a posição e a proteção institucionais conferidas ao Conselho não sejam indevidamente desfiguradas.”*

*Ademais, os Ministros informaram que “a outorga da atribuição ao Supremo para processar e julgar ações contra os Conselhos é mecanismo constitucional delineado pelo legislador com o objetivo de proteger e viabilizar a atuação desses órgãos de controle. A realização da missão constitucional ficaria impossibilitada ou seriamente comprometida se os atos por eles praticados estivessem sujeitos ao crivo de juízos de primeira instância.”*

*Outrossim, o STF diz que “não raramente, a atuação do CNJ recai sobre questões locais delicadas e que mobilizam diversos interesses. O distanciamento das instâncias de controle jurisdicional é elemento essencial para o desempenho apropriado das funções. Ademais, o órgão de controle atua em questões de abrangência nacional que demandam tratamento uniforme e ação coordenada. Por essa razão, não poderiam ser adequadamente enfrentadas por juízos difusos. A submissão de atos do CNJ à análise de órgãos jurisdicionais distintos do STF representaria a subordinação da atividade da instância fiscalizadora aos órgãos e agentes públicos por ele fiscalizados, o que subverte o sistema de controle proposto constitucionalmente. Deve ser mantida a higidez do sistema e preservada a hierarquia e a autoridade do órgão de controle.”*

*Por fim, a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal foi a seguinte: “nos termos do artigo 102, I, “r”, da Constituição Federal (CF) (1), é competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal (STF) processar e julgar, originariamente, todas as ações ajuizadas contra decisões do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) proferidas no exercício de suas competências constitucionais, respectivamente, previstas nos artigos 103-B, § 4º, e 130-A, § 2º, da CF.” STF. Plenário. Pet 4770 AgR/DF, rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 18.11.2020. (Pet-4770) STF. Plenário. Rcl 33459 AgR/PE, rel. orig. Min. Rosa Weber, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 18.11.2020. (Rcl-33459) STF. Plenário. ADI 4412/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 18.11.2020. (ADI-4412)*

#### 4. CONCLUSÃO

O presente estudo objetivou demonstrar a competência para processar e julgar as ações ajuizadas contra decisões do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público proferidas no exercício de suas atividades-fim.

Foi analisado que até bem pouco tempo, o STF conferia uma interpretação restritiva do art. 102, I, "r", da Constituição Federal. Logo, as ações constitucionais como mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data* contra os Conselhos, eram de sua competência. Entretanto, as ações ordinárias eram de competência do Juiz federal (1ª instância), conforme art. 109, I, da Carta Maior.

Por fim, conclui-se que o entendimento atual é de que compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente todas as ações ajuizadas contra decisões do Conselho CNJ e do CNMP proferidas no exercício de suas competências constitucionais.

#### REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: [Constituição \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br). Acesso em: 27 Jan. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: [Página Inicial - Portal CNJ](http://portal.cnj.br). Acesso em: 27 Jan. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em: [Conselho Nacional do Ministério Público - Início \(cnmp.mp.br\)](http://cnmp.mp.br). Acesso em: 27 Jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [paginador.jsp \(stf.jus.br\)](http://stf.jus.br). Acesso em: 27 Jan. 2021.

BRASIL. Dizer o Direito. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br>. Acesso em: 27 Jan. 2021.

## **RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA AMBIENTAL SUBJETIVA EM OBSERVÂNCIA AO ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**ANDREZA ALBUQUERQUE AMORE:**

Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas. Ocupa o cargo efetivo de técnico previdenciário (especialidade administrativa) da MANAUSPREV. Pós graduada em Direito Público pela Universidade do Estado do Amazonas. Pós graduanda em Direito Ambiental e Sustentabilidade pela FAEL - Faculdade Educacional da Lapa.

**Resumo:** A Constituição Federal apresentou o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um dos direitos fundamentais da República Federativa do Brasil e a sua proteção como um dos princípios que regem a ordem econômica, dessa forma, visando a defesa desse bem, o Estado tornou-se responsável pela criação de instrumentos para o controle e resguardo deste direito difuso, como por exemplo, o procedimento do licenciamento ambiental, proporcionando um desenvolvimento econômico-social atrelado a medidas de monitoramento pelo Poder Público. Apesar de tal preocupação em zelar por este direito, os danos ambientais, na maioria das vezes, ainda que minimamente, são produzidos, surgindo o instituto da responsabilização do causador do prejuízo como forma de reparação dos prejuízos. São três os tipos de responsabilidade na esfera do direito ambiental, quais sejam: civil, penal e administrativa, sendo esta última o foco de recentes discussões e sedimentação de entendimento no Superior Tribunal de Justiça (STJ), abordando a temática com a percepção da aplicação da teoria subjetiva quando em análise de casos da responsabilização na esfera administrativa em se tratando de danos ambientais.

**Palavras-chave:** meio ambiente; poder-dever do Estado; proteção do meio ambiente; reparação de danos; responsabilidade administrativa subjetiva ambiental; entendimento consolidado pelo STJ.

**Abstract:** The Federal Constitution shows the environment balanced as one of the fundamental rights of the Federative Republic of Brazil, and this protection as one of the principles governing an economic order, thus using the defense of that good, or the state becoming responsible for creation of instruments to control and safeguard this diffuse right, such as the environmental licensing procedure, use of social and economic development linked to monitoring measures by the Government. Although

the concern to uphold this right, environmental damage is often, however minimally dangerous, causing or setting up a damage-causing liability institute as a means of repairing damage. There are three types of responsibility in the sphere of environmental law, namely: civil, criminal and administrative, which is the last focus of discussion or sedimentation of understanding in the STJ (Superior Court of Justice), addressing a theme with application performance applied theory. when analyzing cases of administrative responsibility in the area of environmental damage treatment.

**Keywords:** environment; State power-duty; environmental protection; damage repair; environmental administrative responsibility; understanding consolidated by the STJ.

## 1 INTRODUÇÃO

O crescimento e desenvolvimento das atividades humanas na sociedade capitalista, nos leva, cada vez mais, à visão exploradora dos recursos naturais para tal expansão. Em função disto, cabe ao Estado controlar diretamente o acesso e o proveito dos recursos do meio ambiente, surgindo instrumentos de controle pelo Estado, como por exemplo, o licenciamento ambiental. A função do Poder Público de monitorar tais atividades têm como escopo o artigo 225 da Constituição Federal de 1988, o qual assegura a todos o direito de um meio ambiente saudável, cabendo não só ao Estado, mas também à coletividade defendê-lo e preservá-lo. Apesar de tal preocupação em evitar significativos danos, os prejuízos ao meio ambiente nem sempre são evitados em sua totalidade, o que nos leva à análise da responsabilização, a qual, segundo o mesmo artigo, no seu parágrafo terceiro, prevê que tais condutas lesivas sujeitam os infratores a sanções penais e administrativas, independente da reparação civil, dessa forma observamos a tríplice repercussão jurídica dos danos causados ao meio ambiente.

É sobre a sanção administrativa que se manifesta baseada no poder de polícia, ou seja, na força que o Estado possui de impor condutas aos administrados, que daremos ênfase no presente estudo. A análise através do entendimento consolidado recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça nos traz a concepção de uma responsabilização de forma subjetiva quando se trata de prejuízos ambientais na esfera administrativa. Isto porque esta não se confunde nem com os pressupostos observados na responsabilidade civil ambiental nem no campo penal.

A justificativa para a presente pesquisa encontra-se na importância do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ter consolidado seu entendimento acerca da responsabilização administrativa ambiental, gerando assim uma uniformidade nas análises pelos julgadores nos casos concretos. Logo, estamos tratando diretamente da forma de reparação dos prejuízos causados a um bem tão importante para a garantia da Dignidade da Pessoa Humana, qual seja, o meio ambiente. Desta forma,

não há dúvida de que o posicionamento deste tribunal superior é um assunto pertinente que atinge direta e indiretamente toda a coletividade, pois estamos tratando dos institutos penalizantes utilizados pelo ordenamento jurídico brasileiro capaz de reparar danos ambientais, protegendo assim este direito difuso.

O objetivo geral será, através do entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, compreender como ocorre a responsabilização administrativa em decorrência de danos causados ao meio ambiente. Por objetivos específicos, este artigo buscará, primeiramente, discorrer sobre o poder-dever do Estado de proteção ao meio ambiente. Posteriormente, analisar brevemente sobre a responsabilidade civil e penal, e, especificamente, destacar a responsabilidade administrativa, seus fundamentos e características gerais, ressalta-se que todos os estudos das espécies de responsabilização estarão relacionados ao dano ambiental. Por fim, serão observados os julgados do STJ e sua uniformização de entendimento sobre a aplicação da teoria subjetiva em relação à responsabilização administrativa ambiental. Ressalta-se que os objetivos específicos estão intimamente ligados, respectivamente, com os três capítulos desta pesquisa.

A metodologia será dedutiva quanto aos fins e terá como procedimento metodológico a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Os dados de pesquisa, ou seja, o conteúdo das decisões paradigmas a serem analisadas, serão retirados diretamente das ementas no site do Superior Tribunal de Justiça, e o embasamento teórico será realizado por meio do estudo bibliográfico.

Isto posto, analisaremos no presente trabalho o entendimento atual adotado pelo Superior Tribunal de Justiça em relação a responsabilização administrativa ambiental com amparo teórico e bibliográfico acerca dos conceitos e soluções para a reparação ambiental.

## **2 O PODER-DEVER DO ESTADO DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE**

O crescimento e o desenvolvimento das atividades humanas no mundo predominantemente capitalista nos aproximam de uma visão exploradora dos recursos ambientais atrelada diretamente ao progresso de uma sociedade, é o que tipifica, no ponto de vista de José Rubens Morato Leite e Germana Parente Neiva Belchior (2019, p. 68) como sendo uma "sociedade pós-moderna, complexa, de riscos imprevisíveis e ecologicamente instável". Trazendo esse desenvolvimento como uma verdadeira ameaça à preservação do meio ambiente surge a necessidade de medidas eficazes a serem praticadas Poder Público para garantir a perenidade desse bem maior.

A Constituição de 1988 foi um grande marco no ordenamento jurídico brasileiro em se tratando de matéria ambiental. O tema de proteção ao meio

ambiente passou a integrar, nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer (2014, p. 241):

[Integrar] a nossa estrutura normativa constitucional e, com isso, a assegurar um novo fundamento para toda a ordem jurídica interna. A consagração do objetivo e dos deverem de proteção ambiental a cargo do Estado brasileiro (em relação a todos os entes federativos) e, sobretudo, a atribuição do *status* jurídico-constitucional de direito-dever fundamental ao direito ao ambiente ecologicamente equilibrado colocam os valores ecológicos no “coração” do Direito brasileiro, influenciando todos os ramos jurídicos, inclusive a ponto de implicar limites a outros direitos (fundamentais ou não).

Édis Milaré certifica (2018, p.166) que:

[...] ao dispor sobre a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por ela reconhecido como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida (art.225, *caput*), instituiu, entre nós, verdadeiro “estado de direito ambiental” fundado em bases constitucionais.

Nesta perspectiva observa-se o meio ambiente ecologicamente equilibrado sendo tratado no artigo 225<sup>166</sup> pela Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental, devendo não só ao Estado, mas também à coletividade, a proteção deste direito difuso, é o que se vislumbra no entendimento de José Rubens Morato Leite e Germana Parente Neiva Belchior (2019, p. 68):

A Constituição Federal de 1988, por meio de seus art. 225, *caput*, e art. 5º, §2º, atribuiu, de forma inédita, ao direito ao ambiente o *status* de direito fundamental do indivíduo e da coletividade, bem como consagrou a proteção ambiental como um de seus objetivos ou tarefas fundamentais do Estado de Direito Ambiental brasileiro.

Extraí-se então a ideia de um Estado que deve agir de forma a contribuir para essa preservação desse “direito de todos”, segundo Maria Luiza Machado Granziera (2019, p. 7), “[o meio ambiente] insere-se no rol de bens tutelados pelo Poder Público, a quem cabe intervir nas atividades públicas, ou particulares, para

<sup>166</sup> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

assegurar a sadia qualidade de vida". Manifesta-se então o que chamamos de poder-dever do Poder Público onde sua atribuição é não só zelar pelo meio ambiente, mas também impor regras, limites, controle de exploração entre outros mecanismos para assegurar essa função.

Os autores supracitados bem elucidam esse entendimento quando afirmam:

O bem ambiental, protegido na norma de direito fundamental é difuso, de uso comum do povo e, portanto, indisponível, sendo a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios responsáveis por sua administração e por zelar pela sua adequada utilização e preservação, em benefício de toda coletividade. Não se trata de bem público, nem tampouco privado. Isso significa que o Poder Público é mero gestor do meio ambiente, classificado como patrimônio público em sentido amplo. (2019, p. 82)

É com esta ideologia que podemos compreender que a função do Estado em certo momento se ampara no ofício de direcionar as atividades humanas, utilizando-se de um "sistema de comando-controle", noutro momento aparece na posição de impor a responsabilização e a consequente penalidade aos transgressores das normas e limites impostos (GRANZIERA, 2019, p. 44), isto está intimamente ligado ao seu objetivo constitucional de garantir que essas atividades exploradoras não causem danos ao meio ambiente, e caso estes aconteçam, que ocorra a reparação dos prejuízos. Esta última ideia é a verdadeira concretização do princípio do direito ambiental do poluidor – pagador, que faz recair sobre o autor do prejuízo o ônus da reparação do risco de sua atividade.

Corroborando com este entendimento, Maria Luiza Machado Granziera (2019, p. 626) declara que "A questão é definir quando a intensidade do dano é tal que efetivamente coloque em risco o equilíbrio ambiental, objeto de tutela jurídica, implicando a imposição de responsabilidade ao autor da ação.". Dessa forma, recai aos entes a tarefa de fazer a ponderação e avaliação dos impactos gerados ao meio ambiente, permitindo ou não que a prática de certa atividade inicie ou permaneça.

Luís Paulo Sirvinkas (2019, p. 162) ressalta a ponderação que deve ser feita entre o desenvolvimento da sociedade e a preservação a fim de manter o "meio ambiente ecologicamente equilibrado" exigido pela Lei Maior:

[...] Assim, compatibilizar "meio ambiente e desenvolvimento significa considerar os problemas ambientais dentro de um processo contínuo de planejamento, atendendo-se adequadamente às exigências de ambos e observando-se as

suas inter-relações particulares a cada contexto sociocultural, político, econômico e ecológico, dentro de uma dimensão tempo-espço. Em outras palavras, isto implica dizer que a política ambiental não se deve erigir em obstáculo ao desenvolvimento, mas sim em um de seus instrumentos, ao propiciar a gestão racional dos recursos naturais, os quais constituem a sua base matéria.”

Somando com esta ideologia, o princípio 4 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento afirma que: “Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento, e não pode ser considerada isoladamente deste.” Isto faz com que se concretize cada vez mais o avanço paralelo entre preservação e desenvolvimento.

Talden Farias e Terence Trennepohl (2019, p. 476) ainda ressaltam sobre esse caminhar junto entre o desenvolvimento e preservação no trecho:

A Política Nacional do Meio Ambiente estabeleceu como metas: compatibilizar o desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente; definir áreas prioritárias para ação governamental visando garantir a qualidade e o equilíbrio ecológico; estabelecer critérios e padrões de qualidade ambiental e ordenar o uso e o manejo dos recursos naturais; difundir informações e educar para conscientizar a coletividade; preservar e restaurar recursos ambientais e, com extrema pertinência, impor ao poluidor e predador a obrigação de recuperar ou indenizar os danos causados.

Outro grande destaque é a aplicação do Princípio da Prevenção. Na visão de Paulo Bessa Antunes (2019, p. 27), consiste:

O princípio da prevenção aplica-se a impactos ambientais já conhecidos e dos quais se possa, com segurança, estabelecer um conjunto de nexos de causalidade que seja suficiente para a identificação dos impactos futuros mais prováveis. Com base no princípio da prevenção, o licenciamento ambiental e, até mesmo, os estudos de impacto ambiental podem ser realizados e são solicitados pelas autoridades públicas.

Desta forma o princípio se desdobra na atenção do Poder Público quando na concessão de licenças ambientais para exploração e utilização dos recursos naturais

que fazem a exigência de avaliações sobre as possibilidades de ocorrência ou não de prejuízos ao meio ambiente, neste momento surge a importância dos estudos prévios de impactos ambientais, capazes de mensurar o dano e possibilitar a previsão de desastres ambientais. Tal princípio foi mencionado na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento no seu princípio 17, in verbis:

A avaliação do impacto ambiental, como instrumento nacional, deve ser empreendida para atividades planejadas que possam vir a ter impacto negativo considerável sobre o meio ambiente, e que dependam de uma decisão de autoridade nacional competente.

A obrigatoriedade dos estudos encontra-se fulcrada na previsão constitucional do art. 225, §1º, IV, CF/88<sup>167</sup> e está intimamente ligada a este princípio. Luís Paulo Sirvinskas (2019, p. 170) elucida que “[...] compete ao Poder Público exigir, na forma da lei, o EPIA<sup>168</sup>, um dos instrumentos da política nacional do meio ambiente mais importantes para a proteção desse meio ambiente”. Assim o autor ainda complementa:

O EIPA implementa, de forma efetiva, dois princípios do direito ambiental. O primeiro é o *princípio da prevenção*, visto que o estudo de impacto ambiental é, obrigatoriamente, prévio ao procedimento de licenciamento e tem por objetivo evitar ação que seriam prejudiciais ou irreversíveis ao meio ambiente.

Além deste princípio, outro de grande importância é o Princípio da Precaução, redigido no Princípio 15 da Declaração do Rio da seguinte maneira:

Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

<sup>167</sup> Art.225 [...] § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...] IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

<sup>168</sup> EPIA- Estudos Prévios de Impactos Ambientais

Este preceito traz a ideia de como se deve proceder diante de uma fundada incerteza dos efeitos de uma intervenção sobre o meio ambiente. Sua aplicação consiste justamente na abstenção do Poder Público em conceder permissões ao particular caso possua incerteza dos prejuízos futuros. Isto posto, se os estudos prévios de impactos ambientais demonstrarem insegurança, o Estado deve se privar da concessão, sob pena de posterior responsabilização.

Dessa forma, sob o escopo trazido pela Constituição Federal de 1988, justificam-se as incumbências dadas ao Poder Público pelo Art. 225, §1º<sup>169</sup> a fim de assegurar a efetividade do direito de possuir direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, concretizando, por conseguinte, o poder-dever atribuído ao Estado.

### 3 A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA AMBIENTAL

A ocorrência dos danos ambientais nos leva à aplicação da responsabilização para que ocorra a reparação desse direito difuso, tal matéria goza de *status* constitucional quando no seu Art. 225, §3º, CF/88<sup>170</sup> tratou do assunto aplicando a chamada tríplice responsabilização aos causadores dos prejuízos ambientais. Isso porque a reparação pode ser observada nas três esferas distintas de forma independente: cível, penal e administrativa. Édis Milaré (2018, p. 201) ressalta que: "A possível aplicação cumulativa dessas esferas de responsabilização, dada a finalidade própria de cada uma, não induz *bis in idem*."

<sup>169</sup> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

<sup>170</sup> § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, as sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Numa breve análise, bem resume Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2019, p. 47) sobre a responsabilidade civil ambiental:

[...] a responsabilidade civil pelos danos causados ao meio ambiente é do tipo objetiva, em decorrência de o art. 225, §3º, da Constituição Federal preceituar a "(...) obrigação de reparar dos danos causados" ao meio ambiente, sem exigir qualquer elemento subjetivo para a configuração da responsabilidade civil. [...] o art. 14, §1º, da Lei n. 6.938/81 foi recepcionado pela Constituição, ao prever a responsabilidade objetiva pelos danos causados ao meio ambiente e também a terceiros. Além disso, a responsabilidade civil pelos danos ambientais é solidária, conforme aplicação do art.3º, I, da Carta Magna.

Temos, na esfera civil, que o dever de reparar aparece com a simples identificação do nexo causal entre o dano e uma determinada atividade. Não há dúvidas, portanto, de que a responsabilidade civil em matéria ambiental é objetiva, Carolina Medeiros em Direito Ambiental Brasileiro (2019, p.485) afirma:

No Brasil, a responsabilidade civil objetiva em matéria ambiental foi introduzida pelo art. 14, §1º da Lei 6.938/1981<sup>171</sup> (a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente). Esse diploma legislativo ficou um regime específico e autônomo para a responsabilidade civil por danos ao meio ambiente que, mais tarde, foi recepcionado pelo texto constitucional de 1988. [...] Desse modo, a responsabilidade civil por danos ao meio ambiente exige como elementos a presença de uma conduta ou atividade, a ocorrência de dano e a existência de nexo causal.

Ressalta-se que a teoria do risco integral é utilizada em matéria ambiental, nas palavras de Édis Milaré (2018, p. 201/202): "a responsabilidade civil, segundo a teoria do risco integral, não admite as hipóteses de excludentes (força maior, caso fortuito e fato de terceiro), visto que só a existência da atividade vinculada ao dano faz nascer a obrigação reparatória. "

---

<sup>171</sup> § 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Noutra análise, na esfera da responsabilização penal por prejuízos causados ao meio ambiente, destaca-se a Lei 9.605/98 a qual disciplina os crimes ambientais. Essa lei inseriu cinco espécies de crimes: 1) crimes contra a fauna; 2) crimes contra a flora; 3) crime contra a poluição e outros crimes ambientais; 4) crimes contra o ordenamento urbano e cultural; e 5) crimes contra a administração ambiental. Para que seja caracterizada a responsabilidade em âmbito penal, deve-se observar a presença da tipicidade e da antijuricidade (Arts. 1º<sup>172</sup> e 23<sup>173</sup> do CP), nesta análise, a culpa e o dolo se tornam imprescindíveis, são os chamados elementos subjetivos do tipo (Art. 18, CP<sup>174</sup>). Assim, positivou-se a natureza subjetiva desta responsabilidade.

Merece destaque na responsabilização criminal a possibilidade da imputação às pessoas jurídicas. A previsão está no inédito Art. 3º da Lei 9.605/1988<sup>175</sup>, possibilitando sua penalização em solidariedade com as pessoas físicas causadoras do dano ambiental.

No que se refere à responsabilidade na esfera administrativa, na visão de Maria Luiza Machado Granziera (2019, p. 46), nada mais é do que os “efeitos jurídicos a que se sujeita o autor de um dano ambiental perante a Administração Pública.”

A observância de infrações administrativo-ambientais instituídas na lei que culminam nas penalidades administrativas, caracterizando a responsabilidade ambiental administrativa, despertam o poder de polícia ambiental que é tomado como base para atuação do Poder Público em busca da aplicação das autuações, neste procedimento deve-se observar a aplicação dos princípios do devido processo legal, ampla defesa (oportunidade de instrução probatória, recurso para análise de autoridade superior, representação por advogado, entre outras garantias)

Nesta linha, inicialmente faz-se importante o estudo sobre o poder de polícia ambiental. O conceito legal de poder de polícia é encontrado no art. 78 do CTN e sua legitimidade é explicitada no seu parágrafo único:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de

<sup>172</sup> Art. 1º- Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

<sup>173</sup> Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato

<sup>174</sup> Art. 18 - Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

<sup>175</sup> Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Édis Milaré (2018, p. 348) aborda a temática da seguinte forma: "o poder de polícia é prerrogativa da Administração Pública que legitima a intervenção na esfera jurídica do particular em defesa de interesses maiores relevantes para a coletividade, e desde que fundado em lei anterior que o discipline e defina seus contornos."

Observa-se que tal poder "decorre da necessidade pública de limitar o abuso no exercício dos direitos individuais, a fim de conformá-los ao interesse público" (AMADO, 2019, p. 158). Logo, faz-se necessária a atuação do Estado visando a preservação de um bem maior, neste caso, o meio ambiente e suas normas de proteção. O desempenho deste poder pelo Estado não é uma faculdade, mas sim um dever imposto pelo ordenamento, bem explicita Édis Milaré:

[...]cria-se para o Poder Público um dever constitucional, geral e positivo, representado por verdadeiras obrigações de fazer, isto é, de zelar pela defesa (defender) e preservação (preservar) do meio ambiente. Não mais tem o Poder Público uma mera faculdade, mas está atado por verdadeiro dever. Quanto à possibilidade e ação positiva em defesa e preservação, sua atuação transforma-se de discricionária em vinculada. Sai da esfera da conveniência e oportunidade para se ingressar num campo estritamente delimitado, o da imposição, onde só cabe um único e nada mais que único comportamento: defender e proteger o meio ambiente. (2005, p. 188)

É este poder de polícia ambiental que justifica, por exemplo, a imposição de condicionantes de uma licença ambiental. Dessa forma, pode tanto estabelecer comportamentos de fazer como de não fazer, quando noutro exemplo, exige-se do particular uma abstenção.

Paulo de Bessa Antunes (2019, p. 116) explicita sobre o poder de polícia:

A utilização dos recursos ambientais é atividade submetida ao poder de polícia do Estado. É o exercício do poder de polícia que servirá de parâmetro para os limites de utilização legítimos, segundo a ordem jurídica vigente. O poder de polícia é um poderoso instrumento de harmonização de direitos individuais, fazendo com que eles sejam exercidos com respeito aos terceiros. Contudo, sua legitimidade depende da estrita observância das normas legais e regulamentares, sendo necessário que o agente da autoridade atue dentro dos contornos estabelecidos pela regra de direito.

Na doutrina, Paulo Affonso Leme Machado (2016, p. 386) reforça ainda que:

[...] poder de polícia ambiental é atividade de Administração Pública que limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato em razão de interesse público concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas ou de outras atividades dependentes de concessão, autorização/permissão ou licença do Poder Público de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza.

Paulo de Bessa Antunes (2019, p. 119) afirma que “A polícia do meio ambiente, no intuito de assegurar a obediência às normas ambientais, pode ser preventiva ou repressiva.” Tal instrumento se concretiza através da atuação dos órgãos ambientais e sua função de fiscalização e controle, devendo estes ser exercido nos limites legais e pela autoridade competente.

Em se tratando da atividade de sanção administrativa, faz necessária a análise da autoridade competente para a lavratura do auto da infração.

Na Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98) há o conceito dos responsáveis por lavrar os autos de infrações ambientais e instaurar os processos administrativos. Tal previsão encontra-se no art. 70, §1º<sup>176</sup> da referida lei. Frederico Amado (2019, p. 159) salienta que: “a competência para o licenciamento ambiental não se confunde com a atribuição de exercer a fiscalização ambiental, podendo ser exercido por diferentes esferas.” Corroborando com a análise a Lei Complementar 140/2011 prevê

---

<sup>176</sup> Art. 70 [...]§ 1º São autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitâneas dos Portos, do Ministério da Marinha.

no *caput* do art. 17<sup>177</sup> prevê que o órgão responsável pelo licenciamento ou autorização é o competente para lavrar o auto de infração ambiental e instaurar o processo administrativo, entretanto ressalta no seu parágrafo terceiro que não está excluída a possibilidade de outros entes federativos usufruírem da mesma atribuição. Trata-se, portanto, de uma competência material comum.

Importante salientar a Orientação Jurídica Normativa 49/2013, da Procuradoria Federal Especializada do IBAMA, onde entendeu:

[...] II. Atividade concretamente licenciada deve ser perfeitamente fiscalizada pelo órgão ambiental emissor da licença, impondo-se a efetiva atuação do órgão fiscalizador supletivo em caso de omissão do órgão primariamente competente. Em situação de duplicidade de atuações, caberá a prevalência da fiscalização realizada pelo órgão licenciador, com reconhecimento da insubsistência do auto de infração anteriormente lavrado pelo órgão fiscalizador supletivo, desde que a penalidade aplicada no processo originário ainda não esteja definitivamente constituída.

O entendimento é o que se extrai do AgInt no REsp 1676465, Rel.Min. Herman Benjamin, DJe 30/10/2019:

[...]7.O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a União, os Estados, o Distrito Federal e Municípios compartilham, em pé de igualdade, o dever de fiscalizar administrativamente a poluição e a degradação ambiental, competência comum que se acentua nos casos de atividades e empreendimentos não licenciados. "No que tange à proteção ao meio ambiente, não se pode dizer que há predominância do interesse do Município. Pelo contrário, é escusado afirmar que o interesse à proteção ao meio ambiente é de todos e de cada um dos habitantes do país e, certamente, de todo o mundo" (REsp 194.617/PR, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ de 1º/7/2002, p. 278). Em sentido assemelhado: "Não

<sup>177</sup> Art. 17. Compete ao órgão responsável pelo licenciamento ou autorização, conforme o caso, de um empreendimento ou atividade, lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo para a apuração de infrações à legislação ambiental cometidas pelo empreendimento ou atividade licenciada ou autorizada. [...]§ 3º-O disposto no *caput* deste artigo não impede o exercício pelos entes federativos da atribuição comum de fiscalização da conformidade de empreendimentos e atividades efetiva ou potencialmente poluidores ou utilizadores de recursos naturais com a legislação ambiental em vigor, prevalecendo o auto de infração ambiental lavrado por órgão que detenha a atribuição de licenciamento ou autorização a que se refere o *caput*.

há falar em competência exclusiva de um ente da federação para promover medidas protetivas. Impõe-se amplo aparato de fiscalização a ser exercido pelos quatro entes federados, independentemente do local onde a ameaça ou o dano estejam ocorrendo. O Poder de Polícia Ambiental pode - e deve - ser exercido por todos os entes da Federação, pois se trata de competência comum, prevista constitucionalmente. Portanto, a competência material para o trato das questões ambiental é comum a todos os entes. Diante de uma infração ambiental, os agentes de fiscalização ambiental federal, estadual ou municipal terão o dever de agir imediatamente, obstando a perpetuação da infração" (AgInt no REsp 1.532.643/SC, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23/10/2017). [...] (*grifos nossos*)

Com relação ao conceito de "infrações administrativas", em âmbito federal, está positivado no art. 70 da Lei 9.605/1998 no qual prevê: "Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente". Assim, Édis Milaré complementa:

Na esfera administrativa, o art. 70 da Lei 9.605/1998, ao definir a infração administrativa ambiental, considerou como ilícito administrativo não só o comportamento típico, tal como ocorre em âmbito penal, mas foi mais abrangente, visando à punição de toda atividade contrária a quaisquer regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente. Daí dizer-se que o fundamento da infração administrativa é tão só a ilicitude da conduta, considerada como qualquer violação ao ordenamento jurídico. A particularidade aqui é a inversão do ônus da prova, justificada pela presunção de legitimidade do ato de infração (=atributo inerente a qualquer ato administrativo) lavrado em face do transgressor da norma ambiental, ao qual se transfere o ônus de provar sua inocência. Administrativamente, porém, a autoria, isto é, a imputação do fato infracional a uma pessoa, física ou jurídica, é pressuposto jurídico da incidência da pena. Esse elemento traduz-se no comportamento, omissivo ou comissivo, daquele que, de qualquer forma, concorre para a prática da infração, analogamente ao que ocorre na esfera penal, por força dos arts. 13, *caput* e §2º, e 29 do Código Penal e do art. 2º da Lei 9.605/1998. (2018, p. 202)

Frederico Amado (2019, p. 617) faz grande ressalva sobre o tema: “É importante notar que a ocorrência de dano ambiental não é exigida para a consumação do citado tipo administrativo [...] sendo bastante que o agente, por ação ou omissão, infrinja a legislação administrativa ambiental, existindo infrações de dano e de perigo”. Complementa ainda ser pessoal a responsabilidade administrativa, dessa forma, só estarão sujeitos às penalidades relacionadas a um ilícito administrativo contra o meio ambiente aqueles que concorrem para a sua consumação. Por fim, o autor defende ser admitida a exclusão nas hipóteses de caso fortuito, força maior ou fato de terceiro. Nas infrações administrativas, serão penalizadas tanto as pessoas físicas quanto as jurídicas, exigindo-se neste último caso a prática por seu representante legal ou contratual, no interesse ou benefício da entidade ora, conforme previsão do art. 3º da Lei 9.605/1998<sup>178</sup>.

O autor ressalta ainda:

Para que uma pessoa natural ou jurídica seja penalizada administrativamente, é curial a demonstração da autoria do ilícito, não se admitindo a aplicação da doutrina da responsabilização *propter rem*, restrita à responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente (2019, p. 617).

No julgamento do REsp 1.251.697/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 17.4.2012, o STJ entendeu a incidência da teoria subjetiva:

[...] pelo princípio da intranscendência das penas (art. 5º, inc. XLV, CR/1988), aplicável não só no âmbito penal, mas também a todo o Direito Sancionador, não é possível ajuizar execução fiscal em face do recorrente para cobrar multa aplicada em face de condutas imputáveis a seu pai. Isso porque a aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (para reparação dos danos causados), mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, a conduta deve ser cometida pelo alegado transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e com demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano.

<sup>178</sup> Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Apesar deste tal posicionamento, o assunto ainda não possuía um entendimento pacificado no STJ, haviam divergências no âmbito das 1ª e 2ª Turmas. Até que no julgamento dos Embargos de Divergência em RESP Nº 1.318.051 – RJ o posicionamento da Primeira Seção deste Tribunal Superior foi unificado, decidindo pela aplicação da teoria subjetiva na aplicação da responsabilização administrativa ambiental. No tópico posterior deste estudo, serão analisadas as jurisprudências deste recente entendimento e julgados que deram base a esta decisão.

Na análise do art. 72, da Lei 9.605/1988, conseguimos observar as espécies de sanções administrativas, quais sejam: 1) advertência; 2) multa simples; 3) multa diária; 4) apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração; 5) destruição ou inutilização do produto; 6) suspensão de venda e fabricação de produtos; 7) embargo de obra ou atividade; 8) demolição de obra; 9) suspensão parcial ou total de atividades e por fim, 10) restritiva de direitos.

A dosimetria da aplicação das sanções é direcionada conforme a graduação da gravidade do fato, antecedentes do infrator e sua situação econômica<sup>179</sup>. A cumulação de sanções é possível quando presente o cometimento de mais de uma infração administrativa<sup>180</sup>.

Agregando a este entendimento, na obra *Direito Ambiental Brasileiro*, Talden Farias e Terence Trennepohl confirmam que:

A aplicação de sanções sem a comprovação de culpa ou dolo afronta os mais elementares pilares do nosso sistema jurídico. A aplicação de multa deve obedecer às regras do direito sancionador, pois derivadas da Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas, aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. [...] Tanto é certo que a Lei considera essas medidas, mesmo as administrativas, como sanções, que manda aplicar subsidiariamente a esta Lei as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal. (2019, p. 480)

<sup>179</sup> Lei 9.605/ 1988. Art. 6º Para imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará: I - a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente; II - os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental; III - a situação econômica do infrator, no caso de multa.

<sup>180</sup> Lei 9.605/ 1988. Art. 72. [...]§ 1º Se o infrator cometer, simultaneamente, duas ou mais infrações, ser-lhe-ão aplicadas, cumulativamente, as sanções a elas cominadas.

Sobre o tema, Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2019, p. 129) conclui acerca da intenção dos entes em exercer tal controle:

A responsabilidade administrativa em matéria ambiental, em resumo, tem como finalidade obrigar os órgãos vinculados de forma direta ou indireta aos entes estatais (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) a defender e preservar os bens ambientais para as presentes e futuras gerações ante a proteção indicada pela Constituição Federal aos interesses difusos e coletivos em proveito da dignidade da pessoa humana.

Portanto, a responsabilidade administrativa ambiental tem seus atos concretizados através da atuação das autoridades competentes revestidas do poder de polícia ambiental para a prática das autuações, com o fito de alcançar a proteção e preservação do meio ambiente fulcrada na previsão constitucional.

#### **4 ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ACERCA DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA AMBIENTAL**

A responsabilidade administrativa ambiental recebeu recente destaque nas discussões perante o Superior Tribunal de Justiça. Tal debate se faz importante, visto que tal Corte Superior não possua entendimento unificado diante da responsabilização ambiental no que tange à matéria administrativa. Havia grande divergência nos julgamentos dos casos concretos na Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), onde as 1ª e 2ª turmas discordavam na aplicação da objetividade ou subjetividade dessa responsabilidade. Talden Farias e Terence Trennepohl (2019, p. 480) em Direito Ambiental Brasileiro apresenta como divergente o tema e suas teorias aplicáveis:

A responsabilidade administrativa é a que apresenta a maior carga de controvérsias na seara do Direito Ambiental, pois os órgãos públicos costumam estender a responsabilidade objetiva civil, que prescinde da comprovação da existência de dolo ou culpa, para a sustentação de suas autuações ou imposição de sanções.

Visando a unificação de entendimento, no julgamento do EResp 1.318.051, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 29/08/2018, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça aplicou a teria subjetiva em se tratando de responsabilidade administrativa ambiental.

O caso trata da discussão acerca do auto de infração contra Ipiranga Produtos de Petróleo S.A que recebeu uma multa do município de Guapimirim em virtude de derramamento de óleo na Baía da Guanabara em acidente ferroviário. O TJ/RJ havia mantido o auto de infração aplicando à responsabilidade administrativa ambiental a teoria objetiva. No julgamento do Recurso Especial n. 1.318.081/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 12/05/2015, a 1ª Turma do STJ manteve entendimento, podemos observar no julgamento:

[...]

**1.** *A responsabilidade administrativa ambiental é objetiva.* Deveras, esse preceito foi expressamente inserido no nosso ordenamento com a edição da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/1981). *Tanto é assim, que o § 1º do art. 14 do diploma em foco define que o poluidor é obrigado, sem que haja a exclusão das penalidades, a indenizar ou reparar os danos, independentemente da existência de culpa.* Precedente: REsp 467.212/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 15/12/2003.

[...] *(grifos nossos)*

Após, houve Embargos de Divergência em Recurso Especial do referido caso, nº 1.318.051/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 12/06/2019 que culminou no entendimento da 1ª Turma, pacificando a divergência, sendo possível a aplicação da tese:

[...]

**3.** Ocorre que, conforme assentado pela Segunda Turma no julgamento do REsp 1.251.697/PR, de minha relatoria, DJe de 17/4/2012), *"a aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (para reparação dos danos causados), mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, a conduta deve ser cometida pelo alegado transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e com demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano".*

**4.** No mesmo sentido decidiu a Primeira Turma em caso análogo envolvendo as mesmas partes: *"A responsabilidade civil ambiental é objetiva; porém, tratando-se de responsabilidade administrativa ambiental, o terceiro,*

*proprietário da carga, por não ser o efetivo causador do dano ambiental, responde subjetivamente pela degradação ambiental causada pelo transportador"* (AgRg no AREsp 62.584/RJ, Rel. p/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa, DJe de 7/10/2015).

5. Embargos de divergência providos. *(Grifos nossos)*

Dessa forma, vale o destaque do REsp 1.251.697/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 17.4.2012, citado como precedente da presente discussão, é nesse sentido, conforme exposto:

[...]

10. A diferença entre os dois âmbitos de punição e suas consequências fica bem estampada da leitura do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81, segundo o qual "[s]em obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo [entre elas, frise-se, a multa], é o poluidor obrigado, *independentemente da existência de culpa*, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade". [...]

14. Mas fato é que o uso do vocábulo "transgressores" no *caput* do art. 14, comparado à utilização da palavra "poluidor" no § 1º do mesmo dispositivo, deixa a entender aquilo que já se podia inferir da vigência do princípio da intranscendência das penas: *a responsabilidade civil por dano ambiental é subjetivamente mais abrangente do que as responsabilidades administrativa e penal, não admitindo estas últimas que terceiros respondam a título objetivo por ofensa ambientais praticadas por outrem.*

[...] *(grifos nossos)*

No mesmo entendimento corrobora a Ministra Regina Helena Costa, no julgamento dos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial 62.584/RJ, Rel. Min Mauro Campbell Marques, DJe 02/08/2019 afirmando que:

[...]

11. Como destacado pelo e. Relator, *a imposição de penalidade administrativa por infração ao meio ambiente rege-se pela teoria da responsabilidade subjetiva.*

12. A disposição do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981, de que a indenização ou reparação dos danos ambientais não afasta a aplicação de sanções administrativas significa apenas que a indenização ou reparação do dano prescindem da culpa, e não que as sanções administrativas dispensam tal elemento subjetivo.

13. *Não se confunde o direito administrativo sancionador com a responsabilidade civil ambiental.*

[...] (*grifos nossos*)

Confirmando, mais uma vez com o entendimento, encontramos o REsp 1.401.500/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Dje de 13/09/2019:

[...]

c) o Tribunal de origem consignou que "a responsabilidade do poluidor por danos ao meio ambiente é objetiva e decorre do risco gerado pela atividade potencialmente nociva ao bem ambiental. Nesses termos, tal responsabilidade independe de culpa, admitindo-se como responsável mesmo aquele que aufere indiretamente lucro com o risco criado" e que "o artigo 25, § 1º, VI, da Lei 9.966/2000 estabelece expressamente a responsabilidade do 'proprietário da carga' quanto ao derramamento de efluentes no transporte marítimo", mantendo a Sentença e desprovendo o recurso de Apelação.  
[...]

3. Cabe esclarecer que, no Direito brasileiro e de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a responsabilidade civil pelo dano ambiental, qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador, público ou privado, proprietário ou administrador da área degradada, é de natureza objetiva, solidária e ilimitada, sendo regida pelos princípios do poluidor-pagador, da reparação *in integrum*, da prioridade da reparação *in natura* e do favor *debilis*.

4. Todavia, os presentes autos tratam de questão diversa, a saber a natureza da responsabilidade administrativa ambiental, bem como a demonstração de existência ou não de culpa, já que a controvérsia é referente ao cabimento ou não de multa administrativa.

5. Sendo assim, *o STJ possui jurisprudência no sentido de que, "tratando-se de responsabilidade administrativa ambiental, o terceiro, proprietário da carga, por não ser o efetivo causador do dano ambiental, responde subjetivamente pela degradação ambiental causada pelo transportador"* (AgRg no AREsp 62.584/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Rel. p/ acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 7.10.2015).

[...] *(grifos nossos)*

Em recentes julgados, confirma-se a pacificação do entendimento. No AgInt no AREsp 1.458.422/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 19/12/2019 além de confirmar a pacificação, ressalta-se o entendimento do STJ sobre o poder de polícia a ser exercido de forma concomitante pelos entes responsáveis pela fiscalização ambiental:

[...]

IV. Em recente julgado, proferido pela Primeira Seção do STJ, nos autos dos EREsp 1.318.051/RJ (Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 12/06/2019), *pacificou-se o entendimento no sentido de que a aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (para reparação dos danos causados), devendo obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, a conduta deve ser cometida, pelo alegado transgressor, com demonstração do elemento subjetivo, e com demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano.*

[...]

VII. Na forma da jurisprudência do STJ, "não há falar em competência exclusiva de um ente da federação para promover medidas protetivas. Impõe-se amplo aparato de fiscalização a ser exercido pelos quatro entes federados, independentemente do local onde a ameaça ou o dano estejam ocorrendo. *O Poder de Polícia Ambiental pode - e deve - ser exercido por todos os entes da Federação, pois se trata de competência comum, prevista constitucionalmente.* Portanto, a competência material para o trato das questões ambiental é comum a todos os entes. Diante de uma infração ambiental, os agentes de fiscalização ambiental federal, estadual ou municipal terão o dever de agir imediatamente, obstando a perpetuação da infração" (STJ,

AgRg no REsp 1.417.023/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/08/2015).

[...] (*grifos nossos*)

Sobre o tema é vasta a jurisprudência perante o Superior Tribunal de Justiça, no AgInt no REsp 1828167/PR, Rel. Min. Regina Helena Costa, DJe 03/10/2019, observa-se [...] II - A responsabilidade administrativa ambiental tem caráter subjetivo, exigindo-se, por isso, a demonstração de dolo ou culpa e do nexo causal entre conduta e o dano. Precedentes. [...]. Colabora o AgInt no AREsp 826046/SC, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 05/4/2018: [...] ". O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a responsabilidade administrativa ambiental tem caráter subjetivo, exigindo-se a demonstração de dolo ou culpa e do nexo causal entre conduta e dano. Precedentes. [...]". Por fim, no REsp 1640243/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 27/04/2017:

[...]

2.Nos termos da jurisprudência do STJ, como regra a responsabilidade administrativa ambiental apresenta caráter subjetivo, exigindo dolo ou culpa para sua configuração. Precedentes: REsp 1.401.500 Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/9/2016, AgRg no AREsp 62.584/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Rel. p/ acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 7/10/2015, REsp 1.251.697/PR, Rel. Ministro. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 17/4/2012.

[...]

Confirmando a aplicação do entendimento, observa-se o julgado da Apelação Cível 5004158-36.2016.4.04.7200/SC, Rel. Marga Inge Barth Tessler de 14/07/2020, confirma-se a posição que vem sendo adotada pela Corte:

AMBIENTAL. ÁREA DE MAGUEZAL. ATERRO. DESTRUIÇÃO DE VEGETAÇÃO. REPARAÇÃO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE DE NATUREZA OBJETIVA. SANCIONAMENTO ADMINISTRATIVO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE DE NATUREZA SUBJETIVA. IMPRESCINDÍVEL A DEMONSTRAÇÃO DE DOLO OU CULPA. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA. 1. O meio ambiente ecologicamente equilibrado é protegido pelo art. 225 da CRFB/88, e sua proteção é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme art. 23,

VI e VII, da CRFB/88. Cabe a cada uma destas esferas de governo, nos termos da lei e do interesse preponderante, fiscalizar, licenciar e, em havendo necessidade, autuar, com o objetivo de promover a proteção do meio ambiente e combater a poluição, bem como preservar a floresta, a fauna e a flora. [...]

3. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, firmado em sede de recurso repetitivo (Tema 68, Resp 1.354.536-SE): “A responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar a sua obrigação de indenizar”. Logo, havendo aterro irregular no terreno do notificado independentemente da discussão acerca do elemento subjetivo do dano ambiental, deve ele se sujeitar às determinações do órgão ambiental para sanar a irregularidade ambiental.

3. Ao contrário do que ocorre na seara cível, a natureza da responsabilidade por infração administrativa é subjetiva, sendo imprescindível a demonstração do elemento subjetivo do suposto infrator (Teoria da Culpabilidade). Nesse sentido a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1318051/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/05/2019, JJe 12/06/2019).

Dessa forma, importante se fez, perante o caso concreto, a unificação de entendimento nesta Corte Superior. A aplicação da teoria subjetiva confirmou o afastamento da responsabilidade *propter rem*, aplicável na responsabilização civil em matéria ambiental.

Logo, a presença dos elementos subjetivos (dolo e culpa) se tornam imprescindíveis para a condenação nesta seara. A responsabilização administrativa tem natureza sancionatória e se aproxima dos requisitos da responsabilização criminal.

## 5 CONCLUSÃO

O meio ambiente preservado e saudável é tratado pelo ordenamento jurídico brasileiro como um direito fundamental do cidadão e, sobretudo, das futuras gerações. Justamente para garantir esta previsão o Estado torna-se a figura de extrema importância para o controle da utilização dos recursos ambientais. É certo

que nem sempre a exploração econômica desses bens se dá de forma totalmente conveniente, podendo gerar danos ao meio ambiente.

Surge neste momento a figura da responsabilidade ambiental, que no ordenamento jurídico brasileiro, possui tríplice repercussão jurídica. O Poder público é detentor do poder dever que ampara o controle e fiscalização pelos entes. É o Estado que responsabiliza os causadores de danos com o fim de reparar os prejuízos causados ao meio ambiente. No decorrer do estudo, viu-se a importância da realização dos estudos prévios de impactos ambientais, capazes de nortear decisões da Administração Pública na concessão ou não de uma licença ambiental, por exemplo. O dever do Estado é tão grande, que cabe a ele a faculdade, podendo ainda estipular condicionantes ao particular e medidas mitigadoras dos prejuízos ao meio ambiente visando sempre o menor impacto ambiental possível, sempre ponderando a preservação como desenvolvimento econômico.

Dessa forma, a responsabilização na sua esfera tríplice, pode-se resumir: na esfera civil, têm-se a aplicação da responsabilização de forma objetiva, sendo requisitos necessários apenas a ocorrência do dano ambiental, a identificação de uma conduta ou atividade e a existência de nexo causal entre elas. Em se tratando da responsabilização penal, há que se observar os diplomas legais, como a Lei 9.605/98 a qual disciplina os crimes ambientais. No que tange à responsabilização administrativa, houve tratativas recentes perante a aplicabilidade da teoria subjetiva perante o Superior Tribunal de Justiça.

Assim, a partir da análise jurisprudencial da matéria foi possível notar com o julgamento do EResp 1.318.051, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 29/08/2018, a unificação de entendimento perante esta Corte Superior, aplicando a teoria subjetiva à responsabilidade administrativa ambiental. Com isto, ficou claro que os elementos subjetivos (dolo e culpa) devem ser levados em consideração quando analisamos a responsabilização administrativa em seara ambiental. Não se aplica a ideia objetiva, nem mesmo a ideia da responsabilidade *propter rem*, aplicável a responsabilização civil em matéria ambiental.

Confirmou-se portanto a unificação de entendimentos e interpretações nas Turmas da 1ª Seção do STJ, pacificando o entendimento e oportunizando a aplicação de forma segura e concreta em relação à necessidade de verificação dos elementos subjetivos para que haja a aplicação da responsabilidade administrativa ambiental, dessa forma, confirmada foi a natureza sancionatória dessa modalidade de reparação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADO, Frederico. **Direito Ambiental**. 10. Ed. rev. atual. E ampl. Salvador: Juspodivm, 2019

ANTUNES, Bessa Paulo. **Direito Ambiental**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em 13 de janeiro de 2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)> Acesso em 13 de janeiro de 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 5.172, de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm)> Acesso em 13 de janeiro de 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm)> Acesso em 13 de janeiro de 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outra providência. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm)> Acesso em 13 de janeiro de 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)> Acesso em 13 de janeiro de 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar n. 140, de 8 de dezembro de 2011**. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI, VII do caput e do parágrafo único ao art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei n° 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp140.htm)> Acesso em 13 de janeiro de 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 826.046 – SC (2015/0311163-2)**. Relator Ministro Gurgel de Faria, DJe 05/04/2018. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AIN TARESP%27.clas.+e+@num=%27826046%27\)+ou+\(%27AgInt%20no%20AREsp%27+adj+%27826046%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AIN TARESP%27.clas.+e+@num=%27826046%27)+ou+(%27AgInt%20no%20AREsp%27+adj+%27826046%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)> Acesso em 14 de janeiro de 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.458.422 – SP (2019/0055442-6)**. Relator Ministra ASSULETE MAGALHÃES, DJe 19/12/2019. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=104086216&num\\_registro=201900554426&data=20191219&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=104086216&num_registro=201900554426&data=20191219&tipo=5&formato=PDF)> Acesso em 14 de janeiro de 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.828.167 (2019/0216544-0)**. Relator Ministra Regina Helena Costa DJe 3/10/2019. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=RESPONSABILIDADE+ADMINISTRATIVA+AMBIENTAL&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em 14 de janeiro de 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 62.584 - RJ (2011/0240437-3)**. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. DJe 02/08/2019. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=97670581&num\\_registro=201102404373&data=20190802&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=97670581&num_registro=201102404373&data=20190802&tipo=5&formato=PDF)> Acesso em 04 de novembro de 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.318.051 - RJ (2012/0070152-3)**. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. DJe 12/06/2019. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=95473814&num\\_registro=201200701523&data=20190612&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=95473814&num_registro=201200701523&data=20190612&tipo=5&formato=PDF)> Acesso em 04 de novembro de 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.251.697 - PR (2011/0096983-6)**. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. DJe 17/04/2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1135259&num\\_registro=201100969836&data=20120417&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1135259&num_registro=201100969836&data=20120417&formato=PDF)> Acesso em: 04 de novembro de 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.318.051 – RJ (2012/0070152-3)**. Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES. DJe 12/05/2015. Disponível em: <<https://www.jurisite.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2017/08/REsp-1.318.051-RJ.pdf>> Acesso em 14 de janeiro de 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.401.500 - PR (2013/0293137-0)**. Relator Ministro Herman Benjamin. DJe 13/09/2019. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=62818311&num\\_registro=201302931370&data=20160913&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=62818311&num_registro=201302931370&data=20160913&tipo=5&formato=PDF)> Acesso em 05 de novembro de 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.640.243 – SC (2016/0308916-7)**. Relator Ministro Herman Benjamin. DJe 27/04/2017. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271640243%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271640243%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271640243%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271640243%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)> Acesso em 14 de janeiro de 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **APELAÇÃO CÍVEL Nº 36.2016.4.04.7200 – SC**. Relatora Marga Inge Barth Tessler. DJe 14/07/2020. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/876262152/apelacao-civel-ac-50041583620164047200-sc-5004158-3620164047200>> Acesso em 23 de janeiro de 2021.

FARIAS, Talden; Terence Trennepohl coordenação. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. 5. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019.

MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. **Direito Ambiental Brasileiro**. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 11.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito do Ambiente**. 11.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

PANTOJA, Othon. **Os 5 mais importantes princípios do direito ambiental.** Disponível em: <<https://www.aurum.com.br/blog/principios-do-direito-ambiental/>> Acesso em 07 de janeiro de 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral.** São Paulo: Saraiva, 2014.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental.** 17.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

## **CRISE DOS REFUGIADOS: ESTATUTO JURÍDICO E ATUAL ONDA DE CRIMINALIZAÇÃO**

**CAMILA UNGAR JOÃO:** Mestranda em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Defensora Pública do Estado de São Paulo.

**RESUMO:** A situação dos deslocados forçados demonstra verdadeira crise humanitária – a maior, desde a Segunda Guerra Mundial. Neste contexto, cresce a discussão no âmbito global sobre a proteção jurídica dos refugiados. O presente artigo se propõe a problematizar o tema, por meio de apontamentos acerca da definição insuficiente de refugiado, da distinção entre refugiado e imigrante, do estatuto jurídico dos refugiados, no plano internacional e interno e da atual onda de criminalização dos refugiados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Crise humanitária, refugiados, estatuto jurídico dos refugiados, criminalização

**ABSTRACT:** The situation of the forced displaced people demonstrates a real humanitarian crisis - the biggest since World War II. In this context, there is growing discussion at the global level on the legal protection of refugees. This article proposes to problematize the theme, through notes on the insufficient definition of refugee, the distinction between refugee and immigrant, the legal status of refugees at the international and domestic level, and the current wave of criminalization of refugees.

**KEYWORDS:** Humanitarian crisis, refugees, legal status of refugees, criminalization

**SUMÁRIO:** 1. Introdução: Crise dos refugiados; 2. Mas quem são os refugiados? 2.1. Conceitos tradicionais; 2.2. Refugiados ambientais; 3. Refugiados no cenário jurídico internacional; 4. O refugiado no cenário jurídico brasileiro; 4.1. Distinção de refugiados e imigrantes; 4.2. O refugiado como titular de direitos fundamentais; 5. Criminalização dos refugiados; 6. Considerações finais; e 7. Referências Bibliográficas.

## 1. Introdução: Crise dos refugiados<sup>181</sup>

Segundos dados do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), até o final de 2019 havia cerca de 79,5 milhões de deslocados forçados no mundo. Dentro desse grupo, 26 milhões são refugiados, sendo que 20,4 milhões estão sob o mandato da ACNUR, e o restante sob o mandato da Agência das Nações Unidas de Assistência aos Refugiados da Palestina (UNRWA). Destarte, havia, até o final de 2019, aproximadamente 4,2 milhões de solicitantes de refúgio no mundo.

No Brasil, a situação dos refugiados venezuelanos merece destaque. Segundo a ONU, o número de venezuelanos que deixaram o país, desde 2016, ultrapassa 4 milhões de pessoas, sendo o Brasil um dos destinos mais procurados.

O governo brasileiro reconheceu a crise humanitária relativa a tais fluxos migratórios e criou, por meio da Medida Provisória nº 820/18, posteriormente convertida na Lei nº 13.684/18, a Operação Acolhida, de proteção e assistência aos venezuelanos que chegam ao Brasil pela fronteira em Roraima. Trata-se da primeira (e bem sucedida<sup>182</sup>) missão humanitária em território nacional, e ocorre com o apoio das três esferas de Governo, das forças armadas, da sociedade civil e de diversas agências da Organização das Nações Unidas (ONU). É coordenada no âmbito do Comitê Federal de Assistência Emergencial, da Casa Civil da Presidência da República, com a participação 12 Ministérios.

Assim, a situação dos deslocados forçados, especialmente dos refugiados, demonstra verdadeira crise humanitária – a maior, desde a Segunda Guerra Mundial.

Neste contexto, portanto, cresce a discussão no âmbito global sobre a proteção jurídica dos refugiados.

Objetiva-se, com este artigo, trazer breves apontamentos acerca da insuficiência dos conceitos tradicionais de refugiados dado o surgimento de novos fluxos migratórios, da distinção de refugiados e imigrantes - e tratamentos jurídicos correspondentes -, da normativa do Direito dos refugiados e da atual onda de

<sup>181</sup> Os dados trazidos neste item foram extraídos do sítio eletrônico oficial do ACNUR: [www.acnur.org.br](http://www.acnur.org.br), [www.unhcr.org](http://www.unhcr.org) e da Operação Acolhida: <https://www.gov.br/acolhida/> Acesso em 24/01/2021.

<sup>182</sup> Conforme informado na página oficial da Operação Acolhida (<https://www.gov.br/acolhida/>), na chegada à fronteira, os venezuelanos são registrados, documentados e imunizados, e recebem orientação para solicitar refúgio ou requisitar visto de residência temporária, sendo que os casos mais vulneráveis são encaminhados para abrigos temporários emergenciais. Outro eixo importante da operação é a interiorização, que tem transferido refugiados e migrantes de Roraima para outros Estados do país, onde encontram melhores oportunidades de integração socioeconômica. Segundo dados oficiais, já foram realizados mais de 890 mil atendimentos na fronteira, sendo que mais de 46.589 mil refugiados e migrantes venezuelanos já foram interiorizados.

criminalização dos refugiados, em substituição à adoção de medidas migratórias adequadas.

## **2. Mas quem são os refugiados?**

### **2.1. Conceitos tradicionais**

No âmbito das Nações Unidas, a definição de refugiado está contida no artigo 1º, parágrafo 2º, alínea "c", da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1951, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 50.215, de 28 de janeiro de 1961:

Art. 1º - [...]

Parágrafo 1º - Para fins da presente Convenção, o termo "refugiado" se aplicará a qualquer pessoa:

c) Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.

Parágrafo 2º. Para fins da presente Convenção, as palavras "acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951", do artigo 1º, seção A, poderão ser compreendidos no sentido de ou

a) "Acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 na Europa".

b) "Acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 na Europa ou alhures. "

Posteriormente, essa definição foi ampliada pelo Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 70.946, de 7 de agosto de 1972, no tocante ao limite temporal e geográfico, ou seja, desconsiderando-se a data- limite equivalente a 1º de janeiro de 1951; e que esses dispositivos fossem aplicados aos refugiados em todo o mundo.

Há que encarar, contudo, as definições apresentadas no contexto do Direito Internacional como padrões mínimos que devem ser atendidos para que uma pessoa possa ser considerada refugiada (SOARES, 2012, pág. 50).

Assim, a ampliação do conceito pelos Estados é não apenas possível, mas recomendada, em virtude das necessidades de novas situações que surgirem e que não se enquadrem nessa definição mínima.

Nesse sentido, a Declaração de Cartagena das Índias, de 1984, ampliou o conceito de refugiados no contexto da América Latina, para abranger as pessoas que se veem obrigadas a sair de seus países em decorrência da violência generalizada, da agressão estrangeira ou da *larga violação dos direitos humanos*.

Destarte, conforme leciona André de Carvalho Ramos (2015), a interpretação dos Direitos Humanos deve ser *pro homine*, no sentido de ser sempre aquela que mais favoreça ao indivíduo.

No âmbito nacional, o Estatuto dos Refugiados (Lei nº 9.474/97) traz um conceito de refugiados já alargado nos moldes da Declaração de Cartagena:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a *grave e generalizada violação de direitos humanos*, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Contudo, essa definição é insuficiente e não abrange os chamados “refugiados ambientais”.

## **2.2. Refugiados ambientais**

Inicialmente, cumpre destacar a ausência de nomenclatura ou definição considerada oficial para a expressão “refugiado ambiental” (RAMOS, 2011, pág. 74).

Destarte, um dos conceitos mais populares é o surgido em 1985 com Essam El-Hinnawi, quando atuava junto ao Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente:

“refugiados ambientais são definidos como aquelas pessoas forçadas a deixar seu habitat natural, temporária ou permanentemente, por causa de uma marcante perturbação ambiental (natural e/ou desencadeada pela ação humana), que colocou em risco sua existência e/ou seriamente afetou sua qualidade de vida. Por “perturbação ambiental”, nessa definição, entendemos quaisquer mudanças físicas, químicas, e/ou biológicas no ecossistema (ou na base de recursos), que o tornem, temporária ou permanentemente, impróprio para sustentar a vida humana” (RAMOS, 2011, pág. 76).

Conforme explica Tiago Fensterseifer (2013, pág. 354), a figura dos refugiados ambientais está diretamente ligada com a questão climática e também com o cenário socioambiental que lhe está subjacente, na medida em que

“o deslocamento de tais pessoas dos seus locais originários será motivado, na maioria das vezes, pela busca de condições de vida que atendam a um padrão de bem-estar mínimo, tanto em termos sociais quanto ambientais”.

Entretanto, em que pese a emergência dessa nova categoria de pessoas na ordem internacional, há a ausência de proteção jurídica pelos instrumentos internacionais vigentes, de modo que

“a adoção de uma convenção internacional específica, cuidadosamente elaborada para lidar com a categoria emergente dos “refugiados ambientais”, apresenta-se como o melhor caminho (FENSTERSEIFER, 2013, p. 354).

### **3. Refugiados no cenário jurídico internacional**

Tradicionalmente, afirma-se a existência de três ramos da proteção internacional dos direitos da pessoa: Direitos Humanos, Direito Humanitário e Direito dos Refugiados.

Contudo, tal visão compartimentalizada está superada, tendo em vista a identidade de propósitos de proteção dos direitos humanos, bem como a aproximação dessas vertentes nos planos conceitual, normativo, hermenêutico e operacional (PIOVESAN, 2012, pág. 197).

Feitas essas breves considerações, passemos ao desenvolvimento do estatuto jurídico internacional dos refugiados.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, e constatadas as atrocidades cometidas durante o Holocausto, é criada a ONU.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, que é o primeiro documento internacional que positivou direitos humanos, introduz a concepção contemporânea dos direitos humanos e serve como parâmetro internacional para a proteção desses direitos. A partir da sua aprovação, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros tratados internacionais.

O fundamento da Declaração Universal dos Direitos Humanos se confunde com o da criação da ONU, na medida em que busca a reconstrução da ordem mundial fundada em novos conceitos de direito internacional, em contraposição à doutrina da soberania nacional absoluta e à exacerbação do positivismo jurídico, que possibilitaram os regimes políticos baseados em hipertrofia estatal e no repúdio ao fundamento jusnaturalista dos direitos humanos.

O art. 14 da Declaração prevê o direito de asilo, ao dispor que “toda pessoa vítima de perseguição tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países”, salvo em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos propósitos e princípios das Nações Unidas, conforme excepcionado pelo mesmo dispositivo.

Em 1951, juntamente com a criação da ACNUR, é aprovada a Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados, que define em caráter universal a condição de refugiado, prevendo um rol de direitos e deveres.

Conforme já explicitado, a Convenção instituiu reservas temporal e geográfica, que restaram superadas com o Protocolo Adicional Relativo ao Estatuto dos Refugiados.

A intenção inicial era proteger pessoas que se encontravam em situação de refúgio, devido a acontecimentos anteriores a 1º de janeiro de 1951 (reserva temporal), na Europa ou alhures, dando, contudo, aos países signatários a opção de escolherem o alcance geográfico da proteção.

Percebe-se, assim, que o pensamento que se tinha era o de que o direito ao refúgio seria algo passageiro, limitado ao fim da Segunda Guerra Mundial, o que restou superado tendo em vista o constante surgimento de novos fluxos migratórios.

Nos âmbitos regionais, há a Convenção da Organização da Unidade Africana, de 1969 e a Declaração de Cartagena sobre os Refugiados, de 1984, aplicável aos países da América Latina, que são importantes documentos principalmente por estenderem o conceito de refugiado, conforme visto.

Dez anos depois da Declaração de Cartagena, foi elaborada, em 1994, a Declaração de São José sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas. E vinte anos depois, em 2004, em decorrência de novos fluxos de deslocados forçados, foi criada a Declaração e o Plano de Ação do México para Fortalecer a Proteção Internacional do Refugiados na América Latina.

Em 2010 foi aprovada a Declaração de Brasília sobre a Proteção de Refugiados e Apátridas no Continente Americano, a fim de reiterar as previsões do Plano de Ação do México, promovendo os valores da solidariedade, da tolerância, do respeito e do multiculturalismo (PORFÍRIO, 2018, pág. 32).

Em 2016, no âmbito da ONU,

governantes de 193 países compareceram à Reunião de Alto Nível sobre Grandes Movimentos de Refugiados e Migrantes, em Nova York, nos Estados Unidos, a fim de debater formas de melhorar a garantia dos direitos dos refugiados e de compartilhar as responsabilidades em escala global. Adotou-se, então, a Declaração de Nova York para Migrantes e Refugiados, a qual, apesar do seu caráter recomendatório (assim como a DUDH de 1948), consiste em um amplo consenso entre os Estados, com vistas a reafirmar a obrigação de respeitar os direitos humanos e os direitos dos refugiados e dos migrantes. (PORFÍRIO, 2018, pág. 30)

Finalmente, em 2018, foi aprovado pela Assembleia Geral da ONU o Pacto Global sobre Refugiados, com votos contrários dos Estados Unidos e da Hungria. Tal documento não tem valor vinculativo, e, assim como o Pacto Global para a migração, também aprovado, ambos derivam da Declaração de Nova York.

O Pacto Global sobre Refugiados aponta quatro objetivos principais: aliviar a pressão sobre os países anfitriões, aumentar a autossuficiência dos refugiados, ampliar o acesso a soluções de países terceiros e ajudar a criar condições nos países de origem, para um regresso dos cidadãos em segurança e dignidade (CAVALCANTE, 2018).

Ante o exposto, é forçoso reconhecer que houve inegável avanço no que tange ao fortalecimento do estatuto jurídico dos refugiados, no plano internacional.

Contudo, conforme visto, ainda há um longo caminho a ser percorrido, a começar pela necessidade de alargamento normativo do conceito de refugiados, tendo em vista o constante surgimento de novos fluxos migratórios.

#### **4. O refugiado no cenário jurídico brasileiro**

##### **4.1. Distinção de refugiados e imigrantes**

Tal distinção é importante, sobretudo em razão das necessidades de cada grupo e das diferentes consequências jurídicas.

Tradicionalmente distinguem-se ambos tendo em vista sobretudo o critério da voluntariedade.

Enquanto os refugiados seriam compelidos a fugir dos seus países de origem, pois não lhes restou outra opção, seja em razão de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas (conceito restrito e adotado pelo sistema ONU), sendo necessário garantir-lhes, portanto, a proteção contra a devolução e o acesso ao asilo, os imigrantes seriam aqueles que espontaneamente deixam seus países de origem em busca de melhores condições de vida, o fazendo, assim, principalmente por questões socioeconômicas.

Contudo, não há como considerar como espontânea a saída de imigrantes de seus países de origem, onde possuem laços sanguíneos, linguísticos, afetivos e culturais, se fogem da extrema miséria, buscando condições dignas de vida e, em última análise, fogem de *grave e generalizada violação de direitos humanos*, ainda que na esfera dos direitos sociais.

Destarte, é certo que a análise de uma “hipervulnerabilidade” sob o ponto de vista socioambiental apta a ensejar a caracterização de “refugiado socioambiental” teria que ser feita caso a caso - e a linha de distinção é deveras tênue.

No entanto, certo é que o conceito de refugiado vem sendo alargado e hoje, conforme visto, já se fala em refugiado ambiental. O desafio reside justamente na ausência de normativa que garanta a concessão de refúgio aos deslocados forçados que não se amoldem perfeitamente ao conceito estrito de refugiado.

Quanto às consequências jurídicas, conforme a chamada Lei de Migração (Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017), os imigrantes estão sujeitos à *deportação* (nos casos de estada irregular no país), *expulsão* (quando atentarem contra a segurança nacional, a ordem pública ou social, a tranquilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos

interesses nacionais), *repatriação* (devolução de pessoa em situação de impedimento ao país de procedência ou de nacionalidade) e *extradição*.

Os refugiados, de outro modo, têm o direito fundamental ao *refúgio*<sup>183</sup>, sendo certo que a decisão de concessão do refúgio tem natureza declaratória.

O princípio da proibição do rechaço (*non-refoulement*) está previsto no artigo 33, da Convenção Relativa ao Estatuto do Refugiado, de 1951:

1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas.
2. O benefício da presente disposição não poderá, todavia, ser invocado por um refugiado que por motivos sérios seja considerado um perigo para a segurança do país no qual ele se encontre ou que, tendo sido condenado definitivamente por crime ou delito particularmente

O Estatuto do Refugiado (Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997) possui norma mais benéfica ao refugiado, na medida em que não traz qualquer exceção à proibição de rechaço:

Art. 7º, §1º: Em hipótese alguma será efetuada sua deportação para fronteira de território em que sua vida ou liberdade esteja ameaçada, em virtude de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política.

A lei brasileira foi além, ao permitir a aplicação do princípio mesmo nos casos de recusa definitiva de refúgio:

Art. 32. No caso de recusa definitiva de refúgio, ficará o solicitante sujeito à legislação de estrangeiros, não devendo ocorrer sua transferência para o seu país de nacionalidade ou de residência habitual, enquanto permanecerem as

---

<sup>183</sup> Todos os pedidos de refúgio no Brasil são decididos pelo Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), órgão vinculado ao Ministério da Justiça e composto por representantes do Ministério da Justiça, do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério do Trabalho, do Ministério da Saúde, do Ministério da Educação, do Departamento de Polícia Federal e de organizações da sociedade civil dedicadas a atividades de assistência, integração local e proteção aos refugiados no Brasil. O ACNUR tem assento no CONARE com direito a voz, porém sem direito a voto.

circunstâncias que põem em risco sua vida, integridade física e liberdade, salvo nas situações determinadas nos incisos III e IV do art. 3º desta Lei.

Assim, é de extrema importância a diferenciação entre refugiados e imigrantes, para que não se corra o risco de, por exemplo, retornar erroneamente refugiados aos países dos quais foram obrigados a sair (SILVA, 2017, pág. 958).

Tal diferenciação, contudo, não é tarefa simples, sobretudo tendo em vista tanto a necessidade de alargamento do conceito de refugiados, quanto a recente onda migratória, composta tanto por imigrantes quanto por refugiados. De fato, estamos vivendo a maior movimentação de pessoas desde a Segunda Guerra Mundial.

#### **4.2. O refugiado como titular de direitos fundamentais**

A Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, sem distinção de qualquer natureza, o postulado dos direitos fundamentais.

Embora o artigo 5º traga apenas o rol dos direitos e deveres individuais e coletivos relacionados ao direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, é certo que o "caput" também se refere aos direitos fundamentais que digam respeito aos direitos sociais, políticos, e ao direito à nacionalidade.

Importante destacar que a titularidade de direitos fundamentais não implica um tratamento igual a brasileiros (natos e naturalizados) e a estrangeiros em todos os casos, admitindo-se diferenças em hipóteses específicas expressamente estabelecidas pela Constituição (estrangeiro, por exemplo, não pode votar e ser votado).

Ainda, pela literalidade da norma, os estrangeiros não residentes no Brasil estariam excluídos do rol de titulares dos direitos fundamentais. Contudo, a melhor interpretação do dispositivo, segundo doutrina dominante e o posicionamento do STF (HC 94.016/SP e HC 97.147/MT), é no sentido de que a proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal) impõe que se reconheça aos estrangeiros, inclusive não residentes no país, a proteção dos direitos fundamentais.

Ademais, conforme lições de Marco Antonio da Silva (2017, pág. 958)

Os direitos fundamentais não podem mais ser entendidos a partir de um conceito de Nação e nacionalidade, de um povo

ligado a um território, mas sim sob o aspecto cosmopolita, de uma efetiva participação de todos, atuando em favor do bem comum, isto é, de todas as pessoas.

Assim, os refugiados no Brasil são detentores de todos os direitos e garantias fundamentais, e, mais do que isso, a questão relacionada ao direito de acolhida não deve ser vista como assunto nacional, mas como uma demanda de toda a humanidade.

Destarte, o artigo 5º, §1º, da Constituição Federal estabelece que "*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*".

Repise-se que, ainda que inserida no art. 5º, por sua própria redação a ele unicamente não se aplica, espalhando-se a todas as normas dos direitos fundamentais, inclusive aquelas que definem os direitos econômicos, sociais e culturais.

De fato, os direitos civis e políticos só podem ter justificação se os relacionados à comunidade – econômicos, sociais e culturais, forem também promovidos e protegidos.

Isso porque a complementaridade, sem perder de vista a individualidade do ser humano, reconhece nesta os efeitos da vida social, na qual aquele desenvolve sua existência, estabelecendo vínculos que influenciam a conformação de seus valores e crenças individuais.

Poucas são as situações em que as liberdades civis produzem efeitos no plano da realidade, sem depender da efetivação de qualquer providência caracterizada em um direito social (em suma, se os direitos de primeira dimensão são de aplicabilidade imediata, e sua eficácia depende da concretização dos direitos de segunda dimensão, então esses também devem ter aplicabilidade imediata).

Sabemos, contudo, que algumas normas de direitos sociais e até mesmo individuais dependem de regulamentação ou atuação do Estado, possuindo, portanto, na prática, aplicabilidade mediata.

O próprio Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais indica que os direitos ali previstos são de exercício progressivo, a depender do esforço interno e mesmo de assistência e cooperação internacionais, a fim de dotar os Estados de meios que possibilitem a concretização desses direitos.

Assim, o artigo 5º, §1º, da Constituição Federal deve ser entendido como um comando de otimização, significando que não podem os direitos fundamentais serem vistos como mera promessa.

Finalmente, o artigo 5º, §2º, da Lei Maior prevê que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

## **5. Criminalização dos refugiados**

Conforme dito, o mundo vive a maior onda de fluxos migratórios desde a Segunda Guerra Mundial. Necessário, portanto, que os países que vêm sendo especialmente afetados por esses fluxos desenvolvam políticas migratórias adequadas.

Contudo, para MORAES (2014, pág 39), devido ao atual retrocesso do direito humanista desenvolvido no período após a Segunda Guerra Mundial, a política migratória tem cada vez mais dado mais espaço à política criminal.

Ao discorrer sobre o fenômeno do encarceramento em massa de negros nos Estados Unidos, WACQUANT (1999, págs. 215 e 216) pontua que, se os negros se tornaram os principais "clientes" do sistema penitenciário dos Estados Unidos, não é por causa de alguma propensão especial que esta comunidade teria por crime e desvio, mas porque ela fica no ponto de interseção de três forças que, juntas, determinam e alimentam o regime sem precedentes de encarceramento em massa norte-americano.

Essas três forças são, na visão do autor: (i) a dualização do mercado de trabalho e a generalização do emprego precário e subemprego; (ii) o desmantelamento de programas de assistência pública para os membros mais vulneráveis da sociedade; (iii) a crise do gueto como instrumento de controle e confinamento de uma população estigmatizada considerada estranha ao organismo nacional e ao mesmo tempo supranumerária econômica e politicamente.

Em tom profético, o autor advertiu para a possibilidade de que algo parecido ocorresse na Europa<sup>184</sup>:

Com as mesmas causas produzindo os mesmos efeitos, há todas as chances de que as sociedades da Europa Ocidental gerem situações análogas, embora menos pronunciadas, na

---

<sup>184</sup> Tradução livre.

medida em que elas também devem embarcar no caminho da gestão penal da pobreza e da desigualdade, exigindo aos seus sistemas penitenciários não apenas que contenham o crime, mas também que regulem os segmentos mais baixos da mão-de-obra do mercado de trabalho e mantenham a segregação de populações consideradas indecoráveis, abandonadas e indesejadas. Deste ponto de vista, estrangeiros e quase estrangeiros seriam "os negros " da Europa. (WACQUANT, 1999, pág. 216)

De fato, a profecia do autor se realizou. Atualmente há o fenômeno do encarceramento massivo de estrangeiros não europeus na Europa. Ademais, o encarceramento em massa em diversos países da União Europeia coincide com altos níveis de desemprego e flexibilização do trabalho.

A demonização do estrangeiro, em especial do refugiado, não é exclusiva do continente europeu. Segundo MORAES (2014, pág. 39), enquanto na Europa, sobretudo em razão de interesses eleitorais, a migração se tornou bode expiatório da crise econômica (e os estrangeiros tem sido acusados de subtrair empregos dos nacionais, abusar dos serviços do Estado e elevar os índices de criminalidade), nos Estados Unidos a demonização do estrangeiro atingiu o seu ápice após os atentados de 11 de setembro de 2001, quando foi declarada "guerra ao terror", na qual "a descoberta de potenciais terroristas confunde-se com a xenofobia e converte a diferença em ameaça".

De qualquer modo, é certo que em toda a Europa há a convergência quanto à especial severidade na aplicação de práticas policiais, judiciais às pessoas de fenótipo não europeu, havendo um verdadeiro processo de criminalização de imigrantes que tende, por sua desestruturação e efeitos criminogênicos, para reproduzir o próprio fenômeno que deve combater, de acordo com o conhecido mecanismo da "profecia de autorrealização" (WACQUANT, pág. 219).

Esse processo é poderosamente reforçado e amplificado pela mídia e pelas campanhas eleitorais, que se aproveitam da onda xenofóbica que acomete a Europa desde a virada neoliberal dos anos 80, forjando, assim, uma correlação entre imigração, ilegalidade e criminalidade.

Há uma diferença entre "governar o crime" e "governar através do crime", sendo que essa última é menos democrática e não traz mais segurança, mas reforça a cultura do medo, bem como transforma o "welfare state" em "penal state" (SIMON, 2007, pág. 5).

O estrangeiro não europeu, independentemente de sua categoria (imigrante ou refugiado) se transforma em um 'inimigo adequado', símbolo e alvo de todas as ansiedades sociais, e tal rótulo é feito sob medida para legitimar uma tendência à gestão penal da pobreza (WACQUANT, pág. 219).

Assim, o tratamento do estrangeiro e do refugiado pelos órgãos de repressão identifica-se com a criminologia do outro (MORAES, 2014, pág. 44).

No Brasil de hoje<sup>185</sup> não há o encarceramento massivo de estrangeiros, em que pese o país possuir a terceira maior população carcerária do mundo. Nesse cenário, a adoção de medidas migratórias adequadas, a exemplo da Operação Acolhida, é de suma importância, a fim de evitar que os refugiados, que crescem exponencialmente no território nacional, sobretudo vindos da Venezuela, se tornem "inimigos adequados", a exemplo do que ocorre há tempos na Europa e, mais recentemente, nos Estados Unidos.

## **6. Considerações finais**

Em que pese estarmos vivendo a maior movimentação de pessoas desde a Segunda Guerra Mundial, percebe-se a insuficiência de proteção jurídica pelos instrumentos vigentes.

O constante surgimento de novos fluxos migratórios torna os conceitos tradicionais de refugiado obsoletos, o que enseja a necessidade de alargamento de tal conceito. Hoje, conforme visto, já se fala em refugiado ambiental.

Há que diferenciar corretamente refugiados e imigrantes, tendo em vista as peculiaridades do tratamento jurídico conferido a cada uma dessas categorias.

Tal diferenciação, contudo, não é tarefa simples, sobretudo tendo em vista tanto a necessidade de alargamento do conceito de refugiados quanto o constante surgimento de novos fluxos migratórios, compostos tanto por imigrantes como por refugiados. A análise de uma "hipervulnerabilidade" sob o ponto de vista socioambiental apta a ensejar a caracterização de "refugiado socioambiental" teria que ser feita caso a caso - e a linha de distinção é deveras tênue, o que prejudica o desenvolvimento adequado de políticas migratórias adequadas.

---

<sup>185</sup> Em seu ensaio sobre o fenômeno da crimigração, MORAES (2016, p. 83) salienta que durante o Estado Novo houve a consolidação da aversão ao estrangeiro enquanto produto de um projeto político totalitário, nacionalista e nacionalizante, de modo que "a imigração dos indesejáveis passou a ser considerada como um problema de segurança nacional" (MORAES, 2016, p. 88).

Ao revés, o que tem ocorrido, devido ao atual retrocesso do direito humanista, é que a política migratória tem cada vez mais dado mais espaço à política criminal.

Conforme visto, o encarceramento em massa em diversos países da União Europeia coincide com altos níveis de desemprego e flexibilização do trabalho, havendo convergência quanto à especial severidade na aplicação de práticas policiais, judiciais às pessoas de fenótipo não europeu, evidenciando um verdadeiro processo de criminalização de imigrantes. Assim, o estrangeiro não europeu, independentemente de sua categoria (imigrante ou refugiado) se transforma em um 'inimigo adequado', símbolo e alvo de todas as ansiedades sociais.

A demonização do estrangeiro não é exclusiva da Europa. Nos Estados Unidos, tal fenômeno atingiu o seu ápice após os atentados de 11 de setembro de 2001, quando foi declarada "guerra ao terror", na qual estrangeiros e nacionais provenientes de países árabes são vistos como ameaças em potencial.

O Brasil de hoje, felizmente, ainda não copiou os exemplos europeu e norte-americanos. É certo que a adoção de medidas migratórias adequadas, a exemplo da Operação Acolhida, é de suma importância, a fim de evitar que os refugiados, que crescem exponencialmente no território nacional, sobretudo vindos da Venezuela, se tornem "inimigos adequados".

## 7. Referências bibliográficas

ACNUR. [www.acnur.org.br](http://www.acnur.org.br). [www.unhcr.org](http://www.unhcr.org).

\_\_\_\_\_. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados**. 1951. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf) Acesso em: 30/01/2020

\_\_\_\_\_. **Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados**. 1967. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD\\_Legal/Instrumentos\\_Internacionais/Protocolo\\_de\\_1967.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967.pdf) Acesso em: 30/11/2020

AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de; BARROS, Hugo Marinho Emídio de. **Dignidade Humana, Segurança Nacional e os Refugiados Ambientais na Lei 9.474/1997**. Revista Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, p. jan./abr. 2017. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/914>. Acesso em: 01/09/2019

BRASIL: **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.

\_\_\_\_\_. **Estatuto dos Refugiados**. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997.

\_\_\_\_\_. **Lei de Migração.** Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 50.215, de 28 de janeiro de 1961.** Promulga a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados. Brasília, DF, 1961.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 70.946, de 7 de agosto de 1972.** Promulga o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados. Brasília, DF, 1972.

CAVALCANTE, Talita. **ONU aprova pacto global sobre refugiados.** Agência Brasil, Brasília, 2018 Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2018-12/onu-aprova-pacto-global-sobre-refugiados> Acesso em: 30/11/2020

**DECLARAÇÃO DE BRASÍLIA SOBRE A PROTEÇÃO DE REFUGIADOS E APÁTRIDAS NO CONTINENTE AMERICANO.** Brasília, Brasil, 2010. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao\\_de\\_Brasilia\\_sobre\\_a\\_Protecao\\_de\\_Refugiados\\_e\\_Apatridas\\_no\\_Continente\\_Americano.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_de_Brasilia_sobre_a_Protecao_de_Refugiados_e_Apatridas_no_Continente_Americano.pdf) Acesso em: 30/11/2020.

**DECLARAÇÃO DE CARTAGENA. CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES.** Cartagena, Colômbia, 1984. Disponível em: [http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BD\\_Legal/Instrumentos\\_Internacionais/Declaracao\\_de\\_Cartagena.pdf](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf) Acesso em: 24/01/2021

**DECLARAÇÃO DE SÃO JOSÉ SOBRE REFUGIADOS E PESSOAS DESLOCADAS.** San José, Costa Rica, 1994. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/asilos-refugiados-e-apatridas/declaracao-de-sao-jose-sobre-refugiados-e-pessoas-deslocadas-1994> Acesso em: 24/01/2021

FENSTERSEIFER, Tiago. **A legitimidade da Defensoria Pública para a ação civil pública ambiental e a condição de pessoa necessitada em termos (socio) ambientais: uma questão de acesso à justiça (socio) ambiental.** In: RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. Temas Aprofundados da Defensoria Pública, Bahia: Jus Podivm, 2013.

MORAES, Ana Luisa Zago de. **Crimigração: a relação entre política migratória e política criminal no Brasil.** São Paulo: IBCCRIM, 2016.

\_\_\_\_\_. **Política criminal *versus* política migratória: um debate incipiente no Brasil.** Revista da Defensoria Pública da União, v. 7, p. 35/51, 2014.

Organização das Nações Unidas (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf> Acesso em: 30/01/2020

\_\_\_\_\_. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.** Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf> Acesso em: 30/01/2020.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 5ª. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

PORFÍRIO, Lícia Christynne Ribeiro. **Tratamento jurídico dos Refugiados: análise das legislações nacionais e internacionais, à luz da garantia de uma cidadania global.** 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

RAMOS, Érika Pires. **Refugiados ambientais: em busca de reconhecimento pelo Direito Internacional.** 2011. Dissertação (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Refugiados são pessoas, dignas e com direitos.** In: PINTO, Eduardo Vera-Cruz; PERAZZOLO, José Rodolpho; BARROSO, Luís Roberto; SILVA, Marco Antonio Marques da; CICCIO, Maria Cristina de (coords). *Refugiados, Imigrantes e Igualdades dos Povos* – São Paulo: Quartier Latin, 2017.

SIMON, Jonathan. **Governing Through Crime.** How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear. Oxford: Oxford University Press, 2007, pag. 5-6

SOARES, Carina de Oliveira. **O Direito Internacional dos Refugiados e o Ordenamento Jurídico Brasileiro:** Análise da Efetividade da Proteção Nacional. 2012. 252 f. Dissertação de Mestrado em Direito - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Alagoas, Maceió.

WACQUANT, Loic. **"Suitable Enemies": Foreigners and Immigrants in the Prisons of Europe.** *Punishment & Society*, 1999, pag. 215-222

## **MANDADO DE SEGURANÇA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO E DA LEI Nº 12.016/2009**

**ALEXANDRO MARCOS DE ABREU:**

Empreendedor. Direito. Gestão de  
Serviços Jurídicos, Notariais.

**CESAR MADALENA DA SILVA**

**MARCIEL SCHUAVAB MACEDO**

(coautores)

**RESUMO:** O presente artigo científico tem como objetivo abordar os principais aspectos, bem como as peculiaridades do Mandado de Segurança, para tanto, será feita uma análise do referido remédio constitucional à luz da constituição e da lei que o regulamenta, Lei Nº 12.016/2009. O mandado de segurança está previsto na Constituição Federal de 1988, mas é regulado pela lei específica 12.016, de 2009, nela estão definidas todas as suas particularidades, uma vez que o mandado de segurança possui direito específico, é a lei 12.016/09 que irá definir quais são os seus prazos, particularidades, alcance e trâmites. O mandado de segurança é uma forma de se tutelarem direitos subjetivos que estejam ameaçados de lesão ou que já foram violados, por ato da autoridade pública responsável, é uma ação constitucional, de natureza civil e procedimento especial, possui caráter residual, sendo utilizado quando o direito violado não pode ser amparado por habeas corpus ou habeas data. A natureza civil do mandado de segurança independe do tipo de ato contra o qual ele é impetrado. Assim, todo mandado de segurança é ação civil, mesmo que impetrado contra ato de juiz criminal, em processo penal.

**PALAVRAS-CHAVES:** Constituição. Lei. Mandado. Segurança. Tutela.

**Sumário:** Introdução; 1. Conceitos e Definições; 2. Cabimento do Mandado de Segurança; 3. Direito líquido e certo; 4. Modalidades; 4.1 Repressivo; 4.2 Preventivo; 4.3 Individual; 4.4 Coletivo; 5. Prazo para impetração; 5.1 Justificativa constitucional do prazo decadencial estabelecido para o mandado de segurança; 5.2 Natureza do prazo para impetração do mandado de segurança; 5.3 Contagem do prazo decadencial da segurança; 6. Competência de julgar Mandado de Segurança; 7. Pedido de Liminar no Mandado de Segurança;

### **INTRODUÇÃO**

O mandado de segurança já vem presente no ordenamento jurídico brasileiro desde o ano de 1926, mas apareceu pela primeira vez na Constituição de 1934, ele estava presente no artigo 113, inciso 33, "Dar-se á mandado de segurança

para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do habeas corpus, devendo ser sempre ouvida à pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes”. Mandado de segurança é um remédio constitucional brasileiro que foi baseado no mexicano, para proteger direitos não amparáveis pelo habeas corpus. Hoje está expresso no texto constitucional o cabimento do mandado de segurança não só contra autoridade pública, mas também contra agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Aplicar-se-á o mandado de segurança para garantir o direito líquido e certo não amparado pelos remédios constitucionais habeas corpus e habeas data, ou seja, a coberta do mandado de segurança é a mais ampla possível. O pressuposto especial do mandado de segurança é o direito líquido e certo, ou seja, é a exigência que esse direito se apresente com todos os requisitos para o seu reconhecimento e exercício no momento da impetração, é o direito comprovado de plano. Enfim, o que se exige é a prova pré-constituída das situações e dos fatos, o que importa não é a complexidade da tese jurídica, mas sim a prova documental, se a demonstração do direito do impetrante estiver na dependência de investigação probatória, ainda a ser feita em juízo, o caso não é de mandado de segurança, terá de ser resolvido pelas vias ordinárias.

## **1. Conceitos e Definições**

Constitucionalmente, o mandado de segurança individual foi acolhido pelo direito brasileiro em 1934, fruto da evolução da doutrina brasileira do habeas corpus, com inspiração no recurso de amparo mexicano. O remédio permaneceu ao longo dos demais textos constitucionais, exceto na carta de 1937, em face do autoritarismo do regime. A ação, na sua modalidade coletiva, é fruto da Constituição de 1988. Consagrado entre as ações constitucionais, o mandado de segurança encontra-se previsto no art. 5º, LXIX da CR/1988, bem como na Lei nº 12.016/2009 que disciplina todas as suas peculiaridades processuais.

Constituição Federal, 1988;

Art. 5º, LXIX Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Lei 12.016, 2009;

Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data,

sempre que, ilegalrooo mente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem às funções que exerça.

A natureza dessa ação judicial constitucional é civil, obedecendo ao rito sumaríssimo especial. Considerado de caráter residual, na medida em que só será cabível quando o direito líquido e certo não couber Habeas data ou Habeas corpus, como exposto no texto de lei acima. Este instrumento foi introduzido no direito brasileiro na constituição de 1934, e não há instrumento idêntico nos demais direitos internacionais, portanto exclusivo do direito brasileiro.

Nas palavras Lopes a definição de mandado de segurança assim pode ser conceituado;

O meio constitucional posto a disposição de toda pessoa física e jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por habeas data e habeas corpus, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, se que categoria for e sejam quais forem às funções que exerçam. (Meirelles, 2009, p. 197)

Nesta senda, outra doutrina confirma e expande o conceito supra citado;

[...]mandado de segurança é a ação civil de rito sumaríssimo pela qual a pessoa pode provocar o controle jurisdicional quando sofrer lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo, não amparado por Habeas Corpus nem Habeas Data, em decorrência de ato de autoridade, praticado com ilegalidade ou abuso de poder. (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella / Direito Administrativo. 1999, p. 612).

## **2. Cabimento do Mandado de Segurança**

O regramento legal deixa bem claro que o mandado de segurança é uma ação de natureza residual. Afinal, só podemos falar em seu cabimento quando não houver socorro em nenhum outro remédio constitucional, como habeas corpus, habeas data, ação popular etc.

Então, para verificar a real hipótese de cabimento do mandado é necessário que a ameaça ou violação a direito líquido e certo decorra do chamado "ato de autoridade". Se você não tem familiaridade com o termo, "ato de autoridade" nada

mais é do que qualquer manifestação ou omissão do Poder Público, no exercício de suas funções.

Segundo a constitucionalista Flávia Bahia, o ato coator seria aquela ação ou omissão de autoridade pública (ato praticado ou omitido por pessoa investida de parcela de poder público), eivado de ilegalidade ou abuso de poder. Ressalto ainda que o art. 5º da Lei 12.016/2009 prevê algumas hipóteses de não cabimento do mandado de segurança. Confira:

Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:

- I – de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;
- II – de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;
- III – de decisão judicial transitada em julgado.

Entretanto, vale chamar atenção para a vedação do inciso I desse dispositivo. Isso porque a jurisprudência pátria entende ser perfeitamente cabível o mandado de segurança nos casos em que o indivíduo não tenha apresentado recurso administrativo dentro do prazo, respeitados os demais requisitos processuais que trataremos adiante.

### **3. Direito líquido e certo**

O principal requisito para se aferir o cabimento do mandado de segurança, sem dúvidas, é a existência de um direito líquido e certo que esteja sendo alvo de ameaça ou que já tenha sido violado por ação ou omissão de autoridade pública. O direito líquido e certo deve se apresentar de forma inequívoca como prova pré-constituída nos autos. Em outras palavras, já deve estar comprovado no momento da impetração, em regra, na forma documental.

O mandado de segurança destina-se a proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data.

Direito líquido e certo é aquele evidente de imediato, que resulta de fatos que podem ser provados de maneira incontestável. A petição inicial (exordial) deverá trazer, portanto, prova pré-constituída. Não há dilação probatória em mandado de segurança, ou seja, não haverá fase de produção de provas.

A presença de prova pré-constituída não é, todavia, uma exigência absoluta. Há uma exceção a essa regra no art. 6º, § 1º, da Lei 12016/2009.

#### Art. 6º (...)

§ 1º No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 (dez) dias. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino explicam na obra *Direito Constitucional Descomplicado*, de forma didática, o alcance e os limites do direito líquido certo. Vale aqui a citação:

Direito líquido e certo é aquele demonstrado de plano, de acordo com o direito, e sem incerteza, a respeito dos fatos narrados pelo impetrante. É o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Se a existência do direito for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não será cabível o mandado de segurança.

Esse direito incerto, indeterminado, poderá ser defendido por meio de outras ações judiciais, mas não na via especial e sumária do mandado de segurança.” É por esse motivo que o mandado de segurança é conhecido como uma das ações judiciais mais céleres no sistema processual brasileiro, que é tão moroso. Aqui não há espaço para dilação probatória, sendo necessária a máxima certeza do direito alegado.

Antes de se acionar a via, uma dica importante para o operador do direito é se certificar se o conteúdo documental probatório que se tem acesso é suficiente para garantir a certeza da matéria de fato que está sendo trabalhada.

O que também não quer dizer que matérias jurídicas mais complexas não possam ser objeto desse tipo de mandado. Nesse sentido, merece destaque a Súmula 625 do STF: “controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança”. Importante lembrar ainda a vedação da Súmula 266 do STF, no que tange ao não cabimento de mandado de segurança para questionar “lei em tese”.

#### 4. Modalidades

#### **4.1 Repressivo**

O mandado de segurança repressivo ocorre quando a autoridade pública ou pessoa jurídica que exerce poder público já realizou o ato irregular ou ilegal. Ou seja, o remédio constitucional é utilizado, nessa situação, com o objetivo de repreender o ato, preservando o direito alheio.

Um exemplo de mandado de segurança repressivo seria uma pessoa, que tem o intuito de se aposentar, entrar com a medida processual contra uma autoridade pública que lhe negue a aposentadoria, mesmo apresentando todos os documentos e requerimentos.

O direito constitucional a aposentadoria, nesse caso, está sendo impedido por um ato irregular de uma autoridade que exerce poder público. Dessa forma, reprime-se esse ato ilegal com um mandado de segurança.

#### **4.2 Preventivo**

Mandado de Segurança preventivo quando já existente situação de fato que ensejaria a prática de ato considerado ilegal, tal ato ainda não tenha sido praticado, existindo apenas o justo receio de que venha a ser praticado pela autoridade impetrada. É preventivo porque tende a evitar lesão de direito, mas pressupõe a existência da situação concreta na qual o impetrante afirma residir o seu direito cuja proteção, contra a ameaça de lesão, está a reclamar do judiciário.

O mandado de segurança preventivo, de forma geral, é considerado declaratório. Isso significa que o juiz que analisar o pedido irá afirmar caso considerado próprio o pedido, que o impetrante (aquele que entra com o mandado) não poderá ter seu direito impedido pela autoridade ou órgão competente.

#### **4.3 Individual**

O mandado de segurança individual (CR/1988, art. 5.º, LXIX), então, ocorre quando uma pessoa física ou jurídica única entra com o remédio constitucional contra autoridade ou órgão que exerce poder público de forma irregular. No caso do mandado de segurança individual, a impetrante figura como titular do direito líquido e certo, de modo que doutrina e jurisprudência aceitam como legitimados ativos:

- a pessoa natural;
- os órgãos públicos despersonalizados;
- as universalidades patrimoniais;

- a pessoa jurídica, nacional ou estrangeira, domiciliada no Brasil ou no exterior.

#### **4.4 Coletivo**

O mandado de segurança coletivo (CR/1988, art. 5.º, LXX), por sua vez, implica numa situação onde a irregularidade ou ilegalidade cometida pela autoridade ou órgão em questão afeta várias pessoas, independente se elas configuram um grupo específico ou não.

Nesse caso, organizações sindicais e de classe, partidos políticos e associações podem entrar com o mandado de segurança coletivo a favor da classe que representam.

Caso diversas pessoas entrem com o mesmo mandado de segurança contra uma autoridade ou órgão específico, o juiz poderá acatar ao remédio constitucional de uma e suspender os demais, por compreender que a situação se trata de um mandado de segurança coletivo.

#### **5. Prazo para impetração**

O direito positivo brasileiro, um prazo para impetração do mandado de segurança, desde a primeira lei que o regulamentou, após sua criação pela Constituição de 1934 (Lei nº 191/1936, art. 3º), e que se manteve, sucessivamente, pelo Código de Processo Civil de 1939, (art. 331), pela Lei nº 1.533/1951 (art. 18) e pela atual Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009, art. 23).

A regra atual, que reproduz *ipsis litteris* o texto do art. 18 da lei velha, estatui: “o direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado”. Com isso estabelece-se um prazo para o exercício de uma modalidade especial de ação, e não para a extinção do direito material protegido pela referida ação. O prazo prevalece para todos os mandados de segurança, sejam os individuais, sejam os coletivos.

Durante esses longos anos de vigência do mandado de segurança, sempre houve na doutrina vozes que, inconformadas com a limitação temporal criada pelo legislador ordinário, a consideravam inconstitucional, por impor restrição a uma garantia fundamental deferida pela Constituição, sem qualquer conotação com prazo de exercício.

O Supremo Tribunal Federal, guardião institucional da Constituição, e seu intérprete máximo, sempre repeliram a referida arguição de inconstitucionalidade, e, para pôr termo à discussão, o Supremo Tribunal Federal inseriu em sua Súmula de Jurisprudência o enunciado nº 632, in verbis:

É constitucional lei que fixa prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança”. Tollitur quaestio! Nesta altura só uma pura vaidade acadêmica pode justificar a insistência daqueles que continuam a acusar de inconstitucionalidade uma disposição legal octogenária, como a do art. 23 da Lei do Mandado de Segurança.

### **5.1 Justificativa constitucional do prazo decadencial estabelecido para o mandado de segurança**

O mandado de segurança, no plano constitucional, se acha inserido entre os direitos e garantias fundamentais, terreno em que as normas se caracterizam por acentuado feito principiológico, exigindo do intérprete e aplicador a observância de critérios hermenêuticos especiais. Com efeito, os princípios, sem embargo de obrigarem como as regras preceptivas, se apresentam dotados de uma fluidez de limites que pode chegar às raias da indeterminação. Ao intérprete e aplicador cumpre, à vista disso, conviver com inevitáveis superposições e colisões entre os princípios, mesmo quando se trate de direitos e garantias a que a Constituição confere o status de fundamentais.

No caso do mandado de segurança, a garantia de um remédio constitucional sumário e de excepcional capacidade coercitiva colide de certa forma, com outras garantias, também fundamentais, consagradas pelo sistema processual preconizado pela Constituição. Isso porque, ao sujeitar o mandamus a rigorosos limites de indagação probatória, e de sumariedade na discussão e defesa dos interesses em conflito, o instituto processual reduz – em nome da necessidade de pronta cessação do abuso do poder público – a incidência da garantia do pleno acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV) e limita a do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV), assim como a da segurança jurídica (CF, art. 5º, caput).

### **5.2 Natureza do prazo para impetração do mandado de segurança**

Muita divergência já se registrou na doutrina sobre a natureza do prazo legal estabelecido para o ajuizamento do mandado de segurança, havendo desde aqueles que o qualificam como *preclusivo* até os que o consideram *decadencial*, passando por outros que lhe negam tanto o caráter preclusivo como o decadencial e prescricional, para atribuir-lhe a natureza de um prazo simplesmente *extintivo*.

Uma coisa é certa: todos concordam que o direito de impetrar mandado de segurança se extingue, definitivamente, quando ultrapassado o termo final dos 120 dias assinalados pela lei.

Os que afirmam tratar-se de um caso de *preclusão*, e não de decadência ou prescrição, argumentam com o fato de dito prazo não afetar o direito subjetivo

material da parte. Os que falam em *prazo extintivo* apegam-se ao conceito histórico de preclusão que só a vê como a perda de faculdade operada internamente, em processo já existente, circunstância inócua na extinção do direito ao mandado de segurança, a qual se dá antes mesmo da existência de qualquer processo.

### 5.3 Contagem do prazo decadencial da segurança

Dispõe o art. 23 da Lei nº 12.016 que o prazo legal para ajuizamento do mandado de segurança será contado da *ciência*, pelo interessado, do ato impugnado. Trata-se de um *dies a quo* que pode sofrer muitas variações, conforme as particularidades do caso concreto. Os atos de autoridade às vezes são praticados dentro de procedimentos, com mecanismos variados de intimação (pessoal, postal, pela imprensa etc.). Outras vezes são omissivos, nada havendo que se possa qualificar como notícia ou intimação oficial ao interessado. Em síntese, não há como estabelecer, *in genere*, uma regra única para definir o *dies a quo*, na espécie. Caso a caso, haverá de ser perquirido o momento em que, real e eficazmente, a parte teve ciência do ato a impugnar. Se há uma divulgação oficial, é da respectiva publicação que se contará dito prazo. Se não há, ter-se-á de apurar, no mundo fático, o momento em que, realmente, o interessado tomou conhecimento do ato a ser atacado por meio da ação mandamental.

## 6. Competência de julgar Mandado de Segurança

O critério funcional e hierárquico determina a competência para processar e julgar determinadas pessoas jurídicas por atos ilegais e abusivos, existindo prerrogativa de foro. Deste modo, o Supremo Tribunal Federal será competente para julgar o Presidente da República, da Mesa da Câmara e Mesa do Senado, o Procurador Geral da República, o Presidente do Tribunal de Contas da União e o próprio Supremo.

O Superior Tribunal de Justiça será competente para julgar no âmbito cível os Ministros de Estado, o Comandante Geral da Marinha, da Aeronáutica e do Exército. Os Tribunais Regionais Federais são competentes para julgar mandado de segurança contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal. O Tribunal de Justiça de Estado será competente no âmbito cível para julgar Mandado de Segurança impetrado em face de Governador de Estado, Tribunal de Contas do Estado e contra o próprio Tribunal de Justiça.

As previsões decorrem expressamente do artigo 102, I, "d"; 105, I, "b"; 108, I, "c" e 114, IV, da Constituição da República:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I processar e julgar, originariamente:

d) (...) mandado de segurança (...) contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I – processar e julgar, originariamente:

O critério funcional e hierárquico determina a competência para processar e julgar o mandado de segurança. Não há, na Lei n. 12.016/09, previsão expressa para definir a competência em sede de mandado de segurança. A jurisprudência dos tribunais havia se consolidado no sentido de que a competência do juízo no mandado de segurança era definida pelo domicílio da autoridade coatora.

O Superior Tribunal de Justiça passou a entender que as causas contra a União, ainda que em sede de Mandado de Segurança, poderão ser ajuizadas perante os juízos indicados no artigo 109, §2º, da Constituição da República, conforme a opção do autor.

Art. 109, CF, § 2º: As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.

Neste sentido processual civil, conflito de competência, mandado de segurança contra a união, alteração jurisprudencial. Tendo em vista o entendimento do STF, o STJ reviu seu posicionamento anterior e, visando facilitar o acesso ao Poder Judiciário, estabeleceu que as causas contra a União poderão, de acordo com a opção do autor, ser ajuizadas perante os juízos indicados no art. 109, § 2º, da Constituição Federal. Caberá, portanto, à parte impetrante escolher o foro em que irá propor a demanda, podendo ajuizá-la no foro de seu domicílio.

Conflito de competência, mandado de segurança, Art. 109, § 2o. Da Constituição Federal, possibilidade de ajuizamento no domicílio do autor, faculdade conferida ao impetrante. Conforme estabelece o § 2o. Do art. 109 da Constituição Federal, as causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu

origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal, visando o acesso à Justiça.

A nova jurisprudência facilitou o acesso à justiça e é uma pergunta bastante plausível em provas objetivas e em preliminares de provas práticas.

## **7. Pedido de Liminar no Mandado de Segurança**

O pedido liminar vem previsto no Art. 7º da Lei 12.016/09 que regulamenta o Mandado de Segurança. Para o seu deferimento, deve-se comprovar de plano o fundamento relevante do pedido e que o ato impugnado pode resultar na ineficácia da medida, requisitos usualmente conhecidos como *fumus buni iuris* e *periculum in mora*. a objetividade da peça direcionando o julgador à conclusão destes dois requisitos são essenciais para o deferimento do pedido liminar.

A medida liminar, “[...] é uma providência cautelar destinada a preservar a possibilidade de satisfação, pela sentença, do direito do impetrante.” impedindo que a decisão pelo retardamento da concessão da medida não mais satisfaça a necessidade do impetrante.

A medida liminar não envolve pré-julgamento do mérito. É uma decisão autônoma no sentido que não vincula o juiz a mantê-la e por ser precária não influi no juízo por ocasião da sentença que disporá com liberdade seja concedendo a liminar seja a denegando.

Para a suspensão in limine do ato a qual é dirigido é necessário segundo Celso Ribeiro Bastos:

[...] a) ser relevante o fundamento do pedido; b) do ato impugnado poder resultar dano não suscetível de reparação pela decisão final.  
(Precisa colocar página)

A proteção dada pelo mandado de segurança por meio de liminar está relacionada ao devido processo legal e a prestação da atividade jurisdicional. Recai-se sobre o “[...] direito subjetivo público do impetrante à obtenção da liminar quando provados seus pressupostos específicos.” que são é o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

## **Considerações Finais**

Portanto, o mandado de segurança é uma ação que visa tutelar qualquer direito líquido e certo desde que não seja matéria de Habeas Corpus ou Habeas Data, cabe quando há ato irregular praticado por agente público ou pessoa jurídica no exercício de função pública. Possui duas espécies, repressivo, ato já cometido, e

preventivo, ameaça de que o ato ilegal ocorra. Pode ser impetrado, apenas e tão somente, pelo titular do direito líquido e certo violado, na presença de seu advogado, que possui capacidade postulatória, no prazo de 120 dias a contar do conhecimento do ato irregular. Por fim, concluo que o mandado de segurança é um instrumento de grande importância, na medida em que visa garantir os direitos, assim repara os erros causados por aplicação de um ato irregular, de uma maneira rápida, através do rito sumaríssimo e possibilidade de liminar, diante disso, considero um mecanismo que trás e liberdade aos indivíduos lesados. O mandado de segurança é provavelmente o remédio constitucional mais usado e o mais comum no cotidiano do profissional de direito. Ele é responsável por garantir que autoridades e órgãos da administração pública que exerçam poder não sejam omissas ou realizem atos que impeçam pessoas físicas e jurídicas de exercer seus direitos constitucionais.

O mandado de segurança é uma criação do direito brasileiro, em que pese opinião em contrário. É um instrumento eficaz de segurança jurídica e de cumprimento dos preceitos constitucionais e legais. Atua contra atos e abusos da autoridade pública ou daquelas que exercem função pública, a ausência dos pressupostos autorizadores da medida, ou seja, prova inequívoca documentalmente juntada aos autos, que assegure e demonstra o direito líquido e certo do impetrante, dá ensejo à improcedência da ação constitucional e, com isso denegação do pedido.

A Lei 1.533/51 veio a regulamentar a aplicação do Mandado de Segurança, já que como tendo caráter de ação faz coisa julgada material ou simplesmente formal. Portanto, inegável a contribuição do Mandado de Segurança para a concretização efetiva dos direitos dos cidadãos perante o ente público, rompendo-se com a inércia das reparações de danos e consolidando um Estado Democrático de Direito.

### **Referências:**

BASTOS, Celso Ribeiro *Apud* <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/o-mandado-de-seguranca-individual/>

Brasil. Site do Superior Tribunal de Justiça. [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br). Acesso em: 25 de janeiro de 2021.

BUENO, Cassio Scarpinella. Liminar em mandado de segurança: um tema com variações, Revista dos tribunais: São Paulo, 1999.

CRETELLA Junior, José. Do Mandado de Segurança, 3a ed., Forense: Rio de Janeiro, , 1980.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. – 11. ed. Atlas: São Paulo. 1999.

FERRAZ, Sérgio. Mandado de Segurança Individual e Coletivo: Aspectos Polêmicos, 3a ed, Malheiros: São Paulo, 1996.

<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=12016&ano=2009&ato=af9c3YU90dVpWT533> (Lei nº 12.016/2009).

MEIRELLES, Hely Lopes, Mandado de Segurança e Ações Constitucionais, 32ª ed.: 2009.

VICENTE, Paulo e outro Direito constitucional Descomplicado.7 ed.: 2011.

MORAES, Alexandre. Direito constitucional Alexandre de, 30 ed.: 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional, Gilmar Ferreira Mendes, 9 ed.:2014.

## **A EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE DOS PAIS POR PREJUÍZO CAUSADO PELOS FILHOS**

**GUILHERME FRANCISCO SOUZA AMARAL**

Pós-graduado em Ciências Criminais pela Faculdade Damásio, graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), advogado.

**RESUMO:** O presente trabalho analisará as hipóteses de exclusão da responsabilidade civil dos genitores em razão de prejuízos causados pelos filhos. Primeiramente, será demonstrado que a responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro é, via de regra, subjetiva (depende da comprovação de dolo ou culpa) e individual (apenas o autor do dano por ele é responsabilizado). Excepcionalmente, o Código Civil prevê hipóteses em que indivíduos serão solidariamente e objetivamente responsabilizados por danos de terceiros, como é o caso dos pais perante os filhos. Apesar disso, será explicado que os filhos apenas respondem subsidiariamente e equitativamente, de maneira que seus genitores deverão ser preferencialmente responsabilizados. Após, serão exploradas as hipóteses de exclusão da responsabilidade dos pais, sendo a primeira a emancipação legal dos filhos, diferenciando-a da voluntária, que não exclui a responsabilidade. Ao fim, será analisado julgado do Superior Tribunal de Justiça, no qual se entendeu que a ausência de autoridade de fato dos genitores exclui sua responsabilidade. Concluir-se-á pelo acerto da decisão, destacando-se que a mera ausência de vigilância imediata não implica a ausência de autoridade, conforme julgado anterior do STJ.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade dos guardiães. Ausência de autoridade. Responsabilidade solidária dos pais.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Da responsabilidade civil em geral. 3. Da responsabilidade dos genitores pelos filhos. 3.1. Da exclusão da responsabilidade dos genitores. 4. Conclusão.

### **1. INTRODUÇÃO**

O presente trabalho tem como objetivo analisar possibilidade de exclusão da responsabilidade dos pais pelos atos praticados pelos seus filhos.

Para tanto, primeiramente, será exposta a forma pela qual se dá a responsabilidade dos pais perante os filhos, evidenciando que se trata de responsabilidade de natureza solidária. Será demonstrado, ainda, que os filhos podem ser responsabilizados pelos próprios atos, desde que subsidiariamente e equitativamente.

Posteriormente, analisar-se-á as hipóteses legais de exclusão da responsabilidade. Nesse sentido, será exposto que a emancipação legal dos filhos implica a extinção da responsabilidade, ao oposto do que ocorre com sua emancipação voluntária, que a mantém.

Por fim, será demonstrado que, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), admite-se a exclusão da responsabilidade dos pais quando demonstrado que já não exercem qualquer autoridade de fato sobre os filhos, ainda que não juridicamente emancipados. Concluir-se-á pelo acerto da decisão, desde que não se confunda a ausência de autoridade de fato com a mera ausência de vigilância imediata por questão de distância física, que, conforme a jurisprudência do STJ, não tem o condão de excluir a responsabilidade dos filhos.

## **2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM GERAL.**

O ordenamento jurídico brasileiro apresenta, como regra geral, que o violador de direito ou o causador de dano a bem jurídico de outrem comete ato ilícito. É isso que prevê o art. 186 do Código Civil (CC):

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (Brasil, 2020).

Destaca-se que o dispositivo legal abarca tanto as condutas dolosas (comitivas ou omissivas), como as condutas culposas, considerando como tal as que advêm de comportamento não intencional, desde que negligente ou imprudente.

Mais adiante, o art. 927 do CC estabelece que o autor de atos ilícitos fica, via de regra, obrigado a repará-los:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (Brasil, 2020).

Importante notar que o art. 186 estabelece o dever de indenização ainda que o dano causado seja “exclusivamente moral”, sem definir, contudo, em que se consiste

isso. Segundo a doutrina, dano moral puro seria aquele que não atinge nenhum bem jurídico patrimonial.

Nesse sentido, esclarece TARTUCE (2018):

A segunda é que a disposição atual permite a reparação do dano moral puro, sem repercussão patrimonial (“dano exclusivamente moral”). (TARTUCE, 2018, p. 371).

É essa, portanto, a distinção entre os tipos de dano: o dano material, que decorre da lesão a bens jurídicos patrimoniais, e o dano moral, que decorre da lesão a bens jurídicos não patrimoniais. Não há óbice, inclusive, na cumulação de indenização pelos dois tipos de dano, desde que demonstrado que um mesmo fato causou, simultaneamente, a ocorrência de lesão a bem patrimonial e a bem não patrimonial.

Esse entendimento já se encontra pacificado pela súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato (Súmula 37, CORTE ESPECIAL, julgado em 12/03/1992, DJ 17/03/1992).

Isso posto, cumpre destacar que a responsabilidade civil é, em regra, individual, e não solidária. Isso significa que, a princípio, apenas é possível responsabilizar por um ato ilícito aquele quem o cometeu diretamente.

É o que dispõem os artigos 264 a 266 do Código Civil (CC):

Art. 264. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda.

Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

Art. 266. A obrigação solidária pode ser pura e simples para um dos co-credores ou co-devedores, e condicional, ou a prazo, ou pagável em lugar diferente, para o outro.

(Brasil, 2020).

Após o exposto, cabe se expor algumas das hipóteses legais de responsabilidade solidária previstas na lei, entre elas, a responsabilidade dos genitores em razão dos atos praticados pelos seus filhos.

### 3. DA RESPONSABILIDADE DOS GENITORES PELOS FILHOS.

O art. 932 do CC prevê as hipóteses genéricas em que um indivíduo responde pelos atos causados por um terceiro, como no caso dos pais pelos atos praticados pelos filhos (inciso I):

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - **os pais, pelos filhos** menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia. (Brasil, 2020).

Trata-se de hipóteses de responsabilidade solidária. É o que dispõe o parágrafo único do art. 942 do CC:

rt. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São **solidariamente responsáveis** com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932. (Brasil, 2020).

Em outras palavras, aquele a quem cabe receber a reparação civil pode optar por ajuizar ação em face de qualquer um dos responsáveis previstos no art. 932 do

CC, isoladamente ou cumulativamente. Exceção é, nesse quesito, a responsabilidade dos pais em face dos filhos. Isso porque o art. 928 do CC estabelece que a responsabilidade dos incapazes pelos seus prejuízos será, via de regra, subsidiária e equitativa, não podendo privá-los do necessário para sobreviverem:

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou **não dispuserem de meios suficientes**.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser **eqüitativa**, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem. (Brasil, 2020).

Sobre esse tema, aprofundando-se na interpretação do art. 928 do CC, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já estabeleceu que a responsabilidade dos menores de idade pelos prejuízos por eles causados é subsidiária, equitativa e mitigada:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL POR FATO DE OUTREM - PAIS PELOS ATOS PRATICADOS PELOS FILHOS MENORES. ATO ILÍCITO COMETIDO POR MENOR. RESPONSABILIDADE CIVIL MITIGADA E SUBSIDIÁRIA DO INCAPAZ PELOS SEUS ATOS (CC, ART. 928). LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO.

INOCORRÊNCIA.

1. A responsabilidade civil do incapaz pela reparação dos danos é **subsidiária e mitigada** (CC, art. 928).

2. É subsidiária porque apenas ocorrerá quando os seus genitores não tiverem meios para ressarcir a vítima; é condicional e mitigada porque não poderá ultrapassar o limite humanitário do patrimônio mínimo do infante (CC, art. 928, par. único e En. 39/CJF); e deve ser equitativa, tendo em vista que a indenização deverá ser equânime, sem a privação do mínimo necessário para a sobrevivência digna do incapaz (CC, art. 928, par. único e En. 449/CJF).

3. Não há litisconsórcio passivo necessário, pois não há obrigação - nem legal, nem por força da relação jurídica (unitária) - da vítima lesada em litigar contra o responsável e o incapaz. É possível, no entanto, que o autor, por sua opção e liberalidade, tendo em conta que os direitos ou obrigações

derivem do mesmo fundamento de fato ou de direito (CPC, 73, art. 46, II) intente ação contra ambos - pai e filho -, formando-se um litisconsórcio facultativo e simples.

4. O art. 932, I do CC ao se referir a autoridade e companhia dos pais em relação aos filhos, quis explicitar o poder familiar (a autoridade parental não se esgota na guarda), compreendendo um plexo de deveres como, proteção, cuidado, educação, informação, afeto, dentre outros, independentemente da vigilância investigativa e diária, sendo **irrelevante a proximidade física** no momento em que os menores venham a causar danos.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1436401/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 16/03/2017).

Extraí-se do julgado, ainda, que, em decorrência da subsidiariedade da responsabilidade do filho, não há litisconsórcio passivo necessário entre ele e seu pai. Isso significa que a vítima do prejuízo pode optar por ajuizar a ação civil em face do filho e dos genitores ou apenas em face dos genitores, sem necessidade de que o incapaz figure no polo passivo.

Importante destacar, por fim, a finalidade de tal proteção legal aos filhos incapazes. Segundo CAVALLIERI (2014):

Essa espécie de responsabilidade tem por fundamento o vínculo jurídico legal existente entre pais e filhos menores, o poder familiar, que impõe aos pais obrigações várias, entre as quais a de assistência material e moral (alimentos, educação, instrução) e de vigilância, sendo esta nada mais que um comportamento da obra educativa. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 239).

Em outras palavras, a *ratio legis* da referida normativa reside no poder familiar dos pais, do qual se extrai que é complementar à educação dos pais assistência material e a orientação aos seus filhos, sendo natural sua responsabilização pelos atos que eles pratiquem:

Após o exposto, cumpre analisar quais as possibilidades de que os pais se isentem da responsabilidade dos filhos.

### **3.1. Da exclusão da responsabilidade dos genitores.**

Embora seja objetiva e solidária, há mais de uma situação em que os genitores não responderão pelos prejuízos causados pelos filhos. Nesse sentido, a primeira hipótese legal é a emancipação legal do filho. Isso ocorre porque, uma vez legalmente emancipado, cessa sua incapacidade civil, cessando, simultaneamente, o poder familiar que legitimava a responsabilização paterna. Assim prevê o inciso II do art. 1.635 do CC:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

I - pela morte dos pais ou do filho;

II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;

III - pela maioridade;

IV - pela adoção;

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638. (Brasil, 2020).

Cabe salientar, contudo, que existem duas espécies de emancipação dos incapazes menores de idade: as que decorrem de comando legislativo (emancipação legal) e as que decorrem de mera liberalidade dos genitores (emancipação voluntária). É o que prevê o parágrafo único do art. 5º do CC:

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor

com dezesseis anos completos tenha economia própria. (Brasil, 2020).

Nesse sentido, os incisos II, III, IV e V são hipóteses de emancipação legal, enquanto o inciso I é a hipótese de emancipação voluntária. Após exposto, cumpre enunciar que apenas as hipóteses de emancipação legal afastam a responsabilidade dos genitores, não o fazendo a emancipação do tipo voluntária.

Sobre o tema, já decidiu o STJ:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ATROPELAMENTO. LESÕES CORPORAIS. INCAPACIDADE. DEVER DE INDENIZAR. REEXAME DE MATÉRIA DE FATO. REVISÃO DO VALOR DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PENSÃO MENSAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO ULTRA PETITA. OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS. EMANCIPAÇÃO.

1. Não cabe recurso especial por alegada ofensa a dispositivos constitucionais.

2. A emancipação voluntária, diversamente da operada por força de lei, não exclui a responsabilidade civil dos pais pelos praticados por seus filhos menores.

(...)

Agravo regimental parcialmente provido.

(STJ – AgRg: 1239557 RJ 2009/0195859-0, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 09/10/2012, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/10/2012).

Essa distinção se justifica em razão de a emancipação voluntária não depender, em tese, de manifestação de vontade do incapaz. Assim, permitir que esse tipo de emancipação exclua a responsabilidade dos pais favoreceria a realização de fraudes, nas quais os genitores poderiam, maliciosamente, eximir-se da responsabilidade, sem que qualquer circunstância fática a justifique, unicamente com o propósito de fraudar a lei.

Outra hipótese legal de exclusão da responsabilidade dos genitores verifica quando estes já não possuem autoridade de fato sobre o filho. Sobre o tema, já decidiu o STJ:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO ENVOLVENDO MENOR. INDENIZAÇÃO AOS PAIS DO MENOR FALECIDO.

ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. REVISÃO. ART. 932, I, DO CÓDIGO CIVIL.

1. A responsabilidade dos pais por filho menor - responsabilidade por ato ou fato de terceiro -, a partir do advento do Código Civil de 2002, passou a embasar-se na teoria do risco para efeitos de indenização, de forma que as pessoas elencadas no art. 932 do Código Civil respondem objetivamente, devendo-se comprovar apenas a culpa na prática do ato ilícito daquele pelo qual são os pais responsáveis legalmente.

Contudo, há uma exceção: a de que os pais respondem pelo filho incapaz que esteja sob sua autoridade e em sua companhia; **assim, os pais, ou responsável, que não exercem autoridade de fato sobre o filho, embora ainda detenham o poder familiar, não respondem por ele, nos termos do inciso I do art. 932 do Código Civil.**

2. Na hipótese de atropelamento seguido de morte por culpa do condutor do veículo, sendo a vítima menor e de família de baixa renda, é devida indenização por danos materiais consistente em pensionamento mensal aos genitores do menor falecido, ainda que este não exercesse atividade remunerada, visto que se presume haver ajuda mútua entre os integrantes dessas famílias.

3. Recurso especial conhecido parcialmente e, nessa parte, provido também parcialmente.

(REsp 1232011/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 04/02/2016, grifos nossos).

Nota-se que, no caso em tela, não havia sido rompido juridicamente o poder familiar dos pais com os filhos, de modo que o menor de idade ainda era, nos termos do art. 5º do CC, um incapaz. Entretanto, excepcionalmente, entendeu o STJ que a mãe do adolescente não poderia ser mais responsabilizada, uma vez que não mais exercia qualquer espécie de autoridade sobre o adolescente. Efetivamente, no caso

em análise, o adolescente já residia permanentemente em local distinto dos pais, e não dependia deles economicamente, não se reportando a eles para a realização de seus atos.

Observa-se que o inciso I do art. 932 do CC, que estipula a responsabilidade solidária e objetiva dos pais pelos filhos, estipula que essa ocorre quando estiverem “sob sua autoridade e e em sua companhia”. Assim, se os pais já não exercem qualquer autoridade sobre os adolescentes (ausência de autoridade de fato), não há responsabilidade legal, por exclusão dos requisitos previstos no próprio dispositivo legal.

Isso não significa, contudo, que os pais se ausentarão de responsabilidade sempre que não tiverem vigilância imediata sobre eles (estiverem fisicamente distantes). Sobre o tema, pede-se releitura do item 4 do julgado citado acima (Recurso Especial nº 1436401/MG), no qual a corte destacou que a falta de proximidade entre genitor e menor, por si só, não é suficiente para a exclusão da responsabilidade do primeiro.

Isso ocorre porque, embora o art. 932 do CC empregue a conjunção “e”, sua interpretação não pode ser gramaticalmente literal, ao ponto de se pretender que o incapaz esteja sempre na companhia do pai, sob pena de ser perder, por completo, o conteúdo normativo do dispositivo legal.

Ademais, não se vislumbra contradição entre esse julgado e o anterior, em que se admitiu a exclusão da responsabilidade dos genitores por ausência de autoridade de fato. Evidentemente, as duas variáveis não se confundem. A autoridade dos pais sobre os filhos não se extingue com o mero afastamento destes, que permanecem, em tese, se reportando e dependendo dos genitores, mesmo que temporariamente distantes. O que exclui a responsabilidade, nesse sentido, é, apenas, a perda completa da autoridade, tal como salientado.

#### **4. CONCLUSÃO.**

O presente trabalho conclui que, via de regra, a responsabilidade civil pelos prejuízos causados por um indivíduo é subjetiva (depende da comprovação de dolo ou culpa) e não solidária (apenas o indivíduo que causou o dano pode ser responsabilizado por ele). Excepcionalmente, a lei estipula casos em que terceiro, não causador do dano, poderá ser objetivamente e solidariamente responsável pelo autor do prejuízo.

Os pais, nessa perspectiva, são solidariamente e objetivamente responsáveis pelos prejuízos causados pelos seus filhos incapazes. Há, contudo, causas

excludentes dessa responsabilidade, precipuamente: a emancipação e a perda completa de autoridade em face do filho.

No que tange à emancipação, apenas as emancipações do tipo legal causariam a extinção da responsabilidade, sob pena de se permitir que genitores, maliciosamente e fraudulentamente, busquem eximir-se da responsabilidade legal, sem qualquer justificativa para tanto. Já em relação à exclusão da responsabilidade por exclusão da autoridade de fato, concluiu-se que a mera ausência de vigilância imediata (distância física) entre genitor e menor não a implicam, sob pena de esvaziamento absoluto do conteúdo normativo do inciso I do art. 932 do CC.

Espera-se que o tema seja mais bem aprofundado em trabalhos posteriores, de maneira a se esmiuçar as variáveis que, em tese, poderiam permitir ao magistrado a visualização de cenários em que a autoridade de fato é absolutamente perdida.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, **Processo Administrativo nº 08012.00484/2005-51**, Conselheiro Relator Fernando de Magalhães Furnal, 2010.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Congresso Nacional.

Disponível em:

< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 20/08/2020.

BRASIL, **Lei nº 10.046 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)**. Brasília, DF: Presidência da República.

Disponível em:

< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 20/08/2020.

BRASIL, **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)**. Brasília, DF: Presidência da República.

Disponível em:

< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 20/08/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Recurso Especial 1239557/RJ**. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti, 09 out. 2012, Diário de Justiça Eletrônico: 17/10/2012.

Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549846060/recurso-especial-resp-1327773-mg-2011-0122337-1/inteiro-teor-549846069>>.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **A responsabilidade civil do incapaz pela reparação dos danos é subsidiária, condicional, mitigada e equitativa**. Buscador Dizer o Direito, Manaus.

Disponível em:

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/9ac5a6d86e8924182271bd820acbce0e>>. Acesso em: 03/11/2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **A vítima de um ato ilícito praticado por menor pode propor a ação somente contra o pai do garoto, não sendo necessário incluir o adolescente no polo passivo**. Buscador Dizer o Direito, Manaus.

Disponível em:

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/f5e647292cc4e1064968ca62bebe7e47>>. Acesso em: 03/11/2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Não há como afastar a responsabilização do pai do filho menor simplesmente pelo fato de que ele não estava fisicamente ao lado de seu filho no momento da conduta**. Buscador Dizer o Direito, Manaus.

Disponível em:

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/20cf775fa6b5dfe621ade096f5d85d52>>. Acesso em: 03/11/2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11ª ed. São Paulo: Atlas S. A., 2014.

**Jornadas de Direito Civil I, II, III, IV E V** : enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. 135 p. ISBN 978-85-85572-93-8

## **A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL PELA INEXISTÊNCIA DE POLÍTICAS DE ACESSO À MEDICAMENTOS ÓRFÃOS PARA OS PORTADORES DE DOENÇAS RARAS**

**JÉSSICA CAVALCANTI BARROS RIBEIRO:**

Bacharela em Direito pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB), Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes (UCAM).

**RESUMO:** O objetivo do artigo é analisar a judicialização do acesso à saúde nos casos de portadores de doenças raras frente à inexistência de políticas públicas para tais pacientes. Analisa-se a judicialização do direito à saúde, e o ativismo judicial nesse contexto. Trata-se de uma pesquisa descritiva, cujo método empregado é o dedutivo. É dedutivo porque é um processo de análise da informação que utiliza a legislação e artigos científicos para obter uma conclusão a respeito do problema. O trabalho foi realizado por meio de pesquisas bibliográficas na área de Direito e na área de saúde.

**Palavras-Chave:** Judicialização. Saúde Pública. Doenças Raras.

**ABSTRACT:** The objective of the article is to analyze the judicialization of access to health in cases of rare disease patients in the absence of public policies for such patients. The judicialization of the right to health and judicial activism in this context are analyzed. This is a descriptive research whose method is the deductive method. It is deductive because it is a process of information analysis that uses legislation and scientific articles to draw a conclusion about the problem. The work was carried out through bibliographical research in the area of law and health.

**Keywords:** Judicialization. Public health. Rare diseases.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. Conceito de Doenças Raras, Medicamentos órfãos e uso *off label* de medicamentos– 3. A Judicialização da saúde pública no Brasil pelos portadores de doenças raras pela ausência de políticas públicas de saúde direcionadas – 4. Do fornecimento de medicações para doenças raras que não possuem registro junto à ANVISA– 5. Considerações Finais.

### **INTRODUÇÃO**

Somente com a atual Constituição Federal, de 1988, é que a saúde passou a ser reconhecida como um direito, sendo, ainda hoje, incipiente devido ao pouco tempo de positivação na Constituição. Desse modo, até antes de 1988, o Estado não tinha o dever de assistência que hoje é previsto no texto constitucional e na legislação infraconstitucional (Aith, 2014).

Tanto para os cidadãos com doenças comuns, quanto para os portadores de doenças raras, as políticas públicas de saúde, na prática, não reproduzem fielmente o que está positivado no texto constitucional. O sistema de saúde no que tange o acesso à medicamentos ainda é precário no Brasil, e a normatização específica voltada para pacientes portadores de doenças raras é simples e ineficaz.

Apenas em 2014 é que houve a criação da Portaria nº 199 do Ministério da Saúde, que Instituiu a Política Nacional de Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras, aprovou as Diretrizes para Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) e instituiu incentivos financeiros de custeio.

Até o presente momento, da mesma forma, não existe qualquer lei que institua acesso a medicamentos órfãos (que integra o tratamento de portadores de doenças raras), mas tão só um Projeto de Lei do Senado (nº 530/2013) que visa instituir uma Política Nacional para Doenças Raras no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Dessa maneira, por causa da dificuldade que o Poder Executivo possui para cumprir seu dever institucional de implementação e execução de políticas públicas para essa classe de pacientes, o cidadão passa a buscar formas alternativas de acesso aos medicamentos órfãos e tratamentos congêneres, que se dá, principalmente, através dos processos judiciais. Este fenômeno é conhecido como "*judicialização da saúde*", e compreende a provocação e a atuação do Poder Judiciário em prol da efetivação da assistência médica e/ou farmacêutica. O Executivo passa a ser demandado, nas vias judiciais, a prestar atendimento médico e assistência farmacêutica, provocando repercussões tanto na política de saúde como nos cofres públicos (Leitão et al, 2014).

O desafio da judicialização da saúde se torna especialmente complexo quando abordado frente ao o direito à saúde de um grupo específico de pessoas, que possui necessidades de saúde diferenciadas e especiais, como é o caso dos portadores de doenças raras (Aith, 2014).

Estes pacientes demandam judicialmente por medicamentos órfãos, que são de alto custo. Nota-se, nesse sentido, que existe um problema maior de saúde pública e também um problema de impacto econômico nos cofres públicos, diante da complexidade que exige o tratamento de pessoas nessa condição. Com efeito, o Poder Judiciário tem sido ativista no que tange à concessão de medicamentos para pessoas portadoras de doenças raras, uma vez que substitui a função que deveria ser governamental, através de concessão de políticas públicas específicas aos portadores.

## CONCEITO DE DOENÇAS RARAS, MEDICAMENTOS ÓRFÃOS E USO OFF LABEL DE MEDICAMENTOS

As doenças raras caracterizam-se por possuírem as seguintes características: 1) não tem cura; 2) são degenerativas; 3) são incapacitantes; e 4) necessitam continuamente de tratamento e cuidados especiais (Boy e Schramm, 2009). Tais enfermidades afetam a qualidade de vida tanto dos portadores, quanto de seus familiares/cuidadores, que se tornam social, econômica e psicologicamente vulneráveis, principalmente por enfrentarem a falta de um tratamento adequado e preconceitos (Souza et al., 2007).

Além disso, as doenças raras detêm ampla diversidade de sintomas, variando não só de doença para doença, mas também de pessoa para pessoa na mesma condição. Além disso, as manifestações podem simular doenças comuns, o que torna difícil o diagnóstico, elevando o sofrimento do paciente (Interfarma, 2013).

Destaca-se que 95% das doenças raras são desprovidas de tratamento, e demandam serviços especializados que promovam a melhoria da qualidade de vida dos pacientes. É imperioso destacar que somente 2% das doenças raras possuem medicamentos órfãos capazes de interferir na evolução da doença; outros 3% possuem tratamentos "já conhecidos" para as doenças "comuns" ou prevalentes, atuando amenizando os sintomas (Interfarma, 2013).

No Brasil, após a publicação da Portaria Nº 199, considera-se doença rara aquela que afeta até 65 pessoas em cada 100.000 indivíduos ou 6,5 pessoas para cada 10.000 habitantes: "*Art. 3º Para efeito desta Portaria, considera-se doença rara aquela que afeta até 65 pessoas em cada 100.000 indivíduos, ou seja, 1,3 pessoas para cada 2.000 indivíduos*".

Segundo o senso da Organização Mundial da Saúde – OMS, entre 6% e 8% aproximadamente da população mundial sofre com alguma doença rara. Isso equivale a aproximadamente 420 a 560 milhões de pessoas. No Brasil, 13 milhões de pessoas são estimadas com doença rara (Interfarma, 2013).

A EURORDIS (2014) conceitua os medicamentos órfãos como "*produtos médicos destinados à prevenção, diagnóstico ou tratamento de doenças muito graves ou que constituem um risco para a vida e que são raras*". Estes medicamentos são designados como "órfãos" porque a indústria farmacêutica tem pouco interesse no desenvolvimento e comercialização de produtos dirigidos para o pequeno número de doentes afetados.

O significado do termo "*Off-label*", é uma expressão em inglês que, literalmente traduzida denota "*fora de indicação*" (Cavalcante, 2020). Para fabricar ou

comercializar um medicamento no Brasil, precisa-se de registro (autorização) na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Quando se solicita que se registre um medicamento, o fabricante ou responsável apresenta à ANVISA as indicações daquele remédio, determinando para que enfermidades a droga foi testada e aprovada. Essas indicações (e sua respectiva eficácia) baseiam-se em pesquisas que levam anos para serem concluídos (Cavalcante, 2020).

É comum acontecer de um medicamento que foi planejado para determinada finalidade, quando entra no organismo humano, acabar trazendo outros benefícios que não haviam sido previstos. Esse efeito não previsto é percebido pelos médicos, que passam a receitar aquele medicamento não apenas para aquela indicação inicialmente pensada, mas sim para essa outra finalidade que não havia sido prevista (Cavalcante, 2020).

Quando isso ocorre, dizemos que há a prescrição e o uso do medicamento *off-label* (fora da sua indicação). Portanto, o medicamento *off-label* é aquele cujo médico prescreve para uma determinada finalidade que não existe de forma expressa em sua bula (Cavalcante, 2020).

## **A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL PELOS PORTADORES DE DOENÇAS RARAS PELA AUSÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE DIRECIONADAS**

Doenças raras são doenças pouco prevalentes no mundo (Simões, Lessa e Fagundes, 2014): afligem cerca de 6% da população mundial. Em números absolutos, aproximadamente 420 milhões de pessoas sofrem com essas enfermidades. Estima-se que no Brasil este número esteja em torno de 13 milhões de pessoas.

A classificação das doenças como raras pode variar de acordo com o percentual de pessoas atingidas. Dessa forma, enquanto na União Europeia considera-se doença rara toda aquela que atinge até 5 pessoas a cada 10.000, os Estados Unidos consideram como rara a doença que afeta até 75 pessoas em cada 100.000 (Chiavassa et al, 2014).

A gênese da implementação de políticas públicas para portadores de doenças raras, inicia-se nos EUA, a partir da forte pressão imposta por organizações de pacientes e familiares afetados por elas (Federhen et al, 2014). Assim, nos EUA, na década de 1970, a "National Organization for Rare Disorders (NORD)", organização privada, pressionou o Governo a criar leis específicas para o desenvolvimento de medicamentos órfãos, o que culminou com o "Orphan Drug Act", que instituía estímulos para a pesquisa em medicamentos órfãos, incluindo subsídios para estudos clínicos e maior proteção às patentes dos compostos (Federhen et al, 2014).

Com efeito, nas últimas duas décadas, o desenvolvimento de políticas específicas para doenças raras em diversos países do mundo ganhou força, buscando soluções para ampliar o acesso dos pacientes a tratamentos e assistência adequados.

No Brasil, a gênese para a discussão de tais políticas foi a criação, durante a década de 2000, foi uma proposta para Política Nacional de Atenção à Genética Clínica no SUS. No entanto, viu-se que essa abordagem focava apenas nas doenças de origem genética (Federhen et al, 2014). A partir da pressão da sociedade através de organizações não-governamentais e instituições de pesquisa, em 2014 o Ministério da Saúde publicou no Diário Oficial da União a Portaria que cria a Política Nacional de Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras, abrangendo a realização de exames, para facilitação de um diagnóstico e credenciando instituições para atendimento e suporte de pacientes com estas condições (Federhen et al, 2014).

Destaca-se que não existe no mundo, tratamento efetivo e seguro para muitas das doenças raras em voga e para aquelas em que o tratamento é existente, diversas barreiras dificultam o acesso dos pacientes aos medicamentos órfãos, aqueles específicos para o tratamento da doença (Simões, Lessa e Fagundes, 2014). As barreiras não são apenas econômicas, devido aos caros remédios. Existem outras barreiras impostas aos pacientes, devido aos poucos especialistas no Brasil. A barreira também é geográfica, cognitiva e intelectual, pois são poucos os profissionais de saúde que sabem tratar uma doença rara. E, ser tratado por um especialista, traz significativa melhoria de vida para um portador.

As enfermidades classificadas como raras trazem situações problemáticas às políticas de saúde, pois exigem que vultosos recursos alocados para o atendimento de muitas pessoas sejam destinados ao tratamento de um pequeno grupo de cidadãos.

Dada a particularidade e o custo elevado, é comum que o Sistema Único de Saúde (SUS) e os planos de assistência privada não incluam no rol dos tratamentos que oferecem/cobrem aqueles destinados às doenças raras, principalmente os tratamentos ditos em fase experimental e os off-label, aqueles cuja indicação do profissional assistente diverge do que consta na bula (Chiavassa et al, 2014).

Nesses casos, resta ainda uma via, que tem se desenvolvido no Brasil, sobretudo a partir da Constituição de 1988: o Poder Judiciário. É cada vez maior o volume de demandas judiciais propostas em face da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ou do plano de saúde, pleiteando atendimento adequado. Essas ações levam aos juízes uma realidade complexa e exigem grande responsabilidade nas decisões, que têm impacto sobre a vida de alguém e sobre os recursos alocados para políticas públicas de saúde.

Política pública é, simplesmente, o programa de ação governamental, resultado de um conjunto de processos juridicamente regulados, como o processo eleitoral, o processo de governo, o processo orçamentário, o processo legislativo, o processo administrativo, o processo judicial, objetivando coordenar os recursos do Estado e os recursos privados, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados (Bucci, 2006).

Nessas situações em que alguém vê seu direito social desamparado, o caráter jurídico da questão torna possível recorrer ao Poder Judiciário para exigir do Estado a prestação necessária à garantia do direito ao tratamento da doença rara. Com isso, o poder judiciário torna-se um “importante órgão de contestação de políticas públicas”, tendo em vista a transferência de temas políticos para dentro das instituições do sistema.

A Política Nacional Para Doenças Raras (Portaria 199/2014), configura, sem dúvida, um grande passo do Sistema Único de Saúde (SUS) em direção à igualdade de acesso, ao acolhimento de pessoas com doenças raras, à redução de morbimortalidade e das manifestações secundárias e à melhoria da qualidade de vida de pessoas portadoras de doenças raras, por meio de ações de prevenção, diagnóstico/detecção precoce e atendimento multiprofissional e organizado de forma transversal com as redes já existentes no sistema (Chiavassa et al, 2014).

Entretanto, o que realmente importa é o acesso dos pacientes aos medicamentos adequados. A oferta de medicamentos órfãos pelo SUS depende da sua incorporação em um protocolo clínico que, por sua vez, depende de uma avaliação técnica e econômica de viabilidade.

Os critérios empregados pelo Governo para avaliar a disponibilização de medicamentos órfãos pelo sistema público – baseados em custo-efetividade – têm, na maioria dos casos, excluído os pacientes da possibilidade de obter esse tipo de tratamento, sendo que, nesses casos, que hoje são a maioria no Brasil, o processo de judicialização, onde o paciente recorre ao Poder Judiciário para obter o tratamento, é o mais comum (Chiavassa et al, 2014).

É certo que, atualmente, apenas um protocolo, para tratamento de Doença de Gaucher, incorpora medicamento órfão. Todas as outras patologias consideradas raras<sup>186</sup> incluem somente medicamentos convencionais, que amenizam os sintomas das doenças, mas não interferem na sua evolução (Chiavassa et al, 2014).

---

<sup>186</sup> Foi informado 35 Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT's), como Angioedema Hereditário, Artrite Reumatoide, Diabete Insípido, Doença de Wilson, Esclerose Lateral Amiotrófica, Lúpus Eritematoso Sistêmico, entre outras, na Consulta Pública nº 20, publicada em 09 de Setembro

Mais recentemente, na Consulta Pública nº 20, publicada em 09 de Setembro de 2014, foi informado o levantamento de 35 PCDT's em doenças raras, sendo elas, de acordo com Simões, Lessa e Fagundes (2014):

- Acromegalia;
- Anemia Aplástica;
- Angioedema Hereditário;
- Aplasia Pura Adquirida Crônica da Série Vermelha;
- Artrite Reativa – Doença de Reiter;
- Artrite Reumatoide; Deficiência da Biotinidase;
- Deficiência de Hormônio do Crescimento – Hipopituitarismo; Dermatomiosite e Polimiosite;
- Diabetes Insípido;
- Distonias Focais e Espasmo Hemifacial;
- Doença de Crohn;
- Doença de Gaucher;
- Doença de Paget – Osteíte deformante;
- Doença de Wilson;
- Doença Falciforme;
- Esclerose Lateral Amiotrófica;
- Espongilite Ancilosante;
- Fenilcetonúria;
- Fibrose Cística;
- Hiperplasia Adrenal Congênita;
- Hipoparatiroidismo;
- Hipotireoidismo Congênito;
- Ictioses Hereditárias;
- Imunodeficiências Primárias com Deficiência de Anticorpos;
- Insuficiência Adrenal Primária (Doença de Addison);
- Insuficiência Pancreática Exócrina;
- Lúpus Eritematoso Sistêmico;
- Miastenia Gravis; Mielodisplasia e Neutropenias Constitucionais – Uso de Fatores Estimulantes de Crescimento de Colônias de Neutrófilos;
- Osteogênese Imperfecta;
- Púrpura Trombocitopênica Idiopática;
- Síndrome de Guillain-Barré;
- Síndrome de Turner;

---

de 2014 e que propõe a “Priorização de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas para Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras”, à Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos e à Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde.

- Síndrome Nefrótica Primária em Crianças e Adolescentes.

Em de 26 de maio de 2015, editou-se a Portaria SCTIE-MS N.º 19, que torna pública a decisão de aprovar a priorização de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) para doenças raras no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, N.º 142 Maio/2015. Mas, ainda assim, o acesso aos medicamentos órfãos pelos portadores, por meio de políticas públicas, continua não existindo.

Nos últimos anos, os gastos com judicialização para drogas contra doenças raras totalizaram 85% dos gastos totais com tratamentos judicializados. Especificamente, o tratamento de doenças genéticas é responsável pelos medicamentos mais solicitados por meio de processo judicial ao Governo Federal (Subcomissão Especial de Doenças Raras, 2019).

É imperioso ressaltar que, conforme levantamentos realizados pela INTERFARMA, um medicamento incorporado ao SUS tem uma diferença significativa em comparação às demandas judicializadas, que chegam a ser 300% mais caras, pois são realizadas compras em caráter de urgência. (Subcomissão Especial de Doenças Raras, 2019). É uma situação paradoxal: a falta de recursos gera parte da judicialização, que, por sua vez, reflete na falta de recursos financeiros à medida que o medicamento judicializado acaba sendo fornecido por valores superiores, que poderiam ser adquiridos por meio de compras públicas planejadas. Portanto, é preciso que Governo e setor privado transformem esse círculo vicioso em uma mesa aberta de negociação, buscando preços e condições que facilitem a atuação do Estado (Subcomissão Especial de Doenças Raras, 2019).

Segundo o STJ, a concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS precisam satisfazer os seguintes pontos: a) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; b) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; c) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência (STJ. 1ª Seção. EDcl no REsp 1.657.156-RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 12/09/2018, recurso repetitivo).

Dessa forma, a principal causa para o aumento dos números de processos judiciais solicitando medicamentos é a falha do Sistema Público de Saúde, pois que a judicialização é resultado de má gestão e execução de Políticas Públicas.

## **DO FORNECIMENTO DE MEDICAÇÕES PARA DOENÇAS RARAS QUE NÃO POSSUEM REGISTRO JUNTO À ANVISA**

É importante pontuar que a Agência Nacional de vigilância Sanitária - ANVISA é uma autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde criada pela Lei nº 9.782/99 (Cavalcante, 2020). O seu principal objetivo é promover a proteção da saúde da população, porque ela é a responsável por exercer a vigilância sanitária de medicamentos (art. 8º, § 1º, I). Assim, para comercializar medicamentos no Brasil, eles precisam ser aprovados e registrados na ANVISA (Cavalcante, 2020).

Segundo decisão proferida no Recurso Extraordinário de número 657.718 pelo STF (RE 657.718/MG), a concessão de medicamentos para tratar pessoas portadoras de patologias raras devem ser fornecidas pelo Estado-Membro da Federação, mesmo que não possua registro junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, sobretudo porque as empresas responsáveis pela fabricação do medicamento nem sequer possuem o interesse em registrá-lo.

1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: a) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); b) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e c) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União. STF. Plenário. RE 657718/MG, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 22/5/2019 (repercussão geral) (Info 941).

Com relação ao ente que se deve pedir a concessão de medicamentos destacamos o trecho do julgamento do STF, proferido pelo Plenário no RE 855178 ED/SE, em que foi determinado que todos os entes da federação são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área de saúde. Entretanto, pode haver o ressarcimento do ente que suportou o ônus financeiro, pelos outros entes, através de decisão judicial, em decorrência de regras próprias de descentralização previstas no ordenamento jurídico, vejamos:

Os entes da Federação, em decorrência da competência comum, **são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde** e, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. STF. Plenário. RE 855178 ED/SE, rel. orig. Min. Luiz Fux, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgado em 23/5/2019 (Info 941).

Com base nas ultimas decisões do Tribunal Superior sobre o assunto "judicialização da saúde", é certo que há um grande ativismo judicial nessa área, sobretudo diante da omissão da Administração Pública ao não promover políticas públicas nesse sentido. Como exemplo, tem-se o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região em que se concede o medicamento órfão pleiteado (Firazy), para a patologia angioedema hereditário (CID 10 - D84.1):

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. TRATAMENTO MÉDICO. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAUSA MADURA, ART. 1.013, § 3º, DO CPC. IMPOSSIBILIDADE. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO TRIBUNAL. SENTENÇA ANULADA.

1. Apelação de sentença que julgou improcedente o pedido de fornecimento do medicamento FIRAZYR®(icatibanto) para tratamento de Angioedema Hereditário (AEH), doença genética rara. 2. A sentença recorrida incorreu em erro ao entender que não compete ao Poder Judiciário se imiscuir em situações como a do caso em tela – sendo inúmeras as hipóteses em que esta Corte soluciona lides dessa espécie: (AC 0030601-48.2010.4.01.3500/GO, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Quinta Turma, e-DJF1 de 10/1/2014; AC 0000387-42.2013.4.01.3800/MG, Rel. Desembargador Federal Néviton Guedes, Rel. Conv. Juíza Federal Daniele Maranhão Costa, Quinta Turma, e-DJF1 de 13/10/2016). 3. "Consoante o entendimento desta Corte e do Colendo Superior Tribunal de Justiça, a União, os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios, por integrarem o Sistema Único de Saúde, possuem legitimidade para figurar no polo passivo de demandas que objetivem assegurar à população desprovida de

recursos financeiros acesso a medicamentos, tratamentos médicos e aos serviços da área da saúde, evidência que não autoriza, na espécie, o acolhimento de apontada ilegitimidade passiva da União." (TRF1, AC 0000385-11.2013.4.01.3400/DF, Rel. Desembargador Federal Kassio Nunes Marques, Sexta Turma, e-DJF1 de 23/6/2015). 4. Tendo em vista o reconhecimento da possibilidade de o Poder Judiciário se manifestar sobre pedidos de fornecimento de medicamentos excepcionais e de alto custo, bem como por considerar ser imprescindível a realização de perícia a fim de aferir a real necessidade e adequação do medicamento prescrito, deve a sentença ser anulada. 5. No caso, não é cabível a aplicação do art. 1.013, § 3º, do Código de Processo Civil, fundado na teoria da causa madura, pois a União, em sua contestação, formulou requerimento de realização de prova pericial, sob pena de cerceamento de defesa. 6. Sentença anulada, determinando o retorno dos autos à origem para que se realize perícia a fim de determinar a necessidade e adequação do medicamento prescrito. 7. Tendo em vista que a parte autora comprovou, por meio de relatório elaborado por médico especialista, ser portadora da doença denominada Angioedema Hereditário (CID: D84.1), demonstrou ser hipossuficiente, **além da existência de precedente deste tribunal em que é deferido o fornecimento do fármaco**, defiro, em antecipação de tutela, o pedido para determinar o fornecimento da medicação à autora, a ser realizado em unidade pública de saúde escolhida pelo SUS (art. 28, IV, do Decreto 7.508/2011), até a análise do pedido pelo juiz a quo. Precedente: AG 0044638-31.2015.4.01.0000/DF, Rel. Desembargador Federal Kassio Nunes Marques, Sexta Turma, e-DJF1 de 4/3/2016."

(APELAÇÃO CÍVEL N. 0041277-25.2014.4.01.3400/DF, TRF 1, Quinta Turma, relator o Desembargador Federal NÉVITON GUEDES)

Pelo exposto, podemos notar que já existe precedentes para a concessão de medicamentos órfãos aos portadores de doenças raras pelo Poder Judiciário, o que dá abertura a uma maior busca no Poder Judiciário por estes medicamentos; levando-se, inevitavelmente, a uma maior judicialização pela falta de políticas públicas que atendam aos portadores de doenças raras.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Implementar uma Política Pública para pessoas com doenças raras é um grande desafio para o Estado brasileiro. Para que uma política pública seja eficiente e eficaz, e atenda de fato àqueles que dela necessitam, os pacientes precisam ter acesso aos medicamentos órfãos, concedidos atualmente, pelo Poder Judiciário, através de um processo judicial. É necessária a participação política. Não é papel do poder judiciário a implementação de políticas públicas de saúde. Os passos de implementação, pelo governo, precisam ser transparentes e debatidos com a sociedade civil organizada e especialistas no tema das doenças raras.

O que importa para um paciente é o acesso ao medicamento adequado, o que não acontece no Brasil por meio de políticas públicas. Por isso a demanda judicial para a concretização do direito à saúde pelos portadores de doenças raras é crescente. A judicialização da saúde está diretamente ligada às dificuldades de acesso, o que se justifica, no caso dos medicamentos para doenças raras, pelos obstáculos para incorporação ao SUS. Sem acesso pelas vias estabelecidas, o paciente recorre às vias judiciais.

## REFERÊNCIAS

AITH, F.; BUJDOSO, Y.; NASCIMENTO, P. R. DO; DALLARI, S. *Os princípios da universalidade e integralidade do SUS sob a perspectiva da política de doenças raras e da incorporação tecnológica*. In: Revista de Direito Sanitário, v. 15, n. 1, p. 10-39, 11 jul. 2014.

AITH, Fernando Mussa Abujamra. *O direito à saúde e a política nacional de atenção integral aos portadores de doenças raras no Brasil*. In: Jornal Brasileiro de Economia e Saúde: Edição especial, doenças raras, p. 04 – 12. São Paulo, dezembro 2014.

BOY, R.; e SCHRAMM, F.R. *Bioética da proteção e tratamento de doenças genéticas raras no Brasil: o caso das doenças de depósito lisossomal*. In: Caderno de Saúde Pública do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

BUCCI, M. P. D. *O conceito de política pública em direito*. In: Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. Org. Bucci, M. P. D. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. ***Fornecimento pelo Poder Judiciário de medicamentos não registrados pela ANVISA***. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:  
<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/4d7a968bb636e25818ff2a3941db08c1>>. Acesso em: 05/02/2020

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. ***Requisitos para a concessão judicial de medicamentos não previstos pelo SUS***. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível

em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/27b09e189a405b6cca6ddd7ec869c143>>. Acesso em: 05/02/2020

CHIAVASSA, Rosana et al. *Direito à saúde: dever do Estado – considerações sobre a judicialização do acesso à saúde nas hipóteses de doenças raras*. In: *Jornal Brasileiro de Economia e Saúde: Edição especial, doenças raras*, p. 30 – 40. São Paulo, dezembro 2014.

EURORDIS. *Os “medicamentos Orfãos”*. Acessado em: <<https://www.eurordis.org/pt-pt/medicamentos-orfaos>>. Acesso em: 19 de janeiro de 2020.

FEDERHEN, A. et al. *Pesquisa clínica e doenças raras: a situação no Brasil*. In: *Jornal Brasileiro de Economia e Saúde: Edição especial, doenças raras*, p. 17 – 23. São Paulo, dezembro 2014.

GIAVINA-BIANCHI, P. et al. *Diretrizes brasileiras para o diagnóstico e tratamento do angioedema hereditário* - 2017. *Braz J Allergy Immunol*. 2017;1(1):23-48.

HAFFNER, Marlene E. *Focus on research: adopting orphan drugs – two dozen years of treating rare diseases*. In: *The New England Journal of Medicine*, Massachusetts, NE, USA, v.354, n. 5, p. 445-447, 2006.

INTERFARMA. *Doenças Raras*. Contribuições para uma Política Nacional. Edições Especiais Saúde, volume V. São Paulo, Março de 2013.

LEITÃO, Luana Couto Assis et al. *Judicialização da saúde na garantia do acesso ao medicamento*. In: *Rev. salud pública*. P. 360 – 370. Volume 16. Junho de 2014.

LEITE, Ivan Corrêa; BASTOS, Paulo Roberto Haidamus de Oliveira. *Judicialização da saúde: aspectos legais e impactos orçamentários*. In: *Argum.*, Vitória, v. 10, n. 1, p. 102-117, jan./abr. 2018.

OLIVEIRA, Cláudio Roberto Cordovil; GUIMARÃES, Maria Cristina Soares; MACHADO, Rejane. *Doenças raras como categoria de classificação emergente: o caso brasileiro*. In: *Revista DataGramaZero, Revista de Informação*, Rio de Janeiro, v.13, n.1, p. 1-10, 2012.

OLIVEIRA, Jadson Correia de; SOUZA, Jordânia Oliveira. *DA INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL NO CONTEXTO JURÍDICO-SOCIAL BRASILEIRO: O ESTADO SOCIAL COMO GARANTIDOR DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE*. In: *Revista Pensamento Jurídico*. São Paulo, Vol. 12, Nº 2, p. 184 – 206, jul./dez. 2018.

SIMÕES, Marcela; LESSA, Fernanda; FAGUNDES, Maria José Delgado. *Política nacional para pessoas com doenças raras: desafios de implementação e incorporação de tecnologias no SUS – Sistema Único de Saúde*. In: *Jornal Brasileiro de Economia e Saúde*: Edição especial, doenças raras, p. 41 – 55. São Paulo, dezembro 2014.

SOUZA, M. V. Et al. *Medicamentos de alto custo para doenças raras no Brasil: o exemplo das doenças lisossômicas*. In: *Ciência e Saúde Coletiva*, v 15, n.suppl 3, 2007.

SUBCOMISSÃO ESPECIAL DE DOENÇAS RARAS. *Relatório Final*. Acessado em: <[https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cssf/documentos-1/publicacoes/copy\\_of\\_Z\\_Subcomisso\\_SubEspdeDoenasRaras\\_RELATORIOFINAL\\_2RELATORIOFINALAprovadopelaSUBRARAS.pdf](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cssf/documentos-1/publicacoes/copy_of_Z_Subcomisso_SubEspdeDoenasRaras_RELATORIOFINAL_2RELATORIOFINALAprovadopelaSUBRARAS.pdf)>. Acesso em: 19 de janeiro de 2020.