



REVISTA JURÍDICA DA UFRN
inverbis

COMISSÃO EDITORIAL

Presidente

Nathália Maria Ariston Trindade

Membros

Albert Barcessat Gabbay
Angelus Emilio Medeiros de Azevedo Maia
Herbet Miranda Pereira Filho
Lais Morais de Andrade
Mariana Nobre Medeiros e Silva
Thiago Augusto Lopes de Morais

Colaboradores

Anna Clara Miranda de Azevedo Peixoto
Layz Dayanne Medeiros Souza
Maria Augusta Marques de Almeida Xavier
Marcelo Nobre da Costa

CONSELHO EDITORIAL

Artur Cortez Bonifácio
Anna Emanuella Nelson dos Santos Cavalcanti da Rocha
Diogo Pignataro de Oliveira
Edilson Pereira Nobre Júnior
Elke Mendes Cunha
Érica Verícia Canuto de Oliveira Veras
Fabiano André de Souza Mendonça
Fábio Wellington Ataíde Alves
Felipe Maciel Pinheiro Barros
Igor Alexandre Felipe de Macedo
Ivan Lira de Carvalho
Luciano Athayde Chaves
Madson Ottoni de Almeida Rodrigues
Marcelo Navarro Ribeiro Dantas
Marco Bruno Miranda Clementino
Marcus Aurélio de Freitas Barros
Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro
Mariana de Siqueira
Morton Luiz Faria de Medeiros
Otacílio dos Santos Neto
Patrícia Borba Villar Guimarães
Paulo Renato Guedes Bezerra
Ricardo Procópio Bandeira de Melo
Ronaldo Pinheiro de Queiroz
Vladimir da Rocha França
Xisto Tiago de Medeiros Neto
Walter Nunes da Silva Júnior

REVISTA JURÍDICA IN VERBIS

Publicação Semestral dos Acadêmicos do Curso de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Reitora

Ângela Maria Paiva Cruz

Vice-Reitora

Maria de Fátima Freire de Melo Ximenes

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

Diretora

Maria Arlete Duarte de Araújo

Vice-Diretor

José Dionísio Gomes da Silva

Coordenadora do Curso de Direito

Ana Beatriz Ferreira Rebello

Chefe do Departamento de Direito Público

Yanko Marcus De Alencar Xavier

Chefe do Departamento de Direito Privado

Jair Elói de Souza

Coordenador da In Verbis Extensão

Xisto Tiago de Medeiros Neto

Coordenador da In Verbis Pesquisa

Paulo Renato Guedes Bezerra

DIAGRAMAÇÃO

Hélder Souza de Lima

REVISÃO

Comissão Editorial da Revista Jurídica In Verbis

TIRAGEM

410 Exemplares

Solicita-se permuta.

Pidese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um austausch.

**Revista Jurídica In Verbis / Publicação semestral dos Acadêmicos
do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do
Norte. – Ano 16, n. 30 (jul./dez. 2011).**

Semestral

ISSN 1413-2605

**1. Direito – Periódicos. I. Universidade Federal do Rio Grande do
Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas - CCSA/UFRN**

CDU - 34

**Comissão Editorial da Revista Jurídica In Verbis
Universidade Federal do Rio Grande do Norte - Espaço Integrado CAAC - In Verbis
Av. Senador Salgado Filho, 3.000 - Setor I - Curso de Direito
Campus Universitário - Lagoa Nova - Natal/RN - CEP 59072-970
Home Page: www.inverbis.com.br
E-mail: contato@inverbis.com.br**

**Os artigos assinados são de exclusiva responsabilidade dos autores. É permitida a
reprodução total ou parcial dos artigos desta Revista, desde que citada a fonte.**

Sumário

EDITORIAL	05
------------------------	-----------

A EXECUÇÃO CIVIL INSTITUÍDA PELA LEI 11.232/2005 À LUZ DO PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DO PROCESSO.....	09
--	-----------

Emerson Felipe Bezerra Leocádio

A PRESCRIÇÃO VIRTUAL, ANTECIPADA, OU EM PERSPECTIVA DEVE SER APLICADA?.....	29
--	-----------

Jéssica de Araújo Batista

A PUBLICIDADE INFANTO-JUVENIL NO BRASIL: NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO DE INTERESSES NO CONTROLE JURÍDICO-LEGISLATIVO.....	43
---	-----------

Cláudio Colaço Villarim

Marcela Bezerra Galvão Morquecho

ADOÇÃO HOMOAfetiva sob a ótica dos direitos fundamentais.....	61
--	-----------

Rafaela Furtado Nogueira

APLICAÇÃO DAS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO ARTIGO 475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NA EXECUÇÃO TRABALHISTA.....	81
--	-----------

André de Oliveira Gurgel

AS INCONGRUÊNCIAS DERIVADAS DA DUPLA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO (COMO PARTE EFISCAL DA LEI) EM UMA MESMA AÇÃO JUDICIAL.....	101
---	------------

Daniel Cabral Fagundes

DA DEFESA LEGAL, REFLEXÕES SOBRE A ÉTICA E A LEALDADE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....113

Vinícius Fernandes Costa Maia

DEMOCRATIZANDO O PLANEJAMENTO URBANO: CRÍTICAS E PERSPECTIVAS DOS INSTRUMENTOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NO ESTATUTO DA CIDADE.....127

Raísa Lustosa de Oliveira

DIREITO PENAL DO INIMIGO: ANÁLISE DOS ASPECTOS JUSFILOSÓFICOS.....147

Wesley Hudyson Farias de Medeiros

O DEVER ESTATAL DE PROTEÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS OBRIGAÇÕES POSITIVAS DO ESTADO EM RELAÇÃO A DIREITOS HUMANOS.....165

Rodrigo Telles de Souza

O DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM BIOLÓGICA DO SER HUMANO E REPRODUZIDO POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL FRENTE AO ANONIMATO DO Doador de Material Genético.....181

Renata Tavares Afonso Fonseca

O PAPEL DO CURADOR ESPECIAL NA GARANTIA DO CONTRADITÓRIO AO REVEL CITADO FICTAMENTE.....201

Ana Cristina Diógenes Rêgo

POR UMA AÇÃO CIVIL EXATO INFRACIONAL.....217

Jefferson Domingues Santos

PREVIDÊNCIA SOCIAL E PERÍODO BÁSICO DE CÁLCULO: A NECESSIDADE DE APLICAÇÃO LIMITADA DA REGRA DE TRANSIÇÃO DO ART. 3º DA LEI Nº 9.876/99.....233

Amanda Rocha dos Santos

REGRAS DE PUBLICAÇÃO PARA A PRÓXIMA EDIÇÃO.....253

Editorial

Inúmeros foram os desafios que cercaram a Comissão editorial na preparação da 30ª edição da revista Jurídica In Verbis. Nenhum deles, no entanto, fora capaz de superar o desejo de apresentar à comunidade acadêmica do curso de Direito da UFRN mais um primoroso trabalho de extensão, fundamentado na pesquisa.

Ditas estas palavras, eis que celebramos nosso 16º ano com a publicação de mais uma edição comemorativa. A tradição, a credibilidade e o prestígio jamais se distanciaram do periódico, caminhando sempre de mãos dadas com o mesmo no decorrer dos anos.

A In Verbis é motivo de orgulho não só para nós, que compomos a sua Comissão Editorial, mas também para todos os que integram a comunidade jurídica do Estado do Rio Grande do Norte, desde os docentes e o alunado, até os articulistas vindos de outras regiões do país e os palestrantes, que com imensa presteza integram o nosso evento de lançamento.

Embora o propósito desta edição seja homenagear a revista pela publicação do seu 30º exemplar, é a In Verbis quem presenteia seus leitores com uma série de inovações em sua estrutura. Agora contamos com o auxílio de sete membros e quatro colaboradores, perfazendo o total de onze editores para melhor servir ao projeto. A submissão das vendas on-line, através do nosso site, tornou a compra das senhas mais confortável àqueles que desejam prestigiar o evento de lançamento do periódico.

Neste diapasão, é com imenso orgulho que a Comissão Editorial anuncia o aditamento de mais um título à Revista Jurídica In Verbis, o de Projeto de Pesquisa. O sonho finalmente tornara-se realidade. A prática que há anos se faz presente na confecção do periódico, ganha hoje contornos oficiais através da produção do conhecimento e do fomento à atividade acadêmica.

Diante de tamanho desafio, contamos com a ajuda de um novo coordenador, voltado exclusivamente à orientação dos trabalhos da pesquisa, e que muito nos auxiliara na construção de uma publicação temática e atual. Sentimo-nos, portanto, completos diante da união entre Extensão e Pesquisa.

Cada artigo fora cuidadosamente revisado; cada página meticulosamente corrigida; cada ideia exaustivamente discutida. Todo o esforço empreendido fora no intuito de proporcionar ao nosso seletivo grupo de leitores uma agradável e engrandecedora experiência.

Desejamos a todos uma excelente leitura!

A Comissão Editorial.

Artigos

**A EXECUÇÃO CIVIL
INSTITUÍDA PELA LEI
11.232/2005 À LUZ DO
PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE
DO PROCESSO**

Emerson Felipe Bezerra Leocádio

Acadêmico do Curso de Direito da UFRN

Ronaldo Pinheiro de Queiroz

Professor orientador

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar a Lei 11.232/2005 sob a ótica do princípio da efetividade do processo. Referida lei modificou substancialmente a execução civil, ao unificar as fases de conhecimento e de execução, quando fundada em título executivo judicial. Nesta nova sistemática processual, a execução de título judicial constitui apenas uma etapa procedimental do que a doutrina denomina processo sincrético, que se utiliza de técnicas cognitivas e executivas simultaneamente. O processo sincrético é uma técnica que se coaduna com moderna concepção acerca da natureza jurídica do processo, visto não mais como um fim em si mesmo, mas como um instrumento de efetividade do direito material. O processo deve se desenvolver da forma mais célere possível e adaptar-se às peculiaridades do direito material que pretende resguardar, de forma a garantir a máxima efetividade da prestação jurisdicional no caso concreto. Conclui-se que, imbuído deste espírito reformador, o legislador editou a Lei 11.232/2005 em homenagem ao princípio da efetividade do processo, redefinindo o processo de execução no intuito de maximizar seus resultados, reduzir os entraves burocráticos e imprimir-lhe

celeridade, a fim de garantir a máxima satisfação ao direito do credor.

Palavras-chave: Processo de execução civil. Instrumentalidade do processo. Lei 11.232/2005. Efetividade do processo.

1 INTRODUÇÃO

No âmbito de uma sociedade evoluída, em que as interações sociais são regidas por normas gerais de conduta cuja observância é obrigatória para todos, inadmissível se mostra a composição de conflitos através da autotutela. Ao longo da história, tal sistemática primitiva de composição das lides veio a cair em desuso, uma vez que geradora de desigualdade, instabilidade e injustiça, tendo sido substituída por uma nova forma de solucionar os conflitos, condizente com uma sociedade civilizada: a jurisdição estatal.

O Estado atraiu para si o monopólio da solução dos conflitos interindividuais que ocorrem no seio da sociedade, exercendo o mediante a jurisdição, por meio da qual decide quem é o verdadeiro titular do bem da vida em disputa.

Para o exercício da função jurisdicional, instituiu-se um mecanismo hábil a viabilizar a composição das lides, com regras previamente definidas e de conhecimento daqueles que buscam no Estado a solução de suas pendências: o processo.

Por muito tempo, o processo foi visto sob a ótica imanentista, confundindo-se com o direito material do qual se encarregaria de fornecer no caso concreto, concepção esta que restou superada com o advento da teoria autonomista do direito de ação. Segundo esta última, as relações de direito material e de direito processual seriam entes distintos, concebendo-se o processo como um instrumento autônomo, com regras próprias, diverso do direito substancial.

Referida teoria, que serviu de base para a edição do Código de Processo Civil de 1973, vigente até hoje com diversas modificações, também se revelou insuficiente para a concretização dos direitos. A separação estanque dos procedimentos nele previstos impunham severos obstáculos à efetivação do direito, mormente pelo formalismo excessivo e a consequente morosidade que imprimia à marcha processual.



Com o advento da Emenda Constitucional 45 de 2004, a Constituição da República do Brasil de 1988, elevou à condição de garantia fundamental ao postulado da razoável duração do processo, assegurando a utilização de todos os meios cabíveis aptos a alcançar tal objetivo. Exsurge, assim, um modelo constitucional de processo, que deve resguardar da forma mais efetiva possível o direito material, primando por qualidade, resultados práticos e respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Nesse contexto, diversas modificações foram estabelecidas no intuito de adaptar a sistemática autonomista do processo civil à nova concepção do processo como instrumento efetivo de prestação jurisdicional, eliminando formalismos exacerbados e entraves à celeridade processual, de forma a atingir os objetivos precípuos de pacificação social e satisfação do direito material.

Tais mudanças faziam-se ainda mais urgentes em relação ao processo de execução, o modelo de tutela jurisdicional que mais exige efetividade, em razão da necessidade da prática de atos materiais para satisfação forçada da obrigação inadimplida, a fim de proporcionar a plena concretização do direito substantivo.

A sistemática tradicional do Código de Processo Civil, sobretudo em relação ao cumprimento de obrigação lastreada em título executivo judicial, pouco contribuía para a efetivação do direito material, em razão de seu excessivo formalismo e parco comprometimento com os resultados práticos do processo.

Não raro, a tutela executiva chegava até mesmo a inviabilizar a satisfação do direito substantivo, porquanto exigia a instauração de um novo processo para que se iniciasse a fase de execução. No escopo de conferir maior efetividade à execução, respeitando-se o direito fundamental à razoável duração do processo, iniciou-se um conjunto de reformas processuais, destacando-se a promulgação de um comando legislativo no ano de 2005: trata-se da Lei 11.232, denominada Lei do Cumprimento de Sentença pela doutrina.

O diploma legal em comento, no afã de potencializar os efeitos práticos do processo, eliminou a ação autônoma de execução de título judicial, permitindo a prática de atos de satisfação do direito reconhecido em sentença nos próprios autos do processo originário de conhecimento.

A Lei do Cumprimento de Sentença, em atenção ao princípio da efetividade do processo, aglutinou as fases de cognição e execução, a fim de abreviar o tempo de espera da resolução da demanda judicial e conferir uma prestação jurisdicional digna, conforme os ditames do modelo constitucional de processo preconizado por nosso ordenamento jurídico.



2 DISTINÇÕES ONTOLÓGICAS ENTRE JURISDIÇÃO EXECUTIVA E JURISDIÇÃO DE CONHECIMENTO

De acordo com as características daquilo que se pede em juízo, o Estado põe à disposição de seus súditos instrumentos diferenciados e adaptados às peculiaridades do caso concreto.

O processo de conhecimento (tutela cognitiva) leva ao conhecimento do Estado-Juiz os fatos constitutivos do direito do postulante, culminando na aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto, declarando qual dos litigantes tem razão.

O objeto imediato do processo de conhecimento é, pois, a declaração estatal acerca da titularidade da pretensão deduzida em juízo, o que se obterá por meio da sentença. O Estado tomará as providências necessárias à elucidação dos fatos alegados pelas partes, no intuito de verificar o legítimo titular do bem da vida em disputa, anunciando tal qualidade através de um pronunciamento judicial de mérito.

A cognição é atividade lógica, preponderantemente intelectual, em que o juiz investiga os fatos aduzidos pelas partes e define a norma que se insere no caso concreto, conforme magistério de Misael Montenegro Filho (2008, p. 225):

A jurisdição de conhecimento, assim, gravita em torno da busca da verdade formal (ou com ela se contentando), ensejando às partes a oportunidade para a ampla produção de provas, investigando fatos, examinando documentos, tomando o depoimento de testemunhas, ouvindo os sujeitos do processo, numa avaliação ampla que tem por finalidade a prolação de uma sentença que se aproxime de um grau máximo de Justiça, sabido que a função jurisdicional não pode ser prestada de qualquer forma, sem maiores critérios, objetivando-se o Estado a solucionar o conflito de interesses com qualidade no seu atuar.

O processo de conhecimento acarretará a prolação da sentença, a qual formula positiva ou negativamente a norma jurídica aplicável ao caso concreto: concluirá pela procedência, quando acolher a pretensão autoral, ou pela improcedência, caso rejeite-a. Portanto, obtida a sentença, terá o processo de conhecimento cumprido o seu papel de fornecer a tutela jurisdicional, pois



ocorreu o pronunciamento do Estado acerca da pretensão jurídica, obtendo-se a certeza sobre a titularidade do direito.

Entretanto, nem sempre o comando oriundo da decisão judicial é suficiente para a satisfação do direito no caso concreto. Há situações em que o trânsito em julgado da sentença condenatória não implica automática obtenção do bem da vida postulado no processo de conhecimento.

Infelizmente, a praxe forense é marcada pela resistência do devedor em cumprir voluntariamente o mandamento jurisdicional, de forma que a pretensão de direito material é inviabilizada pela recalcitrância em satisfazer de forma espontânea o que restou determinado na sentença.

Destarte, quando a certificação do direito por sentença de mérito prolatada ao final do processo de conhecimento não é, por si só, hábil à concretização do direito reconhecido, urge a necessidade de atos materiais com o fim de fazer valer a vontade da lei. Tais atos de viabilização da pretensão de direito material no caso concreto serão exteriorizados por meio de uma tutela jurisdicional diversa da cognição: o processo de execução.

Enquanto o processo de conhecimento se caracteriza pela prática de atos cognitivos a fim de se investigar a titularidade do direito material em litígio, o processo de execução visa à efetivação deste direito inequívoco e declarado pela sentença de mérito, no intuito de compelir o devedor a cumprir o comando nela prescrito, com a prática de atos materiais que repercutam sobre o seu patrimônio, para satisfação da obrigação constante do título.

3 A EXECUÇÃO CIVIL CLÁSSICA: A INFLUÊNCIA DA CONCEPÇÃO AUTONOMISTA DO PROCESSO SOB O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil foi promulgado em 1973, época em que o direito processual atravessava a fase autonomista do processo, em que o direito processual começava a adquirir contornos de ciência autônoma, com características, objeto e institutos próprios, diversos daqueles relacionados ao direito material.

Se antes, sob a égide de uma concepção imanentista (sincretista), o direito processual era visto como mero apêndice do direito material, sem qualquer particularidade jurídica ou científica¹, em sua fase autonomista o

¹ JANSEN, Euler Paulo de Moura. **O abuso do direito propiciado pela teoria abstrata da ação**,



processo passou a ser observado a partir um ângulo diverso: um instituto científico autônomo, desvincilhado do direito material.

O período metodológico da autonomia processual foi marcado pela concepção de grandes teses científicas acerca da natureza do processo. Dentre elas, cumpre destacar a teoria sobre a natureza jurídica do direito de ação e do processo, fomentando a criação de uma ciência processualística.

Como citado anteriormente, o Código de Processo Civil foi elaborado sob a égide da concepção autonomista do direito processual, vigente até hoje, com diversas alterações ao longo de sua existência, cujos 1.220 (mil duzentos e vinte) artigos foram organizados em cinco livros: I – processo de conhecimento, II – processo de execução, III – processo cautelar, IV – procedimentos especiais, V- disposições finais.

A sistemática adotada pelo código reflete a concepção autonomista do processo que inspirou sua formação, porquanto separou em processos estanques e incomunicáveis atos cognitivos e mecanismos de execução, correndo paralelamente, em fases distintas.

Desta feita, não havendo a satisfação voluntária da obrigação imposta na sentença prolatada durante a tutela de conhecimento, seu favorecido deveria ajuizar processo autônomo de execução, sendo obrigado a novamente movimentar a máquina judiciária para ver satisfeito um direito devidamente reconhecido.

4 A INEFICÁCIA DO PROCESSO AUTÔNOMO DE EXECUÇÃO COMO MEIO DE SATISFAÇÃO DO DIREITO RECONHECIDO NO PROCESSO DE CONHECIMENTO

Em razão da complexidade e do grande número de etapas características da marcha processual em sede de cognição, o postulante frequentemente se deparava com uma longa espera, desde o ajuizamento da ação até a prolação da sentença de mérito declaratória de seu direito.

A morosidade processual, por vezes inerente às tutelas cognitiva e executiva, contribuía para o desprestígio da função jurisdicional que, em vez de acelerar a observância dos direitos no caso concreto, adotava formalismos de pouca ou nenhuma utilidade para tal objetivo.

suas repercussões e repressão. Disponível: < <http://jusvi.com/artigos/1660>>. Acesso em: 21 nov 2010.



A sistemática original do Código de Processo Civil impunha ao credor o empreendimento de mais esforços, custas e, principalmente, tempo, numa segunda lide, acarretando frustração e descrédito da sociedade em relação ao Poder Judiciário.

O pensamento autonomista que inspirou a configuração de processos estanques mostrou-se inútil à satisfação do direito material, uma vez que não se prestava a uma solução célere, tampouco adequada ao caso concreto.

Cintra, Dinamarco e Grinover (2008, p. 48-49) esclarecem sobremaneira a problemática advinda de uma concepção do processo como ciência autônoma com fim em si mesmo, inadmissível na atual conjuntura processualística:

Faltou, na segunda fase, uma postura crítica. O sistema processual era estudado mediante uma visão puramente introspectiva, no exame de seus institutos, de suas categorias e conceitos fundamentais; e isto o processo costumemente como mero instrumento técnico predisposto à realização da ordem jurídica material, sem o reconhecimento de suas conotações deontológicas e sem a análise dos seus resultados na vida das pessoas ou preocupação pela justiça que ele fosse capaz de fazer.

Modernos estudos e avanços na seara processual apontaram para uma nova fase metodológica: o período da instrumentalidade do processo, o qual passa a ser visto não mais como um fim em si mesmo, mas como instrumento de efetividade do direito material, proporcionando aos interessados uma tutela jurisdicional célere e adequada. Deve ser analisado sob a ótica da utilidade, constituindo-se instrumento hábil à garantia do direito postulado.

Um comando legislativo editado no final do ano de 2005 alterou de maneira significativa as normas atinentes ao processo de execução, transformando sobremaneira sua roupagem clássica, no afã de eliminar os entraves à sua razoável duração, qual seja: a Lei 11.232, denominada Lei do Cumprimento de Sentença.

5 A LEI 11.232/2005: O CUMPRIMENTO DE SENTENÇA E A INSTITUIÇÃO DO PROCESSO SINCRÉTICO DE EXECUÇÃO

Anteriormente à entrada em vigor da Lei 11.232/2005 em nosso



ordenamento jurídico, havia um único modelo de processo de execução, aplicável tanto para títulos judiciais como títulos extrajudiciais, regulamentado inteiramente pelo Livro II do Código de Processo Civil. O procedimento em comento revelava-se extremante formalista e moroso, especialmente quando aplicado à execução que tinha por objeto a obrigação de pagar quantia certa.

Com o propósito de adequar o processo de execução à nova realidade jurídica em que se prestigia a razoabilidade e a celeridade processual, o Instituto Brasileiro de Direito Processual elaborou um esboço legislativo sob a coordenação dos eminentes juristas Athos Gusmão Carneiro, Petrônio Calmon Filho e Sálvio de Figueiredo Teixeira².

A proposta legislativa foi submetida a debate perante Comissão de Juristas designada pelo Ministério da Justiça, recebendo o número 3.253/04 na Câmara dos Deputados e 52/04 no Senado Federal. Ocasionou a edição da Lei 11.232, publicada em 22 de dezembro de 2005, vigorando no ordenamento jurídico desde 23 de junho de 2006.

A chamada Lei do Cumprimento de Sentença reformulou por completo a tutela executiva até então vigente, no afã de simplificar o seu procedimento, permitido, numa mesma relação processual, a realização de atos de cognição e execução do julgado.

Na sistemática clássica presente na redação original do Código de Processo Civil, se não houvesse o cumprimento espontâneo do comando exarado na sentença, o vencedor instauraria um novo processo, a fim de compelir o devedor a satisfazer o direito. Entretanto, na prática forense, esse modelo restava inócuo, porquanto incompatível com os princípios constitucionais mais basilares do processo, especialmente os da economia, celeridade e efetividade processual.

Com muita propriedade, o ilustre Humberto Theodoro Júnior descreve a ineficiência da ação autônoma de execução de sentença para a satisfação do crédito reconhecido no processo de conhecimento (2007, p. 1):

Para dar realidade à força da condenação, o credor, embora apoiado em acerto judicial definitivo de seu direito, tinha, segundo o processo civil clássico, de recorrer à propositura de uma nova ação. Duas ações

² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **A nova execução**: comentários à lei nº 11.232, de 22 de dez. 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2006. P. 1



distintas, portanto, eram forçosamente impostas ao credor, para atingir uma única e originária pretensão, que, desde os antecedentes da demanda, visava diretamente a exigir do devedor o cumprimento da prestação insatisfeita; sem falar na eventualidade de verdadeiras ações incidentais de conhecimento que o sistema ensejava, para liquidar a condenação genérica e propiciar a resistência do devedor à execução, já que tudo isso reclamava a instauração de novas relações processuais a envolver petições iniciais, amplo debate e exaustiva instrução probatória, até atingir novas sentenças de mérito e a viabilizar sucessivos recursos de apelação, com reiteradas e cansativas subidas dos autos ao Tribunal de 2º grau de jurisdição. Não raras vezes o credor tinha que passar pelo suplício de até cinco ações-condenação, liquidação, execução, embargos do devedor e embargos à arrematação - para afinal chegar à satisfação de seu direito líquido, certo e exigível, já então extenuado e desiludido com a precariedade da tutela jurisdicional posta a seu alcance.

Tamanha burocracia processual acarretava, assim, um longo caminho entre o reconhecimento do direito e a sua concretização no plano concreto, fulminando de vez a efetividade do processo e o próprio direito que se buscou tutelar por meio deste instrumento.

5.1 O sincretismo processual instituído pela Lei 11.232/2005

A Lei do Cumprimento de Sentença modificou sobremaneira o molde processualístico da tutela executiva, unificando os processos de cognição e de execução numa mesma relação processual, considerando-os meras fases procedimentais de uma mesma relação processual.

Todo o procedimento, desde a propositura da ação em curso no processo de conhecimento até a execução do julgado, passou a integrar um único e amplo processo, consolidando-se, assim, a unificação de técnicas de conhecimento e de execução em uma unidade jurídica.

Destarte, os atos de cognição, liquidação e execução forçada da obrigação imposta deixam de constituir processos autônomos, transformando-se em meras fases de um único processo, o que contribuiu para uma prestação jurisdicional célere.



A doutrina denomina este modelo de processo unitário - que combina atos de cognição e execução num mesmo instrumento - de processo sincrético, em que o reconhecimento e a concretização do direito ocorrem simultaneamente, conforme leciona Mário Henrique Cavalcanti Gil Rodrigues (2009, p. 9):

A Lei nº 11.232/2005 reuniu de forma definitiva os processos de conhecimento e de execução em um único processo, composto por um sistema bifásico. Assim, passa a existir uma fase inicial (de reconhecimento) e uma fase posterior (de cumprimento de sentença, de efetivação da decisão definitiva), sem contar com a eventual fase intermediária de liquidação.

Com isso, o atual direito processual civil brasileiro se torna sincrético (realizado em um único processo, conforme terminologia hodiernamente utilizada de forma reiterada), na medida em que há a supracitada fusão entre os processos relativos à cognição e à realização da justiça. O processo, assim, passa a ser entendido como o agrupamento de atos iniciados com a propositura da demanda e encerrados com a concretização do direito eventualmente existente.

Ante as alterações introduzidas pela Lei 11.232/2005, não há que se falar em processo específico de execução de sentença, mas mera fase de cumprimento do julgado, de forma que o reconhecimento do direito e sua ulterior satisfação far-se-ão simultaneamente, nos mesmos autos em que se processou a ação originária de conhecimento.

5.2 Supressão do processo autônomo de liquidação

A liquidação tem por finalidade apurar o *quantum debeatur* da obrigação imposta na sentença, quando esta deixar de indicá-lo (há de se recordar que, para manejar a tutela executiva, a obrigação deve ser certa, líquida e exigível).

Com a edição da Lei 11.232/2005, foi outorgada à liquidação natureza jurídica de simples incidente processual, posterior à sentença oriunda do processo de cognição e anterior à fase executória, a ser resolvido por decisão interlocutória, impugnável via recurso de agravo de instrumento.



O procedimento da liquidação deixou de integrar o diploma voltado ao processo de execução, sendo regulamentado no livro dedicado ao processo de conhecimento (artigos 475-A a 475-H) como simples etapa do processo sincrético, de forma que não mais enseja a formação de processo distinto.

Ademais, cumpre informar que a lei revogou o artigo 520 do Código de Processo Civil, que previa a interposição de apelação em face da sentença que julgava a liquidação de sentença. O novel parágrafo 1º do artigo 475-A assevera claramente que a etapa de liquidação será solucionada mediante decisão interlocutória, atacável por agravo de instrumento, o que evidencia seu caráter de incidente no âmbito de um processo maior, que prosseguirá regularmente após apurado o *quantum debeatur*, até a fase de execução final da sentença.

Em síntese, a liquidação deixou de ser um processo autônomo, compondo mera fase de um processo sincrético, mais amplo, com o objetivo de aferir o valor da condenação lastreado no título judicial antes ilíquido, a fim de viabilizar a execução.

5.3 Modificação do conceito de sentença

Em razão do sincretismo processual instituído pela Lei 11.232/2005, a sentença que julga o mérito não exaure a atividade jurisdicional; apenas encerra a fase de conhecimento em primeiro grau de jurisdição, abrindo caminho para uma nova etapa, a executiva.

Não sendo a sentença suficientemente hábil à entrega do bem da vida nela reconhecido ao seu titular, o processo seguirá para a fase de execução do julgado (ou liquidação, se for o caso), persistindo, pois, a atuação do Estado-Juiz neste mesmo processo.

Ciente de que a sentença de mérito não põe fim ao processo, mas apenas encerra a fase cognitiva e abre caminho para a fase executiva, o legislador optou por reformular o conceito de sentença tradicionalmente consagrado no processo civil.

A Lei 11.232/2005 deu nova redação ao parágrafo 1º do artigo 162 do Código de Processo Civil, o qual anteriormente conceituava sentença como o ato do juiz que extinguiu o processo, decidindo ou não o mérito. Tal conceito, demasiadamente simplista, esvaziou-se, já que a sentença de mérito nem sempre põe termo ao processo, mas a uma etapa deste, tornando-se incompatível com o atual panorama processualístico.

O novel dispositivo oferece conceito diverso, consagrando o sincre-



tismo processual: “Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos artigos 267 e 269”³.

5.4 Extinção do processo de execução de título judicial

Caso seja imperioso recorrer novamente à tutela jurisdicional do Estado para ver cumprido o mandamento sentencial, o credor não ajuizará nova ação judicial. Deve requerer o cumprimento forçado da obrigação nos mesmos autos do processo de conhecimento, por meio do denominado cumprimento de sentença.

Com o ingresso da Lei 11.232/2005 no ordenamento jurídico, a execução baseada em título judicial prescinde de novo processo: a realização do preceito contido na sentença far-se-á não segundo os moldes do Livro dedicado ao processo de execução, mas conforme o disposto nos artigos 475-A a 475-R do Código de Processo Civil.

Extrai-se do art. 475-J que o devedor condenado a pagar quantia certa ou já estipulada em liquidação terá o prazo de 15 (quinze) dias para cumprir voluntariamente a obrigação, sob pena de ser acrescida multa de 10 (dez) por cento ao montante da condenação.

Assim, no caso de execução de sentença, não há mais lugar para um processo executório específico, mas mera fase de cumprimento de sentença, em que o devedor não será citado para pagar o que deve ou nomear bens à penhora, tampouco haverá possibilidade de oposição de embargos.

Na nova sistemática de execução fundada em título judicial haverá, portanto, simples intimação do devedor, prosseguindo os demais atos concernentes à execução do julgado nos mesmos autos do processo cognitivo, conforme ensinamento de Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 52-53):

A norma é bastante clara em dispensar a ação de execução de sentença, exigindo simples requerimento, no caso de não cumprimento da sentença. Note-se que não há diferença entre tal requerimento (art. 475-J do CPC) e aquele que, por exemplo, pode ser feito internamente no processo quando da concessão de tutela antecipatória de soma (art. 273 do CPC).

³ BRASIL. Código de Processo Civil. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 670.



(...)

Não há mais dúvida que, a partir da Lei 11.232/2005, toda sentença que dependa de execução para a concretização da tutela jurisdicional não exige *ação* de execução de sentença, devendo ser cumprida, conforme o caso, mediante as formas executivas dos arts. 461 (fazer e não fazer), 461-A (entrega de coisa) e 475-J e seguintes (soma em dinheiro) do Código de Processo Civil.

Desaparece, pois, a ação de execução de sentença, tendo sido instituído em seu lugar um simples incidente processual nos autos em que foi exarada a condenação, denominado cumprimento de sentença. No intuito de atingir os escopos de efetividade e celeridade da prestação jurisdicional, aboliu-se a dicotomia que separava cognição e execução em processos estanques, que atrasava sobremaneira a satisfação do direito no caso concreto.

Alessandro Rostagno (2007, p. 77), por sua vez, discorre acerca da dispensa de processo executivo autônomo para cumprimento forçado de obrigação consubstanciada em título judicial:

O espírito das reformas de (...) 2005 revelou a intenção de mudanças no processo de execução e o que se propôs com a lei n. 11.232/05, foi a supressão do processo executivo por título judicial, no formato autônomo, em se tratando de obrigação de dar coisa certa ou incerta, e das obrigações de fazer ou não fazer, o que importa dizer que, nessas modalidades de execução, em se tratando de título judicial (sentença), a execução será uma simples fase, sem possibilidade de embargos do devedor, a exemplo do que ocorre hoje com as ações possessórias, com as ações de despejo e com a ação de nunciação de obra nova, por exemplo.

Advirta-se, porém, que os títulos judiciais constantes dos incisos II, IV e VI do artigo 475-N do Código de Processo Civil (sentença penal condenatória transitada em julgado, sentença arbitral e sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça), excepcionalmente, ensejam a formação de processo autônomo de execução, porque não deram causa a prévio processo civil de cognição.



6 A LEI 11.232/2005: COROLÁRIO DA EFETIVIDADE DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Conforme visto anteriormente, o Código de Processo Civil foi elaborado com base em valores e princípios pertinentes à sua época, período este em que o processo era pensado numa perspectiva puramente científica, desvincilhado por completo do direito material nele debatido.

De fato, a autonomia processual que inspirou os estudos doutrinários neste período fomentou a elaboração de uma legislação processual que primou pelo total divórcio entre direito processual e direito substancial, vislumbrado na divisão dos procedimentos em compartimentos distintos, incomunicáveis entre si.

Este modelo processualístico revelou-se imprestável ao longo do tempo, visto que seu formalismo exacerbado impedia a ocorrência de resultados práticos relativos à tutela jurídica do direito material que se buscou em juízo.

Novas concepções de processo foram elaboradas, no sentido de criar mecanismos que garantissem a sua eficácia no caso concreto, pois os excessos burocráticos acabavam por frustrar a justa prestação jurisdicional e o próprio direito que se pretendeu proteger.

Inaugura-se uma nova etapa metodológica: o período instrumentalista, em que o processo é analisado sob o aspecto da utilidade e da efetividade, como um meio eficaz de garantia do direito material no caso concreto e de pacificação social.

O Código, em sua redação e estrutura originária de 1973, era um retrato vivo da fase autonomista do processo, mostrando-se incompatível com os contemporâneos escopos do processo civil. Por essa razão, diversas reformas legislativas foram realizadas, no afã de adequá-lo à nova realidade jurídica, comprometida com a qualidade e efetividade processual.

A Lei 11. 232/2005 enfeixa este ciclo de renovação do processo brasileiro, no sentido de modernizá-lo e conferir-lhe utilidade na defesa do direito material pertencente ao cidadão. Analisemos, pois, o que vem a ser o processo efetivo e de que forma a edição deste diploma legal contribuiu para a observância deste direito fundamental.

6.1 O princípio da inafastabilidade da jurisdição e o acesso à justiça: uma nova concepção

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito de acesso ao Poder



Judiciário para fins de proteção e garantia dos direitos possui dimensão constitucional, insculpido no artigo 5º da Lei Maior. Mais do que simplesmente recorrer aos órgãos jurisdicionais para obtenção de pronunciamento acerca de pretensão jurídica, referido dispositivo constitucional estampa algo muito mais amplo: o princípio do acesso à justiça.

Significa dizer que o direito de acesso à justiça não se esgota na simples possibilidade de provocar o Poder Judiciário e obter uma decisão acerca da questão formulada pelo jurisdicionado.

Concebe-se o direito de acesso à justiça não apenas como o ato de peticionar, mas no dever do Poder Judiciário de apreciar os conflitos de interesses levados ao seu conhecimento de forma célere, justa e efetiva, no sentido de reparar o direito lesionado, ou prevenir a ameaça de lesão ao direito no mundo empírico.

Adotando-se nova interpretação do dispositivo em comento, o acesso à justiça reclama uma atuação mais incisiva do Poder Judiciário, que deve fornecer uma prestação jurisdicional de qualidade, hábil a resguardar e garantir o direito dos jurisdicionados.

O instrumento hábil a invocar a tutela jurisdicional do Estado é o processo, o qual deve ser, segundo a concepção instrumentalista, mecanismo efetivo de concretização do direito material. Assim, o processo deve ser desenvolvido no caso concreto de forma que viabilize uma justa e adequada tutela jurisdicional, adaptando-se às peculiaridades do interesse substantivo que se pretendeu obter ou proteger em juízo, para a sua máxima observância.

Desta feita, impende a adoção de medidas hábeis a fornecer mecanismos processuais vetustos e capazes de assegurar um potencial acesso à justiça, concretizando a efetividade do direito postulado. Ou seja, deve-se primar pela efetividade do processo.

6.2 A efetividade do processo

O processo enquanto instrumento da jurisdição deve fazer valer a vontade concreta da norma de forma efetiva, segundo um modelo constitucional de processo. Impende, pois, tecer considerações acerca do que é a efetividade do processo e de que forma ela se manifesta no âmbito do processo de execução a partir da edição da Lei 11.232/2005.

Superada a concepção meramente autonomista do processo, é imprescindível compreendê-lo sob a ótica da efetividade, da sua capacidade de empreender mudanças fáticas, não apenas no âmbito jurídico, mas principalmente no mundo fático, possibilitando a utilização de todos os meios



hábeis à consecução do direito material postulado em juízo.

Diz-se que o processo é efetivo quando repercute diretamente no caso concreto, produzindo tempestivamente todos os efeitos dele esperados no tocante à satisfação do direito material pleiteado em juízo, com qualidade e respeito aos direitos fundamentais e às garantias constitucionais.

A morosidade da Justiça, portanto, fulmina os ditames constitucionais do processo efetivo, repercutindo negativamente não apenas sobre o litigante, mas sobre o Poder Judiciário e toda a sociedade, gerando perda de credibilidade da jurisdição estatal.

Com o advento da Emenda Constitucional 45/2004, a celeridade processual tornou-se inequívoco direito fundamental expresso, relacionando-se intimamente com o princípio da efetividade do processo. Nesse sentido, a jurisdição deve ser efetivada em tempo razoável, conforme as peculiaridades e complexidades do caso concreto, evitando-se dilações desnecessárias, pois a demora excessiva na tramitação é umas das principais causas de frustração da efetivação do direito.

Além de célere, deve o processo se desenvolver de forma a buscar resultados práticos em prol do detentor do bem da vida em litígio, fazendo atuar a vontade da lei, numa perfeita correlação entre o conteúdo do comando jurídico e as suas consequências no caso concreto.

O processo civil, portanto, há de se adequar aos comandos constitucionais de efetividade, razão pela qual foi editada a Lei 11.232/2005, com vistas a abreviar o tempo de espera entre o reconhecimento e a satisfação do crédito, uma vez que a cisão tradicional dos atos cognitivos e atos executivos em compartimentos distintos não atendia aos escopos de eficácia e utilidade do processo.

Com o fim do processo autônomo de execução por título judicial e a consequente desnecessidade de nova citação do devedor e de um procedimento próprio para sua liquidação (a qual poderá ser impugnada via agravo de instrumento, sem subida para a instância superior), o tempo dispendido para a solução do litígio é sensivelmente reduzido, o que contribui para uma maior eficácia da demanda.

A abolição da ação de execução de sentença constitui medida salutar no intuito de conferir efetividade à tutela jurisdicional, pois, eliminando entraves e formalismos excessivos, acelera-se a satisfação do direito, conforme os escopos processuais de tempestividade, qualidade, utilidade e observância dos direitos e garantias fundamentais.



7 CONCLUSÃO

O processo efetivo, um dos maiores e mais justos reclames da sociedade, é o instrumento jurídico hábil a eliminar conflitos e fazer justiça no caso concreto, proporcionando aos litigantes a realização tempestiva do direito material, de forma célere, satisfatória e na mais estrita observância ao devido processo legal.

A tutela jurisdicional executiva, que reclama ainda mais efetividade em virtude de se pautar em atos materiais para a satisfação de uma obrigação não adimplida voluntariamente, foi objeto de diversas modificações legislativas, no afã de se alcançar o máximo de resultados práticos no mundo dos fatos.

Com efeito, a formatação originária do processo de execução cível que prescindia de prévia tutela cognitiva autônoma, mostrava-se defasada e desvencilhada dos ideais de celeridade, utilidade e qualidade da jurisdição, revelando-se incapaz de assegurar ao jurisdicionado a efetividade do direito pretendido.

A Lei do Cumprimento de Sentença constituiu grande avanço no sentido de humanizar o processo de execução e adequá-los aos ditames constitucionais do processo efetivo e do acesso à justiça ao simplificar sobremaneira o seu procedimento, abreviando o tempo dispendido entre a propositura da demanda e o cumprimento forçado da obrigação imposta.

Reconhecimento e satisfação do direito, a partir da edição da Lei 11.232/2005, caminham juntos, em uma unidade processual, com vistas a imprimir a mais absoluta efetividade ao processo, corroborando, pois, a máxima de que o processo não é um fim em si mesmo, mas instrumento de efetivação do direito e concretização da justiça.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 3.

BUENO, Cássio Scarpinella Bueno. **Cumprimento da sentença e processo de execução**: ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias. Execução civil - Estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.



CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

JANSEN, Euler Paulo de Moura. **O abuso do direito propiciado pela teoria abstrata da ação, suas repercussões e repressão**. Disponível: <<http://jusvi.com/artigos/1660>>. Acesso em 21 de novembro 2010.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008. V. 2.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **A nova execução**: comentários à lei nº 11.232, de 22 de dez. 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES, Mário Henrique Cavalcanti Gil. Comentários ao caput do novo art. 475-J do CPC. **Revista da AGU – Advocacia-Geral da União**. Ano VIII – nº 17 – Brasília – DF, jul. 2008.

_____. A evolução da execução de sentença no direito processual civil e o novo regime jurídico das sentenças após a reforma implementada pela Lei nº 11.232/2005. **Revista da AGU – Advocacia-Geral da União**. Ano IX – nº 86 – Brasília – DF, mar. 2009.

ROSTAGNO, Alessandro. **Cumprimento de sentença**: eficácia executiva derivada de sentença condenatória. 2007. 358 f. Dissertação (mestrado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A reforma da execução do título extrajudicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.



THE CIVIL ENFORCEMENT INSTITUTED BY LAW 11.232/2005 UNDER THE PRINCIPLE OF EFFECTIVE PROCESS

ABSTRACT

This article aims to analyze the Law n. 11.232/2005 from the perspective of the principle of effective process. That law changed substantially civil enforcement, as it unified the stages of knowledge and execution, when established in a judicial enforcement. In this new procedural system, the judicial enforcement of title is merely a procedural step that the doctrine called the syncretic process, which uses cognitive executive techniques simultaneously. The syncretic process is a technique which fits the modern conception of the nature of the legal process, seen not as an end in itself but as an instrument of implementation of the right material. The process should be developed to be more quickly and be able to adapt to the peculiarities of the substantive law that aims to protect, in order to ensure maximum effectiveness of the jurisdiction in this case. We conclude that, imbued with this spirit of reform, the legislature enacted the Law n 11.232/2005 in homage to the principle of effectiveness of the process, redefining the implementation process in order to maximize results, reduce red tape and give it speed, ensure maximum satisfaction to the creditor's right.

Keywords: Civil enforcement proceedings. Instrumentality of the process. Law number 11.232/2005. Effective process.



A PRESCRIÇÃO VIRTUAL, ANTECIPADA, OU EM PERSPECTIVA DEVE SER APLICADA?

Jéssica de Araújo Batista

Acadêmica do 8º Período do
Curso de Direito da UFRN
Bolsista PRH 36/Petrobrás

RESUMO

O presente artigo tem a finalidade de fazer um estudo acerca da admissibilidade no Brasil da prescrição antecipada, também conhecida como virtual ou em perspectiva, intentando-se descobrir, de maneira fundamentada com os ditames constitucionais, se esta opção deve ser permitida no sistema jurídico brasileiro. Para elucidar as idéias desta pesquisa foi feita uma comparação com o que vêm demonstrando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, bem como a doutrina que se debruça na temática, tudo em face do que preconiza os princípios da presunção de inocência, da individualização da pena e da legalidade. O resultado obtido aponta para a inconstitucionalidade do instituto da prescrição antecipada, não devendo esta ser aplicada. Concluiu-se com o estudo, que a prescrição antecipada viola os princípios da presunção de inocência, individualização da pena, e do acesso à Justiça.

Palavras-chave: Prescrição virtual. Presunção de inocência. Individualização da pena. Acesso à Justiça. Inconstitucionalidade.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A prescrição virtual não está prevista em qualquer parte da legislação, porém, a doutrina e a jurisprudência convencionaram a sua existência a partir do momento em que a quantidade de pena que provavelmente será imposta, ou seja, a pena concreta em caso de uma sentença condenatória vem atrelada a uma prescrição da pretensão de punir, de modo que isto desestimularia o início da persecução penal. Então, antes mesmo de haver a certeza jurídica quanto à culpabilidade de alguém em face de uma sentença condenatória, haveria projeção de certo *quantum* da penalidade a ser aplicada futuramente, que já viria acompanhada da prescrição.

Conforme se vê, a prescrição virtual, antecipada ou em perspectiva pode se concretizar antes do início da ação penal, ou quando esta já está em curso. Se ocorresse antes mesmo do início da ação penal, ainda na fase do Inquisitorial, o Inquérito Policial seria arquivado, com fulcro no art. 18, do Código de Processo Penal. E, observando-se a prescrição em perspectiva posteriormente ao início da ação penal, esta se justificaria em decorrência da suposta falta de uma condição da ação, o interesse de agir. Esta última situação será mais bem explicitada abaixo.

2 A PRESCRIÇÃO VIRTUAL E O INTERESSE DE AGIR NA AÇÃO PENAL

Consoante a Constituição Federal, em seu art. 129, I, o Ministério Público tem a função privativa de promover a ação penal pública, em face disto, à este diz respeito a tarefa de verificar se há elementos necessários à promoção de uma ação penal pública, no sistema acusatório. Estes requisitos indispensáveis para impetrar uma ação da espécie retro citada são o que a legislação denominou de condições da ação, e que são as seguintes: interesse de agir, legitimidade da parte, possibilidade jurídica do pedido e justa causa.

O interesse de agir ou de iniciar uma ação penal é o que importa neste momento, e ele está atrelado à ideia de um processo revestido de utilidade, eficácia, efetividade e necessidade que deve ser desenvolvido. Aqui reside a idéia do art. 5, LIV, CF de devido processo legal.

Nesta perspectiva, depreende-se do requisito supracitado, que o Ministério Público deve atuar, dando impulso ao início do processo, oferecendo a denúncia, apenas quando houver necessidade, e, se puder prever que o processo terá efetividade e eficácia. Caso contrário, deveria promover



o arquivamento do inquérito policial.

A questão do interesse de agir se reveste de relevância no momento em que o Ministério Público se depara com situações nas quais, analisando-se as circunstâncias de ocorrência de um crime que chegou ao seu conhecimento, bem como o perfil do possível autor (os seus antecedentes criminais, por exemplo), e observa, por meio de sua experiência, que iniciar ou dar continuidade a um processo criminal, que terá provável quantidade de pena, culminaria, no final, em sua prescrição. Então, a futura sentença condenatória viria acompanhada da prescrição e não haveria a execução da pena.

Diante desta situação, uma dúvida surge: Será que este processo com pena hipoteticamente prescrita seria suficientemente necessário, efetivo e eficaz? Há controvérsias na doutrina e na jurisprudência quanto ao assunto, que vão ser tratadas no próximo tópico.

3 A CORRENTE DOUTRINÁRIA-JURISPRUDENCIAL QUE DEFENDE A PRESCRIÇÃO ANTECIPADA EM FACE DA FALTA DE INTERESSE DE AGIR E DA INEFETIVIDADE DO PROCESSO

Para alguns estudiosos, colocar em atividade o Poder Judiciário, em situações como a descrita acima, não seria útil nem eficaz, devendo-se, deste modo, dispensar-se a persecução penal, e cabendo ao Promotor de Justiça promover o arquivamento do Inquérito Policial, vez que ausente uma das condições da ação penal, qual seja, o interesse de agir. Além disso, há também o entendimento de que caso o Promotor de Justiça não haja desta maneira, aforando a ação penal que sabe que irá prescrever e será ineficaz, a denúncia deve ser rejeitada pelo magistrado.

Seguindo este raciocínio, em favor da prescrição em perspectiva, delinea o estudo doutrinário de Fernando Capez:

Se, de plano, for possível perceber a inutilidade da persecução penal aos fins a que se presta, dir-se-á que inexistente interesse de agir. É o caso, e.g., de se oferecer denúncia quando, pela análise da pena possível de ser imposta ao final, se eventualmente comprovada à culpabilidade do réu, já se pode antever a ocorrência da prescrição retroativa. Nesse caso, toda atividade jurisdicional seria inútil; falta, portanto, interesse de agir. Esse entendimento, todavia, não é absolutamente pacífico, quer na doutrina, quer na jurisprudência. (CAPEZ, 2004, p. 116)



Neste sentido, posicionando-se também a favor da prescrição virtual em face da suposta falta de interesse de agir, e da inutilidade do processo, o doutrinador Eugênio Pacelli aduz que:

Diante da constatação, feita nos próprios autos do procedimento de investigação (inquérito policial ou qualquer outra peça de informação), da impossibilidade fática da imposição, ao final do processo condenatório, de pena em grau superior ao mínimo legal, é possível, desde logo, concluir pela inviabilidade da ação penal a ser proposta, porque demonstrada, de plano, a inutilidade da atividade processual correspondente. (PACELLI, 2008, p. 78)

Com posição semelhante, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues ressaltam não ter utilidade uma ação que não permite, ao seu final, que proceda-se a execução da pena:

Quanto ao interesse-utilidade, este só existe se houver esperança, mesmo que remota, da realização do *jus puniendi* estatal, com a aplicação da sanção penal adequada. Se a punição não é mais possível, a ação passa a ser absolutamente inútil. (TÁVORA; RODRIGUES, 2010, p. 144)

Há também de destacar-se o entendimento do doutrinador Guilherme Nucci, que também faz menção sobre o assunto, sendo a favor do arquivamento da denúncia e da rejeição desta ou da queixa em decorrência da falta de interesse de agir:

Segundo cremos, a prescrição virtual merece ser regulada por lei. Enquanto tal situação não se der, conforme o caso, parece-nos deva ser acolhida não para julgar extinta a punibilidade do réu, pois seria decisão ilegal, mas para determinar o arquivamento do inquérito, havendo pedido do Ministério Público, ou mesmo para rejeitar a denúncia ou queixa, por nítida falta de interesse de agir. (NUCCI, 2008, p. 193)

Acrescendo-se a isto, deve-se salientar que no caso da jurisprudência



dência, apesar das controvérsias no entendimento dos Tribunais de Justiça brasileiros, há julgados do TJGO¹ e do TJSP² admitindo a prescrição antecipada. É o que se pode depreender das seguintes ementas, respectivamente:

Impõe-se o reconhecimento da prescrição antecipada ou virtual, quando demonstrado que o estado perdeu o seu interesse de agir. Prescrição antecipada. Possibilidade de sua decretação. É possível a decretação da prescrição com base na pena virtual, ou em perspectiva, porque, antevendo-se a ocorrência da aludida causa de extinção da punibilidade, não haveria qualquer utilidade na apreciação do mérito da causa. Eventual condenação imposta ao réu perderia por completo qualquer eficácia, mormente porque a prescrição retroativa é modalidade de prescrição da própria pretensão punitiva estatal. Assim, não havendo utilidade na prestação jurisdicional, vislumbra-se a ausência de condição indispensável ao exercício do direito de ação, que é o interesse de agir.

Diante das idéias esposadas, é preciso destacar que em favor da aplicação da prescrição virtual ou antecipada, devido à suposta ausência do interesse de agir, milita o princípio da razoabilidade, que deve guiar os atos do Estado no âmbito administrativo, legislativo ou judicial, de maneira que quando não houver interesse de agir, podendo-se prever uma prescrição futura, seria desnecessário dispendar tempo e dinheiro, aumentando a morosidade já vigente no Judiciário.

Caso isto ocorresse, e fosse levado adiante um processo que provavelmente irá ter uma pena prescrita, haveria uma violação frontal ao princípio supracitado. Ademais disso, a não aplicação da prescrição virtual fazendo com que inúmeros processos sejam transcorridos, mesmo estando fadados ao insucesso, vai contra ao que prega o princípio da economia processual e o desapego exacerbado a formalismos.

¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS. Recurso em Sentido Estrito. N.º 10033-4/220. 2ª Câmara Criminal. Relator Fábio Cristóvão de Campos Faria. Julgado em 07/08/2008.

² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação. N.º 2360. 1ª Turma Criminal. Relator Elias Junior de Aguiar Bezerra. Julgado em 19/06/2008.



4 AS IMPLICAÇÕES DA LEI 12.234/10 E DA SÚMULA 438 DO STJ

Desprendendo-se das elucubrações doutrinárias e jurisprudências que se mantém a favor da admissibilidade da prescrição virtual, é necessário destacar o que estabeleceu a Lei 12.234/10 e a Súmula 438 do STJ.

Primeiramente, é válido salutar que a Lei 12.234/2010, que alterou o art. 109, do Código Penal, estabeleceu a exclusão da prescrição retroativa, e, por sua vez, veio a contrariar o discurso que admite a aplicabilidade da prescrição virtual.

Com a Lei 12.234/2010, a nova redação do art. 109, caput, CP, explicita que: “A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime”.

Observa-se, interpretando o dispositivo supracitado, que se afasta a noção de considerar uma provável pena concreta antes de transitar em julgado a sentença final, de maneira que este entendimento vedaria a concretização da prescrição virtual, antecipada ou perspectiva anteriormente à sentença condenatória, a não ser que esta ocorresse com fulcro na pena abstrata. Destarte, verifica-se, pela redação da Lei 12.234/2010, que aquela prescrição que ocorre antes mesmo da denúncia só poderia ter por base a pena abstrata, e não a pena hipoteticamente concreta. É o que entende o doutrinador Vicente Greco Filho³, que aduz:

A lei comentada alterou os arts. 109 e 110 do Código Penal reafirmando que, antes de transitar em julgado a sentença final, a pena regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime (pena em abstrato, portanto), mas fez uma ressalva, a de que a pena fixada em concreto somente pode ser considerada para a prescrição com o trânsito em julgado da sentença que a fixou, por falta de recurso do Ministério Público ou em segundo grau, mas essa é a parte mais importante da modificação legal, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

³ GRECO FILHO, Vicente. **A morte da prescrição retroativa virtual**. Disponível em: http://www.esmp.sp.gov.br/artigos/morte_presc_virtual.htm. Acesso em: 15 de jan. 2010.



Outro fato que ocorreu, e que prega contrariamente à prescrição antecipada, virtual, ou em perspectiva, foi o surgimento da Súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça, que elucida o seguinte: *“é inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.”*

Conforme ficou esclarecido com a Súmula 438 do STJ, não pode haver extinção de punibilidade baseando-se na prescrição da pena “concreta”, que seria calculada de acordo com a inteligência do promotor ou do magistrado, considerando os fatos e as circunstâncias que graduariam a penalidade de um caso específico, por exemplo, antes mesmo de haver denúncia ou do estabelecimento da sentença.

Neste contexto, é importante salientar que com as alterações do Código Penal, reescrevendo os arts. 109 e 110, e com o estabelecimento da Súmula 438 do STJ que desconsiderou a possibilidade de ocorrer a prescrição virtual com fulcro em pena hipotética, ficou claro que princípios como o da razoabilidade, da duração razoável do processo, da celeridade e da economia processual ficaram em segundo plano. E, neste contexto, cumpre verificar o que prega a jurisprudência dominante acerca do assunto, e é o que se fará a seguir.

5 A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL, ANTECIPADA, OU EM PERSPECTIVA

Não obstante os posicionamentos dos que militam em favor da aplicabilidade da prescrição virtual mesmo com as alterações trazidas mediante a Lei 12.234/10, e a posição adotada pelo STJ com a Súmula 438, alegando a falta de interesse de agir, o princípio da razoabilidade e a economia processual, bem como a morosidade existente no Judiciário brasileiro, entende-se aqui pela prevalência do entendimento que veda a prescrição virtual, antecipada ou em perspectiva, em face da inconstitucionalidade deste instituto, e também por ele não pautar-se na legalidade.

Para demonstrar que parte da doutrina não admite a prescrição penal antecipada ou em perspectiva, faz-se menção ao entendimento de Cezar Roberto Bitencourt:

(...) não há suporte jurídico para o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa, como se está começando a apregoar, com base numa pena hipotética. Ademais, o réu tem direito a receber uma decisão de mérito, onde esperava ver reconhecida a sua inocência. Decretar a prescrição retroativa, com base em uma hi-



potética pena concretizada, encerra uma presunção de condenação, consequentemente de culpa, violando o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5, LVII, CF). (BITENCOURT, 2000, p. 175)

O art. 5, LVII, da Constituição Federal, diz que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Tendo em vista este dispositivo é totalmente inconstitucional aplicar o instituto da prescrição virtual, considerando culpado alguém que nem mesmo desfrutou de seu direito ao devido processo legal, com todas as suas prerrogativas, destacando-se aqui o contraditório e a ampla defesa, também protegidos pela Constituição brasileira. Posicionar-se a favor da prescrição em perspectiva é retirar do indivíduo o direito de demonstrar que não é culpado, violando frontalmente o princípio constitucional da presunção de inocência.

Além disso, observa-se que, de acordo com o art. 5, LV, da Carta Magna, “os 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”. Destarte, interromper um processo antes mesmo que se exerça o contraditório e a ampla defesa, revestindo um indivíduo com o manto da culpa, fere não só o princípio constitucional da presunção de inocência garantido pelo art. 5, LVII, CF, mas também o contraditório e a ampla defesa que são imprescindíveis a qualquer processo que tramita no Judiciário.

Saliente-se que, mesmo ainda sendo aplicado no Judiciário, o Supremo Tribunal Federal já pacificou entendimento pela impossibilidade de ser reconhecida a prescrição punitiva em perspectiva, antecipada ou virtual, na Repercussão Geral do Recurso Extraordinário nº 602.527/RS⁴, da Relatoria do Ministro Cezar Peluso, que proferiu as seguintes palavras:

Revela-se, aí, a alegada violação de normas constitucionais, pois a aplicação de causa de extinção de punibilidade não prevista em lei e em aberto contraste com as hipóteses expressamente previstas impede a cognição do fato pelo Poder Judiciário, mediante juízo prévio de culpa – pressuposta à pretensão punitiva –, sem observância do devido processo legal. Subtrai-se ao acusado a possibilidade de provar sua inocência ou a inviabilização da ação penal. E, mais. Admitir prescrição em perspecti-

⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário. Nº 602.527/RS. Pleno. Relator Ministro Cezar Peluso. 18/02/2009.



va conduz a situação em que se vêem discutidas relações relacionadas à aplicação da pena (como os requisitos do art. 59), que soa ulteriores à comprovação da autoria e da materialidade, com a conseqüente necessidade de instrução probatória. Inverte-se a lógica do processo, com antecipação hipotética de culpa do acusado.

6 A COLISÃO DE PRINCÍPIOS: O QUE DEVE PREVALECER?

Consoante os ensinamentos de Robert Alexy (1997, p. 20) os princípios colidem e não se excluem, devendo-se, no caso concreto, observar qual princípio irá predominar. Neste sentido, de todo exposto até aqui em relação à corrente que é a favor da prescrição virtual, e a que se posiciona contra, nota-se que há um choque de princípios, e a resolução do caso deve ser atingida tendo em vista quais princípios devem prevalecer.

Inúmeras são as motivações para que os princípios da razoabilidade, da duração razoável do processo, da celeridade, e da economia processual, defendidos por aqueles que alegam a falta de interesse de agir como justificativa para a prescrição virtual, não sejam considerados como prevalecentes.

Na Apelação Criminal N° 017487/2010⁵ – São Luiz – MA, o Desembargador José Luiz de Oliveira Almeida, enumerou algumas das causas para que não seja admitida a prescrição virtual, e que colocam os princípios citados no parágrafo anterior em segundo plano, quais sejam:

I – A falta de previsão legal; II – violação ao princípio constitucional da tripartição das funções estatais, pois estaria o Judiciário legislando, criando nova hipótese de prescrição, com base em pena hipotética, e conseqüente extinção de punibilidade, não previstos no ordenamento; III – malferimento ao devido processo legal e seus consectários, mediante uma prévia condenação hipoteticamente considerada, sem a observância das garantias ínsitas ao iter procedimental; e IV – usurpação da utilidade da persecução penal, pois, ao final desta, poderá o acusado ser absolvido.

É necessário colocar em relevância também que, durante o julgamento do RHC N° 18.569, a Sexta Turma do STJ colocou em relevância a

⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MARANHÃO Apelação Criminal. N° 017487/2010. Primeira Câmara Criminal. Relator Desembargador José Luiz de Oliveira Almeida. 1/05/2010.



inviabilidade do reconhecimento da prescrição antecipada devido à ausência de previsão no aparato legal; e, além disso, os ministros ressaltaram que este instituto é repudiado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal por violar o princípio da presunção de inocência e da individualização da pena, que serão aplicadas caso haja a condenação do réu.

É evidente que há uma colisão entre os princípios da presunção de inocência, da ampla defesa e do contraditório, bem como da individualização da pena, e os princípios da razoabilidade, da duração razoável do processo, celeridade, economia processual. E, no caso concreto da aplicabilidade ou não da prescrição virtual deve predominar os quatro primeiros em virtude de serem decorrentes diretamente do princípio maior do acesso à Justiça que permeia o Estado Democrático de Direito defendido pela Constituição Federal. Desta feita, prevalece o entendimento que veda a prescrição ora comentada.

7 O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA E A VEDAÇÃO À PRESCRIÇÃO VIRTUAL

Não é somente pelo fato de não estar prevista em lei que a prescrição virtual não deve ser aplicada. Na realidade, em virtude dos princípios constitucionais da presunção de inocência, da ampla defesa, do contraditório, e da individualização da pena que são depreendidos do corolário do acesso à Justiça é que a prescrição virtual não deve ter espaço no Brasil.

O art. 5, XXXV, da Constituição Federal tem a seguinte redação: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Este dispositivo é que protege o acesso à Justiça e deve permear todo o ordenamento jurídico, em decorrência de sua importância.

É preciso salientar que o Acesso à Justiça deve ser entendido aqui não apenas como a possibilidade de os cidadãos terem e exercerem o direito de ação, mas compreendido também como a entrada e, principalmente, a saída do Poder Judiciário (provimento das demandas), de maneira que findem com resultados eficazes e efetivos na realidade fática. Isto porque se mostra totalmente sem utilidade iniciar um Inquérito Policial ou mesmo um processo criminal, se o Poder Judiciário não vai ultrapassar todas as etapas encartadas no devido processo legal, com o intuito de, ao final, aplicar a sanção àquele que é o real culpado.

Então, percebe-se, neste contexto, que importante é a efetividade final do processo. O cidadão deve sim exercer seu direito de ação, mas mais



essencial é ele ter a garantia de que a situação que levará ao Judiciário será analisada e sentenciada pelo magistrado.

Aqui entra a importância de se eliminar um dos óbices à celeridade do Poder Judiciário, que seria a quantidade imensa de processos que batem, todos os dias, às suas portas, muitos dos quais, possivelmente, irão, no final do transcorrer do processo, já estar prescritos, de maneira que o dispêndio financeiro e temporal neles não será recompensado, mas se mostrará totalmente desnecessário, e também será um entrave concreto à efetividade do Acesso à Justiça em milhares de outros processos que tramitam no Poder Judiciário.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Perante as linhas delineadas, e a exposição das duas correntes existentes a respeito do assunto, percebe-se que: uma - representada por grande parte da doutrina - considera possível a concretização da prescrição antecipada, por crer que prevalecem os princípios da razoabilidade, da duração razoável do processo, da celeridade e da economia processual, ainda que não haja previsão legal do instituto; e a outra, que toma corpo mediante a jurisprudência majoritária, guiada, mormente, pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, determina a não admissibilidade da prescrição virtual em razão, principalmente, da violação ao princípio da presunção de inocência e da individualização da pena, e da falta de previsão legal.

Analisando-se a questão de maneira a tornar o arcabouço legislativo brasileiro consentâneo com o que prega o princípio constitucional do Acesso à justiça, não seria racional se admitir que haja a prescrição antecipada, porque este instituto iria considerar culpado alguém que não teve garantido ampla defesa e o contraditório para provar sua possível inocência.

Ademais disso, não pode um indivíduo ser considerado culpado (ainda que não seja punido) em decorrência de se objetivar diminuir a morosidade do Judiciário, vez que este é problema inerente ao Estado, que deve procurar outras alternativas, não violadoras do Acesso à Justiça, para tornar o processo mais célere, e evitar a enxurrada de demandas que vem adentrando no Judiciário.



REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. ***Teoría de los derechos fundamentales***. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Manual de direito penal**. São Paulo: saraiva, 2000.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. **A morte da prescrição retroativa virtual**. Disponível em: http://www.esmp.sp.gov.br/artigos/morte_presc_virtual.htm. Acesso em: 15 de jan. 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. São Paulo: RT, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. São Paulo: Del Rey, 2004.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR. Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. Salvador: JusPodivm, 2010.

THE VIRTUAL OR IN PERSPECTIVE PRESCRIPTION SHOULD BE APPLIED IN BRAZIL?

ABSTRACT

This article aims study the admissibility of prior prescription in Brazil, also known as virtual or in perspective, trying to discover, in a embased way with the constitutional principles, if it should be allowed in the Brazilian legal system. To elucidate the ideas of this research there was made



a comparison with what we have demonstrated the jurisprudence of the Supreme Court and the Superior Court of Justice as well as the doctrine that focuses on the issue, in light of everything that advocates the principles of presumption of innocence, of individualization of punishment and legality. The result point to the unconstitutionality of the Institute of the prior prescription and it should not be applied. With the research, it concluded that the prior prescription violates the principles of presumption of innocence, individualization of punishment, and access to Justice.

Keywords: Prescription virtual. Presumption of innocence. Individualization of punishment. Access to Justice. Unconstitutional.



A PUBLICIDADE INFANTO-JUVENIL NO BRASIL: NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO DE INTERESSES NO CONTROLE JURÍDICO-LEGISLATIVO

Cláudio Colaço Villarim

Acadêmico do 9º Período do
Curso de Direito da UFRN

Marcela Bezerra Galvão Morquecho

Acadêmica do 9º Período do
Curso de Direito da UFRN

Mariana de Siqueira

Professora orientadora

RESUMO

A discussão acerca da publicidade voltada para o público infanto-juvenil é recente. Porém, apesar disso, os interessados em proteger os direitos de crianças e adolescentes já se posicionam frente ao tema, demandando por uma legislação eficaz no processo de regulamentação de tais propagandas, visando evitar os abusos por parte dos empresários publicitários. As crianças e adolescentes, enquanto seres em desenvolvimento, configuram-se como indivíduos vulneráveis, necessitados de uma proteção especial, de maneira a afastá-los de qualquer óbice que possa mitigar seu pleno amadurecimento físico, moral, e social. Em contraposição, encontram-se os publicitários que se utilizam de meios persuasivos para atraí-los e assim, torná-los consumidores de seus produtos e serviços. O Projeto de Lei nº 5.921/01 surge no cenário legislativo com vistas a proibir totalmente a publicidade destinada a

promover a venda de produtos infantis. Será que restringir ou proibir comerciais voltados para crianças é constitucional e compatível com a tutela da liberdade de expressão? Esta pode sofrer censuras na ordem constitucional de 1988?

Palavras-chave: Publicidade infanto-juvenil. Doutrina da Proteção Integral. Princípio da Proporcionalidade.

1 INTRODUÇÃO

Em razão dos diferentes efeitos negativos que a publicidade pode causar nas crianças e adolescentes, *verbi gratia*, a distorção da realidade; o conhecimento e desejo de categorias destinadas a outros segmentos da população, ocasionando a diluição das fronteiras entre o mundo infantil, adolescente e adulto; entre outros, observa-se uma preocupação cada vez maior com a publicidade infanto-juvenil, em virtude da situação de vulnerabilidade caracterizadora desses sujeitos.

Para agravar a situação, as empresas publicitárias não medem esforços; visando recrutar cada vez mais consumidores, transmitem propagandas utilizando-se dos mais diversos recursos de persuasão.

Com o escopo de controlar a liberdade com que as empresas propagandísticas veiculam suas publicidades, fez-se necessária a edição de legislação específica, fixando regras destinadas às propagandas dirigidas ao público jovem e evitando, assim, os abusos por parte dos publicitários. Em decorrência dessa exigência, surgiu o Projeto de Lei nº 5.921/01, do Deputado Federal Luiz Carlos Hauly, que foi aprovado sob a forma de Substitutivo, de autoria da Deputada Maria do Carmo Lara.

Apesar de o substitutivo haver alterado consideravelmente a proposta anterior, equivalentemente posicionou-se por manter a proibição rígida e total de todo tipo de publicidade direcionada aos jovens, sem distinção do horário e meio veiculador.

Em decorrência dessa limitação absoluta, surge a discussão acerca da constitucionalidade do referido Projeto de Lei e seu Substitutivo, em virtude de restar evidenciado um conflito entre direitos fundamentais: a liberdade de expressão *versus* o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.



2 DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

As circunstâncias político-sociais dos anos 80 (marcados pelo ambiente de retomada democrática pós-ditadura militar e promulgação de uma nova ordem constitucional), acompanhadas pela intensa mobilização de organizações nacionais e internacionais que atuam na área da infância e da juventude “foram essenciais para que o legislador constituinte tornasse sensível a uma causa já reconhecida como primordial em diversos documentos internacionais” (AMIN, 2010, p. 8), qual seja, o reconhecimento da ruptura do modelo de situação irregular e a implantação da doutrina da proteção integral.

Nesse sentido, o artigo 227, *caput*, da Constituição Federal inaugura a doutrina da proteção integral, assegurando a todas as crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, direitos fundamentais, como a vida, educação, saúde, dentre outros, devendo estes ser garantidos solidariamente pela família, sociedade e Estado.

Neste contexto, ocorre a ruína do modelo da situação irregular presente no Código de Menores, que vigorou na regulamentação jurídica infanto-juvenil por quase um século, em que se limitava o objeto jurídico de proteção àqueles que se enquadravam no modelo pré-definido de situação irregular, estabelecido no artigo 2º, do referido Código².

Assim, a tutela da infância e adolescência estruturava-se apenas em relação “aos menores que integravam o binômio abandono-delinquência”, consoante Andréa Amin (2010, p. 9), evidenciando o foco restrito que se conferia ao público infanto-juvenil, objeto-jurídico da norma. Dessa forma, os menores em situação irregular e, conseqüentemente, alvo da legislação, eram identificados por sua própria circunstância social.

Era uma doutrina que, apesar de apontar como primordial a proteção aos interesses do menor, se sobrepondo a qualquer outro bem ou interesse

¹ Declaração de Genebra, de 1924; a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas (Paris, 1948); a Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica, 1969) e Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude – Regras Mínimas de Beijing (Res. 4033 da Assembleia- Geral, de 1985)

² Art 2º- Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor: I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III- em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI - autor de infração penal.



juridicamente tutelado (art. 5º Código de Menores), e prever que todas as medidas aplicáveis a estes teriam como fim principal a integração sócio-familiar (art. 13 Código de Menores), na prática isso não ocorria.

Ademais, não tratava como medida excepcional a formação do vínculo institucional (aquele constituído pela inserção do jovem infrator em instituição de correção disciplinar), em detrimento do vínculo afetivo, não buscava a solução do problema desde a sua origem, que muitas vezes se encontrava no próprio seio familiar. Isso demonstra o aspecto teleológico correccional e punitivo dos desvios de condutas, agindo apenas nas conseqüências e não nas causas do problema.

Corroborando com o que foi disposto acima, estão as palavras de Andrea Rodrigues Amin:

Apesar das diversas medidas de assistência e proteção previstas pela lei para regularizar a situação do menor, a prática era de uma atuação segregatória na qual, normalmente estes eram levados para internatos ou, no caso de infratores, institutos de detenção mantidos pela FEBEM. Inexistia preocupação em manter vínculos familiares, até porque a família ou a falta dela era considerada a causa da situação irregular (2010, p.13).

Isso pode ser verificado na própria redação da Lei nº 6.697/1979 (Código de Menores), que além de não apresentar um capítulo próprio ofertando rol de direitos e garantias fundamentais, inclui como medidas regulares de correção disciplinar aplicáveis aos menores, “colocação em lar substituto; em casa de semiliberdade e internação”³; o que não é visto na atual Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que as utilizam como medida excepcional.

Substituindo esta, é implantada a Doutrina da Proteção Integral, na qual crianças e adolescentes, de uma maneira geral, não só os que se enquadrem no binômio abandono-delinquência, passam a ser titulares de direitos subjetivos e, da mesma forma, objetos de proteção assistencial. São agora “legalmente reconhecidos como hipossuficientes, titulares da proteção integral e prioritária” (TAVARES, 2001, p. 32).

Essa mudança de perspectiva na proteção da criança e do adolescente foi fundamental, tendo em vista ser esse público alvo detentor de uma

³ Art 14. São medidas aplicáveis ao menor pela autoridade judiciária: I - advertência; II - entrega aos pais ou responsável, ou a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade; III - colocação em lar substituto; IV - imposição do regime de liberdade assistida; V - colocação em casa de semiliberdade; VI - internação em estabelecimento educacional, ocupacional, psicopedagógico, hospitalar, psiquiátrico ou outro adequado.



condição especial de desenvolvimento; em razão de não possuírem acesso ao conhecimento pleno de seus direitos; não terem atingido condições de defendê-los frente às omissões e transgressões capazes de violá-los; e finalmente, por se tratarem de seres em pleno desenvolvimento físico, cognitivo, emocional e sociocultural (PEREIRA, 2008, p. 760-761).

Segundo Andréa Rodrigues Amin, “tratou-se, em verdade, não de uma simples substituição terminológica ou de princípio, mas sim de uma mudança de paradigma” (2010, p. 13), tendo em vista a alteração ideológico-estrutural por completo no trato da criança e do adolescente. E ainda, isso representou um momento sem igual no plano do direito infanto-juvenil. Crianças e adolescentes ultrapassam a esfera de meros objetos de proteção e passam à condição de sujeitos de direitos, beneficiários e destinatários imediatos da doutrina da proteção integral (AMIN, 2010, p. 3).

Com o escopo de regulamentar e dar maior efetividade à norma constitucional, em especial ao artigo 227, colocando em prática a Doutrina da Proteção Integral, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, representando um microsistema formado pelo conjunto de direitos fundamentais e regras de direito material indispensáveis à garantia do desenvolvimento digno da criança e do adolescente, constituindo um instrumento indispensável para a efetivação da norma constitucional de ampla tutela do público infanto-juvenil.

3 A PUBLICIDADE INFANTO-JUVENIL E OS EFEITOS NO DESENVOLVIMENTO DOS JOVENS

Segundo entendimento esposado por Maria Cecília Affornalli⁴, a publicidade infantil deve ser aprendida como aquela que, mesmo não sendo especificamente dirigida ao público jovem, acaba por repercutir em sua realidade. Ou seja, a publicidade infanto-juvenil é aquela que atinge direta ou indiretamente os jovens (2006, p. 49).

Não obstante muitos produtos não sejam tipicamente do universo infantil ou usados por crianças, ou ainda, sejam declaradamente de uso adulto, é bastante comum que a publicidade dos produtos e serviços se utilize de recursos atrativos aos jovens.

⁴ Advogada e professora da Faculdade Santa Cruz – FARESC e do Complexo de Ensino Superior do Brasil – UNIBRASIL. Mestre em Ciências Sociais Aplicadas e Especialista em Novas Tendências do Direito Contemporâneo, pela UEPG. Autora do artigo “A publicidade e a proteção do consumidor infanto-juvenil: Breve denúncia da violação de garantias”.



Consoante Tamara Amoroso Gonçalves⁵:

O mercado anunciante e agências publicitárias não deixam de investir pesadamente em comunicação mercadológica dirigida a crianças, na medida em que com apenas uma ação podem influenciar até três mercados: atuam diretamente sobre essas, indiretamente sobre seus pais e inconscientemente os futuros consumidores que as crianças se tornarão (2010, p.2).

Com relação ao segundo mercado (os pais), cumpre observar o resultado da pesquisa 'Kids Power - A Influência das Crianças no Consumo', realizada pela Interscience em 2006⁶, na qual restou evidenciado que o poder de influência das crianças na hora das compras chega a 80% em relação a tudo o que é comprado pela entidade familiar.

A pesquisa apontou, ademais, que a crescente presença das mulheres no mercado de trabalho ocasionou o distanciamento entre a genitora e sua prole, acarretando o sentimento de culpa nas mães por não estarem tão presentes no cotidiano de seus filhos. Dessa forma, as mães que trabalham fora de casa apresentam uma maior dificuldade na imposição de limites, de dizer 'não' aos desejos de seus filhos, mostrando-se, assim, menos resistentes aos pedidos das crianças. Como se o atendimento aos pleitos dos pequenos suprisse a falta da presença diária dos pais.

Apesar de o jovem estar em contato com grande quantidade de informações, possuindo acesso a diversos tipos de tecnologia e inúmeras categorias de conteúdos, a inserção da criança e do adolescente no mundo do consumo apresenta muitos resultados negativos, em virtude da situação de vulnerabilidade caracterizadora desses sujeitos, não possuindo amadurecimento suficiente para entender o caráter persuasivo da propaganda.

Citem-se como conseqüências negativas: a difusão massiva de mundos fantásticos e conseqüente distorção da realidade; o conhecimento e desejo de categorias destinadas a outros segmentos da população, ocasionando a diluição das fronteiras entre o mundo infantil, adolescente e adulto; ampliação do mundo do prazer; fortalecimento do egocentrismo/onipotência; menor tolerância a frustração; entre outros.

⁵ Advogada graduada pela PUC- SP e mestranda em direitos humanos pela USP. Atualmente trabalha no Projeto Criança e Consumo do Instituto Alana. É também membro do CLADEM/ Brasil. Autora do artigo "A publicidade dirigida a crianças e a formação de valores".

⁶ Disponível em: < <http://www.interscience.com.br/site2006/index.asp> >. Acesso em 04 maio 2010.



Neste diapasão, Tamara Gonçalves aduz:

É importante explicitar que as estratégias de comunicação mercadológica não são sequer percebidas pelas crianças. Elas não se dão conta de que ao serem expostas a conteúdos publicitários estão também consumindo idéias e valores, incorporando-os e reproduzindo-os como padrões sociais. Além disso, diversas pesquisas e estudos (realizados não apenas no Brasil) apontam que as crianças, assim consideradas as pessoas de até doze anos de idade, não têm condições de entender as mensagens publicitárias que lhes são dirigidas, por não conseguirem distingui-las da programação na qual são inseridas, nem, tampouco, compreender seu caráter persuasivo [...] (2010, p.4).

As empresas publicitárias não medem esforços, almejando angariar cada vez mais consumidores, transmitem propagandas utilizando-se dos mais diversos recursos de persuasão, como a linguagem informal, necessária para o entendimento total de seus destinatários, efeitos visuais, que estimulam o universo lúdico, de fantasia da criança, frases de efeito, entre outros. Além de os comerciais veicularem também equações inválidas, como 'se você utilizar essa sandália, você virará o herói da sua turma', incutindo nos jovens um mundo de valores que muitas vezes não se coadunam com os que aprenderam junto à família ou em seu grupo social, ocasionando, assim, uma confusão moral, psicológica e social.

Do exposto, observa-se que se torna difícil para os pais e educadores fazerem com que as crianças e adolescentes desenvolvam-se inertes à publicidade abusiva, já que hoje a própria mídia vem desempenhando o papel de criação de subjetividade, dos valores dos seus destinatários, perdendo espaço nesta função, a família, a escola, a sociedade e a Igreja.

Dessa forma, faz-se necessária uma mudança de comportamento por parte das empresas propagandísticas, que só será possível através da edição de legislação específica, de maneira a dotar o poder público de instrumento efetivo de controle das ditas publicidades.

4 CONTROLE LEGISLATIVO DA PUBLICIDADE DESTINADA AO PÚBLICO INFANTO-JUVENIL. ANÁLISE DO PROJETO DE LEI Nº 5.921/2001

O Projeto de Lei nº 5.921/01, de autoria do Deputado Federal Luiz



Carlos Hauly, propôs acrescentar parágrafo ao art. 37 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor)⁷, com o objetivo de proibir totalmente a publicidade destinada a venda de produtos infantis.

Seguindo o trâmite da produção legislativa, o Projeto de Lei (PL) em tela chegou à Comissão de Defesa do Consumidor. A relatora, a Deputada Maria do Carmo Lara, propôs Substitutivo ao PL, sendo aprovado em 9 de julho de 2008 pela referida Comissão, restando alterado, dessa forma, o projeto inicial.

O Substitutivo que “dispõe sobre a publicidade e sobre a comunicação mercadológica dirigida à criança ou ao adolescente”, ao invés de pretender modificar o Código de Defesa do Consumidor, como quis o Projeto de Lei nº 5.921/2001 inicial, almeja criar uma lei própria para a regulamentação específica da publicidade voltada ao público infanto-juvenil.

Segundo relatório da Deputada, a proposta de Hauly precisava de adequações e de regras mais específicas:

Não acreditamos que regras gerais (Constituição Federal, Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente e Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, do Conar⁸), que apontam apenas princípios, sejam o suficiente para normatizar esta questão, pois é preciso determinar de forma mais exata e precisa possível o que é, e o que não é permitido fazer em publicidade dirigida à criança e ao adolescente (HAULY, 2009, p. 150).

Apesar de o substitutivo haver modificado consideravelmente a proposta anterior, de forma equivalente opinou por manter a proibição rígida e total de todo tipo de publicidade ou de comunicação mercadológica direcionada à criança, sem distinção de horário ou meio veiculador; ressaltando, contudo, o tratamento diferenciado para as campanhas de utilidade pública, referentes a informações sobre boa alimentação, segurança, educação, saúde, entre outros itens relativos ao melhor desenvolvimento da criança no meio social (§5º, art. 3º).

Não obstante a respeitável posição, entendemos que não deve haver um banimento absoluto da publicidade de produtos destinados às crianças

⁷ A norma continha o seguinte texto: Art. 1º O art. 37 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, passa a vigorar com o acréscimo do seguinte §2ºA: Art. 37 (omissis) §2ºA. É também proibida a publicidade destinada a promover a venda de produtos infantis, assim considerados aqueles destinados apenas à criança.

⁸ Conar - Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária.



e adolescentes.

Entende-se que a liberdade das empresas publicitárias deve ser mitigada, em respeito ao princípio do melhor interesse, porém essa restrição não deve ser total, sob pena de inobservância da liberdade de expressão das empresas e consequente impacto nas finanças destas, comprometendo até mesmo a sua existência.

Essa também foi a opinião unânime dos participantes da audiência pública realizada no ano de 2004, para debater o Projeto de Lei do Deputado Haully. Tais convidados sugeriram a regulamentação da publicidade de produtos infantis, sem ferir, contudo, a liberdade de expressão, mesmo tendo sido reconhecida a vulnerabilidade das crianças diante das propagandas que promovem o consumo (HAULY, 2009, p. 21).

Cumprе ressaltar que a reação do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária - CONAR e das empresas de publicidade e fabricação de produtos infantis, ao Projeto de Lei em tela, foi bem expressivo. Segundo o então presidente desse Conselho, Gilberto Leifert:

A posição do Conar é doutrinária, ideológica, de que nenhum produto lícito pode ter sua propaganda proibida. Todas as empresas têm direito à liberdade comercial. Esse projeto, no nosso entendimento, conflita com a Constituição, que não permite nem a censura, nem a proibição da publicidade de determinado produto ou serviço (HAULY, 2009, p. 23).

Igualmente ao realizado em alguns países como, Inglaterra, Dinamarca e Itália⁹, em que ocorre a regulamentação da publicidade dirigida às crianças, sem, no entanto, haver o banimento total da publicidade e comunicação mercadológica, acordamos que é necessário haver uma regulamentação das propagandas, através de legislação específica, limitando a exibição de publicidade infanto-juvenil, por exemplo, ao horário de transmissão, à duração da propaganda, a um limite de idade do público alvo, ao local onde é veiculada etc. E não simplesmente proibir “qualquer tipo de publicidade e de comunicação mercadológica dirigida à criança, em qualquer horário e por meio de qualquer suporte ou mídia, seja de produtos ou serviços relacionados

⁹ Inglaterra – é proibida a publicidade de alimentos com alto teor de gordura, açúcar e sal dentro e durante a programação de TV para público menor de 16 anos. Dinamarca- é proibida qualquer publicidade durante os programas infantis, e ainda, 5min antes e depois. Itália – é proibida a publicidade de qualquer produto ou serviço durante desenhos animados. Fonte: Documentário “Criança, a alma do negócio”.



à infância ou relacionados ao público adolescente e adulto”, como o fez o §3, art.2º, do Substitutivo do Projeto de Lei nº 5.921.

Ao lado da criação de uma legislação específica, disciplinadora da publicidade infanto-juvenil, faz-se mister a criação de um órgão estatal, responsável pela fiscalização¹⁰ das empresas propagandísticas, com o escopo de verificar se estas estão cumprindo as normas e exigências da lei disciplinadora, e autorização da veiculação de publicidades, através de um trabalho preventivo, dessa forma, a ser desempenhado por um setor responsável pela análise de propagandas que ainda não foram exibidas pela mídia, verificando se estão aptas a serem veiculadas; existiria assim, a necessidade de autorização prévia para a transmissão de propagandas. Evitando, dessa forma, o atraso em serem atendidos os apelos de consumidores e autoridades que se sentem lesados pelas publicidades violadoras dos direitos das crianças e adolescentes, já em exibição.

A instituição desse novo órgão é necessária mesmo com a existência do CONAR, organização não-governamental que desempenha a função fiscalizadora do ramo publicitário, apurando as denúncias feitas por consumidores e autoridades com relação à publicidade enganosa ou abusiva, visto que inúmeras são as críticas feitas ao referido Conselho.

Uma delas é justamente o seu caráter particular, corporativo, sendo constituído pela união de seis entidades que congregam os principais anunciantes, agências de publicidade e mídia de todo o país – ABA, ABAP, ANJ, ANER e ABERT¹¹. Dessa forma, as propagandas são analisadas por aqueles mesmo que as veiculam, inexistindo o requisito essencial da imparcialidade, necessário para um julgamento isento de pressões e livre de entendimentos particulares do próprio meio a ser regulado.

Além disso, observa-se que o CONAR não exerce o controle preventivo da publicidade (censurando previamente as peças publicitárias), atendo-se apenas ao que já está sendo veiculado na mídia.

Assim, o novo órgão estatal deverá ser formado por profissionais da área da psicologia, representantes de entidades defensoras dos direitos das crianças e dos adolescentes e também do setor publicitário, já que deve ser conferida voz a todos os ramos afetados pela publicidade infanto-juvenil. Dessa

¹⁰ Esse também foi um pedido do projeto “Criança e Consumo”, do Instituto Alana. Solicitando que o projeto de lei contemple a atribuição de competência fiscalizatória a órgão governamental, capaz de aplicar sanções mais efetivas. (HAULY, 2009, p 197).

¹¹ ABA – Associação Brasileira de Anunciantes; ABAP – Associação Brasileira das Agências de Publicidade; ANJ – Associação Nacional de Jornais; ANER – Associação Nacional dos Editores de Revista; ABERT – Associação Brasileira de Rádio e Televisão.



forma, haveria um controle mais justo e eficaz das propagandas entendidas como abusivas e enganosas.

Ante o exposto, verifica-se que a matéria acerca da publicidade voltada às crianças e adolescentes é permeada por várias críticas e questionamentos, o que enseja debates sobre a constitucionalidade da lei nº 5.921/2001.

5 LIMITAÇÃO DA PUBLICIDADE INFANTO-JUVENIL : UM CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

5.1 A inexistência de hierarquia entre princípios constitucionais

O trato do tema da colisão de direitos fundamentais remete-nos de forma quase que automática a um ponto já muito discutido na doutrina nacional e internacional, e que ainda hoje apresenta autores com visões distintas, qual seja, a existência ou não de hierarquia entre normas e princípios dentro do ordenamento jurídico constitucional.

Para Hans Kelsen, o ordenamento jurídico se estruturaria em um sistema hierárquico de normas com diferentes valores, formando um todo harmônico. Esse escalonamento axiológico estruturava-se de tal forma que uma norma inferior se remetia a uma norma superior visando um fundamento de validade. Isso é observado por suas próprias palavras:

Uma norma para ser válida é preciso que busque seu fundamento de validade em uma norma superior, e assim por diante, de tal forma que todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa (1995, p. 248).

Tomando-se por base os ensinamentos deste jurista, em conjunto com ideologia da dogmática moderna, verifica-se que as normas jurídicas em geral, e conseqüentemente, as normas constitucionais podem ser enquadradas na categoria de normas-princípios ou simplesmente princípios (BARROSO, 1998, p. 141), assim, poder-se-ia te admitir a existência de hierarquia entre princípios dentro da constituição. Em outras palavras, seria afirmar a existência de princípios em hierarquia superior e inferior dentro da própria carta constitucional.

Entretanto, quando a questão se refere a normas constitucionais, a aplicabilidade da dedução lógica da teoria da construção escalonada das normas jurídicas de Kelsen, em conjunto com a idéia de que normas constitu-



cionais são princípios, não é tão simples, devendo-se diferenciar a hierarquia do ponto de vista tanto epistemológico, quanto deontológico.

De fato, tudo pode variar conforme o critério utilizado. Tomando-se por base o aspecto valorativo ou epistemológico na avaliação da hierarquia entre princípios constitucionais, parece incoerente afirmar a inexistência de hierarquia. Como exemplo, parece-nos lógica a posição de que o princípio da dignidade da pessoa humana apresenta uma maior importância valorativa em relação ao princípio da liberdade de crença. Essa diferença valorativa é ressaltada pelo fato de que alguns princípios são imutáveis, ou seja, estão previstos dentro da carta constitucional como cláusulas pétreas, ao passo que outros podem ser, no procedimento legislativo constitucional, modificados pelo poder constituinte derivado.

Por outro lado, partindo-se de uma perspectiva jurídica, nas palavras de George Marmelstein Lima:

É forçoso admitir que não há hierarquia entre os princípios constitucionais. Ou seja, todas as normas constitucionais têm igual dignidade; em outras palavras: não há normas constitucionais meramente formais, nem hierarquia de supra ou infra-ordenação dentro da Constituição, conforme asseverou Canotilho. Existem, é certo, princípios com diferentes níveis de concretização e densidade semântica, mas nem por isso é correto dizer que há hierarquia normativa entre os princípios constitucionais (2001, p.1).

5.2 O conflito entre o princípio da liberdade de expressão e a proteção integral da criança e do adolescente e suas formas de soluções

Partindo-se da premissa de que não há hierarquia do ponto de vista jurídico entre princípios constitucionais, como alhures defendido, surge a tormentosa questão de saber qual seria a melhor conduta para solucionar a colisão entre princípios constitucionais no caso concreto, e de forma mais específica no conflito proveniente da limitação da publicidade comercial e comunicação mercadológica dirigida ao público infanto-juvenil.

No caso em tela, observa-se de um lado a liberdade de expressão das empresas publicitárias no regular exercício de suas atividades. Estas, sob o argumento da inconstitucionalidade de qualquer medida que vise limitar a publicidade, defende a total liberdade substancial na sua divulgação, inclusive a voltada para o público infanto-juvenil, figurando-se tal restrição, no entender dos publicitários, uma espécie de censura ao exercício da atividade



propagandística, o que é expressamente proibido pelo artigo 220, da CF/88, ressalvadas as exceções do seu §4º.

Por outro lado, temos o princípio do melhor interesse das crianças e dos adolescentes, que nas palavras de Andréa Rodrigues Amin:

Trata-se de um princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, determinando a prioridade das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras (2010, p. 28).

Cabendo a este princípio também defender o estabelecimento da primazia em favor da criança e do adolescente em todas as suas esferas de interesses, assegurando com absoluta prioridade a efetivação de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, encartados nos artigo 3º e 4º, do ECA.

São dois princípios tutelados pela carta constitucional que, ao serem aplicados no caso concreto, entram em conflito, necessitando assim o intérprete, do uso de instrumentos de solução de conflitos principiológicos, de forma a ponderar os valores em oposição, evitando-se afastar de pronto e sem nenhuma reflexão a aplicação de um em detrimento do outro, como ocorre no caso de antinomia entre regras.

Dois critérios de solução foram desenvolvidos pela doutrina estrangeira e vêm sendo comumente utilizados pelos Tribunais¹², quais sejam: a aplicação da concordância prática e a dimensão do peso e importância. Nestes dois casos destaca-se a aplicação do princípio da proporcionalidade, ou de forma mais específica do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, que para a solução de conflitos entre normas constitucionais é “o mais justo ou equilibrado” (MENDES, 2008, p. 114).

Neste diapasão, a concordância prática busca a otimização entre direitos e valores em disputa, fazendo com que haja uma ordenação proporcional dos valores constitucionais em conflito. Nas palavras de Gilmar Mendes, este princípio:

Consiste, essencialmente, numa recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, em se

¹² Um exemplo prático de utilização deste princípio é afirmando por Gilmar Mendes, Ministro do Superior Tribunal Federal conforme disposição: “O princípio da concordância prática é um vetor hermenêutico de grande alcance e dos mais utilizados nas cortes constitucionais, inclusive em nosso STF” (2008, p. 115).



deparando com situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum”(2008, p. 114).

Assim, o princípio da concordância prática como um vetor hermenêutico, irá possibilitar ao intérprete ponderar valores e direitos, sempre buscando a aplicação de forma simultânea e compatibilizada de normas, evitando-se a prevalência absoluta de um valor sobre o outro.

O segundo critério de solução consiste no princípio da dimensão de peso e importância, apontado por Ronald Dworkin (1977 *apud* ESPÍNOLA, 1999, p.65), afirmando que os princípios “possuem uma dimensão que não é própria das regras jurídicas: a dimensão do peso ou importância. Assim, quando se entrecruzam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles”.

Neste sentido, atendo-se ao fato de que na ponderação de valores constitucionais deve-se buscar uma aplicação de forma simultânea e compatibilizada destes, de maneira a evitar a prevalência absoluta de um valor sobre o outro, faz-se necessário para isto, levar em consideração o peso relativo de cada um deles, como alhures apontado. Pode-se perguntar: Qual seria o princípio que apresenta uma maior dimensão de peso e importância, a liberdade de expressão das empresas publicitárias ou a defesa de direitos fundamentais da criança e do adolescente? O que seria mais correto constitucional e principiologicamente falando, quando se tem um público marcado pela vulnerabilidade? Deve-se vedar totalmente a publicidade de determinados produtos, como foi feito com os derivados do tabaco, ou apenas regulamentar, de forma a evitar atitudes abusivas na publicidade que ofenda os direitos da criança ou do adolescente?

Essa necessidade de aplicação de todo esse instrumental supracitado de solução de conflitos deve-se ao fato de que a Carta Constitucional não previu, explicitamente, que a liberdade de expressão possa ser limitada por leis destinadas a proteger a juventude. Entretanto, nas palavras de Gilmar Mendes:

Isso não impede que, no Brasil, sejam editadas leis, com o fito de preservar valores relevantes da juventude, restringindo a liberdade de expressão. Isso porque não são apenas aqueles bens jurídicos mencionados expressamente pelo constituinte (como a vida privada, a intimidade, a honra e a imagem) que operam como limites à liberdade de expressão. Qualquer outro valor abrigado pela Constituição pode entrar em conflito com essa liberdade, reclamando sopesamento, para



que, atendendo ao critério da proporcionalidade, descubra-se, em cada grupo de casos, qual princípio deve sobrelevar (2008, p. 367).

Assim sendo, inclui-se dentre estes valores a garantia da defesa dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana da criança e do adolescente, que por sua própria condição de vulnerabilidade, diante dos inúmeros instrumentos de persuasão utilizados pelos publicitários, e diversas consequências físicas, psíquicas e morais, já mencionadas, devem tais valores ser obrigatoriamente respeitados, contudo, em conciliação com a liberdade de expressão da empresas publicitárias.

Reforçando a amplitude da dimensão de peso e importância dos direitos da criança e do adolescente e a necessidade de sua proteção, temos as palavras de Gilmar Mendes afirmando que:

Resulta dessa fórmula constitucional, que o balanço dos interesses da liberdade de informação com o valor da dignidade do jovem e com o dever de protegê-los parte de uma necessária inclinação por estes últimos. Afinal, o próprio constituinte atribui-lhes ‘absoluta prioridade’. A liberdade de expressão, portanto, poderá sofrer recuo quando seu conteúdo puser em risco uma educação democrática, livre de ódios preconceituosos e fundada no superior valor intrínseco de todo ser humano (2008, p. 368).

Da mesma forma que a liberdade de expressão tem suas limitações constitucionais, devendo o art. 220 da CF/88 ser utilizado observando-se o disposto no art. 5º, incisos IV, V, X, XIII, XIV, com vistas a conferir melhor aplicabilidade e preservação de valores constitucionais, torna-se indubitável a possibilidade de regulamentação para a garantia do melhor interesse do menor, nesse contexto de exploração comercial.

Porém a restrição da publicidade infanto-juvenil não pode ser total, a exemplo do pretendido pela Lei 5.921/10. Deve-se haver um sopesamento de forma a evitar o afastamento total de um interesse em detrimento do outro, aplicando-se a restrição parcial, como a adotada em países como antes mencionado. As consequências negativas que a publicidade pode causar aos jovens não se justificam quando se tem ao alcance o recurso da regulamentação, minimizando os já discutidos efeitos maléficos, e possibilitando a harmonia dos referidos princípios.



6 CONCLUSÕES

Do exposto, observa-se indubitavelmente a necessidade da regulamentação pelo poder público das propagandas destinadas ao público infanto-juvenil. Esse controle deverá ser realizado através de uma legislação específica e de um órgão público dotado de poderes fiscalizatório e repressivo, possibilitando um controle prévio e posterior das referidas comunicações mercadológicas.

Assim, tal limitação deverá ser realizada caso a caso, a partir da análise da publicidade em concreto. Não devendo haver a proibição total de forma abstrata (em lei), assegurando a liberdade de expressão das empresas publicitárias, como também o melhor interesse das crianças e dos adolescentes, observando, para tanto, a ponderação de direitos fundamentais que o caso exige.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues et al. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2010.

AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. **A publicidade e a proteção do consumidor infanto-juvenil**: breve denúncia da violação de garantias. Disponível em: <http://www.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/biblioteca/artigos/publicidade_protecao_affornalli.pdf>. Acesso em: 15 maio 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DWORKIN, Ronald *apud* ESPÍNOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GONÇALVES, Tamara Amoroso. **A publicidade dirigida a crianças e a formação de valores**. Disponível em: < http://www.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/artigo%20tamara>. Acesso em: 15 maio 2010.



HARTUNG, Affonso Duarte. **A proibição legal da publicidade dirigida à criança no Brasil**. Disponível em: <http://www.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/biblioteca/artigos/Proibicao_publicidade_infantil_PHartung.pdf>. Acesso em: 15 maio 2010.

HAULY, Luiz Carlos. **Publicidade infanto-juvenil**: um polêmico projeto. Brasília: Centro de Documentação e Informação Coordenação de Publicações da Câmara dos Deputados, 2009.

HIPÓLITO, Maurício. **Debate acerca do controle jurídico-legislativo do meio publicitário comercial destinado ao público infantil**. Disponível em: <http://www.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/biblioteca/artigos/artigo_mauricio_hipolito.PDF>. Acesso em: 15 maio 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

LIMA, George Marmelstein. 2001 **"Hierarquia entre princípios e a colisão de normas constitucionais"**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2625>>. Acesso em: 12 jun. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TAVARES, José de Farias. **Direito da infância e da juventude**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.



JUVENILE PUBLICITY IN BRAZIL: THE NEED FOR BALANCING OF INTERESTS IN LEGAL-LEGISLATIVE CONTROL

ABSTRACT

The discussion about Juvenile Publicity is recent. However, in spite of this, those interested in protecting the rights of children and adolescents have positioned themselves against the theme, suing for an effective process of regulation of such advertisements, in order to avoid abuse by managers. Children and teens while developing humans, appear as vulnerable who need of special protection in order to keep them away from any obstacle that might ease their full physical, moral and social growth. In contrast, there are advertisers who use persuasive means to attract and make them consumers of their products and services. The Draft Law nº 5.921/01 appears in legislative in order to totally prohibit the advertising to promote the sale of children's products. Does that restrict or prohibit commercials aimed at children is constitutional and consistent with the protection of expression freedom? Could this freedom suffer objections in constitutional order of 1988?

Keywords: Advertising juvenile. Doctrine of Integral Protection. Principle of Proportionality



ADOÇÃO HOMOAFETIVA SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Rafaela Furtado Nogueira

Acadêmica do 11º Período da UFRN

Mariana de Siqueira

Professora orientadora

RESUMO

O presente artigo aborda a questão da adoção no âmbito das uniões homoafetivas, sob o aspecto da garantia dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e da não-discriminação. Os Tribunais brasileiros vêm atribuindo às uniões homoafetivas, marcadas pela convivência pública, duradoura, contínua e com o objetivo de constituir família, o mesmo tratamento conferido pelo ordenamento jurídico às uniões estáveis. Por consequência, o reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, tem permitido a adoção por esses casais. Na análise dessas adoções o que deve ser levado em consideração são as reais vantagens que estas trarão para o adotando, destacando nesse contexto o melhor interesse da criança e do adolescente, sua proteção integral e o direito à convivência familiar. O tema é bastante complexo e controverso, merecendo ser tratado com a seriedade e com a profundidade científica que a problemática impõe. É preciso que os preconceitos sejam deixados de lado e que a orientação sexual, por si só, não constitua obstáculo para o deferimento da adoção. Permitir a adoção aos casais homossexuais é assegurar que mais crianças e adolescentes, abandonados nas ruas ou em abrigos, possam ser inseridos em famílias, nas quais tenham

afeto, amor e respeito.

Palavras-chave: Adoção. Uniões Homoafetivas. Dignidade da Pessoa Humana. Melhor interesse da criança e do adolescente.

1 INTRODUÇÃO

A adoção nas relações homoafetivas é um tema que desperta bastante polêmica e que tem sido objeto de instigantes debates e estudos pelos operadores do direito, decorrência principal das grandes transformações ocorridas no âmbito do Direito das Famílias.

A discussão sobre o assunto deve ser encarada com seriedade e com rigor científico, visto que o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, e, por via de conseqüência, a concessão do direito de adoção em conjunto a casais homossexuais, trazem reflexos importantes para toda a sociedade e uma reestruturação no conceito de família.

O estudo é feito sob dois ângulos. Aprecia-se, inicialmente, a condição jurídica do indivíduo no ordenamento jurídico brasileiro em face dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da não-discriminação e do direito à paternidade e maternidade.

A outra face dessa análise é a importância da adoção por casais homossexuais para garantir que mais crianças e adolescentes possam usufruir de uma família, independentemente de sua estrutura, já que o que realmente é relevante saber é se os futuros pais são capazes de proporcionar ao adotando um ambiente saudável e harmônico para um melhor desenvolvimento de sua personalidade.

Portanto, o importante é que prevaleça sempre o melhor interesse da criança e do adolescente, que não podem continuar esquecidos em abrigos ou abandonados nas ruas sem o devido carinho e atenção, sendo prejudicados no desenvolvimento de sua personalidade, em virtude de critérios injustos, discriminatórios e inconstitucionais, como o da orientação sexual dos adotantes.

A batalha contra o preconceito é dura e injusta, mas precisa ser enfrentada e superada no País, para que este possa proporcionar a todos os seus cidadãos o direito de ser feliz, independentemente de suas opções pessoais.

2 ENTIDADES FAMILIARES

A família na estrutura em que hoje se apresenta, sofreu ao longo



de sua evolução a influência de várias civilizações e culturas. O conceito de entidade familiar foi se modificando e se alargando ao longo dos tempos, deixando de abarcar somente a família tradicional formada pelo casamento e composta por pai, mãe e filhos.

O princípio do pluralismo das entidades familiares diversificou os modelos de família, deixando as uniões matrimoniais de serem reconhecidas como a única base da sociedade. Novos arranjos familiares foram se formando, tendo como elo principal o afeto e o comprometimento mútuo.

Segundo Farias e Rosenthal (2010, p. 6):

Outrossim, deixando a família de ser compreendida como núcleo econômico e reprodutivo (entidade de produção), avança-se para uma compreensão socioafetiva (como expressão de uma unidade de afeto e entreajuda), e surgem, naturalmente, novas representações sociais, novos arranjos familiares. Abandona-se o casamento como ponto referencial necessário, para buscar a proteção e o desenvolvimento da personalidade do homem. É a busca da dignidade humana, sobrepujando valores meramente patrimoniais.

O enfoque moderno dado às entidades familiares prioriza os vínculos afetivos e não os sanguíneos. O laço que une as entidades familiares é o amor e o afeto, o que faz com que o objetivo maior dessa família seja a busca pela felicidade e a realização pessoal, independentemente da opção sexual e do modelo familiar adotado.

A preocupação central do ordenamento jurídico é com a pessoa humana e com o desenvolvimento de sua personalidade, para cuja concretização devem convergir todas as normas de direito positivo, em especial aquelas que disciplinam o Direito de Família, por tratarem das relações mais íntimas e intensas do indivíduo.

As mudanças na legislação brasileira permitiram avanços importantes no reconhecimento de novas entidades familiares e no disciplinamento mais condizente e coerente com a sociedade moderna. Aspectos relevantes merecem ser destacados nesse processo de evolução, tais como: a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges e companheiros, fim da diferenciação entre filhos legítimos e ilegítimos, princípio da paternidade responsável, reconhecimento dos laços socioafetivos, rompimento da premissa de que o casamento é o único instituto formador e legitimador da família.

O ordenamento jurídico brasileiro caminha no sentido de reconhecer e ampliar novas formas de estruturação da entidade familiar. As alterações na legislação são necessárias para uma efetiva proteção da família, sendo im-



prescindível que o legislador esteja atento e acompanhe as mudanças sociais.

Campos (2008, p.53) destaca que a família, nesse novo contexto de mudanças:

(...) ganhou contorno eudomonista, deixando de ser matrimonial, heterossexual, patriarcal e com intuito procriatório, para ser o centro de realização das pessoas, passando a desempenhar uma importante função social dentro do Estado, pois, como comunhão de afeto, amor e felicidade, é essencial para o desenvolvimento da personalidade das pessoas e para a concretização da dignidade humana.

Desse modo, atualmente a entidade familiar está sendo repensada de forma a acompanhar o processo natural de desenvolvimento e evolução da sociedade brasileira, tendo como ponto principal a ser levado em consideração em todo esse ambiente de mudanças, o princípio da dignidade humana.

3 ORIENTAÇÃO SEXUAL COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

Ao longo da história, os homossexuais foram vítimas de repúdio social, discriminações e intolerâncias, recebendo rotulações pejorativas e preconceituosas, chegando ao ponto de serem entendidos como anomalias.

As relações homossexuais por não se encaixarem no padrão aceito pela maioria da sociedade, e principalmente por serem rejeitadas fortemente pelas camadas sociais conservadoras e pela Igreja, sujeitam-se a todo tipo de preconceito e à falta de regulamentação jurídica.

Segundo Dias (2009, p. 29):

A discriminação contra homossexuais é uma história, universal, notória e inquestionável realidade social. As barreiras do preconceito, por sua vez, são ainda mais desafiantes: esmaecem a razão, quando não produzem rejeição sistemática e violência. O fato é que nenhum estado contemporâneo pode ignorar essa realidade cada vez mais transparente, pois não se trata de questão isolada ou frouxidão dos costumes, como querem os moralistas, e sim expressão da sexualidade que qualquer estado democrático tem o dever de respeitar.

O fato é que a sociedade não pode mais agir como se essa realidade



não existisse, renegando direitos a essa camada da população e tratando a homossexualidade como doença, anormalidade ou perversão. Todos têm direito de ser feliz, independentemente da opção sexual, devendo preponderar na vida comunitária o respeito e a aceitação pacífica das diferenças e das escolhas de cada um.

Diante de toda a evolução histórica e cultural ocorrida nacionalmente e mundialmente, bem como do surgimento de uma gama de direitos humanos e constitucionais, tal concepção preconceituosa e sem base científica não se harmoniza mais com a era contemporânea.

A Constituição Federal estabeleceu como objetivo fundamental do Estado Brasileiro a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Portanto, desrespeitar um ser humano, em função de sua orientação sexual, fere o princípio da dignidade da pessoa humana, base de um Estado Democrático de Direito.

Farias e Rosenvald (2010, p. 62) destacam que:

A partir do cerne constitucional da dignidade da pessoa humana (acobertado com o manto sagrado da igualdade substancial, da solidariedade e da liberdade), é possível fundar a base sólida e democrática para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana.

Muito se tem evoluído na luta contra o preconceito e discriminação contra os homossexuais. A sociedade tem se tornado mais tolerante nas últimas décadas e mudado a maneira de encarar as relações de pessoas do mesmo sexo, reflexo de uma mudança de valores e dos conceitos de moral e pudor, que faz com que a livre orientação sexual deixe de ser tratada como assunto proibido.

O Estado deve conferir proteção ao ser humano, independentemente de sua orientação sexual, buscando coibir condutas preconceituosas, discriminatórias e estigmatizantes, baseando-se nos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da intimidade, da não-discriminação, da solidariedade e da busca da felicidade.

Segundo Baranoski (2009, p. 51):

O Estado brasileiro deve garantir e efetivar os direitos fundamentais de seus cidadãos, independentemente da orientação sexual que possam ter sob pena de não ser considerado um Estado Democrático de Direito. A democracia impõe aos seus cidadãos o direito à liber-



dade de expressão; viver com dignidade; tratamento igualitário em deveres e direitos, e isto, diz respeito também, à liberdade de expressão da orientação sexual.

A sociedade, nessa linha de pensamento, começou a valorizar mais o afeto e o amor nas relações humanas e a orientação sexual passou a ser entendida por muitos como direito da personalidade do indivíduo, na qual pode ser exercida livremente, sem que para isso, tenha que enfrentar preconceitos e discriminações incoerentes e sem razões fundamentadas.

Campos (2008, p. 74) destaca que:

Entretanto, apesar de toda essa evolução da sociedade e do tema da sexualidade, ainda não se pode falar numa aceitação indiscriminada da homossexualidade. Não se nega que houve uma diminuição do preconceito e da opressão quanto às práticas homossexuais se comparado com o período medieval e moderno, mas não se pode fechar os olhos e fingir que os homossexuais vêm sendo tratados com isonomia em relação aos heterossexuais, pois diariamente se ouve falar de práticas discriminatórias e opressoras e até mesmo criminosas contra indivíduos homossexuais, o que somente comprova que estes ainda não conseguiram alcançar a sua verdadeira cidadania, em total afronta à grande maioria das constituições mundiais ditas democráticas e garantidoras dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Destarte, muito ainda há que ser feito para que alcance a verdadeira igualdade entre os heterossexuais e homossexuais, pois estes como seres humanos que são, têm o direito de buscar sua felicidade e de desenvolver livremente sua personalidade, incluindo aí sua orientação sexual, o que não se permite que esse fato autorize comportamentos discriminatórios e atentatórios aos seus direitos fundamentais.

4 UNIÃO HOMOAFETIVA

A Constituição Federal de 1988 reconheceu, diante das mudanças sociais e culturais da sociedade, a existência de relações afetivas fora do casamento, propiciando, assim, proteção jurídica às entidades familiares formadas por um dos pais e sua prole, bem como à união estável entre homem e mulher.

No entanto, essas formas de entidades familiares mencionadas



na legislação não esgotam as formas de convivência familiar existentes na sociedade. Não há como negar o reconhecimento aos relacionamentos, que mesmo sem a diversidade de sexo, preenchem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade.

Campos (2008, p. 53) estabelece que:

O princípio da pluralidade das formas de família, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, tem como enunciado que uma vez reconhecidos os requisitos essenciais da afetividade, da estabilidade e da ostensibilidade, qualquer entidade familiar, independentemente do casamento, do parentesco e do sexo dos sujeitos envolvidos, deve vir a ser reconhecida pelo ordenamento jurídico como legítima e apta à proteção do Estado.

No âmbito da legislação pátria, o casamento, bem como a união estável, possui como requisito de existência jurídica a diversidade de sexo. Apesar dessa exigência, a evolução da sociedade caminha para regularização das uniões homoafetivas, tomando por base os princípios da igualdade, da liberdade, da afetividade, do pluralismo das entidades familiares e da não discriminação.

Não há como, na sociedade atual, fundada na idéia de dignidade da pessoa humana e de concretização dos direitos da personalidade, continuar negando juridicamente as uniões homoafetivas, em virtude de preconceito e intolerância.

De acordo com Dias (2010, p. 200):

Ainda que tenha se omitido o legislador de referir-se às uniões homoafetivas, não há como deixá-las de fora do atual conceito de família. Passando duas pessoas ligadas por um vínculo afetivo a manter relação duradoura, pública e contínua, como se casados fossem, formam um núcleo familiar à semelhança do casamento, independentemente do sexo a que pertencem. A única diferença que essa convivência guarda com a união estável entre um homem e uma mulher é a inexistência da possibilidade de gerar filhos. Tal circunstância, por óbvio, não serve de fundamento para a diferenciação levada a efeito. Como a capacidade procriativa ou a vontade de ter prole não são elementos essenciais para que se empreste proteção legal a um par, é de reconhecer-se a incompatibilidade da regra com o preceito igualitário, que dispõe de um espectro maior. O argumento de que



à entidade familiar denominada de união estável o legislador constitucional impôs o requisito da diversidade de sexo é insuficiente para concluir que vínculos afetivos estabelecidos entre pessoas do mesmo sexo devam ser ignorados ou não possam ser protegidos.

Realmente, se o artigo 226 da Constituição Federal de 1988 for interpretado de uma forma literal, chegar-se-á à conclusão de que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece apenas as entidades familiares advindas do casamento, de uma união estável ou da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Porém, esta não é a interpretação mais adequada para se extrair o real significado das normas constitucionais, as quais devem ser harmonizadas com os demais princípios e regras que formam o conjunto constitucional.

A hermenêutica jurídica moderna estabelece que não se deve interpretar um dispositivo normativo de uma forma isolada ou utilizando apenas um método interpretativo. É importante que a interpretação seja baseada em todo o ordenamento jurídico e nos princípios constitucionais, de forma a alcançar a solução mais justa, razoável e condizente e dar a máxima efetividade aos direitos fundamentais consagrados no corpo da Constituição Federal.

Nesse sentido, dispõe Campos (2008, p. 54):

Assim sendo, de acordo com a nova interpretação constitucional, o artigo 226 da Constituição Federal Brasileira, na realidade, trata-se de uma norma de inclusão que, conforme o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da afetividade, reconhece toda e qualquer forma de entidade familiar que preencha os requisitos acima supracitados, porquanto não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que a integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana.

Portanto, a interpretação que garante a inclusão de todas as formas de entidades familiares deve ser privilegiada pelo fato de conferir maior efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana. Até porque um Estado que se diz Democrático de Direito e que preza pela igualdade de seus membros, não pode coibir e limitar qualquer tipo de união fundamentada no afeto, visto que toda pessoa tem o direito de construir e manter vínculos familiares sem sofrer nenhuma forma de discriminação.



A homossexualidade é um fato social que se perpetuou através dos tempos, não podendo o judiciário se omitir de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, embasadas pelo afeto, assumem feição de família. Nesse sentido, a sociedade precisa amadurecer para aceitar o diferente e respeitar o próximo, pois marginalizar essas relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Há ainda muita divergência na doutrina e na jurisprudência a respeito do tema. Existe uma parcela de doutrinadores e julgadores que preferem enquadrar o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo como sociedades de fato, visualizando exclusivamente um vínculo negocial e negando, como consequência, a relação afetiva existente.

Segundo Dias (2010, p. 201):

Nitidamente preconceituosa a analogia feita. Procura mudar a origem do vínculo, que é um elo de afetividade e não uma obrigação negocial de bens e serviços para o exercício de atividade econômica. Os resultados são desastrosos. Chamar as uniões de pessoas do mesmo sexo de sociedade de fato, e não de união estável, leva à sua inserção no direito obrigacional, com conseqüente alijamento do manto protetivo do direito das famílias, o que acaba por afastar os direitos sucessórios.

Entretanto, muitas decisões apontam no sentido de reconhecer as uniões homoafetivas como entidades familiares, dando-lhe a condição de união estável. Essa é a tendência nos Tribunais que, cada vez mais, utilizam-se da hermenêutica jurídica e dos princípios constitucionais, para conferir juridicidade às relações homoafetivas.

Portanto, ao ser demonstrada a convivência pública, contínua e duradoura entre duas pessoas do mesmo sexo, estabelecida com o objetivo de constituição de família, haverá, por consequência, o reconhecimento de tal união como entidade familiar, com a respectiva atribuição dos efeitos jurídicos dela advindos.

O reconhecimento de uniões homoafetivas como entidades familiares se ampara na ausência de norma específica sobre o assunto, seja para regulamentar, seja para vedar tal estrutura familiar. Por não haver lei regulamentando a matéria, deve-se buscar, na omissão da lei, a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito, de acordo com o disposto nos arts. 4º da LICC e 126 do CPC.

Em face da falta de regulamentação, as uniões homoafetivas ficam marginalizadas e excluídas do sistema jurídico, como se não existissem. Porém,



a falta de lei não significa inexistência de direitos e nem pressupõe que não merecem tutela jurídica.

Na falta de iniciativa por parte dos parlamentares em regulamentar a questão com a devida seriedade que o tema sugere, o Poder Judiciário tomou a frente para começar a reconhecer as uniões das pessoas de mesmo sexo. Dessa forma, cabe ao Judiciário, através de seus operadores, a missão de dar efetividade à aplicação dos direitos fundamentais, dentre eles o da dignidade da pessoa humana e o da igualdade.

Campos (2008, p. 79) relata que:

Não é coerente num país que se declara democrático, defensor dos direitos humanos e que traz como fundamento a dignidade da pessoa humana, de onde se irradiam os princípios constitucionais da igualdade e da liberdade, aceitar atos discriminatórios como estes que vêm perseguindo a população homossexual do País, a quem é negado diariamente o direito subjetivo de externar e de exercer com total liberdade sua orientação sexual, usando como fundamento o simples fato da omissão legislativa, quando se sabe que existem normas maiores, inclusive fundantes de todo o ordenamento jurídico brasileiro, que garantem a liberdade de orientação sexual como parte integrante da personalidade da pessoa humana.

Logo, em nome do princípio da dignidade da pessoa humana e da busca por uma sociedade justa, livre e solidária, não há como não proteger os cidadãos homossexuais em suas relações afetivas, pois, caso contrário, estar-se-ia negando-lhes o direito à própria existência, uma vez que a orientação sexual é elemento essencial do ser e formadora da personalidade de cada indivíduo.

Aos poucos os preconceitos vão sendo derrubados, ainda que o processo de conscientização seja lento. É preciso que a sociedade, como um todo, participe ativamente e conjuntamente do processo de evolução, pois somente assim se contribuirá para o crescimento e desenvolvimento de uma sociedade mais justa e igualitária, na qual as pessoas não são julgadas e marginalizadas em virtude de sua orientação sexual.

5 INSTITUTO DA ADOÇÃO

A adoção é um instituto jurídico que tem como finalidade principal inserir crianças e adolescentes em lares substitutos, possibilitando-lhes a efeti-



vação do direito fundamental à convivência familiar de forma saudável e digna. Segundo Diniz (2010, p. 436):

A adoção é o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha.

O instituto da adoção possui uma importante função social ao possibilitar que crianças e adolescentes sejam acolhidos em famílias, nas quais possam receber o carinho, o amor e o cuidado que necessitam. A adoção garante a concretização dos direitos básicos dos jovens, tais como, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à liberdade, à dignidade e à convivência familiar.

De acordo com Vecchiatti (2008, p. 534):

É dever do Estado garantir à criança e ao adolescente uma criação condigna, que lhes garanta o desenvolvimento de todas as suas aptidões, em um ambiente de amor, solidariedade, respeito, confiança e todos os valores que configurem uma vida digna. É por isso que se diz que o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro concede o princípio da integral proteção do menor, justamente por visar salvaguardá-lo de todo e qualquer mal em sua criação. Ora, se é dever do Estado garantir a integral proteção do menor, para que ele tenha um desenvolvimento completo, então é seu dever garantir a ele que possa ser adotado quando não dispuser de nenhum familiar consanguíneo vivo ou que não esteja apto a desenvolver tal função. Ou seja, não sendo possível a manutenção da criança ou do adolescente em sua família consanguínea (que constitui a preferência do legislador), é imperiosa a sua colocação em um lar substituto, onde receba o amor, o respeito e a solidariedade indispensável à criação de uma pessoa humana.

O Estado tem o dever de implementar políticas públicas que visem garantir os direitos dos menores e de facilitar e desburocratizar o instituto da adoção para que mais crianças e adolescentes possam ter a oportunidade de serem acolhidos por famílias substitutas, onde recebam amor, respeito e solidariedade.

O enfoque moderno da adoção faz com que atualmente esta não



seja vista como a solução para os casais que não podem ter filhos, e sim, seja entendida como uma forma de garantir o desenvolvimento sadio de um menor em uma família substituta. A adoção é um ato de amor e é preciso que os adotantes tenham a consciência da responsabilidade e de seu papel como formador da personalidade de uma criança ou adolescente. Tudo o que esses menores abandonados e em abrigos esperam é o direito de terem uma família no interior das quais sejam amados e respeitados.

Para Farias e Rosenvald (2010, p. 913):

Contemporaneamente, a adoção está assentada na idéia de se oportunizar a uma pessoa humana a inserção em núcleo familiar, com a sua integração efetiva e plena, de modo a assegurar a sua dignidade, atendendo às suas necessidades de desenvolvimento da personalidade, inclusive pelo prisma psíquico, educacional e afetivo. Desaparece, pois, a falsa idéia da adoção como um remédio destinado a dar um filho para quem, biologicamente, não conseguiu procriar. Não se trata de uma solução para a esterilidade ou para solidão. Tampouco é forma de amparar filhos privados de arrimo por seus pais biológicos.

Vale destacar, que a adoção é medida excepcional, devendo buscar prioritariamente a manutenção do menor na sua família natural. O objetivo maior é avaliar se a adoção realmente trará benefícios para o adotando, fundada tal análise nos princípios da proteção integral e do melhor interesse do menor.

6 ADOÇÃO HOMOAFETIVA

Havendo possibilidade de reconhecimento da união formada por duas pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, sendo atribuído a estas uniões públicas, duradouras, contínuas e com o objetivo de constituir família, o mesmo tratamento conferido às uniões estáveis, é de se permitir, pelos mesmos princípios fundamentais, a adoção homoafetiva, hipótese que, igualmente, não encontra expressa vedação legal.

Para analisar a questão da adoção por homossexuais, dois enfoques podem ser estabelecidos: adoção realizada individualmente por homossexual e adoção conjunta por casal homossexual.

O Estatuto da criança e do adolescente estabelece que qualquer pessoa civilmente capaz pode adotar, independentemente de seu estado civil,



não havendo nenhuma restrição quanto à orientação sexual. O que determina a adoção é o fato da pessoa revelar condições adequadas para cuidar do menor, e não o fato de ser homossexual ou heterossexual.

Com relação à adoção individual por homossexual, a doutrina e a jurisprudência são pacíficas no sentido de entender possível sua ocorrência, inclusive citando a permissão do Estatuto que confere o direito de adoção a todo cidadão que preencha os requisitos legais, não estando entre eles, qualquer tipo de restrição em razão de sua orientação sexual.

Gonçalves destaca (2010, p. 372) que “esta vem sendo admitida, mediante cuidadoso estudo psicossocial por equipe interdisciplinar que possa identificar o melhor interesse do adotando.”

Para Marques (2005, p. 115), a adoção individual por homossexual é plenamente admissível.

Podemos afirmar que é possível sua realização, desde que, o adotante preencha todos os requisitos legais, assim como também, tenha recebido um parecer favorável, após o estágio de convivência.

O parecer favorável à adoção, realizada por uma equipe técnica especializada, não pode ser ignorado pelo juiz, por razões, tão-só, preconceituosas. Esse argumento discriminatório pode se verificar, em razão da identidade sexual homossexual do adotante. Caso isso ocorra, estar-se-á afrontando, tanto a dignidade humana do menor, que tem a garantia à convivência familiar, quanto a do adotante, que tem o direito de não sofrer discriminação em razão de sua orientação sexual.

Desse modo, igualmente como acontece com qualquer pessoa, o homossexual passará por uma análise psicossocial, baseada em critérios objetivos e sem cunho discriminatório, para que seja averiguada se no caso concreto haverá reais vantagens para o menor.

Campos (2008, p. 97) esclarece que a orientação sexual não deve ser o fator determinante para o deferimento ou não da adoção.

Dessa forma, a adoção, como instrumento de amor e afeto e meio de concretização do princípio da igualdade, da máxima proteção do menor e da dignidade da pessoa humana, não pode ser cerceada a uma pequena parcela da sociedade, considerada minoria, apenas levando em consideração a sua orientação sexual, pois caso assim seja, estar-se-ia negando o próprio Estado Democrático de Direito.



O direito à paternidade ou maternidade é um direito da personalidade, razão pela qual os homossexuais, seres humanos que são, podem exercê-lo livremente e de forma isonômica em relação aos heterossexuais, pois, do contrário, haveria ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Porém com relação à adoção conjunta por casal homossexual, já se percebe uma maior resistência na doutrina, na jurisprudência e na sociedade em geral. Em virtude desse fato, muitos casais homossexuais utilizam do subterfúgio, preferindo adotar individualmente um menor, para evitar o indeferimento da adoção conjunta.

Dias (2009, p. 217) destaca o problema gerado na adoção somente por um do par:

A dificuldade em admitir a homoparentalidade sempre foi tão grande que os casais sequer se habilitavam à adoção. Mesmo quando a decisão de adotar era de ambos, a forma encontrada para contornar a resistência era somente um do par se candidatar, não se identificando como homossexual. Obtida a adoção, o filho passa a conviver com o parceiro do adotante, que exerce também as funções parentais. No entanto, mesmo tendo dois pais, por ter sido adotado somente por um, o filho desfruta do direito de alimentos, benefícios de cunho previdenciário ou sucessório, exclusivamente com relação ao adotante. Assim, quando da separação dos parceiros, ou se ocorrer a morte do que não é legalmente o genitor, não pode o filho pleitear qualquer direito daquele que também reconhece como verdadeiramente sendo seu pai ou sua mãe. E mais: falecendo o adotante, o adotado resta órfão, não havendo qualquer vínculo com quem não é o pai ou a mãe registral. Essas circunstâncias acarretam injustificáveis prejuízos. Não admitir a adoção pelo casal só vem em desfavor da criança, principalmente quanto aos aspectos assistenciais e patrimoniais.

Portanto, resta claro o prejuízo para a criança ou adolescente na situação ocasionada pela adoção individual por uma das pessoas do casal, como forma de fugir do preconceito. De forma paradoxal, a finalidade protetiva visada pela legislação para resguardar e preservar o menor, acaba, nesses casos, subtraindo-lhe direitos que de fato possui.

Vale ressaltar que não há vedação legal que impeça a adoção por



casais homossexuais, fato que permite que esta ocorra para garantir, de um lado o direito das crianças e dos adolescentes à convivência familiar, do outro o direito dos casais homossexuais à paternidade\maternidade e à dignidade da pessoa humana.

Campos (2008, p. 101) acredita que:

Logo, como no Direito, em nome do princípio da legalidade, o que não é proibido é permitido, demonstrar-se-á, de acordo com os princípios constitucionais brasileiros, que não há como negar às entidades familiares homoafetivas o direito maior de exercer a paternidade/maternidade, bem como não há como negar às crianças do Brasil o direito básico à felicidade e a uma convivência familiar harmônica e saudável, apenas imbuído de antigos preconceitos sexuais, que insistem em discriminar as pessoas pela sua orientação sexual.

Farias e Rosenthal (2010, p. 67) também entendem ser possível a adoção por casais em uniões homoafetivas:

Por igual, entendemos absolutamente cabível a adoção pelo par homossexual, em face da ausência de impedimento constitucional. Exatamente por isso, o art. 1622 do Código Civil não pode ter o condão de limitar a adoção conjunta apenas para pessoas que vivam em casamento ou união estável. A partir da interpretação do art. 227, em especial de seus §§ 5º e 6º da Lex Mater, há abertura suficiente para que a adoção seja deferida, conjuntamente, a casais homossexuais que vivam estavelmente, como entidade familiar. O fundamento a ser perseguido para o deferimento, ou não, da adoção será, certamente, o melhor interesse da criança ou do adolescente. Respeitadas a proteção integral e a prioridade absoluta infanto-juvenil, poderá ser deferida a adoção, conjunta ou individualmente, a quem representar vantagens concretas e reais para o menor, independentemente da orientação sexual.

Não se pode negar que a regulamentação e a aceitação da adoção por casais homossexuais é uma tendência natural da comunidade jurídica. Nesse sentido, vem se posicionando os Tribunais, inclusive o Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão de suma importância, sinalizando para uma linha



de pensamento a favor da adoção homoafetiva.¹

Com as decisões recentes dos vários tribunais do País no sentido de conferir às uniões homoafetivas a condição de união estável, atribuindo-lhes todos os efeitos pertinentes a essa condição jurídica, bem como no sentido de permitir a adoção homoafetiva, a regulamentação legal dessas situações é uma questão de tempo. É importante destacar que o que se deve levar em consideração em um processo adotivo não é opção sexual de cada indivíduo, e sim a aptidão do casal em criar de forma adequada o menor, proporcionando-lhe um ambiente familiar saudável e equilibrado.

Os que são contra a adoção por casais homossexuais defendem que a convivência poderia gerar conseqüências de ordem comportamental ou na identidade sexual das crianças e dos adolescentes, alegando, inclusive, que o ambiente proporcionado nesse lar poderia comprometer a formação e o caráter desses jovens que estão em fase de desenvolvimento. Além disso, argumentam que não há regulamentação expressa permitindo essa situação.

Resta evidente a atitude preconceituosa e discriminatória desse posicionamento. Do mesmo modo, a falta de lei nunca foi motivo para a Justiça deixar de julgar ou de fazer justiça. A omissão do legislador não serve de fundamento para deixar de reconhecer a existência de direitos. Portanto, esses fundamentos não resistem a uma análise mais profunda e acurada sobre o assunto.

De acordo com Dias (2009, p. 218):

A preocupação quanto ao sadio desenvolvimento do adotado é o ponto que mais suscita dúvidas para ser aceita a adoção por um indivíduo ou por um par homossexual. Os conservadores de plantão sustentam que a ausência de referenciais de ambos os gêneros pode eventualmente tornar confusa a própria identidade sexual, havendo o risco de o filho tornar-se homossexual. Também é motivo de apreensão a possibilidade de a criança ser alvo de repúdio no meio que freqüenta, ou vítima de discriminação por parte de colegas e vizinhos, o que poderia acarretar-lhe perturbações de ordem psíquica. Tais dúvidas são afastadas com segurança por quem se debruça no estudo das famílias com essa conformação. (...) As evidências apresentadas pelas pesquisas não permitem vislumbrar a possibilidade

¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp nº 889.852/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 27/04/2010, Dje 10/08/2010. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2010.



de de ocorrência de distúrbios ou desvios de conduta pelo fato de alguém ter dois pais ou duas mães.

Os estudos especializados não indicam qualquer inconveniente em que crianças e adolescentes sejam adotados por casais homossexuais, importando muito mais a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridos. É preciso afastar de vez os preconceitos, as discriminações e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de defesa do melhor interesse das crianças e dos adolescentes.

Farias e Rosenvald (2010, p. 926) destacam que:

Registre-se, inclusive, a inexistência de qualquer prejuízo à formação da criança ou adolescente por conta de uma suposta influência na condição homossexual, como vem sendo consolidado pelos estudos e pesquisas da Psicologia contemporânea. Até porque não se pode esquecer que a orientação sexual dos pais não vincula o filho. O que revela, no ponto, é a salvaguarda do interesse infanto-juvenil, respeitada a dignidade e ambiente propício à convivência familiar.

Enfim, o aspecto prioritário para a decisão de um processo de adoção, é analisar se o adotante reúne certas características, tais como: equilíbrio emocional, estabilidade profissional, maturidade, disponibilidade afetiva para educar e criar uma criança, capacidade para amar, consciência do papel que irá desempenhar e ambiente familiar saudável.

Segundo Dias (2010, p. 492):

Na esfera dos avanços jurídicos-científicos em torno da homossexualidade e das uniões homoafetivas, não perceber a viabilidade de ser deferido pedido de adoção de um menor a dois conviventes do mesmo sexo demonstra preconceito ou, no mínimo, falta de informações adequadas sobre o atual estágio de conhecimento. Não se pode esquecer tudo o que vem sendo construído, em sede doutrinária e jurisprudencial, sobre a identificação dos vínculos de parentalidade. A filiação socioafetiva sobrepõe-se a qualquer outra, quer biológica, quer legal. Negar a possibilidade do reconhecimento da filiação, quando os pais são do mesmo sexo, é uma forma cruel de discriminar e de punir.

Admitir a adoção homoafetiva implica em possibilitar que mais



crianças e adolescentes encontrem uma família que lhes dê afeto, amor e segurança, atendendo, assim, ao preceito constitucional de garantir a proteção integral das crianças e dos adolescentes. Sem dúvida nenhuma, a adoção homoafetiva trará efeitos muito mais benéficos para as crianças e adolescentes do que caso viessem a crescer sem lar e sem família, na indiferença e isolamento de um abrigo para menores ou nas ruas.

É preciso superar as barreiras do preconceito, da ignorância e da intolerância às diferenças, para que só então possa realmente o País ser entendido na sua acepção correta como um Estado Democrático de Direito.

7 CONCLUSÕES

Com a evolução da sociedade, novos arranjos familiares, fundamentados nos vínculos afetivos, foram se formando. A família atual, independentemente do modelo adotado, é merecedora de proteção jurídica e reflete um meio de satisfação e felicidade de seus membros.

Partindo do pressuposto de que o tratamento a ser conferido às uniões de pessoas do mesmo sexo, que convivem de forma duradoura, pública, contínua e com o intuito de constituir família, é o mesmo atribuído às uniões estáveis, resta razoável, como consequência, reconhecer a possibilidade de adoção por esses casais homossexuais.

A adoção por pessoas que vivem em uniões homoafetivas permite a esses casais o direito de exercer a paternidade ou maternidade, bem como garante o direito da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, essas adoções asseguram que crianças e adolescentes abandonadas nas ruas ou em abrigos institucionais possam ter uma família na qual recebam amor, afeto e respeito necessários para o seu pleno desenvolvimento.

O deferimento das adoções a casais homossexuais é uma tendência nos tribunais brasileiros, que após muita resistência, vêm se posicionando favorável a essa situação, uma vez que o importante a ser analisado no caso concreto é o melhor interesse do menor. Esse posicionamento do Poder Judiciário faz com que a regulamentação das uniões homoafetivas, bem como da adoção por esses casais esteja próxima de ser concretizada. Na nova ordem constitucional não há mais espaço para preconceitos baseados na orientação sexual e nem para intolerâncias desarrazoadas e sem base científica.

REFERÊNCIAS

BARANOSKI, Maria Cristina Rauch. **As perspectivas da ampliação da cida-**



dania da criança e do adolescente e a adoção por pessoas em uniões homoafetivas. Ponta Grossa, 2009. Disponível em: <http://www.bicen-tede.uepg.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=462>. Acesso em: 10 out. 2010.

CAMPOS, Adriano Leitinho. **Famílias homoafetivas e adoção no âmbito do estado democrático de direito.** Fortaleza, 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/PesquisaObraForm.do?select_action=&co_autor=70199>. Acesso em: 13 out. 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **União homoafetiva: o preconceito & a justiça.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Vol. 5.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Cristiano. **Direito das Famílias.** 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Vol. VI.

MARQUES, Ana Paula Pereira. **União homoafetiva e sua proteção jurídica: um “novo” modelo de família.** Belém, 2005. Disponível em: <http://www.unama.br/mestrado/mestrado/mestradoDireito/dissertacoes/PDF/2005/mestrado_ana-paula-marques.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2010.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos.** São Paulo: Método, 2008.



HOMOAFFECTIVE ADOPTION UNDER THE VIEW OF FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT

This article addresses the question of adoption within the homoaffective unions, under the aspect of ensuring the principles of human dignity, equality, freedom and non-discrimination. The Brazilian courts have been attributing to homoaffective unions, marked by public coexistence, lasting, continuous, with the goal of family, the same legal treatment given by the stable unions. Consequently, the recognition of the union of same sex as the family, has allowed the adoption by these couples. In the analysis of these adoptions, which must be taken into consideration the real advantages that they bring to the adopted, highlighting in this context the best interests of children and adolescents, their full protection and the right to family life. The subject is very complex and controversial and deserve to be treated with the seriousness and the scientific depth that the problem requires. It is necessary that the prejudices are set aside and that sexual orientation alone does not constitute an obstacle to the acceptance of adoption. Allowing homosexual couples to adopt is to ensure that more children and adolescents, abandoned on the streets or in shelters, can be inserted in families, in which they have affection and love and respect.

Keywords: Adoption. Homoaffective relationships. Human dignity. Children and adolescents rights.



APLICAÇÃO DAS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO ARTIGO 475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NA EXECUÇÃO TRABALHISTA

André de Oliveira Gurgel

Acadêmico do Curso de Direito da UFRN

RESUMO

O processo civil passou por alterações substanciais nos últimos tempos, visando uma execução mais efetiva. Um dos pilares dessas reformas foi a EC n. 45/2004, que inseriu a garantia da duração razoável do processo, refletindo na dinâmica processual. A Lei n. 11.232/2005, baseada no paradigma da efetividade, instituiu o sincretismo processual, eliminando a necessidade de um processo autônomo para execução dos títulos judiciais. Além disso, acrescentou o artigo 475-J ao CPC, que simplificou a sistemática da execução civil e diminuiu os custos e a duração do processo. Por outro lado, a legislação processual trabalhista permaneceu praticamente inalterada. Seguindo essa ideia, o trabalho procura traçar um histórico das mudanças ocorridas no CPC, verificar a possibilidade de aplicação das normas do processo civil ao processo laboral e analisar as principais modificações promovidas e seus reflexos no processo do trabalho. O objetivo da pesquisa é examinar as alterações realizadas na execução civil, especialmente pelo artigo 475-J, e averiguar a possibilidade de incidência dessas normas na execução trabalhista, tornando-a mais efetiva. Para a elaboração do presente trabalho foi realizada pesquisa bibliográfica e consulta aos dispositivos legais e constitucionais pertinentes. O processo do trabalho destina-se a garantir ao trabalhador um processo célere e efetivo. Porém, sem o aperfeiço-

amento dos instrumentos processuais executivos, essa garantia resta prejudicada. Dessa forma, se as normas do processo comum forem aplicadas ao processo do trabalho, sua execução será mais efetiva e proporcionará ao trabalhador condições de vida mais dignas.

Palavras-chave: Artigo 475-J. Processo civil. Duração razoável do processo. Efetividade. Execução trabalhista.

“Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.
(Rui Barbosa)

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico e processual brasileiro sofreu intensas modificações com o objetivo de tornar mais célere a prestação jurisdicional e mais efetivo o processo. Essas mudanças alcançaram tanto o processo em si como a estrutura do Poder Judiciário.

Grande marco dessa reforma ocorreu com o advento da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, conhecida como Reforma do Poder Judiciário. A partir daí, o direito processual necessitou passar por uma remodelação, com o fim de se adaptar aos novos preceitos constitucionais e aos seus reflexos na dinâmica processual.

Pouco depois, foi a vez do direito processual civil passar por significativas transformações com a edição de várias leis, dentre as quais se destaca a Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005, chamada de Lei do Cumprimento de Sentença, que alterou o modelo de efetivação das sentenças civis condenatórias de maneira a não depender da inauguração de um processo autônomo de execução.

Surgiu, então, um novo modelo processual civil, no qual não está presente a clássica divisão entre o processo de conhecimento e o de execução, que passou a ter caráter meramente incidental, assemelhando-se ao modelo de execução trabalhista.

O presente trabalho tem por objetivo o exame das alterações perpetradas na execução civil, de maneira especial pelo artigo 475-J, e os reflexos no processo do trabalho, mais precisamente, na execução trabalhista.

Quase totalidade das sentenças proferidas na Justiça do Trabalho



diz respeito a condenações em obrigação de dar quantia certa, obrigando empresas a efetuar o pagamento de parcelas trabalhistas inadimplidas no curso do contrato de trabalho ou por motivo de sua rescisão. Desse modo, importante se mostra verificar a compatibilidade entre as novas normas do direito processual comum com a execução trabalhista.

Alguns dispositivos, se forem aplicados ao processo do trabalho, irão otimizá-lo, proporcionando maior celeridade à execução, momento bastante delicado para as partes litigantes e para o próprio Judiciário.

2 CONTEXTO HISTÓRICO

A maioria dos processualistas concordava com a necessidade de alteração do Código de Processo Civil (CPC), especialmente quanto ao ultrapassado modelo de execução dos títulos judiciais, que reclamava a instauração de um novo processo, a fim de que a tutela concedida fosse efetivamente cumprida.

Foi então que veio a Lei n. 11.232/2005, considerada a mais importante de uma série de reformas pelas quais o processo civil passou, objetivando fornecer maior agilidade e, como consequência, efetividade ao cumprimento das decisões judiciais.

Com efeito, a autonomia do processo de execução sempre foi palco de acirradas discussões doutrinárias.

Ainda influenciado pelas idéias de Liebman o Código de Processo Civil de 1973 se estrutura com base na dicotomia entre o processo de conhecimento e o processo de execução. De acordo com essa concepção clássica, as atividades jurisdicionais cognitivas e executórias seriam independentes entre si, no sentido de que a primeira não é necessariamente preliminar da segunda. (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 40)

Apesar das motivações de natureza histórica, prática e doutrinária para a autonomia do processo de execução, vários juristas, dentre eles o supracitado processualista, defendiam a adoção de um processo sincrético, em que atos executórios pudessem ser adotados na fase cognitiva. Assim, o processo seria único e composto por uma fase cognitiva e outra executiva.

Essa corrente sincrética argumenta que, ao condenar alguém ao cumprimento de uma prestação, o Estado-juiz ainda não teria exaurido o exercício da atividade jurisdicional, uma vez que só se completará quando o titular do direito estiver com o bem da vida pleiteado, o que só ocorreria com o cumprimento espontâneo da obrigação ou com a execução.



Teori Albino Zavascki observa que a

[...] repartição estanque das atividades jurisdicionais em demandas e processos separados (em “ações” distintas, segundo linguagem forense) não é imposição constitucional, nem decorrência necessária da natureza das coisas, nem exigência de ordem científica. Trata-se, simplesmente, de opção legislativa, visando a melhor atender aos dois grandes valores que dominam a formação dos modelos processuais: a segurança jurídica e a atividade da prestação jurisdicional do Estado. São notórias as dificuldades de atender simultânea e integralmente aos dois postulados. Não é de estranhar, assim, que o legislador, atento a novas circunstâncias e a novas exigências, promova alterações no modelo estabelecido, como ocorreu entre nós, na busca do seu aperfeiçoamento. (*apud* REIS, 2007, p. 209)

Nosso sistema processual civil havia adotado a tese da dicotomia entre execução e conhecimento. Contudo, a demora para a satisfação da obrigação provocou uma reforma gradual em direção ao sincretismo processual.

A Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994, é considerada o marco inicial dessa reforma, pois introduziu no ordenamento jurídico a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional no artigo 273 do CPC. Com isso, tornou-se possível ao jurisdicionado receber o bem da vida pleiteado antes mesmo do trânsito em julgado da sentença, desde que sejam preenchidos os requisitos legais.

Tal instituto foi o início da caminhada rumo ao processo sincrético, na medida em que permitiu a prática de atos executivos dentro do processo de conhecimento.

Depois, veio a Lei n. 10.444, de 7 de maio de 2002, a qual produziu alterações no cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer (artigo 461 do CPC) e de entrega de coisa (artigo 461-A do CPC).

As sentenças condenatórias nessas espécies de obrigações passaram a ser dotadas de executividade *lato sensu*, não mais necessitando de um processo autônomo para o cumprimento das decisões que condenem o devedor a fazer ou não fazer, ou a entregar coisa certa ou incerta. Assim, nasceu o processo sincrético, reunindo provimentos cognitivos e executórios.

No entanto, o sincretismo processual não atingiu as obrigações de pagar quantia certa, que representam grande parte das pretensões levadas ao Judiciário, sobretudo à Justiça do Trabalho.

Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45, que acrescentou o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal, foi assegurado



a todos, no âmbito judicial e administrativo, “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Isso fez com que o legislador infraconstitucional buscasse maior efetividade no cumprimento das decisões judiciais e simplificação do procedimento.

Então veio a Lei n. 11.232/2005, que promoveu alterações no Código de Processo Civil, com fundamento no princípio constitucional da duração razoável do processo. Essas alterações revelam importante avanço na efetividade do processo, adotando um procedimento mais célere, ágil e, por isso, menos oneroso para o Estado.

Nesse sentido, o processo moderno

[...] é sobretudo um instrumento de realização efetiva dos direitos subjetivos violados ou ameaçados. E de realização pronta, célere e pouco onerosa. Enfim, um processo a serviço de metas não apenas legais, mas, também, sociais e políticas. Um processo que, além de legal, seja sobretudo instrumento de justiça. Assim, o devido processo legal dos tempos de João Sem Terra tornou-se, em nossa época, o processo justo. (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 39)

Cumprir esclarecer que o processo autônomo de execução não desapareceu totalmente do ordenamento jurídico. Continua fundamental para a efetividade dos créditos provenientes de títulos executivos extrajudiciais e nas sentenças condenatórias proferidas fora do processo civil estatal (sentença penal condenatória, laudo arbitral, sentença estrangeira, acordo extrajudicial).

Tecidas essas considerações, importante se mostra a análise do princípio constitucional da duração razoável do processo e sua influência no direito processual.

3 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE DA DURAÇÃO DO PROCESSO

A Emenda Constitucional n. 45 adicionou um novo princípio fundamental no nosso sistema processual, estabelecendo que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Não se trata de uma novidade, pois havia sido albergado pelo nosso ordenamento jurídico por meio do artigo 8º, n. 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil através do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992.

O princípio ou garantia da razoável duração do processo foi motiva-



do pela constatação de que o sistema processual brasileiro, tanto no âmbito judicial quanto administrativo, padece de morosidade. Logo, deve ser observado tanto no processo administrativo, quanto nos mais diversos ramos do direito processual judicial (Civil, Penal, Trabalhista, etc.).

A partir desse princípio

[...] o nosso ordenamento jurídico passa a se preocupar não apenas com o acesso do cidadão ao Poder Judiciário, mas, também, que esse acesso seja célere, de modo a que o jurisdicionado e o administrado tenham a garantia fundamental de que o processo, judicial ou administrativo, em que figurem como parte, terá duração razoável em sua tramitação. (LEITE, 2009, p. 62)

O escopo do princípio é, pois, a efetividade da prestação jurisdicional, devendo o juiz aplicar todos os meios e medidas judiciais cabíveis para que o processo seja rápido e efetivo, entregando o bem da vida àquele que faz jus.

O mencionado princípio conduziu as alterações feitas no Código de Processo Civil, visando uma maior efetividade na prestação jurisdicional. Dentre elas, ganhou relevância as que foram perpetradas pelo artigo 475-J, responsável por tornar a execução civil mais efetiva.

No processo do trabalho o princípio tem um significado especial, pois como adverte Carmen Sáez Lara:

La especialidad y razón de ser del proceso laboral radica, a mi juicio, en que el proceso laboral es no sólo un instrumento para la solución pacífica de los conflictos entre empresario y trabajador sino que es sobre todo un mecanismo de tutela de los derechos de la parte más débil, el trabajador. Y como se sabe, la tutela del trabajo es un instrumento al servicio del Estado Social. (apud LIMA FILHO, 2007, p. 81)

Dessa forma, a concretização de tal garantia se mostra mais importante no processo trabalhista, pois, normalmente, o trabalhador hipossuficiente é o demandante e o empresário o demandado. O princípio deve, então, nortear a atividade do juiz e do legislador de forma a garantir uma prestação jurisdicional efetiva e não meramente formal, proporcionando ao trabalhador receber o bem da vida pleiteado em tempo razoável.

Contrariamente, os projetos apresentados para a alteração da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) não têm merecido a devida atenção por parte do Poder Legislativo, permanecendo a legislação praticamente



inalterada na parte processual¹. Todavia, isso não afasta a possibilidade de aplicação das normas do processo civil ao processo do trabalho, desde que sejam compatíveis com este.

4 APLICAÇÃO DAS NORMAS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL AO PROCESSO DO TRABALHO

O Direito Processual do Trabalho apresenta certa autonomia em relação a outros ramos do direito processual. Só que essa autonomia não torna impossível a aplicação das normas do processo civil comum ao processo trabalhista.

A CLT é omissa e carente de técnica legislativa em muitos pontos. Por isso mesmo, seu artigo 769, não só permite, mas determina a aplicação das normas do processo civil, para que possam ser sistematizados vários procedimentos do Judiciário Trabalhista.

Além disso, no seu artigo 889, prevê a aplicação da Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980, naquilo em que não infringir as normas da execução trabalhista.

Logo, conforme os dispositivos citados, as normas do processo civil comum são aplicáveis no caso de omissão da norma trabalhista e compatibilidade com os princípios do Direito Processual do Trabalho.

Por um longo período, a execução trabalhista foi considerada a mais simples e rápida, apesar das poucas normas contidas na CLT. O procedimento era complementado pelo da Lei dos Executivos Fiscais que era mais efetivo do que o do Código de Processo Civil.

Essa rapidez na concretização do comando jurisdicional decorre da hipossuficiência do trabalhador e da natureza alimentar das verbas trabalhistas, que não admite maiores procrastinações no seu adimplemento.

No entanto, a partir de 1994, o processo civil passou por amplas e substanciais reformas, em especial na parte de execução das decisões, objetivando sempre a efetividade do processo e a rápida entrega do bem da vida ao titular do direito. Já a CLT e a Lei n. 6.830/80, sofreram apenas alterações pontuais, nada de grande relevo no procedimento executório.

¹ O importante Projeto de Lei n. 7.152/2006, apresentado pelo Deputado Luiz Antônio Fleury, que propõe a adição de parágrafo único ao artigo 769 da Consolidação das Leis Trabalhistas, encontra-se arquivado. A redação proposta é a seguinte: "*O direito processual comum também poderá ser utilizado no processo do trabalho, inclusive na fase recursal ou de execução, naquilo em que permitir maior celeridade ou efetividade de jurisdição, ainda que existente norma previamente estabelecida em sentido contrário*".



Desse modo, o Código de Processo Civil tem, hoje, um procedimento para o cumprimento das sentenças mais moderno, ágil e efetivo do que aquele decorrente da aplicação conjunta da CLT e da Lei n. 6.830/80.

A utilização das normas do CPC na execução trabalhista somente nos casos de omissão da CLT e da Lei dos Executivos Fiscais acaba por imprimir ao credor trabalhista um procedimento mais lento do que o disponibilizado ao credor comum.

Uma nova análise deve ser feita para a aplicação das normas do processo civil. Se as normas a serem aplicadas estiverem de acordo com o princípio da razoável duração do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal) e com os princípios que regem o Direito do Trabalho e Processual do Trabalho, de maneira especial a hipossuficiência do obreiro e a natureza alimentar do salário, nada impede que sejam aplicadas.

Essas peculiaridades, aliadas ao fato de que a maioria dos trabalhadores que busca o Judiciário Trabalhista está desempregada, impõem que o ordenamento jurídico garanta ao credor trabalhista os instrumentos mais efetivos para a satisfação do seu crédito.

Outro ponto importante a ser considerado é a própria existência da Justiça Trabalhista, a qual tem por finalidade garantir ao trabalhador uma jurisdição mais célere, diversa da comum, para a solução das controvérsias decorrentes da relação de trabalho.

Se o procedimento utilizado pela Justiça Comum é mais rápido e efetivo, qual a razão de existir um ramo do Poder Judiciário próprio para o Direito do Trabalho? Ou qual a razão de continuar existindo um ramo do processo próprio se o processo civil é mais efetivo?

Assim, como o CPC dispõe de instrumentos mais céleres e efetivos para o cumprimento das decisões judiciais, esses devem ser utilizados pelo credor trabalhista, inobstante possuir a CLT ou a Lei n. 6.830/80 dispositivo próprio, mas insuficiente, acerca da matéria.

5 MODIFICAÇÕES NA EXECUÇÃO CIVIL

O processo civil, até a Lei n. 11.232/2005, consagrava a dicotomia entre o processo de conhecimento e o processo de execução, diversamente da CLT que sempre defendeu a tese da execução sem autonomia. Isso ocorre porque a execução trabalhista se processa nos próprios autos do processo cognitivo e pode ser promovida *ex officio* pelo próprio Juiz do Trabalho (artigo 878 da CLT).

Entretanto, a autonomia do processo de execução civil começa a desaparecer com a previsão do sincretismo processual nas obrigações de



fazer e não fazer e entrega de coisa, e depois, com a Lei n. 11.232/2005, as obrigações de pagar quantia certa também deixaram de apresentar uma execução autônoma. Com isso, o processo civil ficou cada vez mais próximo ao processo do trabalho.

Dentre as principais inovações na execução civil estão a alteração na definição de sentença, e as ocasionadas pelo artigo 475-J, quais sejam, a incidência da multa de 10% pelo não cumprimento da obrigação, a desnecessidade de citação do devedor, a intimação da penhora na pessoa do advogado do devedor e a indicação de bens à penhora pelo exequente.

5.1 Alteração na definição de sentença

Pela antiga redação do § 1º do artigo 162 do CPC, “Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”.

Tal definição não mais subsiste, pois, como visto, a execução passou a ser apenas uma fase do processo. A sentença, agora, só põe termo à fase de conhecimento.

Da mesma forma, com a sentença o juiz não mais “cumpre e acaba o ofício jurisdicional”, como previa o artigo 463 do diploma adjetivo. No novo modelo, a atividade jurisdicional apenas se encerra com a efetiva satisfação da obrigação constante na sentença.

Por isso, a Lei n. 11.232/2005 cuidou de alterar os artigos 162, § 1º, 267, 269 e 463 do Código de Processo Civil, adequando-os à noção de um processo sincrético.

A definição de sentença passou a ser “o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”.

5.2 Multa de 10% em caso de descumprimento

Uma das principais, senão a mais importante, alteração promovida pelo artigo 475-J na execução civil é a incidência da multa equivalente a 10% do montante da condenação em caso de descumprimento da obrigação fixada na sentença.

Aqui, a opção da legislação foi a de impor uma sanção (*contempt of court*) ao devedor que ofender a dignidade da jurisdição, desprezando seu comando coativo proclamado na sentença e quedando-se inerte diante da autoridade da decisão.

Ao mesmo tempo – e quizá mais importante – a sanção tem o escopo de fomentar o pagamento voluntário da obrigação, cujo estímulo repousará exatamente na



elevação do montante devido, caso o Juízo tenha de adotar as medidas de constrição patrimoniais próprias da execução de sentença. (CHAVES, 2006, p. 60)

O devedor tem o prazo de 15 dias para efetuar o pagamento da quantia devida. Caso não o faça, a multa incide de forma automática sobre o valor da condenação.

Sua aplicação ao processo do trabalho será de enorme utilidade à efetividade do processo, uma vez que terá como alvo o devedor que possuir patrimônio suficiente a se sentir psicologicamente forçado a quitar o débito.

[...] no caso em que o executado possuir patrimônio – e a medida de coerção patrimonial, como é evidente, não pode ser imposta em face daquele que não o possui –, a multa certamente terá a possibilidade de atuar sobre a sua vontade, uma vez que uma grande empresa, por exemplo, tem plena consciência de que não é “compensador” esperar (e assim contar com o tempo do processo) para pagar o “principal” com multa. (MARINONI, 2004, p. 74)

Além de incentivar o devedor a cumprir espontaneamente a obrigação, a multa representará um acréscimo patrimonial ao trabalhador hipossuficiente, que depende do seu salário para sobreviver e, muitas vezes, para manter a sua família.

O objetivo da multa “consiste em tornar vantajoso o cumprimento espontâneo e, na contrapartida, onerosa a execução para o devedor recalcitrante”. (ASSIS, 2006, p. 213)

A especificidade da dívida trabalhista em relação à dívida civil comum reside na figura do credor laboral, que é hipossuficiente e dependente economicamente, e na natureza alimentar da obrigação, devendo ser adimplida com a máxima urgência. Dessa forma, a adoção da multa é perfeitamente compatível com o processo do trabalho.

Quanto ao prazo de incidência da multa no processo laboral, há divergências na doutrina. Luciano Athayde Chaves² e Emmanuel Furtado³ entendem que devem ser os 15 dias fixados no artigo 475-J do CPC. Júlio César

² Na obra *A recente reforma no processo comum e seus reflexos no direito judiciário do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006, p. 46.

³ No artigo com o tema *Direito ao processo do trabalho em tempo razoável*. In: CHAVES, Luciano Athayde (org.). *Direito processual do trabalho: reforma e efetividade*. São Paulo: LTr, 2007.



Bebber⁴, por sua vez, entende que o prazo deve ser de 8 dias, por analogia aos prazos destinados aos recursos no processo trabalhista (artigos 1º e 6º da Lei n. 5.584/1970).

Destarte, ao ser intimado da sentença (ou do acórdão) que veicula obrigação de pagar líquida (ou da decisão que homologar a liquidação) o devedor já estará ciente de que terá o prazo de oito dias para, querendo, efetuar o pagamento da quantia devida. Caso não o faça no octódio, incidirá automaticamente a multa de 10% (dez por cento) sobre o total da dívida. (LEITE, 2006, p. 1046)

Sérgio Cabral dos Reis (2007, p. 222) e Luiz Ronan Neves Koury⁵ entendem que o prazo de incidência deve ser o de 48 horas (artigo 880 da CLT).

Com o devido respeito, ousamos discordar do entendimento de alguns, para concordar com os que apregoam como mais adequado e razoável o prazo de 15 dias previsto no artigo 475-J. Esse prazo garante o devido processo legal e permite o planejamento econômico e financeiro do devedor, necessário para não comprometer o adimplemento de outras obrigações.

Outra questão bastante controversa na doutrina diz respeito ao início da contagem do prazo estabelecido no *caput* do artigo 475-J do CPC. Uma parte da doutrina, liderada por Alexandre Freitas Câmara⁶ e Misael Montenegro Filho⁷, defende, com base no princípio do devido processo legal, que o termo inicial é a intimação pessoal do devedor, que pode ocorrer, inclusive, pelo correio.

Outra corrente, integrada por Cassio Scarpinella Bueno⁸, Daniel Amorim Assumpção Neves⁹ e Antonio de Pádua Notariano Junior¹⁰, a qual nos acostamos, entende que basta a intimação do advogado do devedor (por

⁴ Posicionamento defendido no trabalho *Reforma do CPC – processo sincrético e repercussões no processo do trabalho*. Revista LTr, São Paulo, ano 70, v. 2, fev. 2006, p. 143.

⁵ No trabalho com o título *Aplicação da multa de 10% prevista no artigo 475-J do Código de Processo Civil ao processo do trabalho*. In: CHAVES, Luciano Athayde (org.). *Direito Processual do Trabalho: reforma e efetividade*. São Paulo: LTr, 2007. p. 276-288.

⁶ No livro *A nova execução de sentença*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 113-115.

⁷ Na obra *Cumprimento da sentença e outras reformas processuais*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 58.

⁸ No trabalho intitulado *Variações sobre a multa do caput do art. 475-J do CPC na redação da Lei 11.232/2005*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução* 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 138-144.

⁹ Em co-autoria no livro *Reforma do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 211-218.

¹⁰ Em co-autoria no artigo *Os prazos processuais e o cumprimento da sentença*. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes (org.). *Execução Civil e Cumprimento da Sentença*. 1. ed. São Paulo: Método, 2006, v. 1, p. 46-49.



meio de publicação na imprensa oficial) para que o prazo se inicie, ressaltando os aspectos técnicos e práticos do processo, a fim de afastar a insegurança jurídica na aplicação da multa.

Há, ainda, a posição particular de Sérgio Cabral dos Reis (2007, p. 220-221), pela qual o marco inicial do prazo é “o momento em que a obrigação reúne todas as condições de exigibilidade. Isso normalmente ocorre após o trânsito em julgado da decisão de conhecimento, quando liquidada ou após a definição irrecorrível da liquidação”.

Por força do § 1º do artigo 832 da CLT, concluindo a decisão pela procedência do pedido, determinará o prazo, bem como as condições para seu cumprimento, o juiz trabalhista deverá incluir no dispositivo da sentença a previsão da multa, caso o pagamento não seja efetuado em 15 dias, a contar da intimação da sentença.

Ademais, não há que se falar em violação ao direito à ampla defesa, já que a multa de 10% apenas incidirá sobre a quantia que não for paga no prazo estabelecido, conforme o § 4º do artigo 475-J do CPC. Porém, se o executado demonstrar interesse no cumprimento voluntário da obrigação, depositando o valor que entende devido, ainda que em quantia um pouco inferior, verificada à luz do princípio da razoabilidade, a multa não deverá ser aplicada.

Havendo alguma dúvida acerca do valor devido, a interpretação deve ser favorável ao executado (artigo 620 do CPC), preponderando os princípios da boa-fé e lealdade processual. Com efeito, só haverá a execução da multa sobre o restante, se o executado injustificadamente não cumprir a obrigação de forma integral.

Poderá o executado pagar o valor que entende correto no prazo legal, eximindo-se da multa sobre esse montante, e fazer uso da impugnação, para discutir eventual excesso de execução (artigo 475-L, inciso V, do CPC), ou, ainda, depositar a quantia integral devida em Juízo, no prazo de 15 dias, e apresentar no mesmo prazo a impugnação.

Nesses casos, a entrega ao credor do montante à disposição do Juízo ocorrerá logo que passe em julgado a decisão da impugnação. Assim, é evidente a maior efetividade do procedimento do artigo 475-J do CPC, pois não será necessária a penhora de bens do devedor para que sejam expropriados e, só depois, feito o pagamento ao credor.

A exigência de que o pagamento seja em dinheiro evita que a penhora recaia sobre bem de difícil comercialização e dispensa várias diligências efetuadas pelo oficial de justiça.

É possível a aplicação da multa de 10% prevista no artigo 475-J do CPC concomitante das multas dos artigos 467 e 477, § 8º, da CLT, não importando em *bis in idem*, tendo em vista que os fatos geradores são distintos e se destinam a fins diversos.



O fato gerador da multa do artigo 475-J é o descumprimento da sentença condenatória transitada em julgado, enquanto o da multa do artigo 467 da CLT é o não pagamento das verbas rescisórias incontroversas à data da primeira audiência, e o da multa do artigo 477, § 8º, é o não pagamento no prazo legal das verbas rescisórias devidas ao empregado que não deu causa à rescisão contratual.

A multa do artigo 475-J do CPC visa dar maior efetividade à sentença e proteger a Administração da Justiça, já a do artigo 467 da CLT se destina a impedir que o empregador atrase o pagamento das verbas rescisórias que sabe serem devidas ao obreiro, e a do artigo 477, § 8º, objetiva punir o empregador que retarda o pagamento das verbas devidas ao obreiro em razão da rescisão do contrato de trabalho.

Por fim, não podemos olvidar que outras multas previstas no processo comum são utilizadas no processo laboral, a exemplo dos artigos 14, parágrafo único, 18, 461, § 4º, 461-A, 538, parágrafo único e 601 do CPC.

[...] Não é entre nós qualquer novidade o manejo do sistema de sanções processuais previstas no Código de Processo Civil. Assim já sucede, por exemplo, com a multa por litigância de má-fé (art. 18); a multa por ato atentatório ao exercício da jurisdição (art. 14, parágrafo único); a multa por oposição de embargos declaratórios meramente protelatórios (art. 538, parágrafo único) e a multa por ato atentatório à dignidade da justiça (art. 601), todos largamente utilizados no âmbito da Justiça do Trabalho. (CHAVES, 2006, p. 56)

Sem dúvida, a aplicação da multa de 10% contribuirá para a redução na duração e nos custos do processo e, ao incentivar o cumprimento espontâneo da sentença, dará maior credibilidade e efetividade ao provimento jurisdicional.

5.3 Desnecessidade de citação do devedor

Conforme o artigo 213 do CPC, “Citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender”. Como a execução deixou de ser um processo autônomo, não há necessidade de nova citação após o trânsito em julgado da sentença, tendo em vista que o executado já integra a relação jurídica processual desde que foi citado na fase de conhecimento.

É por isso que o artigo 475-J, § 1º, não menciona a necessidade de nova citação do devedor, ao contrário, faz alusão expressa à intimação do exe-



cutado do auto de penhora, através de seu advogado, ou pessoalmente, por mandado ou via postal, o que torna o procedimento mais célere e econômico.

[...] não raro, o executado se ausenta ou dificulta o recebimento do mandado citatório. Da mesma forma, a diligência através de oficial de justiça, além de mais onerosa para o Estado, demanda mais tempo do que uma simples intimação através de Diário Oficial ou por via postal. (CARVALHO, 2007, p. 260)

Diferente é no processo do trabalho, visto que a CLT estabeleceu no artigo 880 a forma (mandado de citação) e o prazo (48 horas), a fim de que o devedor cumpra a obrigação.

Nada obstante, defendemos a aplicação de mecanismos do processo civil ao processo laboral, até mesmo quando não houver omissão na CLT, se acarretar maior celeridade para a satisfação da obrigação e diminuição dos custos para o Estado, sem violar a garantia do devido processo legal e a ampla defesa.

Ora, se o devedor comum não precisa ser citado para cumprir a sentença, por que deve ser citado o devedor trabalhista? A satisfação do crédito alimentar não é mais urgente do que a satisfação do crédito comum?

A intimação do executado por oficial de justiça mostra-se inadequada porque (1) exige diligência externa ao fórum, (2) necessita da expedição de mandado assinado pelo juiz, (3) possibilita ao devedor se ocultar, evitando o cumprimento da citação, (4) impede a observância do prazo legal de 48 horas, e (5) a tramitação material da ordem custa tempo razoável para expedição, assinatura, distribuição ao oficial, cumprimento, penhora, certidão, devolução à secretaria, juntada aos autos, para, finalmente, continuar o processo de execução.

Por isso, a sistemática do processo comum acaba sendo mais rápida, efetiva e econômica do que a do processo do trabalho, considerando que prescinde de diligência do meirinho, além de permitir a aplicação da multa de 10% pelo não cumprimento da decisão.

Como a citação é uma das muitas diligências que o oficial de justiça precisa cumprir, a redução da necessidade de citação pessoal, implicaria na realização das outras diligências em um prazo mais curto. Sem falar na economia de material, de pessoal e de tempo, quando o devedor se encontrar em local fora da jurisdição do Juízo da Execução, pois não seria mais necessária a expedição de Carta Precatória apenas para a citação do executado.

Pelo procedimento do artigo 475-J, basta a intimação do devedor feita na pessoa do advogado, mediante publicação no Diário Oficial ou com a ciência da sentença líquida. Caso não pague no prazo legal de 15 dias, o



juiz poderá determinar o bloqueio *on line* das contas do devedor, através do convênio de cooperação técnico-institucional entre o Banco Central do Brasil e o Poder Judiciário (Sistema Bacen Jud).

Por outro lado, não há como sustentar a intimação no prazo de 48 horas, pois se estaria embaraçando o cumprimento espontâneo da obrigação, já que dificilmente o devedor conseguiria ser informado por seu advogado e efetuar o pagamento nesse prazo.

Sendo mais efetivo o procedimento traçado pelo artigo 475-J, quanto à forma de comunicação e o prazo, deve ser, então, seguido pela Justiça do Trabalho.

5.4 Intimação da penhora na pessoa do advogado

O executado será intimado na pessoa de seu advogado do auto de penhora e avaliação, no prazo de 15 dias. Caso não haja constituído procurador, será intimado pelo seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou via postal (artigo 475-J, § 1º, do CPC).

Com isso, elimina-se a necessidade de mais uma diligência a ser praticada por oficial de justiça, restando o cumprimento da constrição judicial e avaliação dos bens.

A ciência da penhora se dará pela intimação, realizada na pessoa do advogado, se constituído, simplificando o procedimento. O prazo para oferecer impugnação (embargos à penhora) no processo do trabalho é de 5 dias (artigo 884 da CLT).

5.5 Indicação de bens à penhora pelo exequente

O credor poderá, ao requerer a expedição do mandado de penhora e avaliação, indicar desde logo os bens do devedor a serem penhorados (artigo 475-J, § 3º, do CPC). O referido dispositivo inverteu a faculdade de nomear bens à penhora, que antes cabia ao devedor.

A norma é perfeitamente aplicável ao processo laboral, porque a constrição judicial se dirige ao bem que melhor atende à finalidade da execução.

Com isso, não há mais como defender a não utilização do bloqueio *on line*, sob o argumento que viola o direito do executado de nomear bens à penhora.

Por conseguinte, pode o magistrado, decorrido o prazo para o cumprimento voluntário da obrigação, realizar diligências junto ao Banco Central (Sistema Bacen Jud) e determinar a indisponibilidade de quantia em nome do devedor até o valor da execução.



A previsão legal é essencial e está em perfeita sintonia com o prosseguimento *ex officio* da execução trabalhista (artigos 765 e 878 da CLT).

6 CONCLUSÃO

A existência da Justiça do Trabalho e do próprio Direito Processual do Trabalho baseia-se na necessidade de garantir ao trabalhador hipossuficiente um processo rápido, diferenciado, capaz de promover a entrega do bem da vida reconhecido na sentença em tempo razoável.

A Lei n. 11.232/2005 causou grandes impactos na sistemática do Código de Processo Civil. Essa norma é considerada a mais importante dentre as alterações pelas quais o processo civil vem passando desde 1994.

Essas modificações proporcionaram maior efetividade ao processo, especialmente à fase de cumprimento das decisões judiciais, e serviram como concretização do princípio constitucional da razoável duração do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal).

Só que enquanto o processo comum evoluiu, a execução trabalhista permaneceu praticamente inalterada. Tanto que, hoje, pode-se afirmar que o CPC oferece ao credor civil mecanismos mais simples e mais efetivos para a satisfação do seu direito.

A análise do direito constitucional ao processo em tempo razoável, em conjunto com os princípios que regem o Direito do Trabalho e o Direito Processual do Trabalho, permite que esses instrumentos sejam utilizados pelo credor trabalhista, o qual, como hipossuficiente e titular de crédito alimentar, tem necessidade de que a decisão judicial seja cumprida rapidamente.

Os operadores do Direito do Trabalho não podem ficar aguardando as modificações necessárias na CLT, mormente na parte processual, quando não se percebe qualquer vontade política. Desse modo, imprescindível o uso da criatividade e da iniciativa para se buscar soluções mais efetivas, que contribuam para a rápida satisfação dos direitos trabalhistas.

A efetividade é algo que depende muito mais da postura mental dos operadores do sistema (juizes, advogados, promotores de justiça), do que das reformas legislativas, embora importantes.

A execução trabalhista carece de instrumentos mais rápidos e que desencorajem o devedor a protelar o cumprimento das obrigações trabalhistas. Com um sistema mais efetivo, a execução será mais rápida e as decisões judiciais serão dotadas de maior credibilidade, proporcionando ao trabalhador condições de vida mais dignas.

Só assim o processo do trabalho estará cumprindo suas funções jurídica, social e política e será, realmente, um instrumento para a construção



de uma sociedade mais justa e igualitária.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Cumprimento da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CARVALHO, Luis Fernando Silva de. **Lei n. 11.232/2005: oportunidade de maior efetividade no cumprimento das sentenças trabalhistas**. In: CHAVES, Luciano Athayde (org.). **Direito processual do trabalho: reforma e efetividade**. São Paulo: LTr, 2007. p. 245-275.

CHAVES, Luciano Athayde. **A recente reforma no processo comum e seus reflexos no direito judiciário do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2009.

_____. **Cumprimento espontâneo da sentença (Lei n. 11.232/2005) e suas repercussões no processo do trabalho**. Revista LTr, ano 70, v. 9, set. 2006.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Repercussões das Leis 11.232/05 e 11.382/06 no cumprimento da sentença trabalhista**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, João Pessoa, v. 15, n. 1, p. 80-135, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

REIS, Sérgio Cabral dos. **Breves comentários à nova execução civil e a sua repercussão no processo do trabalho**. In: CHAVES, Luciano Athayde (org.). **Direito processual do trabalho: reforma e efetividade**. São Paulo: LTr, 2007. p. 208-248.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v. I. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.



_____. **Processo de execução.** 21. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2002.

APLICACIÓN DE LAS INNOVACIONES TRAÍDAS POR EL ARTÍCULO 475-J DEL CÓDIGO DE PRO- CESO CIVIL EN LA EJECUCIÓN LABORAL

RESUMEN

El proceso civil pasó por cambios sustanciales en los últimos tiempos, en busca de una ejecución más efectiva. Uno de los pilares de estas reformas fue la EC 45/2004, que adicionó la garantía de una duración razonable del proceso, lo que refleja en la dinámica procesal. La Ley n. 11.232/2005, basada en el paradigma de la efectividad, estableció el sincretismo procesal, eliminando la necesidad de un proceso autónomo de ejecución de los títulos judiciales. Además, adicionó el artículo 475-J al CPC, que simplificó la sistemática de la ejecución civil y disminuyó los costos y la duración del proceso. Por otro lado, la legislación procesal laboral se ha mantenido prácticamente inalterada. Siguiendo esta idea, el trabajo busca trazar un historial de cambios ocurridos en el CPC, verificar la posibilidad de aplicación de las normas del proceso civil al proceso laboral y analizar los principales cambios promovidos y sus reflejos en el proceso del trabajo. El objetivo de esta investigación es examinar los cambios realizados en la ejecución civil, en particular por el artículo 475-J, e investigar la posibilidad de incidencia de esas normas en la ejecución laboral, tornándola más efectiva. Para la elaboración de este trabajo fue realizada búsqueda bibliográfica y consulta a los dispositivos legales y constitucionales pertinentes. El proceso del trabajo tiene por objeto garantizar al empleado un proceso rápido y efectivo. Sin embargo, sin el perfeccionamiento de los instrumentos procesales ejecutivos, esa garantía queda afectada. Con eso, si las normas



del proceso común fueren aplicadas al proceso del trabajo, su ejecución será más efectiva y ofrecerá al trabajador mejores condiciones de vida.

Palabras-clave: Artículo 475-J. Proceso civil. Duración razonable del proceso. Efectividad. Ejecución laboral.



AS INCONGRUÊNCIAS DERIVADAS DA DUPLA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO (COMO PARTE E FISCAL DA LEI) EM UMA MESMA AÇÃO JUDICIAL

Daniel Cabral Fagundes

Acadêmico do 8º Período do
Curso de Direito da UFRN

RESUMO

Através do presente trabalho, buscamos demonstrar as incoerências e inconstitucionalidades decorrentes da dupla atuação do Ministério Público (como parte e como fiscal da lei) em um mesmo processo. Trata-se de um tema que vem sendo objeto de profundas discussões nessa instituição e que repercute diretamente na própria atuação dos membros do *Parquet*. Analisamos os aspectos teóricos e, principalmente, práticos dessa participação dúplice do órgão Ministerial, mostrando, na oportunidade, os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema. Frisamos ainda as diferenças existentes entre a intervenção feita por um Órgão da mesma instância daquele que promoveu a ação e a atividade de *custus legis* exercida por um membro integrante de instância superior ao que atua na condição de parte.

Palavras-chaves: Ministério Público. Fiscal da lei. Dupla atuação.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República elencou em seu artigo 129 as funções institucionais a serem exercidas pelo Ministério Público. Para desempenhá-las, o *Parquet* habitualmente utiliza-se da via judicial, embora também pratique atividades eminentemente administrativas, nas quais não se faz necessário recorrer ao Poder Judiciário, a exemplo do que ocorre nas hipóteses do incisos VI e VII do referido artigo.

A atuação do Órgão Ministerial perante o Judiciário dá-se de duas formas: a) como parte e b) como fiscal da lei (*custus legis*). A primeira delas é bastante comum, principalmente, na esfera criminal, tendo em vista que o constituinte lhe conferiu a tarefa de promover, em caráter privativo, a ação penal pública (CR, art. 129, inciso I). Em matéria cível também se observa a participação do Ministério Público como integrante do polo ativo de uma relação processual, mediante, por exemplo, a propositura de ações civis públicas para a defesa do meio ambiente – legitimação essa que também tem sede constitucional (CR, art. 129, inciso III).

De outro lado, temos a intervenção do *Parquet* como fiscal da lei, a qual ocorrerá seja em função da qualidade da parte (a exemplo das causas em que há interesses de incapazes) ou por força da própria natureza da lide (como se verifica nas demandas consumeristas, em face da previsão contida no artigo 92 do Código de Defesa do Consumidor). Não nos ateremos aqui, contudo, a analisar quais as situações em que a intervenção do Órgão Ministerial como *custus legis* é realmente *sine qua non*, bem como aquelas em que sua participação se mostra desnecessária.

Cada uma dessas formas de atuação tem a sua devida importância. Todavia, quando tais funções são exercidas simultaneamente pelo mesmo órgão (a saber: o Ministério Público), começam a surgir problemas que nos levam a refletir se essa dupla atuação do ministerial em uma mesma lide é efetivamente necessária e justificável.

2 AS INCONGRUÊNCIAS ORIUNDAS DA DUPLA INTERVENÇÃO MINISTERIAL

A primeira incongruência que surge com a participação de um Órgão Ministerial como fiscal da lei em uma ação movida por outro membro desta instituição pode ser verificada quando as posições sustentadas por cada um deles são antagônicas. Ora, como poderíamos justificar o fato de uma única



instituição defender duas teses completamente distintas numa mesma *lide* se o Ministério Público é um só?

GARCIA (2008, p. 402), ao discorrer sobre o tema, pondera que:

Embora seja desnecessária a simultânea intervenção de dois membros do Ministério Público na mesma relação processual, um na condição de órgão agente, outro na de órgão interveniente, esse raciocínio não é extensivo às causas que, sucessivamente, tramitem em instâncias distintas, perante as quais atuem órgãos de execução diversos. Assim, ainda que a petição inicial seja subscrita por um Promotor de Justiça, em segunda instância intervirá obrigatoriamente um Procurador de Justiça: o primeiro atuando como órgão agente, o segundo como órgão interveniente.

Através da lição acima transcrita podemos observar a existência de duas situações distintas, quais sejam: a intervenção feita por um membro do *Parquet* atuante perante a mesma instância do agente que promoveu a ação; e a intervenção realizada por um órgão de instância superior ao do que ingressou com a ação. Na primeira hipótese teríamos dois Promotores de Justiça na mesma relação processual, um como *custus legis* e outro como parte. Já no segundo caso, enquanto o integrante de um dos polos da relação processual seria um Promotor de Justiça, o órgão interveniente seria um Procurador de Justiça.

No que tange à participação concomitante de dois membros pertencentes a uma mesma instância, Emerson Garcia já destacou a desnecessidade dessa atuação dúplice do Ministério Público. Aliás, a matéria foi enfrentada pelos nossos Tribunais e encontra-se devidamente pacificada. Vejamos os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. DESNECESSIDADE DE SUA INTERVENÇÃO COMO FISCAL DA LEI. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO PROCESSUAL PELA FALTA DE REMESSA DOS AUTOS À PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA. INEXIGIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DE



NULIDADE DO PROCESSO. ENCARGOS DE QUE TRATA A LEI N. 10.438/2002. LEGITIMIDADE RECONHECIDA PELO STF.

1. Sendo o Ministério Público Federal o autor da ação civil pública, sua intervenção como fiscal da lei não é obrigatória, além do que a ausência de remessa dos autos à Procuradoria Regional da República, para fins de intimação pessoal, não enseja, por si só, a decretação de nulidade do processo, sendo necessária, para este efeito, a demonstração de efetivo prejuízo processual. Precedentes citados.

2. Consoante anotou a Primeira Turma desta Corte, no julgamento do REsp 858.797/RS (Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe 23.9.2009), o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar os RE's 576.189/RS e 541.511/RS, afirmou a legitimidade do Encargo de Capacidade Emergencial (Lei 10.438/02, art. 1º, § 1º; Resolução ANEEL 249/02, arts. 2º e 3º), do Encargo de Aquisição de Energia Elétrica Emergencial (Lei 10.438/02, art. 1º, § 2º; Resolução ANEEL 249/02, arts. 4º e 5º) e do Encargo de Energia Livre Adquirida no Mercado Atacadista de Energia Elétrica - MAE (Lei 10.438/02, art. 2º; Resolução ANEEL 249/02, arts. 11 a 14), ressaltando que tais encargos não têm natureza de taxa, mas, sim, de preço público pago pela fruição da energia elétrica. 3. Recurso especial não provido.¹

ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – MINISTÉRIO PÚBLICO COMO AUTOR DA AÇÃO – DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO PARQUET COMO CUSTOS LEGIS – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – NÃO OCORRÊNCIA DE NULIDADE – RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO – POSSIBILIDADE EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS NÃO PRESENTES NO CASO CONCRETO – AUSÊNCIA DE RESPONSABILIZAÇÃO DO PARECERISTA – ATUAÇÃO DENTRO DAS PRERROGATIVAS FUNCIONAIS – SÚMULA 7/STJ.

1. Sendo o Ministério Público o autor da ação civil públi-

¹ STJ, REsp 814.479/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 14/12/2010



ca, sua atuação como fiscal da lei não é obrigatória. Isto ocorre porque, nos termos do princípio da unidade, o Ministério Público é uno como instituição, motivo pelo qual, o fato dele ser parte do processo, dispensa a sua presença como fiscal da lei, porquanto defendendo os interesses da coletividade através da ação civil pública, de igual modo atua na custódia da lei.

2. Ademais, a ausência de intimação do Ministério Público, por si só, não enseja a decretação de nulidade do julgado, a não ser que se demonstre o efetivo prejuízo para as partes ou para a apuração da verdade substancial da controvérsia jurídica, à luz do princípio *pas de nullités sans grief*.

3. É possível, em situações excepcionais, enquadrar o consultor jurídico ou o parecerista como sujeito passivo numa ação de improbidade administrativa. Para isso, é preciso que a peça opinativa seja apenas um instrumento, dolosamente elaborado, destinado a possibilitar a realização do ato ímprobo. Em outras palavras, faz-se necessário, para que se configure essa situação excepcional, que desde o nascedouro a má-fé tenha sido o elemento subjetivo condutor da realização do parecer.

4. Todavia, no caso concreto, a moldura fática fornecida pela instância ordinária é no sentido de que o recorrido atuou estritamente dentro dos limites da prerrogativa funcional. Segundo o Tribunal de origem, no presente caso, não há dolo ou culpa grave.

5. Inviável qualquer pretensão que almeje infirmar as conclusões adotadas pelo Tribunal de origem, pois tal medida implicaria em revolver a matéria probatória, o que é vedado a esta Corte Superior, em face da Súmula 7/STJ. 6. O fato de a instância ordinária ter excluído, preliminarmente, o recorrido do polo passivo da ação de improbidade administrativa não significa que foi subtraído do autor a possibilidade de demonstrar a prova em sentido contrário. Na verdade, o que houve é que, com os elementos de convicção trazidos na inicial, os magistrados, em cognição exauriente e de acordo com o princípio do livre convencimento motivado, encontraram fundamentos para concluir que, no caso concreto, o recorrido não praticou um ato ímprobo.



Recurso especial improvido.²

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DE JULGAMENTO PELA NÃO INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INOCORRÊNCIA. MINISTÉRIO PÚBLICO AUTOR DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESNECESSARIEDADE. ART. 5º, PAR. 1º, DA LEI Nº 7.347/85.

1. O Ministério Público, quando atua como parte na instância a quo, torna desnecessária a intervenção do órgão como custos legis (Precedentes: AgRg no MS 12757/DF, Ministro Paulo Gallotti, Corte Especial, DJ 18/02/2008 p. 20; REsp 554906/DF, Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 28/05/2007 p. 308)

2. Ação pública proposta pelo Ministério Público Estadual visando o fornecimento de medicamento destinado a tratamento de paciente portador de doença diverticular dos cólons e síndrome do intestino irritável, bem como aos demais pacientes residentes no município que, comprovarem por prescrição médica, a necessidade do tratamento.

3. O princípio da unidade revela que o Ministério Público é uno como instituição, pelo que o fato do mesmo ser parte do processo dispensa a sua presença como fiscal da lei, porquanto defendendo os interesses da coletividade, através da ação civil pública, de igual modo atua na custódia da lei.

4. A doutrina sob esse enfoque preconiza que: “Há, aliás, mais de um motivo para tal conclusão. O Ministério Público, mesmo quando atua como parte processual, nunca de despe de sua condição constitucional de fiscal da lei. Cuida-se de função constitucional que torna irrelevante considerar se sua posição é a de parte ou a de custos legis. Afinal, o art. 127 da Const. Federal confere à instituição a incumbência de defesa da ordem jurídica e, nesta expressão, como é fácil perceber, se aloja a função de fiscalização da lei. Desse modo, se

² STJ, REsp 1183504/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 17/06/2010



a ação civil pública é ajuizada por determinado órgão de execução do Ministério Público, desnecessária se tornar a presença de outro órgão como fiscal da lei.” (José dos Santos Carvalho Filho, in “Ação Civil Pública, Comentários por Artigo”, 6ª Edição, 2007, Lumen Juris, p. 164/165). 5. A título de argumento obiter dictum, sobreleva notar, o entendimento desta Egrégia Corte no sentido de que em sendo o Ministério Público o autor da ação civil pública, sua atuação como fiscal da lei não é obrigatória, a luz do que dispõe o art. 5º, par. 1º, da Lei 7.347/85, muito embora no caso dos autos o Ministério Público não esteja atuando em prol dos interesses elencados nesta legislação. Precedentes: (AgRg no MS 12757/ DF, Ministro Paulo Gallotti, Corte Especial, DJ 18/02/2008 p. 20; REsp 554906 / DF, Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 28/05/2007 p. 308 6. Recurso especial conhecido e desprovido.³

Por outro lado, quanto à atuação de um Procurador de Justiça como fiscal da lei nas ações movidas por um Promotor de Justiça, ainda existem bastantes discussões. Nesse aspecto, ousamos discordar do posicionamento assumido pelo autor supramencionado.

Inicialmente, devemos destacar quais razões nos levam a concluir pela desnecessidade da dupla intervenção ministerial. Em primeiro lugar, impende evidenciarmos que o membro do Ministério Público, mesmo quando atua como órgão agente, não se exime do seu encargo de buscar a fiel aplicação da lei. Nesse diapasão, não se justifica a participação de um promotor de justiça tão-somente com a finalidade de desempenhar uma função (fiscalização da lei) que já deve ser exercida pelo próprio membro que moveu a ação.

Outrossim, a designação de outro membro do *Parquet* não se compatibiliza com o princípio constitucional da duração razoável do processo, previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna. Isto porque, ao órgão interveniente deverá ser estipulado um prazo para que seja cientificado dos atos processuais já praticados, bem como para que possa requerer diligências ou ofertar o seu parecer, o que, indubitavelmente, tornará a tramitação

³ STJ, REsp 1042223/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2008, DJe 19/02/2009.



processual menos célere.

Ademais, o principal fundamento utilizado com a finalidade de defender a não intervenção dúplice é justamente o fato de que tal situação pode promover conflitos na própria instituição. Imaginemos a seguinte hipótese: o MP ingressa com uma ação civil pública de responsabilização por ato de improbidade administrativa em face de determinado agente político. Contudo, o magistrado julga improcedente o pedido formulado. Irresignado, o Promotor de Justiça interpõe um recurso de apelação reiterando os termos da exordial. O Procurador de Justiça, analisando os autos, entende que não restou configurado o ato de improbidade administrativa e, por conseguinte, emite um parecer opinando pelo desprovimento do recurso.

Malgrado o membro do *Parquet* atuante na segunda instância possa, sob a ótica do princípio da independência funcional (CR, art. 127, §1º), sustentar uma posição dissonante daquela sufragada pelo Promotor de Justiça, tal situação seria, conforme já frisamos, extremamente incoerente, pois o Ministério Público é um só. Incoerência essa que se revelaria no próprio acórdão do Tribunal, mediante o qual os desembargadores, por exemplo, poderiam desprover o recurso do *Parquet* em consonância com o parecer desta mesma instituição.

Na situação descrita, o Ministério Público teria interesse de recorrer da decisão do órgão colegiado que lhe foi desfavorável, todavia, como a interposição de eventual Recurso Especial ou Extraordinário caberia ao Procurador de Justiça que já se manifestou contrariamente à pretensão ministerial deduzida na peça vestibular, haverá um choque de interesses na própria instituição.

Além disso, Rômulo de Andrade Moreira (2010, p. 768), ressalta que, no processo penal, a atuação do membro do *Parquet* como fiscal da lei na superior instância provoca uma violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Vejamos:

Com efeito, sempre nos pareceu que este pronunciamento do Procurador de Justiça na segunda instância, ainda que na condição de custos legis, soava estranho, mesmo porque fiscal da lei também é o Promotor de Justiça atuante junto à primeira instância e, no entanto, nunca se dispensou a ouvida da defesa... Para nós, este privilégio fere o contraditório (ação versus reação), a isonomia (paridade de armas), o devido processo legal (a defesa fala por último) e a ampla defesa (direito do acusado de ser informado também por último).



Partilhamos o entendimento posto pelo referido doutrinador, pois é inegável que oitiva do ente ministerial após a defesa, no âmbito processual penal, ainda que como órgão interveniente munido de imparcialidade, não se coaduna com os princípios constitucionais acima mencionados. Isto porque, a própria imparcialidade é relativamente mitigada por força do vínculo institucional que o parecerista guarda com a parte autora.

Frise-se, por oportuno, que não estamos aqui sustentando a tese de que o parecer ministerial na superior instância é dispensável. Pelo contrário. A referida peça processual é de suma importância porque é através dela que o *Parquet* analisa mais detidamente tanto questões processuais (que muitas vezes passam despercebidas pelos juízes) quanto o próprio mérito da ação, enriquecendo, dessa forma, o debate jurídico da matéria discutida no processo e, servindo, consuetudinariamente, de suporte teórico para fundamentação da decisão a ser exarada pelos julgadores.

Defendemos, tão somente, a desnecessidade do oferecimento do parecer ministerial quando um membro do *Parquet* já integra um dos polos da relação jurídica processual. Ora, se essa peça processual serve justamente para acrescentar uma posição técnica e imparcial sobre a matéria discutida nos autos, com vistas a verificar o fiel cumprimento da lei e tal função fiscalizadora já é devidamente desempenhada pelo membro do Ministério Público que atua na condição de parte, não há razão para exigir a participação de um órgão interveniente.

Note que a imparcialidade é característica inerente a qualquer promotor ou procurador de justiça. Isso se evidencia pelo fato de o Ministério Público poder requerer a absolvição da pessoa contra quem ele ofereceu uma denúncia. Caso não fosse dotado de imparcialidade, tal situação seria extremamente incoerente.

3 CONCLUSÕES

A partir do momento em que o Ministério Público passa a intervir como fiscal da lei em um processo judicial no qual também atua como parte, cria-se, consoante demonstrado anteriormente, uma situação não apenas de incongruência, mas, especialmente, afrontosa aos princípios da unidade desta instituição (previsto no art. 127, §1º da CF), bem como aos princípios da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, inciso LV).



Considerando-se que a função de *custus legis* já é exercida pelo próprio órgão ministerial que promoveu a ação, mostra-se desnecessário o parecer de outro membro dessa instituição, razão pela qual deve ser dispensado, evitando com isso, violação aos mencionados princípios, tornando, ainda, a prestação jurisdicional mais célere.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira; BERCLAZ, Márcio Soares. **Ministério Público em ação: atuação prática jurisdicional e extrajurisdicional**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010.

CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. **Temas atuais do Ministério Público: A atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. **Curso de princípios institucionais do Ministério Público**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ministério Público do Trabalho: doutrina jurisprudência e prática**. São Paulo: LTr, 2010.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **O acesso à justiça e o Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 2007.



MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O Parecer do Ministério Público na Superior Instância**, in *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

THE INCONGRUITIES DERIVED FROM THE DOUBLE PERFORMANCE OF THE “MINISTÉRIO PÚBLICO” (AS PART AND LAW SUPERVISOR) IN THE SAME CAUSE

ABSTRACT

Through the present work, we tried to demonstrate the incongruities unconstitutionality that arise of the double performance of “Ministério Público” (as part and as law supervisor). It is one subject that has been deeply discussed in this institution and which affects directly the operation of the members of the *Parquet*. We analyzed the theoretical and, especially, the practical aspects of this double participation of the Ministerial Organ, demonstrating, on the opportunity, the doctrinal and jurisprudential placements. We put on evidence the differences between the intervention made by an Organ that belongs to same instance of the one that promoted the cause and the activity of *custus legis* exercised by a member that integrates a higher court than the one that operates as a part.

Keywords: “Ministério Público”. Law supervisor. Double performance.



DA DEFESA LEGAL, REFLEXÕES SOBRE A ÉTICA E A LEALDADE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Vinícius Fernandes Costa Maia

Acadêmico do 11º Período do
Curso de Direito da UFRN

RESUMO

O direito prescreve a necessidade do respeito e da boa-fé entre os que litigam. Diante disso, a lealdade processual é colocada como princípio não só do processo civil, mas constitucional. Almejar fim ilegal no processo ao interpor recursos desnecessários ou procrastinatórios ou mesmo somar condutas desrespeitosas é vedado às partes, aos profissionais que atuam no processo e a todos que nele integram de alguma forma. Tendo estabelecida tal solidariedade, será também solidário o pagamento referente às sanções pecuniárias estabelecidas pelo CPC, com o fito de impor por meio da coerção financeira o ajuste ético ausente nos que perpetram essas práticas.

Palavras-chave: Litigância de má-fé. Abuso de direito. Dano processual.

“Tudo o que é excessivo é insignificante”.
(Julian Green)

1 INTRODUÇÃO

Há muito se discute sobre a necessidade de se moralizar as instituições brasileiras, mormente nas atuais conjunturas onde se tornaram freqüentes os escândalos de corrupção envolvendo os poderes legislativo, executivo e judiciário.

É certo que o problema tem longas e melindrosas raízes e não possui uma solução de curto prazo, mas demanda uma reforma estrutural e também cultural, haja vista que, a par de todo o progresso brasileiro nos diversos âmbitos, ainda subsistem relações tipicamente coloniais e fisiológicas ao cotidiano do brasileiro.

O fisiologismo, embora terminologicamente utilizado para designar práticas de políticos ou funcionários públicos cuja característica principal é a busca por vantagens pessoais ou para um determinado grupo, pode ser utilizado como sinônimo que enuncia os atributos do advogado ou parte que litigam de má-fé.

A má-fé processual, quase sempre disfarçada pelo jaez do exercício legal do direito de defesa, não é senão um meio de corrupção processual. Seja pela busca por protelar o cumprimento de uma obrigação, ou mesmo para não cumpri-la, utilizar-se de um processo de forma nociva é perverter o direito do autor e de todo Estado, haja vista que o processo, ainda que verse sobre questões privadas, sempre possuirá o interesse público consubstanciado na busca pela Justiça ou mesmo pelo alcance da efetividade do Poder Judiciário.

O exercício de um direito encontra barreiras legais e supralegais, não podendo o seu signatário utilizar de prerrogativa para atabalhoar a pretensão de outrem. O litigante pérfido, entenda-se aqui como todo aquele que se utiliza de práticas de má-fé previstas legalmente, que desrespeita a parte contrária por atos e linguagem, que obsta o prosseguimento da execução, que falta com a verdade em juízo, ao se promover temerariamente em uma lide coloca-se contra o Direito, posto utilizá-lo de maneira a vilipendiar direitos de outrem, merecendo, por lógica, a devida reprimenda.

Os romanos nos legaram os brocardos do *“Non omne, quod licet, honestum est”*¹ e *“Summum jus, summa injuria”*², demonstrando-nos que o le-

¹ Tradução livre: Nem tudo que é lícito é honesto.

² Tradução livre: Justiça demais é injustiça



galmente legítimo pode ser desonesto. O legislador pátrio, a despeito de tais ensinamentos, pode-se dizer que não os vislumbrou tempestivamente, vindo a codificá-los nas legislações infraconstitucionais mais recentes, todavia, há de se destacar os virtuosos esforços nessa seara, cabendo assinalar diversos dispositivos legais e a vasta jurisprudência a respeito da execução do litigante de má-fé e daquele que abusa do seu direito de defesa.

2 DO DEVER DA ÉTICA NA MARCHA PROCESSUAL

Infelizmente, ainda há o estreito entendimento, por parte de muitos causídicos, de que o processo é uma quizila entre os contendores, em que um tentará superar ao outro numa luta de argumentos e de asserções jurídicas. Não o é. O processo é ferramenta própria de um estado democrático, corolário de direitos fundamentais, cujo objeto é o alcance da justiça.

As partes, embora em lugares opostos, na figura de autor e réu, possuem um liame entre elas, além do objeto da lide, trata-se dos princípios processuais e das regras de boa conduta e moral que induzem ao respeito mútuo, a lealdade e a verdade.

O processo não deve ser utilizado como meio para retardar o cumprimento de uma obrigação ou como ferramenta para se conseguir uma vantagem. Infortunadamente, a própria estrutura do Judiciário induz a tal conduta, todavia, o Código de Processo Civil prevê ferramentas em todo o seu esboço normativo para evitar e punir aqueles que se utilizam desse ardil.

Vê-se, por lógico, que há um dever ético por trás de toda relação jurídica ou negocial. A mesma ética que o patrono de uma causa tem com aquele que representa deve ter com aquele contra quem irá atuar. Tal imperativo ético, porquanto descumprido gera de imediato um descumprimento ao arcabouço moral e, dependendo de sua gravidade, ao contexto jurídico-normativo.

A Constituição Federal enuncia no seu art. 3º, I, que um dos objetivos da República é construir uma sociedade livre, justa e solidária. De bom grado é o comando constitucional, donde se retira a base primária para cimentar a lógica de que, em uma relação processual, a triangulação de Estado e partes se dá de forma cooperativa, haja vista o interesse maior na pacificação social e da promoção da Justiça.

O processo, assim entendido como um instrumento de paz, porquanto dissipador de conflitos, deve ser permeado pela ética das partes litigantes, dessumindo-se, nesse esteio, os princípios da lealdade processual e da boa-fé, insitos nos Códigos pátrios.

O dever de apresentar um comportamento moral ou dela se utilizar em uma lide, integralizados no princípio da boa-fé, possui status máximo no



ordenamento jurídico, caindo em ilícito aquele que abusa de um direito. Nesse sentido, cumpre destacar o comentário da professora Maria Helena Diniz (2008, p. 563) sobre o tema:

O uso de um direito além do permitido, lesando outrem, traz o dever de indenizar. Sob a aparência de um ato ilícito, esconde-se a ilicitude (antijuridicidade *sui generis*) no resultado, por atentado ao princípio da boa-fé e aos bons costumes ou por desvio da finalidade socioeconômica para a qual o direito foi estabelecido.

O abuso do direito de defesa, portanto, pode ser determinado pela conduta de defesa praticada sem nenhum interesse legítimo, cujo propósito se observe pela tentativa de lesar direito de outrem, pela tentativa de embaraçar o andamento da lide, pela manipulação de fatos, dados ou normas, pelo pedido de produção de provas complexas ou oitiva de testemunha quando se afigure desnecessário para o deslinde da causa ou pela utilização de linguagem ofensiva para a parte contrária. Tal rol, no entanto, é exemplificativo, podendo todo aquele que, no exercício do direito de defesa, contrariar a ética e o bom senso exigido para o caso incidir em litigância de má-fé.

Há autores que consideram errônea tal concepção por compreender como abuso de direito tanto atos notadamente ilícitos quanto os atos ilícitos advindos do abuso de direito³. Consideramos, com a devida vênia aos entendimentos contrários, que tal concepção está aplacada de rigorismo.

Imperioso se faz para tanto uma leitura detida do artigo 187 do Código Civil Brasileiro⁴, no qual se vê perfectibilizada a noção de que o exercício de um direito reconhecido de forma excessiva é caracterizado um ato ilícito, assim, possua o direito o ato a aparência de ilicitude ou mesmo seja repellido como não lícito pelo ordenamento jurídico, como o caso da litigância de má-fé, caracterizado estará a ilicitude pelo abuso e, portanto, o dever de indenizar.

³ Nessa corrente destacamos o Dr. Frederico Garcia Pinheiro (2008, p. 76) que assevera que "(...) a preocupação do legislador para com a eticidade no processo civil foi tão grande que várias condutas desleais foram transformadas em diversos atos ilícitos processuais não-abusivos. Quanto a tais condutas não há falar-se em abusividade, haja vista que a ilicitude é aferida *prima facie*, pois sequer há aparência de ilicitude quando às mesmas". O autor considera, portanto, desprovida de cientificidade a utilização da terminologia abuso de direito quando uma conduta congraçar-se em alguma das hipóteses de litigância de má-fé, ato atentatório à dignidade da justiça, ato atentatório ao exercício da jurisdição ou outro ilícito processual, prevendo que a definição de abuso de direito de defesa tem função subsidiária, irradiando efeitos somente quando não for possível detectar-se a ilicitude.

⁴Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.



A ilicitude, nessa senda, será tudo aquilo que foge às regras do ordenamento jurídico e às fontes de produção das normas, como são as fontes legal, jurisprudencial, consuetudinária e negocial, estando correta a afirmação de que a litigância de má-fé e outros ilícitos processuais são característicos abusos do direito de defesa, como também se vê através do entendimento dos tribunais superiores⁵.

⁵ (...) A possibilidade de imposição de multa, quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, encontra fundamento em razões de caráter ético-jurídico, pois, além de privilegiar o postulado da lealdade processual, busca imprimir maior celeridade ao processo de administração da justiça, atribuindo-lhe um coeficiente de maior racionalidade, em ordem a conferir efetividade à resposta jurisdicional do Estado. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC, possui inquestionável função inibitória, eis que visa a impedir, nas hipóteses referidas nesse preceito legal, o exercício irresponsável do direito de recorrer, neutralizando, dessa maneira, a atuação processual do "improbus litigator". O EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER E A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. - O ordenamento jurídico brasileiro repele práticas incompatíveis com o postulado ético-jurídico da lealdade processual. O processo não pode ser manipulado para viabilizar o abuso de direito, pois essa é uma idéia que se revela frontalmente contrária ao dever de probidade que se impõe à observância das partes. O litigante de má-fé - trate-se de parte pública ou de parte privada - deve ter a sua conduta sumariamente repelida pela atuação jurisdicional dos juízes e dos tribunais, que não podem tolerar o abuso processual como prática descaracterizadora da essência ética do processo. (STF: AI 567171 AgR-ED-EDv-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009 EMENT VOL-02347-11 PP-02219)

PROCESSO CIVIL - EMBARGOS DECLARATÓRIOS MANIFESTAMENTE PROTETATÓRIOS - DISCUSSÃO SOBRE POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MULTA PROCESSUAL A ENTE PÚBLICO (INCRA) - ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER.

1. O INCRA, em patente abuso do direito de recorrer, volta a insistir em questão já julgada, tanto por decisão monocrática, quanto na Segunda Turma, em sede de agravo regimental; qual seja, a questão da incidência da Súmula 07/STJ ao caso dos autos.

2. Não-configuração das hipóteses do art. 535 do CPC, mas sim do art. 538, parágrafo único, do diploma processual, por terem sido os embargos utilizados de forma manifestamente protetatória.

3. Em que pese a existência de precedentes e posicionamento no sentido da impossibilidade de se condenar o ente público ao pagamento de multa, por litigância de má-fé ou por recurso manifestamente abusivo, uma vez que não se poderia obrigá-lo a tanto porque é isento de todo e qualquer tipo de custas processuais, não se há de coadunar com esta posição, pois "custas processuais" não se confundem de modo algum com o caráter penalizante e educador da multa processual.

4. Assim, mais do que mera possibilidade, porém, é dever do magistrado aplicar a multa destacada no parágrafo único do art. 538 do CPC, por ser atribuição do ofício do juiz coibir todo o tipo de chicana processual.

(...) (STJ: EDcl no AgRg no REsp 908.224/PB, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2007, DJ 15/02/2008 p. 84)



3 DOS LIMITES AO DIREITO DE DEFESA E DO COMBATE AO ABUSO

O abuso ao direito de defesa decorre, quase em sua unanimidade, no interesse da parte em protelar o adimplemento de uma obrigação frustrando, por conseguinte, a pretensão do autor em obter o provimento devido. Busca-se com isso conseguir-se um bom acordo, ante os efeitos nefastos do retardamento da obrigação ou até mesmo o não pagamento ou cumprimento, tornando o processo um meio para fins ilícitos, colocando por terra toda a sua finalidade.

É de se reconhecer que a própria estrutura de nosso judiciário contribui para o problema. O leque recursal, por exemplo, é muito vasto, de maneira que uma garantia constitucional tornou-se um meio de obliterar o alcance ao direito de outrem. Não obstante, há também extremada má-fé de alguns profissionais do direito que atuam de maneira contrária à ética imposta pela Ordem e contra o primado da boa-fé.

O alvorecer do século XX trouxe consigo efetivas mudanças para a sociedade brasileira, experimentou-se uma transformação no modelo econômico, no modo de governar, introduziu-se a tão propalada globalização. O mundo tornando-se ágil, a sociedade evoluindo, não há porque deixar estanques as instituições, sobretudo o Judiciário.

Um país que não apresenta um Judiciário dinâmico perde investimentos, mão-de-obra de qualidade e credibilidade internacional. Uma justiça que não é célere, confiável, previsível e barata, distancia-se de seu fim maior, relegando a resolução dos conflitos para os particulares.

É cediço que avanços substanciais foram conseguidos, a ampliação e informatização dos juizados especiais cíveis e criminais, a virtualização dos processos, a adoção das súmulas vinculantes e da repercussão geral são alguns desses progressos que podemos destacar, dentre tantos outros. Contudo, muito ainda há de se fazer, haja vista que renitentemente tem-se utilizado o processo do que lhe é natural, de maneira a propalar abusos.

O tempo nesse contexto como nos aponta Dinamarco (2003) é um fator de corrosão de direitos e da satisfação dos mesmos, o que acaba por descredibilizar a prestação jurisdicional, prejudicando as partes envolvidas no litígio, o Estado e toda a sociedade, conquanto patrocinadora de todo o custo de um processo.

Nessa senda, deve-se dividir o ônus do tempo entre as partes, não podendo uma só arcar com esse custo, como bem nos ensina Marinoni (2002), pois de outra forma será impossível alcançar um processo que espelhe o princípio da isonomia, seja pela estrutura do sistema, seja por uma das partes abusar do direito de defesa, como é o objeto do presente estudo. Na linha de pensamento ora comentada o legislador pátrio trouxe muito bem como forma de distribuição do ônus do tempo e de punição àquele que se utiliza



temerariamente do processo para o alcance de fins ilícitos o deferimento da tutela antecipada em casos de abuso de direito de defesa, conforme exsurge do art. 273, II, do Código de Processo Civil.

Assim, poderá a parte vítima de abuso de direito de defesa por parte do réu pleitear a concessão do benefício da antecipação de tutela se atendidos também os requisitos da prova inequívoca e da verossimilhança das alegações.

Fica latente, portanto, que o exercício de um direito fundamental, como é o da ampla defesa pode ser corolário de graves danos a outrem quando exercido de forma abusiva⁶, causando o chamado dano processual. Nesse patamar, é de bom alvitre, ressaltarmos que, em Portugal, foi legada pelo Marquês de Pombal a chamada Lei da Boa Razão, datada de 18 de agosto de 1769, que previa punição para os causídicos que atuassem de forma melindrosa e protelatória em uma lide.

Hodiernamente, tem-se falado no chamado assédio processual, uma das vertentes do assédio moral, sendo que o assediador tenciona retardar o alcance do assediado ao bem da vida perquirido na ação judicial, causando-lhe prejuízos materiais e processuais. O assediador comporta-se como uma miragem dentro do processo, querendo aparentar o exercício regular de um direito quando, na verdade, seu intento é outro, soçobrando sempre suas alegações ante a mais franzina luz de bom senso e razoabilidade. Nessa toada, de bom tom se faz destacar o seguinte aresto⁷ que muito bem sintetiza a questão do assédio processual, *in verbis*:

Praticou a ré 'assédio processual', uma das muitas classes em que se pode dividir o assédio moral. Denomino assédio processual a procrastinação por uma das partes no andamento de processo, em qualquer uma de suas fases, negando-se a cumprir decisões judiciais, amparando-se

⁶ Marinoni (2002, p. 15-16) muito bem evidencia sobre a questão da abusividade do direito de defesa, desferindo argumentos coesos sobre a necessidade de desmistificar a idéia de que porquanto direito fundamental o direito de defesa possa ser exercido excessivamente, afirmando, inclusive que a "(...)A concepção equivocada, mas difundida, de direito de defesa, também influenciada pela filosofia liberal, é outro monumento marcado pela falta de sensibilidade dos juristas, cegos para o que se passa na vida dos homens de carne e osso. Aqueles que conhecem a realidade da justiça civil brasileira podem perceber, sem grande esforço, que o direito à defesa – se concebido na forma plena como pretende parte da doutrina – pode privar o autor de muita coisa. Imaginar – em uma concepção narcísica e romântica de devido processo legal – que as garantias nada tiram de alguém é desprezar o lado 'oculto e feio' do processo, o lado que não pode ser visto (ou não quer ser visto) pelo processualista que tem 'olhos' apenas para o plano normativo ou para o plano das abstrações dogmáticas(...)".

⁷TRT 2ª REGIÃO: Recl. n.º 02784200406302004, 63ª Vara do Trabalho de São Paulo, Juíza Mylene Pereira Ramo - DJ 15/7/2005.



ou não em norma processual, para interpor recursos, agravos, embargos, requerimentos de provas, petições despropositadas, procedendo de modo temerário e provocando incidentes manifestamente infundados, tudo objetivando obstaculizar a entrega da prestação jurisdicional à parte contrária.

O assédio processual, não obstante passível das penas previstas no Código de Processo Civil, pode ser objeto de ação indenizatória autônoma, perquirindo a condenação do *improbus litigator* ao pagamento de pecúnia pelos danos causados pelos seus atos.

O CPC, em diversas partes, elenca medidas para punir este tipo de comportamento processual, incluindo, inclusive, a responsabilidade de terceiros envolvidos no processo, caso também atuem de maneira ardilosa, v.g. advogados, procuradores, peritos, Ministério Público, magistrados, oficiais de justiça, testemunha, peritos, intérpretes, escrivães, entre outros. Pode-se, assim, dividir da seguinte forma as punições previstas pelo CPC para o litigante de má-fé: multa por ato atentatório ao exercício da jurisdição e à dignidade da justiça; sanções por litigância de má-fé e multa por óbice ao processo de execução.

Com exceção da multa por ato atentatório ao exercício da jurisdição, que se reverte em favor dos Estados, as demais multas e indenizações são devidas à parte lesada pela atuação danosa do litigante de má-fé, independentemente de ser vencedora ou não na causa, haja vista tais sanções não se vincularem ao êxito no direito pretendido, mas sim à existência de conduta antiética e antijurídica perpetrada por uma das partes, raciocínio análogo se aplica quando da condenação aos honorários advocatícios⁸.

4 DA RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO

É de se lembrar, antes de tudo, que a relação entre advogado e cliente é, primeiramente, contratual. Por consectário, as partes contratantes subsumem-se às normas gerais do contrato, ao Código de Defesa do Consumidor e dos regramentos pertinentes.

O mandato judicial nada mais é, como bem nos ensina Caio Mário

⁸ É de boa guarida destacar que o beneficiário da assistência judiciária gratuita e da justiça gratuita pode ser condenado ao pagamento das indenizações e multas por litigância de má-fé, haja vista que o benefício que lhe é concedido circunscreve-se somente à hipótese de isenção de custas judiciais e honorários de sucumbência.



(2004), que um contrato cujo objeto é a representação para a defesa de interesses e direitos do outorgante, devendo o outorgado agir e orientar o cliente com boa-fé, probidade e retidão.

O advogado, cuja importância é constitucionalmente reconhecida (Art. 133 da Constituição), é porta voz da Justiça, ferramenta necessária para a manutenção do estado democrático, sendo inviolável no exercício da profissão por suas idéias e ações, todavia, como bem estabelece o comando constitucional, dentro dos limites legais.

Como é de conhecimento geral, a atividade do advogado é de meio e não de resultado, por consequência, a sua responsabilidade civil é subjetiva, devendo-se demonstrar dolo ou culpa na sua atuação suficientes para o ensejo do dano e da reparação a se perquirir.

Quando nos açambarcamos do art. 14 do CPC, vemos estabelecida a chamada responsabilidade processual, derivada da ética e da boa-fé geral, sendo essa generalidade substância que se denota a solidariedade entre os que participam de um processo, bem visto no caput do referido artigo: *São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo(...)*.

Fazendo-se uma analogia com a definição de solidariedade trazida pelo art. 264º do Código Civil, podemos com clareza afirmar que o credor (a parte atingida pela má-fé processual ou o Estado, na figura do juiz, no caso de ato atentatório ao exercício da jurisdição) poderá exigir o valor da indenização de qualquer um dos devedores (advogados¹⁰, parte, terceiros interessados, etc), posto que todos estão obrigados pelo valor da dívida toda.

Vivemos na era dos advogados e das ações. Por ano, milhares de profissionais são lançados no mercado, aumentando em muito a concorrência pelo trabalho na área jurídica, sobretudo, na profissão do advogado, haja vista a sua obrigatoriedade para início de atividade forense.

Por conta de tais fatores, as exigências sobre um causídico são ainda maiores, não se admitindo, portanto, a sua isenção no pagamento da multa do artigo 14, em razão da interpretação literal do seu parágrafo único, por suposto declinar para a Ordem a apuração formal da ilicitude da conduta do advogado.

Entendemos que o advogado é livre no exercício da sua profissão, mas toda liberdade comporta restrições, sejam elas de abstenção ou convi-

⁹ 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.

¹⁰ A Lei 8.906/1994 (Estatuto da OAB) deixa claro no art. 32 a questão da solidariedade do advogado em caso de lide temerária e no abuso do direito de defesa, ressaltando somente a hipótese de tal apuração em ação própria, indicando no art. 34 as hipóteses de infração disciplinar para o advogado, elencando nos incisos XIV, XXIV, XXV, XXVII hipóteses cabíveis a litigância de má-fé que se constituem infrações do advogado.



vência, como bem prevê o art. 133 da Constituição Federal. Em se levando em conta que uma lide temerária e de má-fé corroborada pelo advogado e subscritor das peças processuais é ilícita e abusiva, não há razão para se retirar o dever do advogado de responder por tais atos no curso do processo e também junto à Ordem¹¹.

São os advogados, e não as partes, os principais autores dos atos processuais abusivos e emulativos. Embora esteja em exercício de mandato, detém o conhecimento daquilo que pratica, não podendo imputar ao outorgante a responsabilidade por ato que tinha pleno conhecimento ser abusivo. Demais disso, o Código de Ética estabelece no art. 20¹² o dever do causídico de se abster da prática de atos abusivos, ainda que a pedido da parte que ele representa.

O Superior Tribunal de Justiça¹³ tem se albergado em entendimento semelhante, conhecendo que a falta processual deve ser paga no ato do processo, mas a falta profissional pode e deve ser levada à OAB para que seja apurado e instaurado processo disciplinar contra o advogado faltoso, podendo o mesmo incorrer nas sanções disciplinares previstas pelo estatuto da Ordem.

5 DO ESTADO-RÉU

É bem dizer que o Estado, em sua concepção integrada nas esferas municipal, estadual e federal, é o principal litigante do país. Rogério de Barros (2001), em passional artigo, comenta que, somente no STJ, 85% das causas em tramitação possuem um órgão da administração pública em um dos pólos processuais e em 70 % dessas causas houve vitória do particular sobre o ente público.

¹¹ Entendemos, pelo teor do art. 2, § 1º, da Lei 8.906/1994, que os integrantes da Advocacia Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública, e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional são também responsáveis solidários em caso de litigância de má-fé, podendo ainda sua falta ser apurada em processo disciplinar próprio do regimento do órgão ao qual está subordinado.

¹² Art. 20. O advogado deve abster-se de patrocinar causa contrária à ética, à moral ou à validade de ato jurídico em que tenha colaborado, orientado ou conhecido em consulta; da mesma forma, deve declinar seu impedimento ético quando tenha sido convidado pela outra parte, se esta lhe houver revelado segredos ou obtido seu parecer.

¹³ Sobre essa questão vide os seguintes julgados, cujo teor versa na condenação do advogado da parte ré por recorrer de forma temerária, afastando o alcance da pretensão da parte autora: EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 314.173/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2002, DJ 10/03/2003 p. 149; RMS 25.521/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/03/2008, DJe 28/03/2008.



Vivemos em um Estado Democrático de Direito, cuja ordem jurídica se impõe a todos aqueles que nele residem, inclusive ao próprio Estado e aos seus órgãos e demais responsáveis pelo seu funcionamento. Não se concebe assim a formação de um direito estatal e um direito ao particular, ambos estão sob a égide do mesmo direito, ressalvadas as devidas especialidades.

Assim, em se percebendo o Estado e os homens que o governam e são investidos de suas atividades, estão agindo sob o perfurado manto da ilegalidade se convém, por óbvio, a possibilidade de condenação do estado por abuso do direito de defesa, prejudicando direito de terceiro.

Aliás, o legislador pátrio não se descurou da análise desses aspectos, permitindo que se efetuasse a intervenção (art. 34) para prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial, bem como para assegurar o respeito aos princípios constitucionais da forma republicana e dos direitos da pessoa humana. Demais disso, a legislação ordinária, a saber a Lei de Improbidade Administrativa, prevê em seu artigo 11 o seguinte:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

[...]

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

Um exemplo importante, embora triste, a ser citado é o caso do chamado calote oficial que o município de São Paulo tem efetuado aos credores de precatórios alimentares. Há o Movimento dos Advogados em Defesa dos Credores Alimentares do Poder Público – MADECA, que vem atuando agueridamente para que o calote estatal seja impedido tendo sugerido, inclusive a rejeição das contas estaduais pelo Tribunal de Contas, caso não haja o devido pagamento¹⁴.

Em brilhante voto¹⁵, o desembargador do TRT paulista Jorge Luiz Souto Maior, constatando a presença inequívoca de atitude temerária por abusar de direito de defesa da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, em

¹⁴ Sobre esse assunto vide a representação apresentada pelo MADECA ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo: <http://www.sandovalfilho.com.br/2007/images/documentos/Madeca-TC.pdf>

¹⁵ TRT/15º - Processo 02008-1991-063-15-86-0 – Agr. Pet. – Rel. Des. Jorge Luiz Souto Maior. DO 28.03.2009



razão de protelar o pagamento de verba trabalhista reconhecida como devida desde ao ano de 1991, determinou que se requisitasse ao STF pedido de intervenção no Estado de São Paulo a fim de que fosse saneado tal problema, bem como determinou a penhora on-line dos ativos da demandante e ainda condenou-a por dano processual no importe de R\$ 1.200.000,00.

Em remate, percebe-se que o Estado enquanto litigante que abusa do seu legítimo direito de defesa pode e deve ser condenado por litigância de má-fé e outras espécies de reprimendas legais para o dano processual, tal qual se faz para o particular, sob pena de subversão da própria ordem jurídica e de descrédito das instituições.

6 NOTAS FINAIS

O bom senso e a boa prática devem ser indissociáveis na vida de qualquer profissional do direito, a rigor, na vida de qualquer pessoa. A velha máxima de que tudo em excesso conduz ao desvario é por demais atual e verdadeira. Direitos devem ser exercidos no liame de sua utilidade e eficácia, o abuso que conduz ao excesso deve ser desmotivado e reprimido.

A legislação pátria, notadamente o Código de Processo Civil, impõe deveres das partes que proclamam quizila no âmbito do judiciário, cominando penas para os que descumprem os deveres de urbanidade e temperança no processo.

Um grande passo dado pela legislação pátria diz respeito à solidariedade estabelecida no artigo 14 determinando que todos os que, de alguma forma participam do processo, devem proceder com lealdade e boa-fé, objetivando o seu direito, de maneira a alcançar os escopos processuais de pacificação social e de resolução de conflitos.

O advogado, nesse contexto, bem como os representantes estatais, inclusive o Ministério Público¹⁶, podem ser condenados quando abusarem do direito de defesa e perscrutarem prejuízo do direito do réu em seus atos processuais, incorporando assim um dever genérico de lealdade e responsabilidade no processo.

¹⁶ Sempre que constatada a má-fé ministerial caberá a condenação por litigância de má-fé, como já é há muito entendido pelo STJ, v.g. AgRg no REsp 1084634/SP.



REFERÊNCIAS

COSTA, Judith Martins. Os avatares do abuso de direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo. **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 57-95.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOPES, Rogério de Barros Correia. **Quando o Estado é réu**. Disponível em: <http://www.neofito.com.br/artigos/art03/varios_pdf007_neofito.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado: Parte Incontroversa da Demanda**. 5ª ed., rev., atual. e ampl. da obra Tutela antecipatória, Julgamento antecipado e execução imediata da sentença. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NADER, Paulo. Responsabilidade civil de juízes, promotores de justiça e advogados. **Revista da Escola Nacional de Magistratura**, Brasília, v. 5, n. 2, p.55-67, abr. 2008.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Reflexões sobre a morosidade e o assédio processual na Justiça do Trabalho**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12003>>. Acesso em: 18 maio 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Contratos. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.



PINHEIRO, Frederico Garcia. Abuso **de direito processual na jurisprudência do STJ**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10998>>. Acesso em: 18 maio 2009.

ROSAS, Roberto. Abuso do direito de demandar. **Revista Notícia de Direito Brasileiro**, Brasília, v. 1, n. 1, p.30-43, 1996.

DEFENCE LEGAL REFLECTIONS ON ETHICS AND LOYALTY IN THE BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE

ABSTRACT

The law prescribes the need for respect and good faith between those who litigate. Before that, procedural fairness is placed not only as a principle of civil procedure, but constitutional. Crave illegal in order to process appeals unnecessary or even add or disrespectful behavior is forbidden to the parties, to professionals in the process and integrate all that into it somehow. Having established such solidarity, solidarity is also payment for the penalties established by the CPC, with the intent to compel by coercion financial adjustment ethical absent in that perpetrate these practices.

Keywords: Litigation in bad faith; Abuse of law; Procedural damage.



DEMOCRATIZANDO O PLANEJAMENTO URBANO: CRÍTICAS E PERSPECTIVAS DOS INSTRUMENTOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NO ESTATUTO DA CIDADE

Raisa Lustosa de Oliveira

Acadêmica do 9º Período da UFRN

Marco Bruno Miranda Clementino

Professor orientador

RESUMO

O direito à moradia sempre gerou inúmeras discussões no campo do desenvolvimento urbano brasileiro, mormente no tocante à democratização da criação das cidades e da sua expansão. Inovação recente no ordenamento jurídico pátrio, o Estatuto da Cidade dispõe sobre o crescimento urbanístico e traz em seu texto significativos instrumentos de gestão democrática das cidades. A participação popular visa aproximar o poder decisório daqueles que serão diretamente atingidos pelas políticas públicas urbanísticas e aumentar a legitimidade do planejamento urbano, tornando mais democrática tal forma de aplicar a verba pública. O presente trabalho visa analisar tais disposições legais sob o ponto de vista da efetividade e da concretização da possibilidade de se atender aos anseios populares quando da construção das cidades, apresentando de maneira crítica os principais delineamentos e perspectivas apontados pela doutrina e pela jurisprudência como positivos e negativos da referida legislação.

Palavras-chave: Direito à Moradia. Desenvolvimento Urbano. Estatuto da Cidade. Gestão Democrática.

“Atualmente, o que está em causa é não tanto celebrar o triunfo do direito, mas mais proteger a fragilidade de uma justiça que sofre a concorrência que lhe é infligida pelas regras sem discurso do mercado, dos media ou da ciência, num mundo ameaçado de dessimbolização. Quando, como afirma Montesquieu, qualquer cidadão se comporta como um escravo fugido da casa do seu dono, talvez seja tempo de o homem democrático interromper a sua fuga para construir uma outra casa. A sua.”
(Antoine Garapon)¹.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil segue a tendência mundial de ser um país cada vez mais urbano e menos rural. Para tratar dessa realidade global, em 1996, diversas nações se uniram para editar a Agenda Habitat, que influenciou o legislador pátrio a editar a Emenda Constitucional 26, acrescentando ao rol dos direitos sociais o direito à moradia. Nesse Documento foi privilegiada a relação entre habitação adequada e proteção ao meio ambiente, sob o enfoque do acesso à moradia. Pertinente é ressaltar o disposto no parágrafo 43:

1. Mais do que um telhado sobre a cabeça, adequada habitação significa adequada privacidade, adequado espaço, acesso físico, adequada segurança, incluindo a garantia de posse, durabilidade e estabilidade da estrutura física, adequada iluminação, aquecimento e ventilação;
2. Adequada infra-estrutura básica, fornecimento de água, saneamento e tratamento de resíduos, apropriada qualidade ambiental e de saúde, adequada localização com relação ao trabalho e serviços básicos;
3. Que esses componentes tenham um custo acessível a todos.

¹ Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 328.



Os problemas urbanísticos brasileiros não são poucos e vêm ganhando destaque nas discussões em diversos fóruns pátrios. A polêmica necessidade de se conciliar crescimento urbano e desenvolvimento sustentável traz à tona problemas de longa data no cenário nacional:

Sabe-se que a ocupação do espaço urbano no Brasil historicamente foi marcada por uma intensa desigualdade, discriminação e exclusão social. A ausência de um planejamento para as cidades intensificou a expansão desordenada das periferias, em especial nas áreas metropolitanas, consolidando, por sua vez, na cidade formal, um mercado imobiliário restritivo e especulativo (SANTIN, 2010, p. 122).

No âmbito urbanístico, os governos brasileiros foram multiplicando os erros por ausência de sistematização da matéria legal urbanística e como-dismo. As ações e estratégias foram marcadamente tomadas em descompasso com as maiores demandas da sociedade. O processo de urbanização vivenciado na maioria das cidades brasileiras tornou cristalina a necessidade da previsão legal de providências a serem tomadas no processo de planejamento urbanístico, que deveriam, por sua vez, prever a participação das comunidades de forma a garantir a gestão democrática das cidades.

Sob a luz do direito fundamental à moradia e à cidadania, editou-se a Lei n.º 10.257, de 11 de julho de 2001, denominada Estatuto da Cidade, com o intuito de regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988, delimitando os objetivos da política urbana no Município e trazendo as diretrizes e princípios gerais para se construir e manter uma cidade. O seu maior escopo é o de garantir o desenvolvimento sustentável das cidades, por meio de um planejamento justo e consistente, garantidor de uma qualidade de vida digna à geração atual e às futuras.

Ensina José Afonso da Silva (2008, p. 214):

O *direito à moradia* significa ocupar um lugar como residência; ocupar uma casa, apartamento, etc., para nele habitar. No “morar” encontramos a ideia básica da habitualidade no permanecer ocupando uma edificação, o que sobressai com sua correlação com o *residir* e o *habitar* (...). O conteúdo do direito à moradia envolve não só a faculdade de ocupar uma habitação. Exige-se que seja uma habitação de dimensões adequadas, em



condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar (...).

O Estatuto da Cidade tem seu foco na atuação do poder público local, atribuindo-lhe instrumentos que, desde que utilizados de maneira responsável, servirão para a concretização de ações voltadas a solucionar ou diminuir os sérios problemas vivenciados pelas cidades brasileiras. O Estatuto dispõe sobre a gestão democrática da cidade em seus artigos finais com o objetivo de tornar prática sua existência.

A gestão democrática da cidade é um tema pertinente no sentido em que discute a participação dos cidadãos e habitantes quando do planejamento, do controle e da avaliação das políticas urbanas municipais, sendo uma condição para a realização do Plano Diretor, de acordo com o Estatuto da Cidade. É por meio dela que podem ser vistos o direito à cidade e a função social da propriedade como instrumentos de concretização do direito à moradia.

A concretização da gestão democrática é uma garantia primordial de que os instrumentos de política urbana trazidos pelo Estatuto da Cidade não se resumirão em meios úteis à exclusão social e a benefícios tão somente tecnológicos, mas sim, à promoção democrática do direito à cidade para todos e todas.

2 A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Constituição Federal foi hermenêuticamente clara ao trazer no *caput* de seu primeiro artigo a disposição de que a “*República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito*” (art. 1º, *caput*). Assim, pode-se estabelecer a conexão lógica entre o princípio da participação e a construção da democracia, que por sua vez baseia-se na soberania popular e na participação direta ou indireta.

Em lição basilar acerca dessa interação necessária e intrínseca à democracia, Odete Medauar (1992, p. 214) assinala que “a presença dos cidadãos, das formações sociais e dos interesses coletivos no interior da Administração, sob o nome de participação, constitui uma das tendências contemporâneas”. O ideal seria que *toda* a sociedade participasse do processo democrático, e não só os detentores de maiores conhecimentos sobre a questão.



A participação popular é uma das formas de dar efetividade ao ditame constitucional de que “*todo o poder emana do povo*”. Carlos Ari Sundfeld (2000, p. 793) esclarece que “quanto maior for a interação sociedade e Estado, mais próximos estaremos de uma Administração Pública Democrática”. Para a realização deste escopo, indispensável se faz a criação de maneiras diversas de controle social da gestão pública.

A organização é fundamental para que a participação tenha resultados práticos. Para Paulo Affonso Leme Machado (2007, p. 454), “para que não se destrua a gestão participativa e nem se torne a mesma ineficaz será preciso que o controle social encontre meios de contínua e organizada informação”. Destarte, a participação popular na gestão pública tem de ser cada vez maior e efetiva, para que se possa falar em Administração Pública que verdadeiramente respeite o princípio basilar da soberania popular.

Acerca da consensualidade necessária entre a participação popular e o Poder Público, esclarecem Enterría e Fernandez (1998, p. 84):

La idea de una participación de los administrados en los procesos de decisión parece capaz no solo de disminuir las disfunciones organizativas y burocráticas, sino también de obtener un nuevo *consensus*, una legitimidad nueva que permita superar la crisis actual del mando autoritario, generalizada a todas las esferas, constituye, así, la ideología participativa un verdadero contrapunto al desarrollo de los sistemas burocráticos.

Para fundamentar a necessidade da participação popular, parte-se do fundamento de que a Administração gere a *res publica*, sendo, portanto, imprescindível o empenho de cada cidadão para a concretização da idéia de gestão eficiente. Lembra Augustín Gordillo (*apud* SUNDFELD, 2000, p. 793) que “la Administración no puede ni debe administrar sola: el pueblo administrativo debe participar en la decisión administrativa misma”.

Importante ressaltar que a administração pública com ênfase na gestão participativa não é favor de ninguém e sim a consolidação da democracia. Carlos Ari Sundfeld (2000, p. 832) esclarece:

Abrir as portas da Administração Pública à população, sim, mas não conceder-lhes favores, e sim para garantir a ela o respeito aos seus direitos, por parte do próprio Estado; garantir aos cidadãos novas e reforçadas vias



de participação e controle democrático da atuação das instituições, sim, mas garantindo-se a eles, simultaneamente, a orientação necessária e adequada para que possam realizar essa participação e esse controle de forma eficaz, substancial, e não meramente formal, para que não se prestem apenas a legitimar procedimentos que, com efeito, não impliquem democratização da gestão pública. Medidas efetivamente transformadoras da ordem política, no sentido de sua democratização, metas efetivamente realizáveis, em boa medida, por meio de instrumentos de gestão participativa.

Entretanto, estamos falando de uma gestão participativa e integrada, com disposições vanguardistas trazidas pelo Estatuto da Cidade. A existência da democracia pressupõe a soberania popular e a participação popular no poder. Entretanto, não é fácil concretizar o segundo requisito, conforme assevera José Afonso da Silva (2008, p.132):

A insuficiência da democracia em realizar esses valores até o momento, no plano concreto, não retira sua validade, pois, como dissemos, ela é um conceito histórico, tanto quanto os valores que busca garantir, o que ela nem sempre consegue pacificamente. Ao contrário, por ser governo do povo, pelo povo e para o povo, só se firma na luta incessante, no embate constante, não raro na via revolucionária, inclusive quanto ao próprio conceito de povo que é essencial à idéia de democracia.

Destarte, pode-se concluir que o fato de a lei estar posta e o Poder Público disposto a efetivá-las pode não significar nada se a participação popular no poder decisório da Administração e nas questões mais abrangentes não for concretizada diariamente como baluarte da democracia.

3 OS INSTRUMENTOS DA GESTÃO DEMOCRÁTICA NO ESTATUTO DA CIDADE

A previsão da gestão democrática no Estatuto da Cidade é o mecanismo de garantia dos novos instrumentos de direito urbanísticos trazidos pelo



Estatuto, conforme dispõe o artigo 2º, II, que estabelece a “gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano” como diretriz geral da política urbana. Nesse sentido, arremata a Promotora do Meio Ambiente de Natal Gilka da Mata (2009, p. 263):

A democratização da gestão é um fator determinante para se atingir um modelo justo de desenvolvimento urbano. A falta de participação da população envolvida costuma ser apontada como uma das causas dos muitos problemas existentes nas cidade. O ordenamento urbano sempre foi imposto de forma imperativa “de cima pra baixo”, como se fosse exclusivo do Poder Público Municipal. Regras surgiam e se modificavam sem que a população entendesse o quando, o como e o porquê. Muitas e muitas regras foram impostas por sucumbir-se a pressões do setor imobiliário.

Tal redação justifica-se com base no vazio democrático em que são tomadas inúmeras decisões no âmago da Administração Pública brasileira, mormente quanto ao desenvolvimento urbano:

O exercício das funções e a administração dos recursos públicos têm suscitado amplas discussões no que diz respeito ao divórcio entre as necessidades dos cidadãos e o conteúdo das decisões sobre o desenvolvimento econômico e social. Muitos são os investimentos em projetos que necessitam de grande dispêndio de dinheiro público, porém não representam os interesses da sociedade. Essa problemática é observada tanto em âmbito nacional, como, por exemplo, com o projeto nuclear, com os investimentos para desenvolvimento da Amazônia e tantos outros, quanto na instância local. Muitas são as obras inacabadas ou superfaturadas, as quais prejudicam a sociedade ao fazer o contribuinte arcar com as consequências da má gerência e má aplicação dos recursos públicos (SANTIN, 2010, p. 124).

O conteúdo das normas dispostas no Capítulo IV do Estatuto da



Cidade é de processo político-administrativo, informando toda a elaboração da política urbanística com a participação popular em diversas formas, abrangendo diversas formas de processo: político, legislativo, administrativo, orçamentário e de controle social das atividades da gestão urbana (DALLARI; FERRAZ, 2006).

José dos Santos Carvalho Filho (2009) explica que os mecanismos de intervenção popular na gestão da cidade possuem um aspecto jurídico e um administrativo. O primeiro refere-se a força cogente dessas normas, enquanto que o segundo implica no espraçamento de sua aplicação por todo o processo organizacional da política urbana.

Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz (2006, p. 336-338) acentuam que o uso da palavra “gestão” e não “gerenciamento” implica na participação popular nas funções de direção, planejamento, controle e avaliação das políticas urbanas: “a gestão democrática remete à ideia de um novo pacto territorial, em que o Direito não se distancie da Justiça, mas garanta que a cidade seja espaço de convivência de todos os seus habitantes, onde cada um possa desenvolver plenamente suas potencialidades”.

O Capítulo IV do Estatuto da Cidade assim dispõe:

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;

III – conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal;

IV – iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

V – (VETADO)

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.

Art. 45. Os organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas incluirão obrigatória e significativa participação da população e de associações



representativas dos vários segmentos da comunidade, de modo a garantir o controle direto de suas atividades e o pleno exercício da cidadania.

O Estatuto da Cidade previu em diversos dispositivos de seu texto normas relacionadas à gestão democrática da cidade, que servem de vetores de interpretação de todo o seu conteúdo (DALLARI; DI SARNO, 2007). Vale salientar o caráter exemplificativo do rol do artigo 43. Serão agora analisadas as implicações sócio-jurídicas dos principais meios previstos para a participação do povo trazida pelo novel Estatuto da Cidade.

3.1 Órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal

O processo que levou à elaboração do Estatuto da Cidade foi marcado pela significativa participação de setores da sociedade civil interessados na transformação da política urbana brasileira, como ONGs e setores da população em geral. A disposição legal acerca dos órgãos colegiados de política urbana nos três níveis federativos marca a chamada fase processual da gestão democrática.

Os conselhos de desenvolvimento urbano não apenas dão sua opinião no gerenciamento urbano do ente federativo, mas participam efetivamente da gestão da política urbana. Em outras searas é comum a instituição de conselhos, como o CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente), o CONAS (Conselho Nacional de Saúde), o CONANDA (Conselho Nacional da Criança e do Adolescente), entre outros.

Em paralelo comparativo, no caso do gerenciamento das águas no Brasil implementado pela Lei 9.433/97, tem-se o instituto do Comitê de Bacia Hidrográfica, que se enquadra no modelo sistêmico de integração participativa que tem como *"característica básica a incorporação, de forma sinérgica, de quatro tipos de negociação: econômica, política direta, política representativa e jurídica"* (BRASIL, 2006, p. 53)².

² Como parte das mudanças trazidas, a Lei das Águas estabelece a gestão participativa e integrada das águas no Brasil, perdendo o Poder Público a maioria dos votos nos Comitês de Bacia Hidrográfica. *"A Lei 9.433/1997, por seu processo de construção, bem como por seu conteúdo, constitui-se em uma das mais maduras e arrojadas propostas de gestão pública de nosso país,*



É nesse local que a participação popular se concretiza quando da formulação da política urbana, que deve ser criado por leis orgânicas dos Municípios, conciliando a previsão da gestão democrática com a “*cooperação das associações representativas no planejamento municipal*” (CF, art. 29, XII). Vale salientar que a situação jurídica desses conselhos é *sui generis*, uma vez criados por lei municipal. Sua composição pode ser paritária ou tripartite, conforme se entenda ser melhor dividir a participação da sociedade entre os usuários do espaço urbano e aqueles responsáveis pela produção do espaço urbano. Pertinente a elucubração de José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 301):

Na integração entre governo e sociedade, deve reinar o espírito que busque realmente o atendimento do interesse coletivo e a harmonização das ideias e opiniões de forma honesta e civilizada. Devem ser deixados de lado eventuais interesses pessoais, ambições políticas, oportunismos e retaliações. Se isso não ocorrer – e é inevitável certo grau de ceticismo sobre a eficácia do instrumento, não em razão do instrumento em si, mas em virtude do ânimo que embala certos indivíduos – o objetivo legal não será alcançado.

A composição é o cerne da questão nos conselhos. A representação do poder Público deve ocorrer de maneira tal que não transforme o órgão em mero espaço de legitimação de decisões prévias do Poder Público. O equilíbrio deve ser tal que a representatividade no conselho seja preservada a ponto de o conselho ser um espaço de debate e não de imposição de opiniões (DALLARI; FERRAZ, 2006).

O conselho deve se organizar quanto à dotação orçamentária e ao suporte técnico para funcionar, a fim de evitar problemas tão comuns que burocratizam a verdadeira participação do cidadão comum. A interpretação das disposições do Estatuto e da Constituição permite traçar diretrizes gerais a serem seguidas quando da instituição destes órgãos colegiados, marcada pela liberdade municipal na sua organização (DALLARI; DI SARNO, 2007).

Faz-se útil salientar a importância do uso desses espaços para se

impondo-se como ponto de convergência dos princípios da Agenda 21 e representando um marco histórico para a implementação do sistema de gestão integrada e participativa no Brasil” (BRASIL, 2006, p. 53).



garantir o alcance do desenvolvimento urbano ambientalmente sustentável, visto que “a adoção de políticas públicas buscando a sustentabilidade das cidades, vem a nos fazer repensar no modelo de desenvolvimento social, econômico e ambiental, bem como inserir a ação estatal através da ótica de gestão sustentável do espaço urbano” (SOLA, 2010, p. 6).

3.2 Debates, audiências e consultas públicas

A principal forma que acontece a participação pública são as audiências públicas. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992, p. 129) ensina:

A audiência pública, em resumo, é um instituto de participação administrativa aberta a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando à legitimidade da ação administrativa, formalmente disciplinada em lei, pela qual se exerce o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a uma decisão de maior aceitação consensual.

O Poder Público Municipal é o detentor do poder de interferir nos processos de urbanização e no mercado imobiliário, permitindo a concretização da gestão democrática da cidade. Renato Cymbalista (*apud* DALLARI; FERRAZ, 2006, p. 339-340) acentua nesse sentido:

É fundamental que a Prefeitura envolva ativamente os diferentes setores da sociedade nos debates dos instrumentos e do plano diretor. Apenas dessa maneira poderá ficar claro para todos que em alguns casos é preciso que uma minoria abra mão de seus privilégios para que sejam garantidos os recursos territoriais e materiais que permitirão um crescimento mais equilibrado da cidade.

A realização desses atos com obrigatoriedade é decisão a ser tomada pelo Município, mas deve se dar em “todo ato urbanístico que possa gerar conseqüências sobre direitos individuais, coletivos ou difusos dos habitantes da cidade, sob pena de se negar eficácia ao artigo 43, II, do Estatuto da Cidade” (DALLARI; FERRAZ, 2006, p. 347).

Estes centros de discussão devem se fazer marcar pelo maior grau de satisfação de todos os envolvidos, visto que uma eventual distorção entre



os objetivos do debate e as deliberações alcançadas torna inócua e ineficaz a previsão legal (CARVALHO FILHO, 2009).

A questão das audiências públicas tem como fulcro maior a vinculatividade das suas deliberações perante o Poder Público. Negá-la seria tornar vazia a existência desse instituto. Essa é a correta tendência aceita pela doutrina administrativo-processualista:

Ainda que a vinculação não seja adotada, o simples fato de haver uma deliberação de um órgão colegiado, ou um posicionamento colhido em audiência pública, torna imprescindível uma *extensa motivação* por parte da autoridade pública que pretende agir em desconformidade com o decidido (DALLARI; DI SARNO, 2007, p. 206).

Os debates, audiências e consultas públicas previstas no Estatuto da Cidade encontram freio na própria participação popular, que ainda é ínfima na maioria delas, levando-se à questão da maior divulgação dessas audiências. A participação popular condiciona a própria eficiência das medidas ligadas ao desenvolvimento urbano, visto que sem aquela estas acabam tornando-se mais um instrumento legal construído sem raízes populares.

Alegar-se-á a falta de conhecimento acerca da realização dessas audiências para a falta de participação popular. Em parte isso é verdade, visto que a publicidade é princípio básico da Administração Pública. É neste sentido a seguinte lição:

A informação já foi considerada por alguns como um quarto poder. Aquele que detém a informação coloca-se, inevitavelmente, numa posição de vantagem aos demais. Nesse passo, se a informação é relativa a algo cuja titularidade ultrapassa a esfera pessoal de quem a obteve, é fora de dúvidas que ela, a informação, deve ser disponibilizada e socializada com todos os titulares do bem sobre o qual recai a informação. Assim, mais do que uma atividade egoísta, a retenção e guarda da informação relativa a um bem difuso constitui um gravíssimo respeito ético, moral e social, além de ilícito de sonegação de dados dos verdadeiros proprietários desse bem: a coletividade. Enfim, se o bem sobre o qual recai a informação é difuso, certamente o direito à informação e obtenção de dados acerca desse bem tem



igualmente natureza difusa (NOBRE JÚNIOR, 2004, p. 38).

Entretanto, vale salientar que a Administração Pública poderia ir de casa em casa convocando os cidadãos a participar da tomada de suas decisões, que ainda assim enfrentaria a falta de engajamento de boa parte destes. O desencorajamento é recíproco e precisa ser revertido enquanto ainda não se atinge um estado crítico em que a única solução seria a desobediência civil. É preciso a conscientização geral no âmago da população que a democracia é feita *para* ela e *por* ela. Não pelos que estão no poder.

A desconfiança do povo na classe política é histórica, mas constitui-se numa realidade que atualmente faz a transposição da alienação para o questionamento social: “o povo precisa sentir-se como verdadeiro titular do poder e acreditar que seus interesses deverão ser os únicos objetivos dos governantes, como professa o ideal democrático” (SANTIN, 2010, p. 129).

Muitas audiências públicas são amplamente divulgadas e contam com a participação de duas ou três pessoas! É contraditório nesse momento então exigir decisões democráticas se a própria *vox populi* por vezes não se faz ouvir. Fundamental é, portanto, que a divulgação seja contínua e abrangente dos mais diversos setores e que a população se empenhe nessas ocasiões.

3.3 Conferências sobre assuntos de interesse urbano

Em diversos campos ligados aos direitos sociais têm sido utilizadas as conferências. No tocante ao interesse urbano, a previsão do artigo 43, III, do Estatuto da Cidade, refere-se à participação dos diversos setores ligados ao desenvolvimento urbano, indicados implicitamente no artigo 2º, II, da mesma lei, quais sejam os habitantes da cidade, a população carente, empresários da indústria imobiliária, governo, representantes dos setores de transportem meio ambiente (DALLARI; FERRAZ, 2006).

Nas conferências, os especialistas das mais diversas searas da política urbana vinculam sua exposição para esclarecimentos técnicos úteis à assistência na elaboração de textos legais e a edição de atos administrativos quanto à matéria urbanística, conforme elucida José dos Santos Carvalho Filho (2009).

3.4 Iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano

A referida iniciativa popular rege-se pelo disposto no artigo 61, §2º,



da Constituição Federal³. No Estatuto da Cidade, há uma gama de matérias que dependem da aprovação de lei e de plano diretor, não olvidada a natureza de lei dos planos urbanísticos (DALLARI; DI SARNO, 2007, p. 207). A facultatividade desta opção para a coletividade vem a dotá-la de um *munus* capaz de atingir negociações antes não imaginadas, como as negociações que levem a posições mais favoráveis nos processos relacionados ao crescimento urbano.

O Estatuto da Cidade traz diversas hipóteses de incidência dessa iniciativa popular de grande interesse da população, como o *“programa de atendimento econômico e social para a população diretamente afetada pela operação”* (artigo 33, III), os *“programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social”* (artigo 35, III).

Importante salientar que a eficácia dessas iniciativas condiciona-se aos termos em que as mesmas serão regulamentadas pelo Poder Legislativo Municipal, que devem tentar preservar ao máximo a vontade daqueles maiores atingidos pelo que sair desta Casa.

3.5 Referendo popular e plebiscito

Originalmente, o Estatuto da Cidade traria a previsão acerca do referendo popular e do plebiscito em matéria urbanística. Entretanto, o veto foi no sentido de que a Lei nº 9.079/1998 poderia ser aplicada, observada a lei orgânica municipal, a esta seara legislativa, dispensando mais uma previsão legal específica. O veto foi meramente em razão da boa técnica legislativa, não no sentido de vedar o uso destes institutos, argumento aparentemente dispensável, pois a previsão dúplice não faria mal algum. Nesta monta, a ausência de previsão não é motivo para deixar-se de aplicar a previsão geral constitucional das formas de participação popular supracitadas.

³ Constituição Federal. Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. (...) § 2º – A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.



3.6 Gestão orçamentária participativa

A previsão legal da gestão democrática da questão orçamentária no Estatuto da Cidade é inovação legal digna de aplausos, visto que a famigerada transparência das contas públicas, em voga com a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000), já é medida a ser tomada em todos os âmbitos da Administração Pública.

As audiências públicas previstas nessa Lei, em diversos dispositivos, desde que conjugados com a previsão do artigo 44 do Estatuto da Cidade, virá a atender velhos anseios da população, mormente no tocante à gestão democrática de um dos setores mais carentes de organização como é o desenvolvimento urbano das cidades brasileiras. Essa providência democratizante é tida como uma condição de procedibilidade do orçamento, sujeita a controle judicial o que for aprovado em a participação popular, por conseguinte (DALLARI; DI SARNO, 2007).

Elucida José dos Santos Carvalho Filho (2009) que ouvir a população já é prática comum em diversos Municípios brasileiros quanto aos projetos orçamentários e alocação de recursos públicos. Assim, a previsão do Estatuto da Cidade vem evitar que se deixe ao alvedrio destes entes federativos a elaboração de seus planos plurianuais e propostas orçamentárias sem auscultar o povo.

3.7 Regiões metropolitanas e aglomerações urbanas

Alfim, o artigo 45 do Estatuto da Cidade prevê a participação popular ainda na figura dos organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas. Tema complexo, tendo em vista a dificuldade de se conciliar autonomia municipal e a racionalização da ação estatal perante a indispensável participação popular (DALLARI; FERRAZ, 2006, p. 352-353).

O vigente Texto Maior previu em seu artigo 25, §3º: *“os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum”*. Entretanto, a colaboração recíproca quase informal entre Municípios é o que vem prevalecendo nessa seara, conforme comprova a realidade brasileira.

Destarte, com o interesse municipal em desenvolver tais aglomerações, obrigatória é a figura dos órgãos gestores com massiva participação



popular, pois o controle social dessas atividades será essencial para garantir a legitimidade de suas decisões. A atuação conjugada entre Municípios e coletividade obterá os fins comuns desde que seja alcançado equilíbrio na composição de suas opiniões, realizando concessões e exigências até que se chegue o mais próximo possível do bem comum.

4 CONCLUSÃO

Estudar a gestão democrática das cidades olvidando da situação subumana de moradia em que vive grande parte da população brasileira é realizar um discurso jurídico vazio e inútil. Neste sentido, não se pode olvidar da necessidade de se atentar ao fenômeno histórico-cultural atual no mundo jurídico capitaneado por Norberto Bobbio que demonstra que o foco da atenção dos juristas ultrapassa a mera existência dos direitos, alcançando a discussão acerca de sua concretude.

Pudemos aqui demonstrar que a lei é clara e detalhada e, desde que aplicada corretamente, permitirá a construção de uma realidade democrática no ordenamento urbanístico brasileiro. Para tanto, devemos atentar para a necessidade da integração dos estudos jurídicos com a atuação dos gestores públicos voltada a concretizar a disposição legal do Estatuto da Cidade. Quanto à boa aplicação deste novel texto legal, importante trazer à tona as palavras de Rosmar Rodrigues Alencar, em estudo sobre tema diverso, mas que se fazem pertinentes no nosso trabalho (2009, p.171;181):

No Brasil, tudo se agrava pela cultura reprodutiva de se aplicar o direito mecanicamente, desaguando na falta de concretização judicial ou, aliás, num simulacro de concretização consistente na resolução automatizada de processos com o intuito de 'desafogar' o Judiciário. (...) Na realidade brasileira, os problemas da grande maioria permanecem sem resolução efetiva por anos a fio. Os ânimos dos excluídos do sistema são arrefecidos por promessas não cumpridas. Como pano de fundo há uma manipulação discursiva que cumpre bem o seu papel de mantenedora do *status quo*. Para esse desiderato, a linguagem convencionalista é sobrelevada em relação à concepção naturalista. A aceitabilidade geral do jurídico basta por si própria, restando, em esfera secundária, a singularidade.



Concretizar a noção de que cada indivíduo dever ser agente político de sua comunidade requer a institucionalização de mecanismos de participação popular, o que foi realizado no Estatuto da Cidade, como adrede desmonstrado. É indene de qualquer dúvida a ideia de que gestão democrática da cidade demanda ainda o compromisso dos gestores públicos em se imiscuir em práticas arraigadas, em tratar do interesse dos grandes proprietários urbanos da mesma forma que trata das pessoas com situação fundiária irregular, combatendo privilégios inaceitáveis e antidemocráticos.

A aproximação do poder decisório daqueles que serão diretamente atingidos pelas políticas públicas urbanísticas aumenta a legitimidade destas, tornando democrática a aplicação do erário e implicando numa aplicação da legislação em consonância com os anseios populares, uma vez que vai ao encontro da composição brasileira como um Estado Democrático de Direito.

Alfim deve-se ressaltar o voto de que a interpretação com os olhos sempre pousados na Constituição permitirá que se extraia a máxima efetividade do Estatuto da Cidade, cujas disposições foram frutos de longos debates e lutas pelos mais diversos setores. O Poder Público e a sociedade devem continuar trabalhando para que essa lei concretize-se em cada uma das cidades brasileiras o mais breve possível, corrigindo as mais diversas injustiças urbanas que assolam de norte a sul o território brasileiro e não são poucas.

Leva-se muito tempo para se trazer à lei uma conquista verdadeiramente democrática como a ora estudada. A sociedade brasileira não pode virar as costas pra estes institutos como se o difícil tivesse sido apenas trazê-los para o papel. O desafio agora é concretizá-los e este está só começando, sendo direito e dever de cada brasileiro lutar por isso.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Efeito vinculante e concretização do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão Democrática da Cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 335-354.



CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

DANTAS, Jadla Marina Bezerra; DANTAS, Matusalém Jobson Bezerra; FARIA NETO, Murilo Mariz de. Princípios Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro e suas implicações na indústria do petróleo e do gás natural. In: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira et al. **Direito ambiental aplicado à indústria do petróleo e do gás natural**. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2004. Cap. 1, p. 21-63.

DIAS, Gilka da Mata. **Cidade Sustentável** – fundamentos legais, política urbana, meio ambiente, saneamento básico. Natal: Editora do Autor, 2009.

ENTERRÍA, Eduardo García; FERNANDEZ, Tomás. **Curso de Derecho Administrativo II**. 5. ed. Madri: Civitas, 1998.

GORDILLO, Augustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 7. ed. t. I (“Parte Geral”). Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito de Participação Política**: Legislativa, Administrativa, Jurídica (Fundamentos e Técnicas Constitucionais de Legitimidade). Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

PETRUCCI, Jivago. Gestão democrática da cidade: delineamento constitucional e legal. In: DALLARI, Adilson Abreu; SARNO, Daniela Campos Libório Di. **Direito Urbanístico e Ambiental**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 183-212.



SANTIN, Janaína Rigo. **A gestão democrática municipal no Estatuto da Cidade e a teoria do discurso habermasiana**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/32644/31852>>. Acesso em: 30 nov. 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SOLA, Fernanda. **Planificação urbana como elemento de efetivação de políticas públicas ambientais e gestão democrática**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_e_politica_fernanda_sola.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari (coord). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

DEMOCRATIZING URBAN PLANNING: CRITIQUES AND PERSPECTIVES OF POPULAR PARTICIPATION INSTRUMENTS IN THE CITY STATUTE

ABSTRACT

The right to housing has always raised countless discussions in the field of Brazilian urban development, mainly concerning the democratization of the creation and expansion of cities. Recent innovation in Brazilian law, City Statute settles about urban growth and brings in its text significant instruments of democratic city management. Popular participation aims to approximate decision-making power of those who are directly affected by urbanistic public policies and to increase the



legitimacy of urban planning, making it a more democratic way to apply public funds. This study intends to examine these legal settings from the point of view of effectiveness and achievement of the possibility to comply popular longings during the construction of cities, critically introducing the main outlines shown by doctrine and jurisprudence as positive and negative in that legislation.

Keywords: Right to Housing. Urban Development. City Statute. Democratic Management.

DIREITO PENAL DO INIMIGO: ANÁLISE DOS ASPECTOS JUSFILOSÓFICOS

Weskley Hudyson Farias de Medeiros

Acadêmico do 6º Período da UFRN

RESUMO

A sociedade vitimada pela crescente criminalidade passou a exigir uma maior intervenção estatal. E coube ao direito penal a atribuição de dirimir o conflito social, caracterizando o que denominou de expansionismo penal. Com o advento dessa concepção, espalhou-se a mentalidade de tipificar novas condutas como criminosas e aumentar a quantidade da pena aplicada ao delito. Seria uma fase impulsionada por uma política criminal mais repressiva e punitiva, sendo o solo fértil para o surgimento de novas tendências ideológicas do direito penal. Daí surge o direito penal do inimigo, teoria decorrente do movimento ideológico conhecido como lei e ordem. O trabalho aborda a teoria do direito penal do inimigo, expondo a divisão dicotômica de Jakobs quanto ao sistema penal, que dividiu o direito penal em dois sistemas, um aplicado ao cidadão e o outro ao inimigo. Além do mais, o presente texto trata dos elementos caracterizadores da mencionada teoria, e abordando de forma crítica quanto à sua aplicação, e enfatiza, também, os aspectos jusfilosófico do conceito de inimigo. Trazendo os pontos principais de uma corrente que tem influenciado a nossa legislação no decorrer dos últimos anos.

Palavras-chave: Intervenção estatal. Expansionismo penal. Política criminal. Direito penal do inimigo.

1 INTRODUÇÃO

O direito penal, devido o aumento significativo da criminalidade, passou a ser visto pela sociedade como instrumento eficaz para dirimir a escalada da violência e capaz de estabelecer um convívio social pacífico. Cabendo àquele solucionar todos os conflitos sociais, o que denominou de expansionismo penal. O método escolhido para alcançar tal objetivo seria através do aumento da repressividade, passando o Estado a legislar normas com um maior teor de punição e criminalizando certas condutas. Essa mentalidade foi favorável para o surgimento do movimento ideológico político-criminal denominado de lei e ordem.

O Movimento da Lei e Ordem teve origem nos Estados Unidos da América onde ficou conhecido como “law and order”. É um movimento integrado principalmente por políticos e sensacionalistas que defendem uma ideologia da repressão para conter um inimigo através do medo. Para isso, a mídia difunde a idéia de que a criminalidade e a violência encontram-se sem controle, criando um verdadeiro estado de pânico e desespero entre as pessoas que reclamam, sem muita racionalidade, solução imediata para o angustiante problema da segurança pública.

O direito penal do inimigo é uma das vertentes do movimento lei e ordem. Ambos pertencentes a concepção do direito penal máximo, que é uma corrente que defende uma aplicação máxima do direito penal. É objetivo desse artigo expor a teoria do direito penal do inimigo e refletir a respeito desse tema tão controvertido.

2 ASPECTOS GERAIS

O direito penal do inimigo é um movimento ideológico que tem como seu mais conhecido defensor o catedrático emérito de Direito Penal e Filosofia do Direito da Universidade de Bonn (Alemanha), Günther Jakobs, que desenvolveu a teoria na segunda metade da década de 1980. Porém, apenas ganhou respaldo posteriormente ao fatídico atentado terrorista de 11 de setembro de 2001.

Essa teoria é resultante da soma de fatores como o expansionismo penal, do surgimento do direito penal simbólico e do ressurgir do punitivismo, relacionados à emergência do direito penal moderno.

O direito penal do inimigo confronta a visão garantista do direito



penal, visto que enquanto esta defende uma intervenção mínima do direito penal, isto é, sendo a *ultima ratio*, intervindo apenas em situações em que a conduta violadora lesione bens jurídicos relevantes, Aquela defende uma intervenção máxima do direito penal, sendo utilizado como *prima ratio*, ou seja, cabendo ao direito penal a preocupação com todo e qualquer bem jurídico, não importando o seu valor, cumprindo um papel de cunho eminentemente educador e repressor, não permitindo que as condutas socialmente intoleráveis, por menor que sejam, deixem de ser reprimidas.

Jakobs através de sua teoria procura traçar uma distinção entre um Direito penal do cidadão e um direito penal do inimigo. Rogério Greco refere-se a essa divisão da seguinte maneira:

O primeiro, em uma visão tradicional, garantista, com observância de todos os princípios fundamentais que lhe são pertinentes; o segundo, intitulado Direito penal do inimigo, seria um Direito penal despreocupado com seus princípios fundamentais, pois que não estaríamos diante de cidadãos, mas sim de inimigos do Estado. (GRECO, 2010, P. 18)

Apreende-se que o Jurista alemão deseja inserir no ordenamento jurídico um sistema penal dicotômico, em que haveria duas formas de aplicação do direito penal em relação ao infrator. O sistema a ser aplicado será de acordo com o seu destinatário. Se esse for considerado cidadão, então o sistema penal a ser aplicado será o Direito penal do cidadão. Caso contrário, ao se tratar do inimigo, seria o direito penal do inimigo o mais indicado para a aplicação.

Jakobs preleciona o seguinte:

Portanto, o Direito Penal conhece dois pólos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade. (JAKOBS, 2010, p.36)

Mas quem seria o cidadão? E quem seria o inimigo?

O conceito de inimigo será abordado de forma minuciosa no ponto seguinte. Por enquanto, esclareceremos a definição de cidadão, conforme a teoria em análise. Seria considerado cidadão, e, portanto caberia a aplicação



do direito penal do cidadão, conforme se apreende do estudo de Günther Jakobs, aquele indivíduo que através de sua conduta delitiva praticara um fato danoso, porém tal fato não atentaria contra o alicerce estatal, ou seja, o fato não seria capaz de fazer o Estado sucumbir. Jakobs, na obra em que trata de tal teoria, enfatiza a sua explanação através de um exemplo (2010, p. 31). Para o autor da teoria em análise, o sobrinho que mata o seu tio, com a finalidade de acelerar o recebimento da herança, a qual tem direito, pratica um delito de homicídio, violando a norma, porém tal conduta não se dirige contra a permanência do Estado. O autor prossegue o raciocínio relatando que o Estado moderno vê no autor de um fato normal, aquele fato exemplificado anteriormente, não um inimigo, mas um cidadão, uma pessoa que, através de sua ação delitiva, lesou um bem jurídico tutelado pela norma, infringindo a mesma, e que dessa conduta decorre a consequência de equilibrar o dano, na vigência da norma, de forma coativa através da pena. Então, o indivíduo será penalizado pelo Estado como cidadão e não como inimigo. E compete ao infrator reinstaurar o equilíbrio afetado pela conduta, mediante a privação dos seus meios de desenvolvimento.

Jakobs utiliza a periculosidade do agente para caracterizar o inimigo, contrapondo-o ao cidadão que, apesar de seu ato, oferece garantia de que se conduzirá como cidadão, atuando com fidelidade ao ordenamento jurídico, de forma que sua personalidade tende para tanto. Já o inimigo não oferece esta garantia, devendo ser combatido pela sua periculosidade, e não punido segundo a sua culpabilidade. No Direito Penal do Inimigo a punibilidade avança para o âmbito interno do agente e da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a atos futuros, caracterizando o Direito Penal do Inimigo como um direito do autor e não do fato. Assim, o ponto de partida ao qual se ata a regulação é a conduta não realizada, mas só planejada, isto é, não o dano à vigência da norma que tenha sido realizado, mas o fato futuro. Dito de outro modo, o lugar do dano atual à vigência da norma é ocupado pelo perigo de danos futuros: uma regulação própria do Direito penal do inimigo.

Para Jakobs, inimigo é todo aquele que reincide persistentemente na prática de delitos ou que comete crimes que ponham em risco a própria existência do Estado, apontando como exemplo maior a figura do terrorista.

Aquele que se recusa a entrar num estado de cidadania não pode usufruir das prerrogativas inerentes ao conceito de pessoa. Se um indivíduo age dessa forma, não pode ser visto como alguém que cometeu um “erro”, mas como aquele que deve ser impedido de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação.

Inimigo é assim considerado devido a sua periculosidade. Já que o mesmo é visto como potencial perigo à existência do ordenamento jurídico.



Segundo tal teoria, inimigo seria todo aquele elemento inserido no crime organizado, ou inserido em grupos terroristas, e até mesmo aquele apontado como autor de delitos sexuais, e aquele que lesa a ordem econômica e outros responsáveis por infrações penais consideradas perigosas.

3 CONCEITO JUSFILOSÓFICO SOBRE O “INIMIGO”

Para Jakobs, o inimigo seria aquele indivíduo que reincide persistentemente na comissão de delito. Em sua obra, o jurista alemão recorre aos ensinamentos filosóficos de alguns pensadores para elaborar o conceito de inimigo. Dentre eles, Rousseau. Segundo o filósofo iluminista (*apud* JAKOBS, 2010, p.24) o indivíduo que violasse o direito social, que é aquele estabelecido através do contrato social, deixaria de ser membro do Estado. O contratualista defende a ideia que aquele que não demonstrasse submissão frente ao estado não seria merecedor de fazer parte do mesmo, sendo, portanto excluído da sociedade. O culpado deveria morrer mais como inimigo que como cidadão.

Jakobs cita outro pensador, esse seria Johann Gottlieb Fichte. Este filósofo alemão (*apud* JAKOBS, 2010, p.25) defendeu o pensamento que o violador do contrato cidadão deveria perder todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, passando a um estado de ausência completa de direitos.

Günther Jakobs explicitava que não seguia as concepções apresentadas anteriormente. Já que para dos dois pensadores, tanto Fichte quanto Rousseau, ensinava que todos aqueles que infringissem uma conduta social seriam taxados de delinquentes, e conseqüentemente, postulados como inimigos do Estado. Jakobs fundamentava sua oposição aos mencionados pensadores estabelecendo a seguinte ideia.

Em princípio, um ordenamento jurídico deve manter dentro do direito também o criminoso, e isso por uma dupla razão: por um lado, o delinquente tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu status de pessoa, de cidadão, em todo caso: sua situação dentro do Direito. Por outro, o delinquente tem o dever de proceder à reparação e também os deveres têm como pressuposto a existência de personalidade, dito de outro modo, o delinquente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato. (JAKOBS, 2010, p. 25)



Segundo ensinamento de Thomas Hobbes (*apud* JAKOBS, 2010, p. 26), o delinqüente continuaria com o seu status de cidadão, a não ser que sua conduta lesiva fosse considerada de alta traição, o que nesse caso seria interpretado como o ato de rescindir a submissão. Dessa forma, o indivíduo não seria castigado como súdito, mas como inimigo.

Para Immanuel Kant (*apud* JAKOBS, 2010, p. 27) seria denominado de inimigo aquele que ameaça constantemente a paz social. Defende, também, que aquele que é visto como inimigo deve perder o seu status de pessoa, já que o indivíduo ao recusar a entrada em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do *status* de cidadão, inclusive sequer do conceito de pessoa. Conseqüentemente deixa de ser sujeito processual.

Segundo Jakobs, o Direito penal do cidadão é o direito de todos. O Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra.

O entendimento obtido com tal ensinamento é que no Direito penal do cidadão o escopo seria manter a vigência da norma, punindo a infração danosa através da pena, a fim de reprimir tal ato delitivo. Enquanto, no Direito penal do inimigo, o Estado não cominaria pena para os indivíduos considerados como inimigo estatal, mas estabeleceria medidas de segurança, a fim de combater perigos. O inimigo não estará sujeito a pena, visto que esta deve ser cominada aos indivíduos que são submissos ao poder Estatal, e aquele que viola a paz social de forma permanente, não se encontra adequado aos ditames pré-estabelecidos no contrato social, uma vez que o mesmo afronta a existência de tal relação contratual. Já que o contratualismo pregoava a existência estatal na expectativa de solidificar a paz social.

O Estado não necessariamente excluirá o inimigo de todos os direitos. Este será submetido à custódia de segurança, e ficará incólume em seu papel como proprietário de coisas. O Estado não tem por que fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se, em especial, para não estabelecer obstáculos que impeça uma possível reconciliação com o indivíduo infrator.

A personalidade é um atributo conferido ao indivíduo que lhe garante a capacidade de adquirir direitos e deveres. Ao retirar a personalidade de um sujeito, esse teria os seus direitos alcançados, isto é, haveria supressão dos mesmos, porém o seu dever de abster-se em perturbar a ordem e a paz social, juntamente com o dever de reparar o dano, também seria alcançado. Portanto, para Jakobs, aquele não poderia perder a sua personalidade. Demonstrando que esse jurista resolveu enveredar por uma trilha diversa do pensamento apresentado por aqueles filósofos supracitados. Já que estes defendiam a



perda de personalidade do indivíduo.

4 CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Esse sistema penal tem o escopo de combater aquele que com sua conduta reiterada em delinquir afronta o ordenamento jurídico, o denominado inimigo. Portanto, esse sistema distingue daquele que é aplicado ao cidadão, indivíduo que ao cometer um delito não o comete a fim de afrontar o ordenamento jurídico. Aquele sistema apresenta algumas características peculiares, e nesse ponto abordaremos tais elementos.

No direito penal aplicado ao inimigo ocorre a antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios, criação de tipos de mera conduta e perigo abstrato. A intervenção estatal ao antecipar a tutela punitiva visa assegurar e garantir a paz e a ordem social diante do iminente perigo a violação dos mesmos. O inimigo é visto pela sua periculosidade. Um sujeito que é violador em potencial do ordenamento jurídico. Segundo Alexandre Rocha Almeida de Moraes (MORAES, 2006), a punição de crimes de mera conduta é inegavelmente de ordem preventiva. A antecipação da tutela penal tem caráter excepcional e só é justificável diante de bens jurídicos de categoria muito elevada e, a descrição contida na conduta típica deve ser inequívoca. Este tipo de punição tem o escopo de evitar condutas indubitavelmente lesivas ou perigosas, mediante a punição de atos preparatórios para a comissão de outros crimes.

Outro elemento caracterizador é a relativização de garantias penais e processuais, em decorrência da segunda velocidade do direito penal, e marca da terceira velocidade. Na aplicação do sistema penal do inimigo é permissível até mesmo o interrogatório severo, nomenclatura dada pelos defensores da corrente em estudo para mascarar o que seria a prática de tortura, sendo possível através de tal prática obter informações por parte do indivíduo, suprimindo, dessa forma, a garantia que cabe ao mesmo de permanecer em silêncio, e de não construir prova contra si em juízo.

As penas, nesse sistema, são aplicadas de forma desproporcionalmente alta, o que, segundo ensinamento de Manuel Cancio Meliá (2010), seria a demonstração de que a antecipação da punibilidade não é suficiente para reduzir, de forma correspondente, a pena cominada.

O inimigo não pode ser punido com pena, mas através de medida de segurança, já que aquele ao não se submeter fielmente às ordens



estabelecidas pelo Estado, não é suscetível a sanção penal, medida cabível somente na aplicabilidade do direito penal do cidadão. O inimigo não será punido em conformidade com a sua culpabilidade, mas de acordo com a sua periculosidade. Além do mais, o direito penal do inimigo é um direito penal do autor, e não direito penal do fato. No sistema penal aplicado ao cidadão, o fato é relevante para punição do sujeito, ou seja, ele irá responder em juízo pelo fato praticado, desempenhado por si no cometimento da infração, não sendo essencial ao julgamento a sua personalidade. No direito penal do autor, será considerável a personalidade do delinquente, sendo punido em virtude do seu caráter. A lei nº 10.792 que alterou a lei de execuções penais trouxe a possibilidade de o RDD “abrigar o preso provisório ou condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”.¹ Os doutrinadores que defendem essa idéia, entendem tratar tal situação específica da punição não pelo fato praticado, regra do nosso ordenamento jurídico, mas pela análise do autor como característica marcante do direito penal do inimigo.²

De acordo com os ensinamentos de Meliá, o direito penal do inimigo é incompatível com o princípio do direito penal do fato. Esse jurista aduz mais:

Na doutrina tradicional, o princípio do direito penal do fato se entende como aquele princípio genuinamente liberal, de acordo com o qual devem ser excluídos da responsabilidade jurídico-penal os meros pensamentos, isto é, rechaçando-se um direito penal orientado na atitude interna do autor. (MELIÁ, 2010, p. 108)

As medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado, não se interessando com a conduta realizada pelo sujeito, mas considerando o futuro, ou seja, o que o agente ainda pode realizar, o perigo futuro que o mesmo representa. O direito penal do inimigo não é um direito penal retrospectivo, mas prospectivo, visualizando o perigo em potencial que o indivíduo representa para a sociedade. Devido à insistência do delinquente em não entrar no estado de cidadania, conforme o pensamento kantiano, esse não

¹ Art. 52 da lei de execuções penais, lei nº 7.210 de 1984.

² SANTOS, Eric de Assis. Discutindo a terceira velocidade do direito penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2800, 2 mar. 2011. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/18603>. Acesso em: 14 abr. 2011.



será considerado um sujeito de direito, mas representará um objeto de coação.

Outro traço significativo de distinção entre o cidadão e o inimigo pode ser visualizado no momento posterior ao ato de delinquir, já que mesmo praticando a infração, o cidadão permanece com o status de pessoa, já o inimigo perde esse status.

O direito penal do cidadão tem como escopo a manutenção da vigência da norma, enquanto o sistema antagonico configura-se devido à finalidade de combater preponderantemente perigos, que instabilizem a paz e a harmonia social.

5 A TERCEIRA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL

O chamado Direito penal do Inimigo encontra-se naquilo que se reconhece como a terceira velocidade do Direito penal. Em consonância ao processo expansionista do Direito Penal. Segundo explanações de Jésus-Maria Silva Sánchez (*apud* MELIÁ, 2010, p. 92), é possível perceber três velocidades que podem ser concebidos ao Direito Penal.

Segundo essa classificação, a primeira velocidade do direito penal seria aquela tradicional, em que o direito penal teria como finalidade a aplicação de uma pena privativa de liberdade. Nesse período, havia a concepção da punição através do cárcere, onde o delinquente era retirado da sociedade e permanecia recluso em estabelecimento prisional em decorrência de sua conduta delitiva. Nessa fase, já que a liberdade do individuo era restringida, tornava-se necessário a observação de todas as regras garantistas, fossem elas penais ou processuais penais.

Na segunda velocidade do direito penal, houve uma disseminação da idéia de reduzir a aplicação de penas privativas de liberdade, em contrapartida, a penalidade imposta seria as de natureza restritiva de direitos e a multa. Porém, nessa segunda velocidade poderiam ser afastadas algumas garantias, com o escopo de agilizar a aplicação da lei penal. A flexibilização proporcional de determinadas garantias penais e processuais aliada à adoção das medidas alternativas à prisão, aqui no Brasil, ficou consolidada com a edição da Lei n. 9.099, de 1995.

O direito penal do inimigo seria a terceira velocidade. É uma velocidade híbrida, isto é, seria uma miscigenação das duas velocidades. Nessa fase, haveria a aplicação de penas privativas de liberdade, ideia concebida na primeira velocidade, com uma flexibilização das garantias necessárias a esse



fim, pensamento oriundo da segunda velocidade. Essa tendência pode ser vista em algumas recentes leis brasileiras, como a Lei dos Crimes Hediondos, Lei n. 8.072, de 1990, que, por exemplo, aumentou consideravelmente a pena de vários delitos, estabelecendo o cumprimento da pena em regime integralmente fechado e realizou a supressão, ou tentativa de supressão, de algumas prerrogativas processuais, dentre elas a liberdade provisória. Outra lei, que exemplifica essa nova tendência da terceira velocidade do direito penal, é a Lei do Crime Organizado, Lei n. 9.034, de 1995. Surgiu em 2003 a Lei 10.792 que alterou a Lei de Execuções Penais e introduziu em nosso ordenamento jurídico o denominado Regime Disciplinar Diferenciado – RDD, que, para muitos, é característica marcante do chamado direito penal de terceira velocidade.

6 CRÍTICAS

O direito penal do inimigo é totalmente seletista, uma vez que o mesmo seleciona quem deve ser visto como inimigo do estado. Isso provoca um sério receio a essa teoria. Já que causa uma inconveniente insegurança jurídica, visto que não há uma delimitação de quem será verdadeiramente atacado por esse severo sistema penal, já que a teoria deixou esse conceito de inimigo com um sentido vago, e conseqüentemente, impreciso, não especificando quem de fato seria considerado como inimigo. O jurista Rogério Greco, defensor do garantismo, critica o direito penal do inimigo devido a sua insegurança jurídica e assevera que:

[...] quem sabe algum louco chegue ao poder e diga que inimigo também é aquele que não aceita a teoria do Direito Penal do Inimigo, e lá estarei eu sendo preso, sem qualquer direito ou garantia, em troca de um argumento vazio e desumano. (GRECO, 2010, p. 25)

Compartilhamos do pensamento transcrito acima, já que a definição de inimigo, na prática, ficaria a mercê de quem está no poder. O que demonstra um perigo temível, pois pode servir de arma para quem o detém. Uma vez que o mesmo pode usar de tal instrumento para exterminar com aqueles que não compartilham de suas ideologias, podendo acontecer até mesmo o que foi aludido pelo penalista brasileiro.

Num passado não muito distante, o nosso país foi vitimado por uma



ditadura inescrupulosa, onde os poderosos se livravam de seus opositores taxando os mesmos de subversivos, isto é, de perturbadores da ordem social.

Aqueles que desafiavam o regime estabelecido pelo golpe militar eram perseguidos e torturados. Esses ideologicamente conflitavam com a ideologia imposta pelo regime ditatorial, e isso era suficiente para que fossem taxados de inimigos da pátria, sendo até mesmo exilados de sua terra natal. Os detentores do poder, naquela época, fundamentavam suas condutas alegando que os opositores eram inimigos do regime, e, portanto, aquelas medidas eram necessárias a fim de garantir a ordem social. Em âmbito nacional, já sofremos essa experiência nefasta em que um grupo de indivíduos passa a ser perseguidos pelo próprio Estado sem que desfrutem de garantias constitucionais, garantias essas que delimitam a ação estatal frente à vida do particular. E a teoria do Direito Penal do Inimigo poderá fazer insurgir em nossa sociedade esse cenário de perseguição, que outrora atingira diversas vidas. Teríamos em pleno século XXI uma verdadeira caçada às “bruxas”, já que o Estado perseguiria os denominados inimigos sem conceder-lhes as devidas garantias constitucionais. Apontar um indivíduo como inimigo do Estado e movimentar toda máquina estatal em prol de decretar guerra contra o mesmo a fim de neutralizá-lo, é algo inconcebível devido à tamanha desproporcionalidade entre as partes. Haveria de um lado todo aparato do Estado, medindo forças contra um indivíduo ou um grupo que não goza de força semelhante, havendo uma disparidade de armas.

No aspecto internacional, já temos um lamentável exemplo da desproporcionalidade que ocorre quando a máquina estatal empreende perseguição frente a um grupo de pessoas, como foi o caso do nazismo de Adolf Hitler no continente europeu. O funesto ditador envolto por um sentimento de ódio contra o povo judeu resolveu imputar-lhes a culpa pela crise que a Alemanha atravessava, inflamando cada vez mais o sentimento anti-semita pelo continente europeu. O anti-semitismo fanático de Adolf Hitler ficou bem delineado quando o mesmo instaurou naquele país uma verdadeira perseguição contra os estigmatizados “inimigos” da raça ariana. Desse fato, resultou a morte de seis milhões de judeus. Vale ressaltar, que os nazistas perseguiram não somente os judeus, mas vitimaram, também, os eslavos, os ciganos, os homossexuais e as testemunhas de Jeová.

Evoluímos a tal ponto que não podemos conceber a ideia de que tal mazela retorne. A teoria em estudo poderá está fertilizando o solo social para que tais cenários horripilantes possam brotar em nosso meio, permitindo que hipotética perseguição ao inimigo seja realizada com escopo de garantir



interesses diversos do interesse social, visando fortalecer o poder daqueles que já o detém, e mascarando esses interesses inescrupulosos com o discurso que o ataque ao inimigo é imprescindível para garantir a harmonia social.

Cabe aos operadores do Direito não permitir que a mídia sensacionalista e a população interfiram em nosso ordenamento jurídico e promovam o retorno de tais mazelas relatadas. Já que os mesmos ideais do passado poderão retornar apresentando novo invólucro, porém o conteúdo será o mesmo. Atribuir a alguém o título de inimigo do estado é algo inconcebível e retrógrado.

O direito penal do inimigo é uma arma de alta periculosidade. A princípio pode ser uma concepção atrativa e com finalidades benéficas, mas poderá apresentar, posteriormente, um instrumento que coloque em risco tudo o que foi conquistado durante o lapso temporal de predominância do Estado democrático de direito. Além do mais, tal teoria viola o Estado democrático de direito.

Rogério Greco aduz mais:

Isso, para a nossa própria segurança. [...] quem são os inimigos? Alguns, com segurança, podem afirmar: os traficantes de drogas, os terroristas, as organizações criminosas especializadas em seqüestros para fins de extorsões... E quem mais? Quem mais pode se encaixar no perfil do inimigo? Na verdade, a lista nunca terá fim. [...] Outros poderão concluir que também é inimigo o estuprador de sua filha. Ou seja, dificilmente se poderá encontrar um conceito de inimigo, nos moldes pretendidos por essa corrente, que tenha o condão de afastar completamente a qualidade de cidadão do ser humano, a fim de tratá-lo sem que esteja protegido pelas garantias conquistadas ao longo dos anos. (GRECO, 2010, p. 24)

Um Estado regido pelo direito penal do inimigo sofreria uma redução ou limitação na aplicação das garantias constitucionais. Só que as garantias são responsáveis para tonificar o Estado como uma instituição considerada de direito, já que aquelas restringem a intervenção arbitrária do Estado frente ao particular. Sem a presença forte das garantias, o Estado passaria a funcionar sem delimitação, transformando-se em Estado de polícia, configurando um antagonismo em relação ao Estado de direito.

O sistema penal em tela infringe o Estado democrático de direito,



já que um dos fundamentos tutelados pelo Estado de direito é violentamente atingido. Seria a dignidade da pessoa humana. Já que ao declarar guerra a um indivíduo, e persegui-lo sem que haja as devidas garantias necessárias a sua proteção, o Estado não estaria concedendo um tratamento em consonância com a dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana é o princípio máximo do Estado democrático de direito, e segundo a formulação clássica de Immanuel Kant, o indivíduo deve receber um tratamento do estado com fim em si mesmo, e não como um meio, isto é, como objeto, o que contradiz a teoria de Günther Jacobs, que defende a idéia que o inimigo deve ser considerado um objeto de coação, dessa forma, o inimigo, em conformidade com o direito penal do inimigo, não receberia um tratamento que deveria receber aquele que teria sua dignidade como pessoa humana reconhecida. Ressaltando, que o Estado foi criado com a motivação de propor melhorias para o homem, tendo nesse ponto o pressuposto da existência estatal, e não para impor ao mesmo, circunstâncias constrangedoras e violadoras dos direitos humanos.

Não cabe ao Estado formular um discurso, que objetive justificar suas condutas violadoras da dignidade da pessoa humana do suposto inimigo, pautado em princípio que assim age em virtude de garantir a incolumidade da dignidade da pessoa humana do considerado cidadão. Posto que para garantir a proteção de uns, violaria a dignidade de outros, sendo uma idéia, no mínimo contraditória. Compete ao Estado respeitar a dignidade inerente à pessoa humana, sem que haja dissensão entre uma classe e outra de indivíduo. Ao nascer como pessoa humana, o ser traz de forma intrínseca algumas características inerentes a si, dentre elas a dignidade da pessoa humana. E, portanto, o Estado deve abster-se em ferir tal princípio. Todos merecem um tratamento digno por parte do Estado, visto que, conforme ensino kantiano, o mesmo foi instituído tendo o homem como o fim em si mesmo.

Não há espaço para distinção entre Cidadão e Inimigo. Pois, sendo dessa maneira, haveria uma desigualdade de tratamento, o que viola o princípio da igualdade formal, preceituado na Carta Magna de nosso país. Visto que de acordo com a Carta, todos seriam iguais perante a lei.³

O direito penal do inimigo é fruto do direito penal simbólico so-

³ Art. 5º da Constituição federal de 1988. Caput. "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."



mado ao direito penal punitivista. A expansão do direito penal é o fenômeno mais evidente no âmbito punitivo nos últimos anos, gerando a expectativa de dirimir todos os conflitos sociais vigentes. O direito penal sob a ótica do expansionismo penal torna-se puramente simbólico, servindo apenas como forma de aplacar o clamor social que exige métodos mais severos quanto à aplicação da penalidade. Em busca de corresponder a expectativa gerada pela população, o legislador passa a criminalizar algumas condutas e aumenta a cominação da pena. Dessa forma, o ordenamento jurídico sofre alguns percalços, em virtude da inflação legislativa ou hipertrofia do direito penal. Alguns tipos penais incriminadores têm o condão de servir aos interesses de alguns em detrimento de muitos. Segundo Rogério Greco (2010), a inflação legislativa deve ser combatida, já que pode gerar um direito penal cada vez mais desacreditado. O jurista brasileiro continua o raciocínio defendendo uma deflação legislativa. Alega que a diminuição do rol das infrações penais contribui para a atividade policial, já que ficará disponível para efetivar sua função. Conseqüentemente, os juízos criminais julgarão somente os casos que importem em grave repercussão social. Além do mais, o sistema carcerário, com a redução dos tipos penais, terá uma redução do número de presidiários, o que viabilizará mais espaço para abrigar novos detentos, e facilitará o procedimento de ressocialização.

Não é a criminalização de certas condutas e o aumento de pena que reduzirão o índice de violência. O direito penal simbólico difunde a ideia que a inflação legislativa gera temor no delinqüente e inibe o mesmo de delinqüir. E isso não é verdade. O modelo decorrente do Direito Penal do Inimigo não cumpre sua promessa de eficácia, uma vez que as leis que incorporam suas características não têm reduzido a criminalidade. E isso é fato ao verificar que mesmo com a rigidez instaurada com o advento da lei 8.072 de 1990, a criminalidade não foi reduzida aqui no Brasil. O infrator ao cometer o crime não irá interromper sua conduta delitiva em prol de analisar a pena cominada àquela conduta. Não é a rigorosidade imposta no tipo penal que irá impedir o cometimento de crimes. Se ocorresse do infrator desistir de praticar a infração, devido está temeroso em virtude da conseqüência, até fundamentaria a severidade do tipo penal, mas isso é meramente utópico. A esperança da impunidade é um dos fatores que impede a redução da criminalidade. E essa impunidade é verificada através da cifra negra, que é a quantidade de crimes que não chegaram ao conhecimento público e, conseqüentemente, não foram julgados. E essa cifra demonstra o desnivelamento entre a quantidade de crimes cometidos e aqueles punidos.



Cesare Beccaria já salientava em sua obra prima, “dos delitos e das penas”, que não era a severidade da pena que afastava o delinqüente do crime, mas a certeza da punição. “A certeza de um castigo, mesmo moderado, sempre causará mais intensa impressão do que o temor de outro mais severo, unido à esperança da impunidade [...]”. (BECCARIA, 1999, p. 87):

Outra crítica a ser feita é que a criminalidade etiquetada como inimigo não chega a colocar em risco o Estado vigente, nem suas instituições essenciais, afeta bens jurídicos relevantes, causa grande clamor na mídia e na população, mas não põe em risco a própria existência estatal.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito penal do inimigo não é o sistema mais adequado para ser inserido no ordenamento jurídico, visto que sua aplicabilidade viola a própria constituição, afrontando o princípio da dignidade humana e o princípio da igualdade formal. Além do mais, o conceito de inimigo é impreciso, causando insegurança jurídica, posto que tal conceito não delimita com exatidão aqueles indivíduos que serão alcançados por esse sistema severo. Podendo, até mesmo, ser utilizado como instrumento favorável ao detentor do poder, que pode atribuir ao grupo opositor de suas ideologias políticas um rótulo de inimigo do ordenamento jurídico, e conseqüentemente, manejar todo o aparato estatal para persegui-los sem assegurar-lhes as garantias constitucionais, já que na aplicação do direito penal do inimigo, há a supressão de tais garantias, verificando-se, dessa forma, certa desproporcionalidade de força do estado frente ao particular.

Ressaltando que não é a severidade da punição que irá afastar o delinqüente do delito, mas a certeza da punição. Porém, no nosso ordenamento pátrio, verifica-se a existência da cifra negra, demonstrando a presença lastimável da impunidade. E essa não será exterminada através dos novos projetos legislativos que pretendem aumentar a quantidade da pena e criminalizar novas condutas, já que a inflação legislativa só causaria a hipertrofia do nosso sistema penal. Portanto, o que deveria ser realizado era a deflação legislativa, ou seja, a diminuição do rol das infrações penais, acarretando um número menor de delitos a ser combatido pela atividade policial, liberando a policia para investigar e combater crimes que lesione bens jurídicos de maior relevância. Além do mais, os juízos criminais se preocupariam em julgar os crimes mais danosos, e os estabelecimentos prisionais ficariam com um nú-



mero menor de apenados, o que viabilizaria a ressocialização. Sendo dessa maneira, reduziria a impunidade e combateria a cifra negra. E a certeza da punição poderia propiciar um temor maior no infrator.

A sociedade procura no extremismo da mencionada corrente um antídoto para as mazelas que lhe atormenta. Entretanto, um direito penal mais moderado, garantista, que defenda uma intervenção estatal mínima e que assegure a aplicação das garantias constitucionais ao delinqüente, seja um instrumento mais preciso no combate aos índices elevados de violência.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: RT, 1999

BONHO, Luciana Tramontin. **Noções introdutórias sobre o direito penal do inimigo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1048, 15 maio 2006. Disponível em: <<http://www.jus.uol.com.br/revista/texto/8439>> Acesso em: 18 abril de 2011

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 5ª Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo**: noções e críticas; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 4. Ed. Atual. E ampl., 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal do inimigo**. Breves considerações. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1653, 10 jan. 2008. Disponível em: <<http://www.jus.uol.com.br/revista/texto/10836>> Acesso em: 17 de abril de 2011.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A terceira velocidade do Direito Penal**: o 'Direito Penal do Inimigo'. Dissertação de Mestrado, orientador Prof. Dr. Dirceu de Mello, PUC-SP, 2006.



SANTOS, Eric de Assis. **Discutindo a terceira velocidade do direito penal.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2800, 2 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.jus.uol.com.br/revista/texto/18603>> Acesso em: 14 de abril de 2011.

ENEMY OF THE CRIMINAL LAW: ANALYSIS OF ISSUES JUSPHILOSOPHICAL

ABSTRACT

The company victimized by the growing crime began to demand greater government intervention. And it fell to the criminal law to resolve the allocation of social conflict, characterizing what he called a criminal expansionism. With the advent of this design, the mentality has spread to classify conduct as criminal and further increase the amount of the penalty to the offense. It would be a stage driven by a more repressive criminal policy and punitive damages, being the breeding ground for the emergence of new ideological trends of criminal law. It is therefore the criminal law of the enemy, resulting theory of ideological movement known as law and order. The work covers the theory of criminal law of the enemy, exposing the dichotomous division of Jakobs about the criminal justice system, criminal law that divided into two systems, one applied to the citizen and the other the enemy. Moreover, this paper deals with the characteristic elements of that theory, and addressing critically about its application, and emphasizes also the legal philosopher aspects of the concept of enemy. Bringing the main points of a chain that has influenced our legislation over the past year.

Keywords: State intervention. Penal expansionism. Criminal policy. Law for the enemy.



O DEVER ESTATAL DE PROTEÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS OBRIGAÇÕES POSITIVAS DO ESTADO EM RELAÇÃO A DIREITOS HUMANOS

Rodrigo Telles de Souza

Mestrando em Direito pela UFRN

Procurador da República

RESUMO

O artigo trata da relação entre o dever estatal de proteção a direitos fundamentais e as obrigações positivas do Estado referentes a direitos humanos. Os direitos fundamentais, previstos em constituições, apresentam uma dupla dimensão: subjetiva e objetiva. Em sua dimensão subjetiva, os direitos fundamentais conferem aos cidadãos, respectivos titulares, tanto direitos subjetivos a abstenções ou prestações estatais como competências, entendidas como as possibilidades de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas. Em sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais são considerados como os princípios básicos da ordem constitucional, que consubstanciam a consagração normativa dos valores primordiais da comunidade política. Um dos corolários da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é a atribuição ao Estado de um dever de proteção adequada e eficaz a esses valores normativamente consagrados nas constituições. Os direitos humanos, previstos em tratados internacionais, também impõem ao Estado uma permanente obrigação de concretizá-los e realizá-los. Isso se dá por meio da doutrina das obrigações positivas, formulada pelos tribunais internacionais de proteção

a direitos humanos. O dever estatal de proteção a direitos fundamentais, no plano interno, e as obrigações positivas do Estado em relação a direitos humanos, no plano internacional, convergem e se complementam no sentido de conferir ao poder público responsabilidade primária quanto ao respeito e à promoção da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Dimensão objetiva. Dever estatal de proteção. Direitos humanos. Obrigações positivas. Dignidade da pessoa humana.

1 INTRODUÇÃO

De acordo com ideia bastante difundida, os direitos fundamentais distinguem-se dos direitos humanos em razão do fato de que aqueles são previstos em constituições, ao passo que estes se encontram consagrados em tratados internacionais. A diferença entre as expressões se baseia em critério meramente formal. Materialmente, contudo, ambos os conceitos se aproximam, uma vez que representam emanções jurídicas do valor básico da dignidade da pessoa humana.

O presente artigo pretende tratar de um dos aspectos da convergência entre as noções de direitos fundamentais e de direitos humanos. Objetiva-se evidenciar que o dever estatal de proteção a direitos fundamentais, no âmbito jurídico interno, corresponde às obrigações positivas do Estado em relação a direitos humanos, no campo jurídico internacional. Almeja-se demonstrar que ambas as noções confluem e se integram no sentido de atribuir ao poder público responsabilidade primária quanto à efetividade dos valores humanos essenciais normativamente consagrados em constituições e tratados internacionais.

A abordagem do tema se justifica em face da sua pertinência com a concretização dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, os quais atualmente figuram como autênticos núcleos das ordens jurídicas internas e internacionais. Por isso, a discussão e o aprimoramento da interpretação, da aplicação e, em última análise, da efetivação das normas de direitos fundamentais e de direitos humanos assume considerável relevância no contexto da presente sociedade brasileira e mundial. Ademais, pouco se tem produzido,



em âmbito doutrinário, especificamente sobre a matéria.

O desenvolvimento do texto divide-se em três partes. Na primeira se trata do dever estatal de proteção a direitos fundamentais. Na segunda se cuida das obrigações positivas do Estado em relação a direitos humanos. Na terceira se explicita a correlação existente entre o dever estatal de proteção a direitos fundamentais e as obrigações positivas do Estado em relação a direitos humanos.

A elaboração do trabalho ampara-se basicamente em uma pesquisa bibliográfica, tendo-se consultado livros de doutrina e repositórios de jurisprudência. Empregou-se o método dedutivo, com a utilização de conceitos de teoria do direito constitucional e de teoria do direito internacional público, bem como o método indutivo, com a consideração de situações particulares em que o assunto foi abordado.

2 O DEVER ESTATAL DE PROTEÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS

A concepção de que o Estado deve resguardar os indivíduos, propiciando-lhes segurança, tem origem nas teorias contratualistas, surgidas nos séculos XVII e XVIII. Hobbes (1997, p. 141) considerava que os homens se reuniam sob a forma político-jurídica do Estado para garantir a própria vida, ameaçada pela luta de todos contra todos. Locke (2004, p. 92-95) entendia que o Estado se formava por acordo entre os homens com a finalidade precípua de proteção da propriedade. Para Rousseau (1987, p. 31), o Estado se originava de um pacto social celebrado para preservação da espécie humana, ameaçada pelas disputas surgidas em torno da propriedade privada.

O desenvolvimento posterior da teoria dos direitos fundamentais, sobretudo a partir de meados do século XX, após a Segunda Guerra Mundial, forneceu o substrato para que se formulasse, na Alemanha, e se difundisse, por diversos países, uma concepção que atribui ao Estado um dever de proteção, o qual ultrapassa os limites de uma simples obrigação de segurança. O dever de proteção vincula o Estado não só a resguardar os indivíduos contra agressões de terceiros, mas também a implementar de forma adequada e eficaz os direitos fundamentais. A base para a afirmação da existência de um dever estatal de proteção consiste no reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais apresentam uma dupla dimensão: subjetiva e objetiva. Em sua dimensão subjetiva, os direitos fundamentais conferem aos cidadãos, respectivos titulares, tanto direitos subjetivos a abstenções ou prestações estatais como competências, entendidas como as possibilidades de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas. Em sua dimensão objetiva, os



direitos fundamentais são considerados como os princípios básicos da ordem constitucional, que consubstanciam a consagração normativa dos valores primordiais da sociedade política. Ao tratar dos direitos fundamentais, Hesse (1998, p. 228) destaca: “Por um lado, eles são direitos subjetivos, direitos do particular (...). Por outro, eles são elementos fundamentais da ordem objetiva da comunidade”.

A distinção entre as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais restou formulada inicialmente pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1958, no famoso caso *Lüth*. A situação em julgamento se referia ao boicote, conclamado pelo cidadão Erich Lüth, crítico de cinema e diretor do Clube de Imprensa de Hamburgo, a um filme lançado na época por Veit Harlan, antiga celebridade do cinema nazista, responsável pelo incitamento à violência contra o povo judeu. O Tribunal Estadual de Hamburgo, com base no Código Civil alemão, julgara procedente ação proposta pelo cineasta e por seus parceiros comerciais em face do crítico para coibir o boicote. A Corte Constitucional, no entanto, cassou tal ato decisório, ao argumento de que os direitos fundamentais, no caso o direito fundamental à liberdade de expressão, tinha eficácia também entre particulares (*Drittwirkung*). Tal conclusão se baseou na consideração de que os direitos fundamentais não são apenas direitos subjetivos do indivíduo contra o Estado, como tradicionalmente sempre se concebeu, constituindo-se também em expressões de valores objetivos.

Na ocasião, o Tribunal Constitucional Federal alemão afirmou: “Sem dúvida, os direitos fundamentais existem, em primeira linha, para assegurar a esfera de liberdade privada de cada um contra intervenções do poder público; eles são direitos de resistência do cidadão contra o Estado”. Em seguida, ressaltou:

Da mesma forma é correto, entretanto, que a *Grundgesetz*, que não pretende ser um ordenamento neutro do ponto de vista axiológico (...), estabeleceu também, em seu capítulo dos direitos fundamentais, um ordenamento axiológico objetivo e que, justamente em função deste, ocorre um aumento da força jurídica dos direitos fundamentais (...). Esse sistema de valores, que tem como ponto central a personalidade humana e sua dignidade, que se desenvolve livremente dentro da comunidade social, precisa valer enquanto decisão constitucional fundamental para todas as áreas do direito; Legislativo, Administração Pública e Judiciário recebem dele diretrizes e impulsos. Desta forma, ele influencia obviamente o direito civil. (MARTINS, 2005, 387-388)



A partir daí, a doutrina e a jurisprudência identificaram diversos corolários da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Atualmente, afirma-se que os direitos fundamentais, em sua dimensão objetiva, configuram a base para o seguinte: a) a *eficácia irradiante* dos direitos fundamentais, os quais informam e influenciam todo o ordenamento jurídico; b) a *eficácia horizontal* dos direitos fundamentais, considerando-se que eles vinculam não somente o Estado, mas também particulares; c) a imposição de um *dever de proteção* ao Estado, que deve resguardar os titulares de direitos fundamentais contra agressões estatais, próprias e de terceiros, bem como assegurar a efetividade prática desses preceitos básicos do sistema jurídico; d) a imposição ao Estado de um *dever de organização e procedimento*, preordenado à criação das condições necessárias à implementação dos direitos fundamentais; e) as *garantias institucionais*, entendidas como conjuntos normativos que regulam determinado setor da realidade em torno de um direito fundamental; f) o *controle de constitucionalidade*, já que as normas de direitos fundamentais são parâmetros para verificação da validade de normas infraconstitucionais.

No caso, a análise restringe-se a um dos aspectos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais: o dever estatal de proteção. Os direitos fundamentais contêm em si uma imposição permanente para que o Estado os concretize e realize. Isso constitui a base para a afirmação de que os direitos fundamentais atribuem ao Estado um dever de proteção. Em virtude de tal imposição, cabe ao Estado adotar providências no sentido de proteger os direitos fundamentais, seja resguardando seus titulares contra agressões promovidas pela própria atuação estatal, por eles mesmos ou por terceiros, seja agindo no sentido da efetivação prática desses valores essenciais da comunidade.

A afirmação da existência de um dever estatal de proteção (*Schutzpflicht*) foi inicialmente feita pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1975, no chamado caso *Aborto I*. Na ocasião, foram consideradas inconstitucionais, exatamente com base na existência de um dever do Estado de dar proteção à vida como direito fundamental, normas legais que descriminalizavam determinadas modalidades de interrupção da gravidez. A Corte Constitucional ressaltou:

O dever de proteção do Estado é abrangente. Ele não só proíbe - evidentemente - intervenções diretas do Estado na vida em desenvolvimento, como também ordena ao Estado posicionar-se de maneira protetora e incentivadora diante dessa vida, isto é, antes de tudo, protegê-la de intervenções ilícitas provenientes de terceiros [particulares]. Cada ramo do ordenamento jurídico deve orientar-se por esse mandamento, conforme sua respectiva definição de tarefas. O cumprimento



do dever de proteção do Estado deve ser tão mais consequentemente perseguido quanto mais elevado for o grau hierárquico do bem em questão dentro da ordem axiológica da *Grundgesetz*. Dispensando maiores fundamentações, a vida humana representa um valor supremo dentro da ordem da *Grundgesetz*, é a base vital da dignidade humana e o pressuposto de todos os demais direitos fundamentais. (MARTINS, 2005, p. 269)

No direito brasileiro, esse dever estatal de proteção pode ser extraído, além do próprio conjunto de direitos fundamentais consagrados na Constituição de 1988, do artigo 5º, inciso XLI, do texto constitucional, o qual estabelece: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. É possível também apontar, como base constitucional para o dever de proteção do Estado, o artigo 6º da Carta Magna, que considera a segurança como direito fundamental social.

O dever estatal de proteção deve ser cumprido de forma eficiente. A proibição de proteção deficiente dos direitos fundamentais foi, por primeiro, proclamada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1993, no conhecido caso *Aborto II*. Na oportunidade, restou novamente decretada a inconstitucionalidade de normas que descriminalizavam a interrupção da gravidez em certas hipóteses. A Corte Constitucional salientou que o Estado deve adotar medidas suficientes ao cumprimento de seu dever de tutela, a fim de que se tenha uma proteção adequada e eficaz aos direitos fundamentais:

É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência (...); até aqui, ele está sujeito ao controle jurisdicional constitucional [pelo TCF]. Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis. (MARTINS, 2005, p. 280)

No Brasil, o dever de proteção eficiente - ou a proibição de proteção deficiente - de direitos fundamentais já foi declarada em alguns julgados do Supremo Tribunal Federal. Como exemplo, pode-se citar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3112/DF, na qual se questionou a compatibilidade de



preceitos da Lei nº 10.826/2003, conhecida como Estatuto do Desarmamento, com a Constituição de 1988. Em seu voto, ao ressaltar a obrigatoriedade de criminalização de certas condutas, por imposição constitucional, o Ministro Gilmar Mendes, ressaltou que a evolução da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão consolidou o entendimento de que da dimensão objetiva dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado de proteger tais direitos contra agressão ensejada por atos de terceiros, havendo ainda uma verdadeira obrigação estatal de “tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais”. Em seguida, afirmou:

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*).¹

O dever de proteção eficiente vincula o Estado em relação a todos os seus órgãos e atividades, o qual passa a ser visto não mais como um inimigo, um adversário ou uma ameaça em relação aos direitos fundamentais, porém como uma instituição necessária para a garantia de eficácia de tais valores essenciais da sociedade e da ordem jurídica. A propósito, Sarmento (2003, p. 294) explica: “Esse dever de proteção envolve as atividades legislativa, administrativa e jurisdicional do Estado, que devem guiar-se para a promoção dos direitos da pessoa humana”.

No que concerne ao Poder Legislativo e à atividade normativa, o dever de proteção eficiente impõe a elaboração de normas que descrevam como atos ilícitos os que atentem contra direitos fundamentais, cominando-lhes sanções proporcionais à sua gravidade. Em relação ao Poder Executivo e à atividade administrativa, exige a adoção de medidas preventivas e repressivas contra atos ilícitos que violem direitos fundamentais. No que tange ao Poder Judiciário e à atividade jurisdicional, reclama a realização de processos céleres e efetivos para o julgamento dos responsáveis por atos ilícitos que atentem contra os direitos fundamentais. Quanto a todos os poderes e atividades estatais, o dever de proteção eficiente exige permanentes esforços no sentido

¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 3112/DF. Pleno. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. j. 02/05/2007. DJ. 26/10/2007. p. 28. RTJ 206/538.



da concretização e realização dos direitos fundamentais.²

O dever do Estado de proteção a direitos fundamentais decorre de uma concepção formulada sob a perspectiva do ordenamento jurídico estatal. No âmbito da ordem jurídica internacional, noção semelhante é representada pela doutrina das obrigações positivas relacionadas a direitos humanos.

3 OBRIGAÇÕES POSITIVAS DO ESTADO EM RELAÇÃO A DIREITOS HUMANOS

O direito internacional público era tradicionalmente considerado como um direito voltado a disciplinar exclusivamente relações entre Estados soberanos. Os Estados, dotados de soberania absoluta, ao lado das organizações internacionais por eles formadas, eram tidos como os únicos sujeitos do direito internacional. A internacionalização e universalização da proteção aos direitos humanos importou na mudança dessa concepção. Com efeito, o tratamento universal dos direitos humanos elevou o homem à condição de sujeito de direito internacional e relativizou a soberania dos Estados.

A internacionalização da proteção aos direitos humanos tem como antecedentes o direito humanitário e a criação da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho, na primeira metade do século XX, após a Primeira Guerra Mundial. O direito humanitário surgiu para proteger direitos do homem em situações de conflito armado. A Liga das Nações restou criada para promover e garantir a manutenção da paz e da segurança internacionais. A Organização Internacional do Trabalho foi concebida para assegurar padrões globais mínimos para as condições de trabalho. Apareceram, assim, institutos e instituições voltados à proteção dos direitos humanos no plano internacional. O homem começou a ser considerado sujeito de direito internacional, e a

² Embora a ideia de dever estatal de proteção, a partir da Alemanha, tenha-se difundido por diversos países, inclusive pelo Brasil, a concepção não é geralmente aceita nos Estados Unidos da América. Isso decorre do fato de o direito norte-americano conferir ênfase à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, não dispensando maior desenvolvimento à sua dimensão objetiva. (GRIMM, 2007, p. 149-155). No caso *DeShaney contra Winnebago County Department of Social Services*, de 1989, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que o Estado não tem o dever constitucional de proteger seus cidadãos contra violências praticadas por outros cidadãos, negando indenização pleiteada por menor que ficara aleijado em razão de espancamentos promovidos pelo pai durante período em que, logo após o divórcio e a atribuição da guarda do ofendido ao ofensor, a família era visitada por assistentes sociais do Estado, os quais, embora tivessem as condições para tanto, não constataram nem impediram a violência (VILE, 2010, p. 345-346).



soberania estatal teve seu processo de relativização iniciado.

O direito internacional dos direitos humanos consolidou-se em meados do século XX, depois da Segunda Guerra Mundial. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos do nazismo e à crença de que parte desses atos poderia ter sido prevenida se um efetivo sistema de proteção internacional dos direitos humanos existisse. O Tribunal de Nuremberg, instalado em 1945 para julgar os responsáveis pelas atrocidades nazistas, significou um poderoso impulso ao movimento de internacionalização dos direitos humanos, por reforçar a ideia da necessária limitação da soberania estatal e reconhecer que os indivíduos têm uma situação jurídica protegida pelo direito internacional. A criação da Organização das Nações Unidas e a edição de sua Carta, em 1945, consolidaram, de forma decisiva, a internacionalização dos direitos humanos, uma vez que, a partir desses atos, a promoção de tais direitos passou a ser considerada como propósito e finalidade da comunidade internacional. A relação entre um Estado e seus nacionais passou a constituir uma problemática internacional, objeto de instituições internacionais e do direito internacional. (PIOVESAN, 2010, p. 370-371).

Embora a Carta das Nações Unidas proclamasse a importância de defender, promover e respeitar os direitos humanos, ela deixava em aberto o conteúdo dessa expressão. Desse modo, para definir os direitos humanos, em 1948, foi editada a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Posteriormente, em 1966, para conferir, de modo indiscutível, força jurídica obrigatória e vinculante às disposições da Declaração Universal dos Direitos Humanos, foram celebrados o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Em seguida, ao longo da segunda metade do século XX, conceberam-se tratados para a proteção internacional específica de direitos humanos, como a Convenção para a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, além de outros. Formou-se, assim, o chamado sistema global de proteção internacional aos direitos humanos. Tal sistema tem como órgãos de monitoramento e julgamento várias comissões e o Tribunal Penal Internacional, não havendo ainda, contudo, uma corte internacional de direitos humanos.

Ao lado do sistema normativo global, surgiram sistemas regionais de proteção internacional aos direitos humanos, particularmente na Europa, na América e na África, com seus tratados específicos e seus próprios órgãos de monitoramento e julgamento. Os sistemas normativos global e regionais são complementares. Baseando-se nos princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos, eles formam o aparato de proteção aos direitos



humanos no plano internacional. Um indivíduo que tenha sofrido violação em seus direitos humanos pode escolher o aparato, global ou regional, que lhe seja mais favorável, para fins de tutela de sua situação jurídica.

No plano internacional, o dever estatal de tutela e efetivação de direitos humanos tem fundamento na chamada doutrina das obrigações positivas. Essa teoria foi formulada no âmbito dos sistemas regionais europeu e americano de proteção a direitos humanos, designadamente por meio de seus órgãos de julgamento, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, e com base em seus tratados específicos, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Sobre o assunto, Feldens (2008, p. 99) explica:

A teoria dos deveres de proteção (de direitos fundamentais), quando reconduzida ao plano dos direitos humanos, encontra sua formulação congênere na doutrina das obrigações positivas (*positive obligations*). Essa é a terminologia adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) na indicação de que os Estados têm a obrigação de proteção dos direitos afirmados nas respectivas Convenções: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos afirmou a existência de um dever estatal de efetivação de direitos humanos, com base na teoria das obrigações positivas, por exemplo, no caso *Airey contra Irlanda*, em 1979. Airey era uma senhora que não pôde propor uma ação judicial de separação de corpos perante o Poder Judiciário irlandês porque não tinha recursos suficientes para tanto. A Irlanda não previa um direito de assistência judiciária nessa hipótese. O Tribunal, então, condenou o Estado irlandês, que estaria obrigado a fornecer as condições para que os indivíduos tenham efetivo acesso à justiça, afirmando, com base na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, o seguinte: “A Convenção tem por objetivo proteger direitos não teóricos ou ilusórios, mas concretos e efetivos”³ (SUDRE et al., 2003, p. 18-20, tradução livre)

³ La Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs (SUDRE et al., 2003, p. 18-20).



A Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou a existência de um dever estatal de tutela de direitos humanos, com base na teoria das obrigações positivas, por exemplo, no caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, em 1988. Velásquez Rodríguez era estudante da Universidade Autônoma de Honduras. Ele foi preso pelas Forças Armadas de Honduras, em Tegucigalpa, tendo sido posteriormente torturado e considerado como desaparecido, o que era negado pelo governo hondurenho, que não investigou o episódio adequadamente. Em momento posterior, três testemunhas dos fatos restaram assassinadas. A situação foi levada à jurisdição da Corte, que salientou:

O Estado encontra-se no dever jurídico de prevenir, razoavelmente, as violações de direitos humanos, de investigar seriamente com os meios a seu alcance as violações que tenham sido cometidas no âmbito de sua jurisdição a fim de identificar os responsáveis, de impor-lhes as sanções pertinentes e de assegurar à vítima uma adequada reparação.⁴

O Brasil já foi condenado por violação de obrigações positivas relacionadas a direitos humanos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Damião Ximenes Lopes contra Brasil*, em 2006, sancionou o Estado brasileiro por falta de realização de medidas eficazes para a investigação e punição dos responsáveis pela morte de deficiente mental em estabelecimento hospitalar no Município de Sobral, Estado do Ceará. Ressaltou-se que, quando ocorrem violações de direitos humanos, o conhecimento da verdade é um meio importante de reparação para as vítimas e familiares, bem como uma forma de esclarecimento fundamental para que a sociedade possa desenvolver mecanismos próprios de prevenção de ofensas semelhantes no futuro. A Corte, em seguida, consignou:

Em consequência, os familiares das vítimas têm direito, e os Estados a correspondente obrigação, de que o ocorrido seja efetivamente investigado pelas autoridades

⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Rel. Juez Piza Escalante. Sentencia de 29 de julio de 1988. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf>. Acesso em: 08/04/2011. Tradução livre. (El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.)



estatais, de que se siga um processo contra os supostos responsáveis por esses ilícitos e, em sendo o caso, de que se lhes imponham as sanções pertinentes.⁵

As obrigações positivas do Estado em relação a direitos humanos, portanto, representam imperativos de tutela, preventiva e repressiva, bem como de realização prática desses direitos previstos em tratados internacionais. Cumpre, então, evidenciar a relação existente entre tal figura e a noção de dever estatal de proteção a direitos fundamentais.

4 A CORRELAÇÃO ENTRE O DEVER ESTATAL DE PROTEÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS OBRIGAÇÕES POSITIVAS DO ESTADO EM RELAÇÃO A DIREITOS HUMANOS

O dever estatal de proteção a direitos fundamentais e as obrigações positivas do Estado em relação a direitos humanos convergem no sentido de atribuir ao poder público responsabilidade primária quanto à efetividade dos valores humanos essenciais normativamente consagrados em constituições e tratados internacionais. Cuida-se das duas faces, uma voltada para o ordenamento jurídico interno e outra voltada para a ordem jurídica internacional, de uma mesma vinculação do Estado, que se encontra jungido a realizar e concretizar as imposições que emanam do valor básico da dignidade da pessoa humana.

Não se há de cogitar em conflito entre dever estatal de proteção a direitos fundamentais e obrigações positivas do Estado em relação a direitos humanos nem muito menos em prevalência de uma vinculação sobre a outra. Na medida em que direitos fundamentais e direitos humanos apresentam a mesma base material, a dignidade da pessoa humana, tende a haver uma correspondência e até mesmo uma complementação recíproca entre dever estatal de proteção e obrigações positivas.

No atual contexto da sociedade mundial, observa-se um entrelaçamento entre ordens jurídicas locais, estatais, internacionais, supranacionais

⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Ximenes Lopez vs. Brasil. Rel. Juez García Ramírez. Sentencia de 4 de julio de 2006. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf>. Acesso em: 08/04/2011. Tradução livre. (En consecuencia, los familiares de las víctimas tienen el derecho, y los Estados la correspondiente obligación, a que lo sucedido sea efectivamente investigado por las autoridades estatales, de que se siga un proceso contra los presuntos responsables de estos ilícitos y, en su caso, de que se les impongan las sanciones pertinentes.)



e transnacionais, as quais tratam, inclusive simultaneamente, dos mesmos problemas de limitação e controle do poder político e de garantia e proteção de direitos humanos e fundamentais, como afirma a teoria do transconstitucionalismo. Não pode haver hierarquia entre as diversas ordens jurídicas; deve existir entre elas um diálogo informado por uma racionalidade transversal, que resulta em aprendizado recíproco e intercâmbio construtivo. (NEVES, 2010, p. 115-234).

A relação entre dever estatal de proteção a direitos fundamentais e obrigações positivas do Estado em relação a direitos humanos há de ser analisada sob o prisma transconstitucional. Nesse sentido, os dois conceitos devem ser utilizados de modo que se complementem mutuamente, confluindo para que se imponha ao poder público, tanto no âmbito jurídico interno como no campo jurídico internacional, a exigência de respeito e de promoção da dignidade da pessoa humana.

5 CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais, previstos em constituições, apresentam uma dupla dimensão: subjetiva e objetiva. Em sua dimensão subjetiva, os direitos fundamentais conferem aos cidadãos, respectivos titulares, tanto direitos subjetivos a abstenções ou prestações estatais como competências, entendidas como as possibilidades de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas. Em sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais são considerados como os princípios básicos da ordem constitucional, que consubstanciam a consagração normativa dos valores primordiais da sociedade política.

Um dos corolários da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é a atribuição ao Estado de um dever de proteção adequada e eficaz a esses valores normativamente consagrados nas constituições. Em virtude de tal imposição, cabe ao Estado adotar providências no sentido de proteger os direitos fundamentais, seja resguardando seus titulares contra agressões promovidas pela própria atuação estatal, por eles mesmos ou por terceiros, seja agindo no sentido da efetivação prática de tais direitos.

Os direitos humanos, previstos em tratados internacionais, também impõem ao Estado uma permanente obrigação de concretizá-los e realizá-los. Isso se dá por meio da doutrina das obrigações positivas, formulada pelos tribunais internacionais de proteção a direitos humanos, especialmente pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. As obrigações positivas do Estado em relação a direitos humanos representam imperativos de tutela, preventiva e repressiva, bem como de realização prática desses direitos.



O dever estatal de proteção a direitos fundamentais, no plano interno, e as obrigações positivas do Estado em relação a direitos humanos, no plano internacional, são conceitos correspondentes e mutuamente complementares. Ambas as noções convergem no sentido de conferir ao poder público responsabilidade primária quanto ao respeito e à promoção da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 149-165.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 141.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil. Trad. Alex Marins. 5. ed. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 92-95.

MARTINS, Leonardo (Introdução e organização, coletânea original de Jürgen Schwab). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.



PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 251-314.

SUDRE, Frédéric et al. **Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme**. 5e. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2003.

VILE, John R. **Essential Supreme Court decisions**: summaries of leading cases in U.S. constitutional law. 15nd. ed. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2010.

EL DEBER ESTATAL DE PROTECCIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS OBLIGACIONES POSITIVAS DEL ESTADO EN RELACIÓN A DERECHOS HUMANOS

RESUMEN

El artículo trata de la relación entre el deber estatal de protección a los derechos fundamentales y las obligaciones positivas del Estado referentes a los derechos humanos. Los derechos fundamentales, previstos en constituciones, presentan una doble dimensión: subjetiva y objetiva. En su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales confieren a los ciudadanos, respectivos titulares, tanto de derechos subjetivos a abstenciones o prestaciones estatales como competencias, entendidas como las posibilidades de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas. En su dimensión objetiva, los



derechos fundamentales son considerados como los principios básicos del orden constitucional, que representan la consagración normativa de los valores primordiales de la comunidad política. Una de las consecuencias de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales es la atribución al Estado de un deber de protección adecuada y eficaz a esos valores consagrados en las normas constitucionales. Los derechos humanos, previstos en tratados internacionales, también imponen al Estado una permanente obligación de concretizarlos e realizarlos. Eso se da con base en la doctrina de las obligaciones positivas, formulada por los tribunales internacionales de protección a los derechos humanos. El deber estatal de protección a derechos fundamentales, en el plano interno, y las obligaciones positivas, en el plano internacional, convergen y se complementan para conferir a los poderes públicos responsabilidad primaria de respeto e promoción de la dignidad de la persona humana.

Palabras-claves: Derechos fundamentales. Dimensión objetiva. Deber estatal de protección. Derechos humanos. Obligaciones positivas. Dignidad de la persona humana.



O DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM BIOLÓGICA DO SER HUMANO REPRODUZIDO POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL FRENTE AO ANONIMATO DO DOADOR DE MATERIAL GENÉTICO

Renata Tavares Afonso Fonseca

Acadêmica do 7º Período do
Curso de Direito da UFRN
Monitora bolsista de Direito da
Criança e do Adolescente/Membro
do Projeto de Pesquisa “Direitos
Fundamentais, Jurisdição e Democracia”

Mariana Siqueira

Professora orientadora

RESUMO

A presente tese tem como escopo analisar o dilema surgido a partir da inseminação artificial envolvendo, de um lado, o direito da pessoa reproduzida por esta técnica em conhecer sua origem genética, e de outro, o anonimato do doador do sêmen assegurado pela Resolução 1.358 do Conselho Federal de Medicina. Em virtude da evolução da sociedade e, conseqüentemente, com a nova estrutura da família contemporânea, a inseminação artificial tornou-se cada vez mais utilizada na reprodução humana. No entanto, o Direito não conseguiu acompanhar esse avanço e, por isso, ainda inexiste uma regulamentação jurídica sobre o assunto. Diante de tais circunstâncias, será abordado o conflito entre tais

direitos, bem como demonstrada a solução de acordo com as normas esparsas no ordenamento jurídico brasileiro relevantes ao tema, utilizando-se, para isso, a ponderação. Mais adiante, a colisão será analisada à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente juntamente com a Constituição Federal, fazendo concluir que o direito ao conhecimento da origem biológica de qualquer pessoa sobrepõe-se ao direito do anonimato do doador de material genético, e, especificamente caso encontre-se envolvido o interesse da criança ou adolescente, este atenderá ao princípio da absoluta prioridade e do melhor interesse do jovem. Por fim, evidencia-se a possibilidade de conhecimento da ascendência biológica sem ocasionar vínculo de parentesco.

Palavras-chave: Origem genética. Anonimato. Doador. Inseminação artificial. Ponderação.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea, diante da evolução técnico-científica e dos novos valores adotados, depara-se com uma inovação na estrutura da família, amparada pela afetividade, fazendo vir à tona diversos modelos familiares. Em virtude desse desenvolvimento social, a inseminação artificial, técnica de reprodução assistida na qual o material genético do doador é inserido artificialmente no corpo da mulher, vem tornando-se cada vez mais utilizada na reprodução humana.

Cumpra alegar no presente estudo o conflito que poderá surgir diante da necessidade do indivíduo reproduzido por inseminação artificial de saber a sua origem biológica e a garantia do anonimato do doador, defendido pelas clínicas e pelo Conselho Federal de Medicina. Com a crescente utilização desta forma de reprodução, em breve o judiciário brasileiro encontrar-se-á diante de um dilema deste, e, em virtude da inexistência de uma legislação regulamentando o assunto, a solução é partir para as normas esparsas do nosso ordenamento jurídico juntamente com a técnica da ponderação,



preservando-se o princípio da unidade da Constituição.

Até que ponto a imposição do anonimato dos doadores de gametas é salutar para a preservação da dignidade da pessoa humana? Qual interesse deve sobrepor-se, o do indivíduo gerado por inseminação artificial que pretende saber a sua identidade genética ou o daquele que, assegurado pelo anonimato, ofereceu seu material genético para a inseminação artificial?

2 A EVOLUÇÃO DA CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA E O INSTITUTO DA FILIAÇÃO

O homem, enquanto ser que vive em sociedade, encontra-se em constante mudança nas relações sociais. Tal afirmação torna-se relevante quando verificamos que no decorrer da história humana, desde os primórdios de sua civilização até os dias atuais, a estrutura familiar nem sempre seguiu a tradicional formação entre pais e filhos.¹ A feição familiar encontra-se, portanto, entrelaçada com o próprio retrato da sociedade nas circunstâncias de tempo e lugar, e por isso é importante estudá-las conjuntamente para melhor compreender o arcabouço familiar de cada época. Neste sentido os ilustres Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal (2009, p. 04) asseveram:

Com efeito, a família tem o seu quadro evolutivo atrelado ao próprio avanço do homem e da sociedade, mutável de acordo com as novas conquistas da humanidade e descobertas científicas, não sendo crível, nem admissível, que esteja submetida a idéias estáticas, presas a valores pertencentes a um passado distante, nem a suposições incertas de um futuro remoto. É a realidade viva, adaptada aos valores vigentes.

O Direito, sendo um reflexo das transformações do ser humano em sociedade, acompanha toda essa evolução de ideais predominantes em cada momento histórico, por isso não se admite a inalterabilidade da legislação, em virtude da permanente mutação inexorável dos valores sociais. Exemplo

¹ O pesquisador Jacques Dupuis, em sua obra “Em nome do pai: uma história da paternidade” informou que a paternidade somente foi descoberta por volta do ano 5000 aC. Até então não se fazia a associação do sexo com a fecundação e por isso as pessoas se organizavam em sociedade sem o conhecimento da função paterna. (DONIZETTI, 2007, p. 07)



disso foi a repercussão causada pelo avanço tecnológico e científico na atual sociedade, alterando as relações jurídico-sociais do sistema, e atingindo até mesmo a estrutura da família, a qual passou a ter um novo eixo fundamental.

Anteriormente ao Novo Código Civil de 2002, a família, “o alicerce mais sólido em que se assenta toda a organização social” (GONÇALVES, 2009, p. 09), era regulamentada pelo Código Civil de 1916, constituindo-se apenas pelo casamento – único conceito de família até então vigente. Era caracterizada por um modelo patriarcal e hierárquico, diante do qual a mulher e os filhos ocupavam posição inferior no núcleo familiar, enquanto que o marido, a quem deviam respeito e obediência, era o chefe da sociedade. No âmbito da filiação, apenas os filhos legítimos, isto é, aqueles gerados sob o manto protetor do matrimônio eram reconhecidos pelo nosso ordenamento jurídico, conforme se verifica na leitura do art. 337² do diploma de 1916, – detinham a presunção *pater is est*³ –. Os filhos ilegítimos, oriundos de relações extramatrimoniais, eram menosprezados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Analizando essa estrutura moderna da família, Clovis Bevilacqua (2001, p. 30) leciona, *in verbis*:

No direito moderno, família é o conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém, designam-se por família, somente os cônjuges e a respectiva prole.

As mudanças sociais, econômicas, culturais e políticas ocorridas ao longo do século passado fizeram com que surgissem novos modelos familiares, estruturados no afeto, na solidariedade e na cooperação. Os laços de afetividade passaram a ter mais importância do que os laços sanguíneos, fazendo, assim, com que o modelo tradicional fundado exclusivamente no casamento declinasse. A família pós-moderna eliminou as fronteiras impostas pelo sistema jurídico-social clássico, tornando-se plural, aberta, multifacetária, suscetível às

² O art. 337 do Código Civil de 1916 assim regulamentava: “são legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado, ou mesmo nulo, se se contraiu de boa-fé”, desprezando, assim, os filhos advindos de relações fora do casamento – considerados ilegítimos –.

³ A expressão “*pater is est quem nuptiae demonstrant*” significa que pai é aquele que prova sê-lo por meio do casamento.



influências da nova sociedade, reafirmando uma nova feição fundada no afeto. Os referenciais da família contemporânea fundam-se em sua feição jurídica e sociológica no afeto, na ética, na solidariedade, recíproca entre os seus membros e na preservação da dignidade deles (FARIAS; ROSENVALD, 2009, p. 05).

A Constituição Federal de 1988 foi importante instrumento para alicerçar esses novos paradigmas, principalmente ao disciplinar a isonomia entre homem e mulher na sociedade conjugal⁴, e ao considerar também como entidade familiar as uniões livres⁵. Com isso é de se observar que o casamento deixou de ser o único modelo de família⁶, a qual, embasada pela Magna Carta, também pode ser formada somente por casais, ou por casais e filhos, sem o vínculo do casamento, bem como por aquelas constituídas apenas por pai ou mãe e seus filhos – família monoparental –, e até mesmo de relacionamentos homoafetivos, bastando a existência de laços afetivos.

Em virtude dessa ampliação de possibilidades de se constituir uma família, fez-se necessária regulamentar a filiação, uma vez que no contexto da atual realidade, esta não deve ser mais ignorada. Diante disso, podemos identificá-la a partir de três critérios básicos: o critério jurídico, o critério biológico e o critério afetivo.

Através do critério jurídico da filiação, amparado pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a discriminação existente entre filhos legítimos e ilegítimos deixa de existir. A Constituição Federal assegura expressamente a igualdade entre os filhos, não importando se são frutos da relação matrimonial ou de relações extramatrimoniais⁷. O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, ao reconhecer a criança como sujeito de direitos, reafirma essa igualdade entre os filhos, e regulamenta o reconhecimento voluntário e judicial da filiação.

Pelo critério biológico, filho é aquele que apresenta os genes do pai. Através do reconhecimento da identidade biológica entre pai e filho,

⁴ O art. 226, §5º da Carta Magna regulamenta que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

⁵ É o art. 226, §3º da Constituição Federal: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento".

⁶ O art. 226, §4º da *Lex Mater* dispõe que se entende por entidade família a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

⁷ O art. 227, §6º da Constituição Federal de 1988 assevera: "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".



concede-se a este último direitos como o de usar o nome do pai, a alimentos e à herança. O exame de DNA facilitou a investigação da paternidade e o reconhecimento do filho pelo seu pai biológico. Entretanto, esse exame é apenas uma constatação biológica, não propiciando vínculos de filiação afetivos, uma vez que estes podem ou não existir.

A filiação sob o enfoque afetivo, a seu turno, é resultante da nova concepção de família na sociedade contemporânea. Caracteriza-se por ações de afeição e solidariedade, propiciando ao filho bem-estar e os cuidados necessários para a formação do seu caráter, independentemente de apresentarem o mesmo material genético.

3 O ANONIMATO DO DOADOR DE MATERIAL GENÉTICO NA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

Com o advento do novo modelo familiar fundamentado na característica da socioafetividade, a união estável e a família monoparental passaram a integrar o conceito de entidade familiar, respaldados pelo art. 226, §3º e §4º da Carta Magna brasileira⁸. Nesta conjuntura contemporânea de família, juntamente com o desenvolvimento da biotecnologia aplicada à reprodução humana, origina-se a família proveniente de reprodução assistida, a qual diante do art. 226 §7º da Constituição Federal⁹ é legítima tanto o quanto a família natural.

A inseminação artificial surgiu como uma dessas técnicas de reprodução assistida, e tornou-se cada vez mais utilizada pela sociedade pós-moderna, consistindo em “um processo através do qual se colhe o material genético do homem por meio de masturbação em laboratório, congelando-se

⁸ O art. 226, *caput*, da Constituição Federal assegura que a família, base da sociedade, tem especial proteção pelo Estado. Neste mesmo dispositivo, seus parágrafos terceiro e quarto, respectivamente, dispõem que para efeito de 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, e que se entende também como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

⁹ Da leitura do art. 226, §7º da Lei Maior brasileira é possível verificar que esta não veda a utilização da reprodução assistida, pois conforme o dispositivo em comento temos que “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.



o esperma colhido e solução de azoto líquido para posterior implantação na mulher” (DONIZETTI, 2007, p.93).

No tocante a essa técnica de reprodução assistida, Maria Berenice Dias (2009, p. 200) elucida:

Com o avanço das técnicas de inseminação artificial, o nexo existente entre sexo e reprodução foi afastado. Existem duas modalidades de inseminação artificial: homóloga e heteróloga. Na inseminação homóloga, o material genético pertence ao par. É utilizada nas situações em que o casal possui fertilidade, mas não é capaz da fecundação por meio do ato sexual. A gravidez de mulher casada decorrente de inseminação artificial leva à suposição de que o marido é o cedente do espermatozoide, pois gera a presunção de paternidade (CC 1.597). [...] Na inseminação heteróloga, o esperma é doado por terceira pessoa. É utilizado nos casos de esterilidade do marido. Tendo havido prévia autorização, também se estabelece a presunção *pater est* (CC 1.597), ou seja, tendo o cônjuge concordado de modo expresso com o uso da inseminação artificial, assume ele a condição de pai do filho que venha a nascer.

Diante dessas duas modalidades de inseminação artificial pode-se observar que em relação à inseminação homóloga não existem grandes problemas, tendo em vista que o homem fez uso de seus próprios gametas para fecundar o óvulo da sua mulher. Assim, a paternidade biológica e a socioafetiva coincidem-se. Os grandes debates surgem acerca da inseminação heteróloga, principalmente em relação aos casos nos quais alguns grupos defendem, de um lado, o sigilo do doador de sêmen, enquanto outros se posicionam contrariamente, ao defender o direito de o indivíduo poder conhecer seu pai biológico como forma de ter o acesso ao conhecimento de suas origens genéticas.

A única regulamentação normativa existente acerca da inseminação artificial é a Resolução nº 1.358 de 11 de novembro de 1992, do Conselho Federal de Medicina. Haja vista essa regulamentação não ser lei no aspecto formal, a publicação desse documento pelo Conselho investiu a resolução de autoridade necessária para nortear a utilização dos métodos artificiais de procriação, desvinculada de profundidade jurídica. Dentre os pontos mais relevantes da Resolução nº 1.358/92, cumpre destacar o sigilo médico



sobre a identidade dos doadores e dos receptores e a pesquisa genética em pré-embriões somente realizada para tratar de doença ou impedir sua transmissão.

Não obstante a crescente utilização da inseminação artificial para a reprodução humana, não se pode ignorar a necessidade de uma legislação contemplando essas novas relações sociais. A ciência social do Direito não acompanha a velocidade de avanço das ciências biomédicas. Entretanto, a necessidade de criação da norma jurídica surge do fato social, e essa nova realidade das relações sociais exige uma regulamentação no ordenamento jurídico, pois em breve o judiciário brasileiro irá se deparar com situações relacionadas à dignidade da pessoa humana, os aspectos éticos, morais e religiosos envolvendo a reprodução assistida.

Atualmente, vários projetos de lei encontram-se em trâmite no Congresso Nacional. Apresentados logo após a edição da Resolução nº 1.358/92, esses projetos promovem a discussão acerca do direito ao conhecimento da origem genética da criança diante do anonimato do doador do sêmen, assegurado pela referida resolução¹⁰.

4 DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA DA PESSOA REPRODUZIDA POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *VERSUS* DIREITO DO ANONIMATO DO DOADOR DE MATERIAL GENÉTICO

A falta de uma legislação específica no ordenamento jurídico brasileiro regulamentando o tema da inseminação artificial, especificamente a heteróloga, faz surgir debates jurídicos envolvendo o direito de conhecimento da origem genética do indivíduo *versus* o direito de sigilo de informações do doador do sêmen.

O anonimato do doador é seguido à risca nas clínicas de fertilização e muito respeitado pelas legislações mundiais. Para isso, defendem até mesmo

¹⁰ Ilustram como exemplos o Projeto de Lei nº 1.184/2003 o qual visa permitir à pessoa nascida por meio da reprodução assistida o acesso a informações concernentes à identidade civil do doador; o Projeto de Lei nº 120/2003 diante do qual possibilita ao indivíduo reproduzido através de técnicas de reprodução assistida conhecer seus pais biológicos, ressalvando que o acesso a essas informações não enseja à aquisição de direitos sucessórios; e o Projeto de Lei nº 4.686/2004 com o intuito de garantir o direito ao conhecimento da origem genética, além de delimitar aspectos referentes ao vínculo parental e ao direito sucessório.



que mantendo esse sigilo protege-se a integridade psíquica da criança gerada através de inseminação heteróloga. Entretanto, ao se submeter a essas regras, os pais esquecem que estão reproduzindo um ser vivo que, futuramente, terá desejos pessoais e vida própria, e, provavelmente desenvolverá a curiosidade de conhecer a sua formação biológica.

A fim de solucionar as celeumas jurídicas erguidas, procuraremos demonstrar qual desses direitos tem posição predominante. Para isso, faz-se necessário a utilização das normas esparsas do nosso ordenamento jurídico através de uma interpretação sistemática. Convém ressaltar que a Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de medicina não tem força de lei, e, portanto, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente são fontes imprescindíveis para esse estudo e interpretação.

4.1 A colisão entre os direitos

Na seara da inseminação artificial heteróloga, emana um conflito entre o direito ao conhecimento da origem genética e o direito de anonimato do doador de material genético, vertentes, respectivamente, do direito à vida e do direito à intimidade. Estes últimos, por sua vez, são direitos constitucionais de personalidade que visam garantir o princípio da dignidade da pessoa humana – fundamento da República Federativa do Brasil, conforme o art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

Sobre os direitos de personalidade, Luís Roberto Barroso na obra *Os Princípios da Constituição de 1988* (PEIXINHO; GUERRA; FILHO, 2006, p. 266), discorre, *verbis*:

Uma classificação que se tornou corrente na doutrina é a que separa os direitos da personalidade em dois grupos: (i) direitos à integridade física, englobando o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver; e (ii) direitos à integridade moral, rubrica na qual se inserem os direitos à honra, à liberdade, à vida privada, à intimidade, à honra e à imagem.

Desta feita, a colisão exsurge entre essas duas externalidades dos direitos de personalidade – direitos estes “necessários e inapropriáveis, pois, por serem inatos, adquiridos no instante da concepção, não podem ser retirados da pessoa enquanto ela viver por dizerem respeito à qualidade humana” (DINIZ, 2008, p. 120, v. 1).



O direito do anonimato do doador fundamenta-se na proteção constitucional prevista no art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988¹¹, oferecendo àquele que realiza a doação do material genético o direito à inviolabilidade da intimidade. Nas palavras de Walber de Moura Agra (2008, p. 161), “a intimidade é a esfera de vida que só ao cidadão em particular diz respeito, não pertencendo a mais ninguém, é o espaço da sua individualidade. O princípio da exclusividade a protege”. Complementado esta assertiva, Maria Helena Diniz (2008, p. 135, v. 1), leciona:

A intimidade é a zona espiritual íntima e reservada de uma pessoa, constituindo um direito de personalidade, logo o autor da intrusão arbitrária à intimidade alheia deverá pagar uma indenização pecuniária, fixada pelo órgão judicante de acordo com as circunstâncias, para reparar dano moral ou patrimonial que causou.

A seu turno, o direito ao conhecimento da origem genética tem fundamento no direito de personalidade, tanto no que atina ao direito à vida e à integridade física, quanto no que diz respeito ao direito à identidade. O conhecimento dos ascendentes genéticos possibilita a qualquer pessoa ter ciência das predisposições a doenças hereditariamente transmissíveis, efetuando-se, a partir de então, a prevenção a essas doenças genéticas, e assim, protegendo à vida e à integridade física do indivíduo. O direito à identidade vem à tona como um direito personalíssimo, conferindo a todo ser humano o direito e a permissão de conhecer a sua ascendência biológica e formar a sua identidade pessoal. Retratando a importância da informação genética, Leila Donizetti – membro do Instituto Brasileiro do Direito de Família IBDFAM –, em seu livro *Filiação Socioafetiva e Direito à Identidade Genética* (2007, p. 80) proclama:

Afora as características externas, e, portanto visíveis, a identidade pessoal agrega também outros componentes que têm a ver com a história de vida do indivíduo. [...] A cisão entre identidade pessoal, na sua dimensão absoluta, e a identidade relacional feita por Paulo Otero é de enorme valia para o deslinde das questões afetas

¹¹ O inciso X do art. 5º da Constituição Federal dispõe que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.



ao Direito à identidade genética, uma vez que permite compreender que *o acesso à informação genética constitui um dos pilares da identidade pessoal*. [grifo nosso]

A dimensão absoluta da identidade pessoal consiste na identificação definida pela pessoa como indivíduo, por si própria, concedendo uma individualidade que a distingue de todas as demais, enquanto a dimensão relacional define-se a partir da memória familiar conferida pelos seus ascendentes. A Constituição Federal somente reconhece o direito da identidade pessoal sob essas duas dimensões, elevando, desta forma, a informação genética ao patamar de um dado fundamental para a formação da identidade do indivíduo (DONIZETTI, 2007, p. 79).

Evidencia-se, portanto, um conflito entre esses dois direitos fundamentais expostos. De um lado, o interesse do doador em manter seu anonimato, assegurado pelo direito à intimidade. De outro, o direito ao conhecimento da origem genética daquela pessoa reproduzida por inseminação artificial, garantido pelo direito de personalidade na sua dimensão do direito à vida e seus desdobramentos.

4.2 A solução do conflito

Diante da colisão de dois direitos constitucionalmente protegidos, isto é, direitos fundamentais com o escopo de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, inexistente entre eles hierarquia jurídica – por força do princípio da unidade da Constituição¹². Neste caso, o artifício utilizado para solucionar o conflito é a ponderação, a qual consiste em uma técnica aplicada aos casos difíceis, isto é, às situações em que a subsunção se mostrou insuficiente, principalmente quando uma situação concreta enseja a aplicação de normas de mesma hierarquia indicando diferentes soluções (BARROSO, 2006, p. 375/376). Na ponderação realiza-se o balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas, determinando qual direito deve prevalecer em cada caso concreto, à luz do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.

¹² De acordo com o entendimento de Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2006, p.362), por força do princípio da unidade da Constituição inexistente hierarquia entre as normas da Lei Maior, cabendo ao intérprete a busca da harmonização possível, in concreto, entre valores ou interesses que se contraponham. A técnica aplicada para a preservação deste princípio de interpretação instrumental é a ponderação.



Recorrendo-se ao princípio da dignidade da pessoa humana para efetuar a ponderação, procura-se determinar qual direito deve preponderar. Embora, tanto o direito à intimidade, como o direito à vida e identidade pessoal, objetivem a proteção da dignidade humana, predominará aquele que a defender em maior intensidade. Para isso, faz-se necessário uma análise desses dois direitos fundamentais a fim de descobrir qual deles, neste caso, sobrepõe-se ao outro.

Ainda que o anonimato, extensão do direito a intimidade, procure concretizar a dignidade da pessoa humana, esse direito fundamental perde espaço quando passa a colidir com o direito à vida, neste caso ao direito à vida de um novo indivíduo. Paulo Gustavo Gonet Branco (COELHO; MENDES, 2010, p. 443) preocupou-se com as discriminações referentes ao direito à vida e por isso escreveu:

O direito à vida, assim, não pode ser compreendido de forma discriminatória com relação aos seus titulares. Se todo o ser humano singulariza-se por uma dignidade intrínseca e indisponível, a todo ser humano deve ser reconhecida a titularidade do direito mais elementar de expressão dessa dignidade única – o direito a existir. A ideia de igual dignidade de todos os seres humanos ficaria ferida se fosse possível graduar o direito à vida segundo aspectos acidentais que marcam a existência de cada pessoa. Não se concilia com a proposição de que todos os seres humanos ostentam igual dignidade classifica-los, segundo qualquer ordem imaginável, para privar alguns desse direito elementar. Nem a origem étnica, nem a origem geográfica, nem as opções de comportamento, nem a idade – nada justifica que se aliene de um ser humano o direito à vida. Onde, pois, houver um ser humano, há aí um indivíduo com o direito de viver, mesmo que o ordenamento jurídico não se dê ao trabalho de o proclamar explicitamente. Se o ordenamento jurídico reconhece como seu valor básico o princípio da dignidade da pessoa humana e se afirma a igualdade como consequência precisamente dessa dignidade, o direito à vida está necessariamente aí pressuposto.

Qualquer pessoa tem o direito à vida garantido pela Constituição



Federal, fundamentado pelo princípio da dignidade em harmonia com o direito à igualdade. Defronte desta proposição, o indivíduo reproduzido por inseminação artificial tem o mesmo direito à vida daquele fecundado por relações sexuais, visto que não se admite qualquer forma de distinção impedindo o acesso do ser humano a esse direito.

Ao se defender o anonimato são atingidas tanto a dignidade da criança procriada, como também a do doador do sêmen. A criança, ao ser privada de conhecer sua origem genética acaba por não apresentar uma identidade pessoal completa, quase transportando-se ao mundo animal. A dignidade do doador é ofendida no momento em que este passa a ser um mero fornecedor de material genético, reduzindo-o a apenas um instrumento para atingir uma finalidade desejada. Nessa perspectiva, há uma verdadeira banalização da vida, diminuindo o ser humano à figura de um objeto, e, assim, retirando a sua dignidade (DONIZETTI, 2007, p.120).

Com efeito, os interesses daquela pessoa reproduzida por inseminação artificial heteróloga sobrepõe-se ao anonimato do doador de sêmen, especificamente no que atina ao anseio de conhecer a sua origem biológica como forma de traçar sua identidade genética e, assim, constituir a sua personalidade, como também em face da possibilidade de o indivíduo proteger-se de possíveis doenças hereditárias, preocupando-se com a sua própria existência. Além disso, é importante para evitar a reprodução entre irmãos ou pais biológicos, o que resultaria em um novo ser humano, provavelmente, com anomalias. Evidencia-se que o direito fundamental à vida daqueles reproduzidos por inseminação artificial prepondera sobre a intimidade do doador do material genético como forma de manter a dignidade da pessoa humana.

4.3 O ordenamento jurídico brasileiro diante do conflito

Corroborando com a defesa do conhecimento da origem genética frente ao anonimato do doador do sêmen, encontram-se os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente – alicerçados pela Carta Magna –, protegendo e concretizando o fundamento maior da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988 assegura em seu art. 227, *caput*, à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à dignidade, ao respeito, à liberdade, dentre outros direitos fundamentais, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Essa garantia constitucional é reproduzida no Estatuto da Criança e do Adolescente, com o intuito de alcançar a máxima efetividade



dos direitos especiais da população infanto-juvenil¹³.

A condição peculiar da criança e do adolescente como pessoa em processo de desenvolvimento – seja este físico, psíquico, social, moral e espiritual –, indica um estado que deve ser considerado relevante quando se tratar de situações que envolvam esse público. Por esse motivo, o Estatuto da Criança e do Adolescente ampara o jovem com proteção integral atendendo os princípios da absoluta prioridade¹⁴ e do melhor interesse da criança¹⁵.

Assim, quando na situação de conflito entre o direito ao conhecimento da origem genética com o direito ao anonimato do doador do material genético estiver presente uma criança ou adolescente, atendendo-se ao princípio da absoluta prioridade, predominará o interesse do jovem. O sigilo do doador fica, pois, de antemão ameaçado, cabendo, numa segunda fase da análise determinar qual o melhor interesse da criança.

Com efeito, o acesso à ascendência biológica da criança proporciona a formação de sua identidade genética e, consequentemente, complementa sua individualidade, assegurando-a uma vida digna. Além disso, o jovem pode se precaver de doenças hereditárias, o que somente poderá ser realizado com o conhecimento de sua origem genética. Sobre o tema, enuncia Tânia da Silva Pereira (2008, p. 223), *ipsis litteris*:

O Estatuto da Criança e do Adolescente refere-se ao direito à vida como prioridade absoluta e determina a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e desenvolvimento sadio e harmonioso em condições dignas de existência (art. 7º). Especifica, ainda no art. 3º, que lhes são asseguradas oportunidades e facilidades para o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

¹³ O art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que o jovem goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Esses direitos tornam-se especiais quando passam a incidir aliados à absoluta prioridade e ao princípio do melhor interesse da criança.

¹⁴ Por absoluta prioridade deve-se entender a primazia em favor das crianças e dos adolescentes em todas as esferas de interesses. Seja no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar, em todos esses o interesse infanto-juvenil deve preponderar.

¹⁵ O melhor interesse da criança, a seu turno, é o princípio que norteia tanto o legislador como o aplicador do direito, “determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo pra a elaboração de futuras regras”, conforme assevera Andréa Rodrigues Amin (MACIEL, 2010, p. 20/28). Na aplicação do melhor interesse da criança deve haver uma discricionariedade, analisando-se cada caso concreto e considerando relevante o que for de mais importante ao jovem.



Com supedâneo no sobredito, importante se faz perflhar que o conhecimento da origem biológica da criança e do adolescente, no momento em que coopera para o seu desenvolvimento sadio encontra-se em consonância com o princípio do melhor interesse da criança. Isto decorre da necessidade psicológica da criança de conhecer a verdade sobre a sua identidade e origem genética como forma de tomar conhecimento da sua história pessoal, contribuindo para a formação da identidade particular do jovem, inerente aos direitos de personalidade. Assim, da segunda fase da análise, conclui-se que o melhor interesse da criança é condizente com o conhecimento à origem genética, ferindo o anonimato do doador de material genético.

Não deixando dúvidas acerca do que se tem defendido no presente trabalho o art. 227, §6º da Constituição Federal garante a todos “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Evidentemente, a *Lex Mater* assegura a todos os filhos direitos iguais, sem qualquer forma de discriminação, o que significa dizer que as pessoas fecundadas por inseminação artificial têm o direito de saber a sua origem biológica tanto quanto aqueles reproduzidos por relação sexual.

5 O DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA DESVINCULADO DO ESTADO DE FILIAÇÃO

Diante da repercussão da inseminação artificial heteróloga na sociedade, especificamente em relação aos direitos emanados à discussão, decorre a necessidade de delinear a singela diferença entre o estado de filiação e o direito ao conhecimento da origem genética.

O estado de filiação advém de laços afetivos formados entre pais e filhos, ou seja, é inerente à constituição da paternidade e maternidade, tendo natureza de direito de família. Paulo Luiz Netto Lôbo (2004, p.01), membro do Conselho Nacional de Justiça, em obra denominada *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária, discorre sobre o tema, verbis*:

Filiação é conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é considerada filha da outra (pai ou mãe). O estado de filiação é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, atribuída a alguém, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. O filho é titular do estado de filiação, da mesma forma que o pai e a mãe são titulares dos estados de paternidade e



de maternidade, em relação a ele.

Em prosseguimento, o ilustre Paulo Luiz Netto Lôbo (2004, p.01), ainda assevera:

A posse do estado de filiação constitui-se quando alguém assume o papel de filho em face daquele ou daqueles que assumem os papéis ou lugares de pai ou mãe ou de pais, tendo ou não entre si vínculos biológicos. A posse de estado é a exteriorização da convivência familiar e da afetividade, segundo as características adiante expostas, devendo ser contínua.

Destarte, conforme as explicações acima realizadas, o estado de filiação, diante da nova estrutura familiar contemporânea, encontra-se presente em todos os arranjos familiares – seja na família tradicional, na união estável, na monoparental, na adotiva, ou na homoafetiva –, tendo em vista o fato de este fundamentar-se na afetividade, não exigindo vínculos biológicos.

Em via divergente encontra-se o direito ao conhecimento da origem genética, o qual tem natureza no direito de personalidade, com a finalidade de saber a ascendência biológica de cada ser humano, e consequentemente, formar a sua identidade genética. A paternidade e a ascendência biológica encontram-se desvinculados, não havendo a necessidade de conferir àquele que doou o material genético na inseminação artificial a paternidade do indivíduo fecundado. Neste sentido, Leila Donizetti reverbera (2007, p. 126/127):

Deve-se sempre ter em mente que a paternidade deriva do estado de filiação, sem guardar relação direta com a origem biológica. O inciso V do art. 1.597 do Código Civil confirma a tese de que a filiação não depende da relação biológica existente entre pai e filho, ao determinar a presunção de paternidade dos filhos havidos por meio da inseminação heteróloga autorizada pelo marido da mãe. [...] Por conseguinte, poder-se-ia afirmar que é legítimo ao filho vindicar o acesso aos dados genéticos do doador anônimo de sêmen arquivados na instituição em que se deu a concepção tão-somente para proteger os direitos da personalidade, sem, entretanto, fazê-lo com o intuito de investigar a paternidade.

Saliente-se, portanto, que numa ação de reconhecimento de filiação biológica em virtude de uma inseminação artificial heteróloga a finalidade é meramente de se conhecer o doador do material genético, isto é, o pai bio-



lógico, não surgindo o estado de filiação, em sentido estrito, e nem criando relação alguma de direitos e deveres.

Existe um Projeto de Lei em trâmite no Congresso Nacional que, consoante ao exposto, propõe a regulamentação do reconhecimento da ascendência biológica da inseminação artificial heteróloga sem gerar vínculo de parentesco. Trata-se do denominado Estatuto das Famílias, Projeto de Lei nº 2285/2007. O dispositivo do Estatuto que versa sobre o tema em questão discorre:

Art. 77. É admissível a qualquer pessoa, cuja filiação seja proveniente de adoção, filiação sócioafetiva, posse de estado ou inseminação artificial heteróloga, o conhecimento de seu vínculo genético, sem gerar relação de parentesco.

Parágrafo único. O ascendente genético pode responder por subsídios necessários à manutenção do descendente, salvo em caso de inseminação artificial heteróloga.

Desse modo, tornando-se o projeto em lei, teremos em nosso ordenamento jurídico uma norma expressa permitindo qualquer pessoa pleitear o reconhecimento de sua origem genética sem que isto altere o seu estado de filiação. Diferentemente do que ocorre atualmente¹⁶, trata-se apenas de uma tutela na qual se reconhece o genitor sem que isso altere o nome do pai constante no registro de nascimento do autor¹⁷.

6 CONCLUSÃO

Perante o exposto, pode-se asseverar que o direito ao conhecimento

¹⁶ Nos dias atuais, a investigação de paternidade além de encontrar-se intimamente relacionada com a origem biológica, também objetiva estabelecer o vínculo de parentesco entre as partes – filho e pai biológico –. Assim, numa ação de investigação de paternidade, se o filho tiver em seu registro civil relação de paternidade com um terceiro, desconstitui-se esse primeiro registro, estabelecendo o estado de filiação com seu pai biológico.

¹⁷ Defronte desta situação, há de se realizar a distinção entre o pai e o genitor. Pai é aquele que cria, estabelece uma relação afetiva com o filho, assume uma série de direitos e deveres com ele. É aquele pertinente à paternidade – estado de filiação –, o qual se pode fazer provar por todos os meios existentes no Direito. O genitor é a pessoa que forneceu o material genético para a reprodução para a fecundação de um novo ser humano, é despidido de direitos e obrigações em relação ao descendente biológico. Seu único meio de prova é o exame científico, através do qual se tem certeza do vínculo biológico entre pai e filho, efetuando-se o reconhecimento da origem genética.



da origem genética da pessoa reproduzida por inseminação artificial prepondera sobre o direito ao anonimato do doador de sêmen. Diante da ponderação destes dois direitos, o primeiro, protegendo o direito à vida, à identidade biológica e à integridade físico-psíquica daquele que deseja conhecer a sua história pessoal resguarda, de forma mais intensa, a dignidade da pessoa humana, enquanto que o segundo, segmento do direito à intimidade, perde espaço quando confrontado com o direito à vida.

O conhecimento à ascendência biológica é, portanto, numa Nação como a nossa, em que se tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e a isonomia, direito de todos, sejam aqueles filhos adotivos, como também reproduzidos por relação sexual ou inseminação artificial. No caso de o interesse partir por parte de crianças, estas, além de amparadas pelos princípios constitucionais, são protegidas pelo princípio da absoluta prioridade e do melhor interesse do jovem, devendo o conhecimento à origem genética estar em harmonia com o desenvolvimento sadio da criança e do adolescente.

Por fim, é importante ressaltar que a investigação de paternidade pode ser utilizada meramente para o conhecimento da ascendência genética, sem a necessidade de vincular pai e filho biológico no estado de filiação, este podendo ser exercido e registrado por um pai afetivo mesmo após a ciência do pai biológico.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARROSO, Luís Roberto (coordenador). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BEVILAQUA, Clovis. **Direito de Família**. São Paulo: Red Livros, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 25. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2008.



DONIZETTI, Leila. **Filiação socioafetiva e direito à identidade genética**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 6. ed. V. 6. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética**: uma distinção necessária. . Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4752>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coordenadora). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento (organizadores). **Os princípios da constituição de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

**THE RIGHT TO THE KNOWLEDGE OF HUMAN
BIOLOGICAL REPRODUCED IN FRONT OF THE**



ARTIFICIAL INSEMINATION OF DONOR ANONYMITY OF GENETIC MATERIAL

ABSTRACT

This thesis has as scope to analyze the dilemma arising from the artificial insemination involving, on one hand, the right of the person reproduced by this technique to know their genetic origin, and secondly, the anonymity of the donor of semen provided by Resolution 1358 of Federal Council of Medicine. Because of changes in society and, consequently, the new structure of the contemporary family, artificial insemination has become increasingly used in human reproduction. However, the law could not keep up this progress and, therefore, there is still no legal regulation on the subject. Given these circumstances, we will address the conflict between those rights and demonstrated the solution in accordance with the rules scattered in Brazilian law relevant to the topic, using for this, weighting. Later, the collision will be assessed under the Statute for Children and Adolescents with the Federal Constitution, concluded that making the right to knowledge of the biological origin of any person outweighs the right of anonymity of the donor of genetic material, and specifically if it finds itself involved the interests of the child or adolescent, that serve the principle of absolute priority and the best interest of the young. Finally, it highlights the possibility of knowledge of biological descent without causing a bond of kinship.

Keywords: genetic origin. Anonymity. Donor. Artificial insemination. Weighting.



O PAPEL DO CURADOR ESPECIAL NA GARANTIA DO CONTRADITÓRIO AO REVEL CITADO FICTAMENTE

Ana Cristina Diógenes Rêgo
Acadêmica do 7º Período da UFRN

RESUMO

A citação tem grande relevância na garantia do contraditório no processo civil, por ser o ato que informa o réu sobre a demanda que contra si tramita, permitindo-lhe exercer seu direito de defesa. A despeito disso, o legislador encontrou um meio de permitir o prosseguimento da relação processual nos casos em que não foi possível encontrar o réu. Esse instrumento consiste na citação ficta, que dispensa a comprovação da efetiva ciência do demandado. Em razão dos prejuízos que pode acarretar para o réu, contudo, o legislador previu requisitos específicos que autorizam sua utilização, bem como determinou a necessidade de nomeação de curador especial para apresentar defesa em favor do revel citado fictamente, assegurando o respeito ao contraditório. O exercício de tal função, geralmente atribuído à Defensoria Pública, traz deveres, mas também prerrogativas especiais para o curador, como a possibilidade de negativa geral dos fatos alegados pelo autor.

Palavras-chave: Contraditório. Curador especial. Citação ficta. Defensoria Pública.

1 INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova fase para o direito constitucional brasileiro, conferindo a suas normas uma eficácia que passou a se irradiar para os demais ramos do direito com uma intensidade que nosso ordenamento jurídico até então não conhecia.

Com efeito, a edição da nova Carta Constitucional, fruto do contexto de redemocratização do país e da pretensão de assegurar um efetivo Estado de Direito, dotado de legitimidade popular¹, teve como função precípua a correção ou, pelo menos, redução da histórica disparidade entre a deontologia constitucional e a realidade social, decorrente, em grande parte, da instabilidade que caracterizou a nossa história política.

A consequência dessa conjuntura, no direito civil, foi o fenômeno que se convencionou chamar de constitucionalização do direito privado, que instituiu um novo parâmetro na interpretação e aplicação das normas civilistas, superando o antigo e liberal Código Civil de 1916 antes mesmo da edição do Estatuto de 2002.

Obviamente, essas mudanças não se restringiram ao direito material, irradiando-se também para a esfera processual, o que resultou na modificação da orientação e de diversos dispositivos do texto original da Lei Adjetiva de 1963, a fim de compatibilizá-la com os preceitos constitucionais.

É nesse sentido, que ganha maior relevância a necessidade de respeito ao princípio do contraditório, positivado, na Lei Magna, no art. 5º, inciso LV, o qual estendeu a abrangência daquele, já que a Carta revogada trazia expressa apenas a sua aplicação no processo penal (art. 153, § 16, da CF de 1969).

Segundo Nelson Nery Junior, “por contraditório deve-se entender, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis” (JUNIOR, 2002, p. 137). Implica, portanto, no tratamento igualitário do direito de ação e defesa, ressaltando o caráter dialético do processo.

¹ Para tanto, foi convocada a Assembleia Nacional Constituinte, composta por representantes escolhidos pelo povo, visando justamente a assegurar um verdadeiro Estado Democrático-Social de Direito, a partir da expansão de garantias já existentes e da criação de inúmeras obrigações para o Estado, de caráter positivo e negativo, positivadas na nova Constituição (PAULO e ALEXANDRINO, 2010, p. 31).



De se destacar que o contraditório no processo civil tem sentido diverso daquele afeto à seara penal. Neste caso, sobretudo em razão da indisponibilidade do bem jurídico tutelado, tal princípio é indissociável da ampla defesa, revestindo-se de garantia ao exercício pleno do direito de defesa.

No processo civil, contudo, o contraditório identifica-se com o princípio da bilateralidade da audiência, uma vez que é satisfeito desde que seja assegurada a oportunidade de se fazer ouvir para todos os litigantes.

É nesse contexto que deve ser entendida a atuação do curador especial na defesa do revel citado por edital ou hora certa. Sua atuação destina-se, precipuamente, ao atendimento do contraditório, oferecendo a oportunidade de defesa para o réu, já que a presunção que corre contra este sobre o conhecimento da demanda em seu desfavor não é absoluta.

Não é preciso, contudo, que a defesa apresentada pelo curador seja efetiva, uma vez que ele sequer tem contato com a parte, sendo-lhe possível, via de regra, contestar apenas questões de cunho processual. Por essa razão, é-lhe concedida, inclusive, a prerrogativa de contestar genericamente os fatos, como discorreremos adiante.

Ressalte-se que a figura do curador especial, prevista pelo art. 9º do Código de Processo Civil, não se restringe à hipótese do revel citado fictamente. Tal dispositivo elenca os demais casos que ensejam a nomeação do curador, quais sejam o do incapaz que não tiver representante legal, ou cujos interesses colidam com os deste, e o réu preso. Embora não consistam estas situações no objeto principal do presente artigo, abordá-las-emos, de forma sucinta, no decorrer do trabalho.

2 REVELIA: CONCEITO, EFEITOS E EXCEÇÕES

A revelia consiste na não apresentação tempestiva da contestação pelo réu regularmente citado. É, portanto, um ato-fato processual que tem como efeitos a presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor, o prosseguimento do processo sem a intimação do revel, a preclusão em desfavor do demandado quanto à alegação de algumas matérias de defesa e a possibilidade de julgamento antecipado da lide.

De se ver, pois, que, como destaca Fredie Didier (2006, p. 506), a decretação da revelia acarreta diversos prejuízos para o réu, razão que motivou o legislador, a doutrina e a jurisprudência a criarem mecanismos para mitigar tais efeitos. Esses mecanismos estão distribuídos em diversos dispositivos do



Código de Processo Civil².

Ressalte-se que tais dispositivos aplicam-se ao revel que foi citado pela via pessoal ou postal, havendo, portanto, prova efetiva de que está aquele ciente da ação que contra si tramita.

No caso do revel citado por edital ou hora certa, embora exista contra si uma presunção acerca do conhecimento da demanda, tal presunção não é absoluta e consiste apenas em instrumento que permite o prosseguimento da demanda quando não é possível localizar o réu pelas vias pessoal ou postal. É necessário, pois, um tratamento ainda mais complacente em relação à revelia daquele, uma vez que sua omissão pode ter decorrido de sua ignorância sobre o processo.

Por essa razão, e em decorrência também da nomeação do curador especial, ao revel citado fictamente não devem incidir os efeitos que lhe são geralmente atribuídos. É o que se abstrai do seguinte julgado:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. DESISTÊNCIA. DEPÓSITO JUDICIAL. LEVANTAMENTO. ADVOGADO. CONTRATO DE SERVIÇOS. RECIBO DE HONORÁRIOS. ÔNUS DA PROVA. REVELIA. NÃO INCIDÊNCIA DOS EFEITOS. CURADOR DE AUSENTES. RECURSO DESPROVIDO. Por força do que dispõe o parágrafo único do artigo 302 do Código de Processo Civil, não incidem os efeitos próprios da revelia quando o réu, citado por edital, revel, é representado por curador especial. O ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito. Embora se reconheça a iniciativa probatória do juiz, a atividade judicial não substitui o ônus probatório da parte, nem mesmo pode se sobrepor ao patente desinteresse desta em realizar a prova”³.

² Como exemplos, podemos citar o art. 303 do CPC, que indica as situações em que poderão ser deduzidas novas alegações após a contestação, sobre as quais a revelia não produz efeitos, e o parágrafo único do art. 322 permite a intervenção do revel no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar.

³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Apel. Cível nº 348009. 1ª Turma Cível. Rel. Lécio Resende, j.19/03/2009. DJ 30/03/2009. p. 57.



3 O CURADOR ESPECIAL

3.1 Previsão Legal

As hipóteses de nomeação do curador especial no âmbito civil⁴ foram previstas pelo art. 9º do CPC, que determina, *in verbis*:

“Art. 9º O juiz dará curador especial:

I - ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele;

II - ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa.

Parágrafo único. Nas comarcas onde houver representante judicial de incapazes ou de ausentes, a este competirá a função de curador especial”.

São, portanto, três as hipóteses de nomeação de curador à lide: ao incapaz sem representante legal ou cujos interesses conflitam com os deste; ao réu preso e ao revel citado fictamente.

A curatela especial prevista por este dispositivo consiste em caso de legitimação extraordinária, ou substituição processual, dependendo da hipótese que a ensejou. Tal função tem caráter processual e não material. É denominada especial porque o curador não é representante ordinário do réu, sendo-o apenas e, excepcionalmente, naquele processo.

Consiste, pois, em curadoria *ad processum*, que supre a capacidade postulatória da parte. Por essa razão, o curador especial é também chamado curador à lide. Não se confunde, pois, com o curador que atua como representante legal do incapaz nos atos da vida civil.

3.2 Exercício da Função

O curador especial exerce um múnus público, sendo-lhe atribuído

⁴ Na esfera penal, curador especial é o advogado nomeado judicialmente para defender os interesses da parte caso esta não possua defensor nem tenha condições de constituí-lo, conforme dispõe o art. 33 do Código de Processo Penal, segundo o qual “se o ofendido for menor de 18 anos, ou mentalmente enfermo, ou retardado mental, e não tiver representante legal, ou colidirem os interesses deste com os daquele, o direito de queixa poderá ser exercido por curador especial nomeado, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, pelo juiz competente para o processo penal”.



o ônus de obrigatoriamente apresentar a defesa cabível, no prazo legal, sob pena de sofrer sanção administrativa ou civil. Se, contudo, o curador se omitir no exercício da função, caberá ao Magistrado designar outro profissional para substituí-lo, não podendo o réu ser lesado por tal omissão.

A Lei Complementar nº 80, de 12-1-1994, que ditou as normas da organização da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, bem como estabeleceu normas gerais para sua organização nos Estados, determinou, em seu art. 4º, como função institucional da Defensoria Pública, a atuação como curador especial.

Somente se não houver Defensoria Pública na localidade deverá o juiz atribuir o múnus ao órgão do Ministério Público ou a qualquer advogado, *ex officio* ou a requerimento da parte ou do Ministério Público.

De se destacar que, sendo a curadoria especial uma função atípica da Defensoria Pública, não se exige que o curatelado pertença ao perfil socioeconômico normalmente atendido pela Instituição, que, conforme definido constitucionalmente, dirige-se à assistência jurídica dos necessitados que comprovarem sua insuficiência de recursos⁵. Assim, a nomeação do curador especial não está condicionada à hipossuficiência financeira da parte.

Esse entendimento foi ratificado pelo Conselho Superior da Defensoria Pública da União na Resolução nº 32, segundo a qual “o exercício da curadoria especial não depende de considerações sobre a necessidade econômica do seu beneficiário”.

Se, porém, o réu posteriormente tomar ciência da demanda, no caso do revel citado por edital ou hora certa, e quiser participar da relação processual no estágio em que se encontra, deverá comprovar sua condição econômica para ser assistido pela Defensoria Pública. Se não pertencer ao perfil atendido pela Instituição, deverá constituir advogado particular para atuar no feito.

⁵ Nesse sentido, o art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal determina que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Tal dispositivo é efetivado pela Lei Complementar nº 80/1994 (que disciplina a Defensoria Pública da União) em conjunto com a Lei nº 1.060/50 (lei de assistência judiciária). Ressalte-se que a fixação do grupo censitário a ser atendido pela Defensoria é competência dos estados, oscilando a renda máxima em cerca de R\$ 1.500 (mil e quinhentos reais).



3.3 Atribuições do Curador Especial

3.3.1 Incapaz

A necessidade de nomeação do curador resulta da indisponibilidade dos direitos do incapaz, ocorrendo quando este não tiver representante legal, ou quando seus interesses sejam conflitante. No primeiro caso, há uma substituição processual, enquanto o segundo corresponde a hipótese de legitimação extraordinária concorrente, pois o representante também poderá apresentar defesa, desde que não seja prejudicial ao incapaz.

3.3.2 Réu Preso

Assim como no caso revel citado fictamente, a razão que motivou a necessidade de nomeação de curador especial ao réu preso foi a evidente restrição no exercício de seu direito de defesa, decorrente, neste caso, da limitação à sua liberdade de locomoção. Diferentemente daquela hipótese, porém, em que há uma substituição processual, o curador atua aqui com legitimidade extraordinária concorrente, pois a defesa apresentada pelo curador não exclui a apresentada pelo réu.

3.3.3 Revel Citado por Edital ou Hora Certa

Como destacado, a citação ficta consiste em mecanismo que permite o prosseguimento da demanda quando não foi possível se proceder à citação pessoal do réu. A fim de assegurar o contraditório, porém, que fica bastante prejudicado naquela modalidade, o legislador conferiu ao revel de tal forma citado a nomeação do curador especial para apresentar defesa em seu favor, ocorrendo, pois, uma substituição processual, já que atua o curador como parte, defendendo os interesses do substituído.

Ao curador cabe, inclusive, arguir a nulidade da citação por edital ou hora certa quando esta não atender aos requisitos que autorizam a sua realização e a cuja análise passamos então.

3.3.3.1 Citação Ficta: Requisitos Legais e Jurisprudenciais

Também como decorrência do princípio do contraditório, a citação



tem grande relevância para a relação processual, consistindo em condição de validade do processo.

No âmbito civil, pode ser realizada de forma real, ficta ou eletrônica. A primeira modalidade corresponde às citações aperfeiçoadas pela via pessoal, através de oficial de justiça, ou postal. São assim qualificadas porque comprovam a efetiva ciência do réu sobre a demanda em seu desfavor. Em sentido oposto, existe a citação ficta, que abrange as espécies editalícia e por hora certa, quando só há uma presunção de conhecimento. Finalmente, o ato citatório eletrônico é o que é feito com a utilização de redes de comunicação, especialmente pela rede mundial de computadores.

Justamente por não produzir prova inequívoca da ciência do demandado, comprometendo seu direito de defesa, a citação ficta é uma via subsidiária, que apenas deve ser autorizada após terem restado frustradas as tentativas de aperfeiçoá-la pelos demais meios.

A citação por hora certa é autorizada quando há fundado receio de que o réu esteja se ocultando para impedir a formalização de tal ato. Nesse caso, o oficial de justiça poderá citar qualquer pessoa, independentemente da presença do réu, após ter realizado três tentativas de encontrá-lo, em dias diferentes, sem obter sucesso.

Na citação por edital, a incerteza quanto à ciência do demandado é ainda maior, uma vez que a citação será tida como válida com a mera publicação do edital redigido pelo juiz no órgão oficial e, por duas vezes, em jornal local, sendo a última dispensada quando a parte contrária for beneficiária da Assistência Gratuita.

Por isso, os requisitos previstos pela lei deverão ser rigorosamente respeitados para que seja autorizada a realização do ato citatório em tal modalidade. Nesse sentido, o art. 231 do CPC traz as hipóteses previstas para tanto, quais sejam quando for desconhecido ou incerto o réu; quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que este se encontrar e nos casos previstos em lei. O art. 232 do mesmo diploma disciplina o procedimento a ser observado, prevendo, além das publicações do edital, o prazo fixado pelo juiz, entre vinte e sessenta dias, para a resposta do réu.

Também a jurisprudência e doutrina exigem alguns requisitos para a validade da citação por edital. É preciso que antes se hajam esgotado todas as diligências possíveis para encontrar a localização do réu.

Como observa Marcus Vinicius Gonçalves:

“Para que seja autorizada a citação por edital, é preciso



que o réu tenha sido procurado em todos os endereços que constam dos autos, e que não haja meios de localizá-lo. O CPC, art. 232, I, ao dispor que basta a afirmação do autor, ou a certidão do oficial, para que seja autorizada a citação por edital deve ser interpretado com cautela. Como ensina Dinamarco, ‘essa aparente liberalização deve porém ser interpretada com muita reserva, dado o caráter profundamente extraordinário da citação por edital e o perigo que cria. Ao juiz cabe avaliar previamente tais declarações do autor, só deferindo a citação por edital quando os autos não indiquem a possibilidade de fazê-lo por correio ou mandado. Mesmo a certidão do oficial de justiça, que é dotada de fé pública, comporta apreciação pelo juiz’” (2007, p. 359).

Nesse sentido, os Tribunais pátrios têm exigido que sejam oficiados órgãos públicos, como a Receita Federal, o TRE e o INSS, e empresas privadas, como as companhias de telefonia, que possam manter informações sobre o demandado, a fim de obter o endereço atualizado deste, como se observa nos extratos jurisprudenciais a seguir colacionados:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. CITAÇÃO EDITALÍCIA. NÃO ESGOTAMENTO DAS DILIGÊNCIAS. INDEFERIMENTO. O esgotamento das diligências para localização da parte ré, bem como o cumprimento dos requisitos previstos nos artigos 231 e 232 do CPC constituem pressupostos essenciais para o deferimento da citação por edital. Agravo conhecido e não provido”⁶.

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESPEJO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA CITAÇÃO POR EDITAL. NÃO EXAURIMENTO DAS MEDIDAS NECESSÁRIAS À LOCALIZAÇÃO DO RÉU. AUSÊNCIA DE NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE ABSOLUTA. PRELIMINAR ACOLHIDA. 1. É nula a citação por edital quando não se esgotam todos os meios possíveis para a localização do réu. 2. A falta de nomeação de curador especial ao citado por edital, que

⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Agravo de Inst. nº 448614. 6ª Turma Cível. Rel. Ana Maria Duarte Amarante Brito. j. 15/09/2010. DJ 23/09/2010. p. 136.



não contestou, constitui-se em nulidade do processo a partir do momento em que este deveria apresentar defesa. 3. Recurso provido”⁷.

Assim, a citação ficta realizada sem o atendimento dos requisitos atinentes à espécie é nula, implicando na anulação também de todos os atos processuais que lhe sucederem.

3.3.3.2 Curador Especial no Processo de Execução

A nomeação de curador especial no processo de execução enseja algumas divergências na doutrina e jurisprudência. A primeira diz respeito ao cabimento da citação por hora certa no feito executório, uma vez que, embora o art. 645 do CPC autorize a realização do ato na modalidade editalícia, o art. 653 do mesmo diploma estabelece que a medida processual cabível quando não encontrado o devedor é o arresto, excluindo, a princípio, a incidência do art. XXX em tal oportunidade.

Nesse sentido, Didier afirma que “a previsão do procedimento da pré-penhora, para o caso de o oficial de justiça não encontrar o executado, é considerado o fundamento para que se entenda que não cabe citação com hora certa na execução por quantia” (DIDIER, 2009, p. 512). Na mesma linha de raciocínio, pontificou o TJDFT, em 2006, que “O Código de Processo Civil traz regra específica para a citação do devedor não encontrado, permitindo o arresto de bens a fim de garantir a execução, comparecendo inaplicável a citação por hora certa”⁸.

A evolução jurisprudencial sobre o tema, contudo, consagrou a posição contrária, admitindo a possibilidade de ambas as modalidades no processo de execução, a qual se verifica, atualmente, inclusive no TJDFT.

A edição da Súmula 196 do STJ veio a consolidar esse entendimento, estabelecendo que “ao executado que, citado por edital ou por hora certa, permanece revel, será nomeado curador especial, com legitimidade para apresentação de embargos”, que é, pois, a posição majoritariamente adotada

⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE. Apel. Cível nº 01.000710-5. 1ª Câ. Cível. Rel. Des. Armando da Costa Ferreira. j. 22.09.2003. DJ. 16/10/2003.

⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Apel. Cível nº 243851. 3ª Turma Cível. Rel. Mario-Zam Belmiro. j. 03/04/2006. DJU 18/05/2006. p. 100.



pelos Tribunais pátrios atualmente⁹.

A legitimidade do curador para apresentar embargos, contudo, também foi objeto de controvérsias, já que não há revelia em sentido técnico no processo de execução, sendo o devedor citado apenas para cumprir a obrigação, e em virtude, também, da natureza jurídica mista de tal medida, que apresenta características de ação e de defesa. Apesar disso, como consistem os embargos no único meio que o executado possui de exercer seu direito de defesa, tem-se adotado o entendimento sumulado, que admite a nomeação do curador para deduzi-los em favor do devedor.

4 DEVERES E PRERROGATIVAS DO CURADOR ESPECIAL

Como já ressaltado, o exercício da curadoria especial é função coativa, uma vez que sua atribuição decorre de múnus público, com vistas a assegurar a efetiva defesa do revel citado fictamente.

Consiste, portanto, em atividade pública de defesa compulsória.

Daí decorre que o curador à lide não pode reconhecer a procedência do pedido, sob pena de desrespeito ao princípio do contraditório e ao equilíbrio processual. Na verdade, qualquer atuação do curador diversa da promoção de defesa implica em cerceamento do direito de defesa do réu, ensejando, consequentemente, a nulidade do processo, bem como eventual responsabilização do curador por descumprimento do múnus que lhe foi incumbido.

Por outro lado, tendo em vista as dificuldades encontradas pelo curador especial na elaboração da defesa ao revel, sobretudo em razão da impossibilidade, via de regra, de qualquer contato com o mesmo, o legislador previu algumas prerrogativas para o exercício da função.

Nesse sentido, o princípio da impugnação especificada dos fatos sofreu uma mitigação, positivada no parágrafo único do art. 302 do CPC, que estabelece, *in verbis*:

⁹ Nesse sentido, ver os seguintes julgados: 20100020207068AGI, Relator Mario-Zam Belmiro, 3ª Turma Cível do TJDF, julgado em 23/03/2011, DJ 08/04/2011 p. 79; AC 70039590658, Rel. Des. Rejane Maria Dias de Castro Bins, da Vigésima Segunda Câmara Cível do TJRS, julgado em 09/12/2010; AgRg no REsp 1192128 / RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, da Primeira Turma do STJ, julgado em 03/08/2010.



“Art. 302. *Omissis*. Parágrafo único. Esta regra, quanto ao ônus da impugnação especificada dos fatos, não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público”.

Com efeito, o curador especial, por não ter mantido contato pessoal com a parte demandada, não reúne elementos probatórios suficientes para contraditá-los de maneira especificada, sendo possível a defesa por negativa genérica, que torna os fatos alegados controvertidos, incumbindo ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito, bem como afasta a incidência dos efeitos da revelia, sobretudo o da presunção de veracidade.

Nada obstante, a contestação genérica dos fatos atinge apenas ao mérito, não dispensando, pois, a análise da regularidade formal do processo. O curador especial, ao revés, deve examinar com ainda maior esmero a documentação apresentada pelo autor, bem como o atendimento das condições da ação e pressupostos processuais e demais aspectos formais.

Sobre o tema, asseverou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE COBRANÇA. NEGATIVA GERAL. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. A possibilidade de o curador especial, a Defensoria Pública, Ministério Público e advogado dativo valer-se do instituto da “negativa geral” não o autoriza a deixar de argüir os argumentos jurídicos impeditivos, modificativo, extintivos ou limitativos da pretensão deduzida pela parte autora. A contestação por “negativa geral” nos termos do parágrafo único do art. 302 do CPC, diz respeito unicamente com relação à matéria fática. [...]. NÃO CONHECERAM DO RECURSO¹⁰.

Deve o curador, inclusive, apresentar recurso contra decisão em desfavor do revel, quando possuir elementos para impugná-la, sendo-lhe dispensada, para tanto, apresentação de preparo.

Quando a curadoria especial for exercida por membro da Defensoria Pública, gozará este também, como não poderia deixar de ser, das prerrogativas

¹⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apel. Cível nº 70041018789. Décima Sexta Câmara Cível. Rel Paulo Sérgio Scarparo. j. 24/03/2011. DJ. 01/04/2011.



inerentes ao órgão, tais como a contagem em dobro dos prazos processuais e a intimação pessoal de todos os atos do processo. Se for exercida por outro profissional, não gozará este do prazo em dobro, ficando adstrito ao prazo simples.

5 CONCLUSÃO

O respeito ao contraditório no âmbito do processo civil corresponde, como se demonstrou, ao princípio da bilateralidade da audiência, implicando a necessidade de tratamento igualitário do direito de ação e de defesa.

Nesse contexto, a citação assume um caráter de indispensabilidade para a validade do processo, pois consiste no ato que dá ciência ao réu sobre a demanda que contra si tramita, dedicando-lhe o legislador diversos dispositivos cuja inobservância é causa de nulidade absoluta do ato.

Por outro lado, o processo não poderia ficar indefinidamente suspenso até que o réu comparecesse em juízo para exercer seu direito de defesa, sob pena de se obstar o acesso à justiça pelo autor. Por essa razão, foi criado o instituto da revelia, destinado a permitir o prosseguimento da relação processual sem a participação do réu que não respondeu à demanda, bem como a citação ficta, cabível nas hipóteses previstas por lei.

Como ressaltado, porém, a citação ficta gera apenas uma presunção de ciência pelo demandado, o que ensejou o desenvolvimento de mecanismos aptos a mitigar as consequências cabíveis ao revel de tal forma citado, dentre os quais se destaca a nomeação do curador especial.

A nomeação de curador, além de afastar os efeitos decorrentes da decretação de revelia, também atribui ao requerido a oportunidade de falar nos autos, através de profissional especialmente designado para oferecer defesa em seu nome.

No exercício de tal múnus, geralmente atribuído a membro da Defensoria Pública, ao curador foi dispensada a regra da impugnação específica dos fatos alegados pelo autor, sendo-lhe concedida a prerrogativa de contestá-los de forma genérica, o que não elide sua responsabilidade quanto à análise de aspectos jurídicos e processuais que possam ser arguidos em favor do réu.

REFERÊNCIAS

AUGUSTO, Alexssander. **Citação por Hora Certa na Execução**. Disponível em: <www.fortium.com.br/blog/material/CITACAO.POR.HORA.CERTA>.



NA.EXECUCAO.doc>. Acesso em: 23 abr. 2011.

CRUZ, Alexandre Corrêa da. **A Atuação do Ministério Público do Trabalho na Condição de Curador Especial e Curador de Incapazes**. Disponível em: <http://www.femargs.com.br/revista02_cruz.html>. Acesso em: 27 abr. 2011.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. Vol. 01. 11ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

_____ et al. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. Vol. 05. 1ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **A atividade processual do curador especial e a defesa do revel citado fictamente. (garantia do contraditório)**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 46, 1 out. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/798>>. Acesso em: 13 abr. 2011.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil. Vol. 01**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado e Anotado**. 2ª. Ed. Barueri: Manole, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7ª. Ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, José Aparecido Fausto de. **O defensor público e a curadoria especial**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 689, 25 maio 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6764>>. Acesso em: 11 abr. 2011.

QUEIROZ, Erika Costa de. **Conhecendo a Curadoria Especial no Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos>>



&id=2846&idAreaSel=15&seeArt=yes>. Acesso em: 07 abr. 2011.

VARGAS, Cirilo Augusto. **Poderes Instrutórios do Curador Especial**. Disponível em: <<http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=8717>>. Acesso em: 20 abr. 2010.

THE ROLE OF THE ESPECIAL CURATOR IN THE WARRANTY OF CONTRADICTION PRINCIPLE TO THE DEFAULTER CITED FICTIONALLY

ABSTRACT

The citation has a great relevance in the warranty of the contradictory principle in the civil procedure, for being the act that informs the defendant about the demand against himself, allowing him to exercise his rights of defense. Despite that, the Brazilian legislator found a way to allow the development of the process when it was not possible to find the defendant. This instrument consists in the fictional citation, which dispenses the demonstration of the effective defendant's knowledge. Due to the damages that it can cause to the respondent, however, the legislator also defined specific requirements that authorize its utilization, as well as determined the need of assigning a especial curator to offer defense in favor of the defaulter cited fictionally, ensuring the observance of the contradictory. The exercise of that function, usually attributed to the Public Defense, brings duties but also especial prerogatives to the curator, like the possibility of generically deny the facts alleged by the petitioner.

Keywords: Contradictory. Especial curator. Fictional citation. Public Defense.



POR UMA AÇÃO CIVIL EX ATO INFRACIONAL

Jefferson Domingues Santos

Acadêmico do 9º Período da
Universidade Estadual de Santa Cruz

RESUMO

O ato infracional gera, além das consequências tipicamente infracionais – como a imposição de medida socioeducativa, por exemplo –, prejuízos ao patrimônio econômico e moral das vítimas. Assim como os crimes, os danos emergentes do ato infracional são inconteste. Contudo, a forma de reparação (*lato sensu*) prevista no ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) é insuficiente, pois, diferentemente do processo penal – onde há a ação civil *ex delicto* – não há, no âmbito da Justiça infanto-juvenil, uma ação civil ex ato infracional, pela qual se assegure a reparação do dano decorrente do ato infracional. Daí a sugestão de uma alteração legislativa voltada a incluir, no ECA, mecanismos idênticos àqueles do CPP (Código de Processo Penal) referentes à reparação, ou seja, uma ação civil ex ato infracional, já que as disposições do ECA (art. 116) estão aquém das contidas naquele, donde decorre tratamento desigual às vítimas de crime e às de ato infracional, que ofende o princípio constitucional da igualdade. Através de pesquisa bibliográfica e de um cotejo entre o sistema processual penal e o sistema da Infância e Juventude, é possível constatar tal realidade e, por fim, com base no princípio da igualdade e na máxima interpretativa, segundo a qual *onde houver a mesma razão, o direito deve ser o mesmo*, sustentar que não se justifica o tratamento diferenciado à

reparação de dano decorrente de crimes e de atos infracionais, já que, em ambos, as consequências, as vítimas e as razões da reparação são iguais.

Palavras-chave: Ato infracional. Crimes. Reparação diferente dos danos. Igualdade das vítimas. Princípio da Igualdade.

“Não transfugir da legalidade para a violência, nem trocar a ordem pela anarquia. Não antepor os poderosos aos desvalidos, nem recusar patrocínio a estes contra aqueles”.
(RUY BARBOSA, in *Oração aos moços*)

1 INTRODUÇÃO

A sociedade tem assistido a uma série de atos cometidos por adolescentes em conflito com a lei. São os chamados “atos infracionais”, que não podem ser chamados de crime, mas são análogos a ele, nos termos do art. 103, do ECA, e dele se distinguem apenas porque, nos termos do art. 27, do Código Penal Brasileiro, os menores de dezoito anos são inimputáveis.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/90) trata de tais atos nos artigos 103 e seguintes, prevendo procedimento específico e garantias processuais, além das medidas socioeducativas – que não são penas – e podem variar conforme a gravidade de cada ato e as peculiaridades de cada adolescente autor do ato infracional. Apesar do tratamento especial conferido pela lei supracitada, as pessoas leigas e até mesmo os acadêmicos e profissionais do Direito às vezes não conseguem notar as diferenças – e estas não são objeto do presente trabalho, frise-se –, pois de fato as semelhanças entre um crime e um ato infracional são mesmo muito grandes, não apenas quanto ao *modus operandi*, quanto às consequências de fato – não as jurídicas, porque nelas é que residem distinções principais, como a natureza da sanção imposta, o procedimento etc. – como os prejuízos materiais e morais decorrentes.

No campo penal, se prevê a ação civil *ex delicto*, com lastro no art. 63 do CPP, podendo o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, promover a execução, no juízo cível, para fins de reparação de dano. Além disso, nos termos do parágrafo único do aludido dispositivo legal, aquela execução poderá ser feita



pelo valor que o juiz criminal, ao condenar o réu, fixar como o mínimo para a reparação de danos, podendo, ainda, ser realizada no juízo cível a liquidação visando à apuração do dano efetivamente sofrido. Assim, a vítima de um crime conta com essa previsão legal que lhe assegura, já no fim do processo penal, um mínimo de valor fixado na sentença como forma de reparação do dano e que pode desde logo ser executado.

A mesma sorte, entretanto, não tem a vítima de um ato infracional. Afinal, sequer é cogitada aquela técnica processual – ação civil *ex delicto* – ficando o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros, sem meio jurídico de viabilizar, mais rapidamente, a reparação do dano a que com certeza fazem jus tanto quanto as vítimas de um crime. Será, então, que os mesmos princípios norteadores da ação civil *ex delicto* não serviriam para justificar uma ação civil *ex* ato infracional?

Faz-se, então, necessário adentrar no tema ora proposto, a fim de averiguar a viabilidade da sugestão, tudo com o desiderato de sustentar, ainda que *de lege ferenda*, uma maior proteção aos interesses das vítimas de ato infracional. Para tanto, analisar-se-á a responsabilidade civil do incapaz, dada sua relevância para o tema, assim como se fará um cotejo entre o ato infracional e o crime, demonstrando semelhanças que impõem uma alteração no ECA, no sentido de se prever a possibilidade de a sentença condenatória do adolescente, após o trânsito em julgado, ter eficácia de título executivo judicial e, assim como a sentença penal condenatória, tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo ato infracional.

2 BREVE ANÁLISE DA AÇÃO CIVIL *EX DELICTO*

Como se sabe, o crime acarreta não apenas violação à lei penal, gerando a persecução respectiva voltada à aplicação de uma sanção ao criminoso, mas implica também em danos – material e/ou moral – à vítima, que, por isso mesmo, passa a ter direito à reparação respectiva.

O ordenamento jurídico norteia-se por vários princípios, entre os quais desponta o *neminem laedere*, cuja tradução é *a ninguém ofender* e seu sentido é sintetizado pela doutrina como sendo *a ninguém é lícito causar prejuízo a outrem*.

Pois bem. Quando o fato ocasionador desse prejuízo dá-se fora da área penal, isto é, não decorre de um crime, a pessoa prejudicada vale-se da ação civil voltada à obtenção da reparação *lato sensu* (reparação de dano,



indenização, indenização). Assim, como costuma ocorrer em um caso de perdas e danos, o sujeito prejudicado promoverá a ação civil idônea a obter a indenização devida, tudo isso sem qualquer relação com o direito penal.

Por outro lado, quando o próprio crime gerar o prejuízo, a ação a ser proposta, pelo ofendido, por seu representante legal ou por seus herdeiros, será a ação civil *ex delicto*. Mas o que seria essa ação? A resposta pode ser obtida da exímia lição do Prof. Aury Lopes Jr., que preleciona:

Trata-se de efeitos civis da sentença penal condenatória, posto que as esferas de ilicitude são relativamente independentes. Isso porque, em muitos casos, o delito gera também uma pretensão de natureza indenizatória, pois é igualmente um ato ilícito para o Direito Civil, nos termos do art. 186, CCB. (LOPES, 2010, p. 418-419)

Sem embargo da clareza do autor, certamente a leitura dos principais artigos de nosso CPP acerca da matéria complementarão o entendimento. Vejamos:

Art. 387. *O juiz, ao proferir sentença condenatória:*
(...)

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

Art. 63. *Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.*

Parágrafo único. *Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido. [grifos nossos].*

Da leitura já se percebe que os preceitos legais estão em consonância com o art. 91, inc. I, do Código Penal Brasileiro, onde se prevê, como efeito da condenação, *tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime*.

Ademais, infere-se que a ação civil *ex delicto* consiste na possibilidade de o ofendido (se houver), seu representante legal ou seus herdeiros, valerem-se da sentença penal condenatória transitada em julgado como título executivo judicial e, logo, no juízo cível, promover sua execução, bem como, além de



executá-la, promover a ação civil cabível para apurar o dano realmente sofrido e obter uma indenização ainda maior que o mínimo fixado, com base no art. 387, IV, pelo juiz criminal. Nesse sentido, aliás, tem-se outra preleção de Aury Lopes Jr. que sintetiza da seguinte forma:

Condenando o réu, deverá o juiz fixar um valor mínimo para fins de reparação dos danos causados pela infração, sendo que essa reparação feita na esfera penal não impede que a vítima busque, na esfera cível, um montante maior, posto que o fixado na sentença penal é considerado o “valor mínimo” da indenização. (LOPES, 2010, p. 419)

Vê-se, por aí, que a ação civil *ex delicto* facilita, para o ofendido ou para quem o represente, a obtenção da indenização devida pelo autor do crime, uma vez que a sentença penal condenatória transitada em julgado, na condição de título executivo judicial, dispensará a propositura de uma ação civil para apurar a autoria e a materialidade do dano, e poderá ser executada imediatamente. Dessa forma, é verdadeiro instrumento a serviço tanto do Judiciário, que desfruta de economia processual, quanto do ofendido, que não precisa aguardar a tramitação, geralmente longa, de outro processo (no cível) para obter a reparação do dano.

3 A REPARAÇÃO DE DANO PREVISTA NO ECA

O Estatuto da Criança e do Adolescente preceitua, em seu art. 116, o seguinte:

Art. 116. Em se tratando de *ato infracional com reflexos patrimoniais*, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima.

Parágrafo único. Havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada. [grifos nossos]

É possível perceber que o legislador ordinário, em 1990, dedicou atenção à matéria atinente à reparação dos danos decorrentes do ato infracional.



A breve menção a esse ponto do ECA é extremamente importante no presente artigo, uma vez que somente através de um cotejo entre ele e as disposições do CPP – relativas à reparação de danos – será possível averiguar se as disposições do supracitado art. 116 seriam suficientes a ponto de dispensar qualquer alteração no ECA e, conseqüentemente, tornar inútil a criação de uma ação civil ex ato infracional, similar à ação civil *ex delicto* existente no âmbito do processo penal – sugerida como protótipo para aquela. Impõe-se, portanto, averiguar dois pontos que, a nosso sentir, distinguem as previsões do ECA e as do CPP.

O primeiro deles diz respeito ao limite de incidência do art. 116 do ECA. Tal artigo se restringe aos atos infracionais que gerem *prejuízos econômicos*, pois essa é a interpretação dada pela doutrina à expressão *reflexos patrimoniais*, adotada pelo legislador, conforme se percebe das seguintes lições:

Ao nosso ver, o que importa para o Estatuto da Criança e do Adolescente é que, em razão do ato infracional, a vítima tenha sofrido *reflexos prejudiciais na esfera econômica*. Constatada tal circunstância, justifica-se a aplicação da medida em questão. (MOACYR, 2008, p. 429)

Portanto, é visível a limitação existente no ECA, que deixa fora de seu alcance aqueles atos infracionais que, apesar de não refletirem na esfera econômica da vítima, atingem-na em sua honra, em seu brio, em sua dignidade, como costuma ocorrer num caso de estupro cometido por um adolescente, havendo autores, como Jason Albergaria (1991), que defendem a aplicação do art. 116 apenas em caso de atos infracionais análogos a crimes contra o patrimônio, restringindo, ainda mais, a abrangência do dispositivo.

Diferentemente, no campo processual penal, não se cogitará a fixação do valor mínimo de reparação do dano *somente* naqueles casos em que o crime não tiver sujeito passivo secundário, isto é, se o crime cometido não atingir diretamente, além do Estado – que o sujeito passivo primário de todo crime – uma pessoa individualizada. É o que ocorre, por exemplo, com o tráfico ilícito de entorpecentes, crime em que não há outro sujeito passivo além do Estado, pois, embora a coletividade seja ofendida pelo dito delito, é certo que não há pessoa ofendida diretamente. Assim, naqueles crimes em que seja possível identificar um ofendido, um sujeito passivo secundário – como ocorreria no crime de roubo, no de homicídio, no de estupro, etc. – é exercido pelo juiz o dever de fixar o valor mínimo para a reparação dos danos (vale dizer, danos no sentido *lato*) e pode ser proposta a ação civil *ex delicto*.



A lição de Eugênio Pacelli acerca da abrangência das normas do CPP, relativas à ação civil *ex delicto*, corrobora o entendimento de que aquelas normas não se limitam apenas a crimes que gerem *prejuízo econômico*, consoante se denota do seguinte excerto da obra daquele autor:

Quando, porém, o dano causado pela infração penal atingir o patrimônio *moral* do ofendido, isto é, aqueles valores atinentes à dignidade, à individualidade e à personalidade da vítima, expressões culturais da própria comunidade social, dar-se-á a reparação civil do ilícito, tal como ocorre, por exemplo, nas chamadas ações de danos morais [...]. (PACELLI, 2010, p. 211) [grifo do autor].

É visível o contraste, nesse ponto relativo à limitação do alcance das normas, entre o sistema do ECA e o do CPP.

Outro aspecto distintivo diz respeito à obrigatoriedade ou à facultatividade atribuída ao magistrado quanto à fixação do valor mínimo para a reparação do dano. Assim, enquanto o ECA estabelece uma *facultatividade* para o juiz da infância e da juventude, ao prever que a autoridade *poderá, se for o caso, determinar [...]*, o CPP preceitua um *dever*, uma *obrigação* para o magistrado que atue na seara criminal, no sentido de que ele, obrigatoriamente, fixe o valor mínimo para a reparação do dano. Afinal, no art. 387, IV, CPP, diz-se que *o juiz, ao proferir sentença condenatória: fixará o valor mínimo [...]*.

Dessa forma, percebe-se que o CPP, ao conjugar no futuro o verbo *fixar*, não admite discricionariedade alguma no que tange à fixação de um valor mínimo para a reparação do dano. Como consequência, o juiz criminal está *obrigado* a fixá-la, sendo que só há certa margem de discricionariedade no que se refere ao *quantum debeatur*, que deve variar conforme a consideração dos prejuízos sofridos pelo ofendido e as condições financeiras do réu.

Seja pelo primeiro, seja pelo segundo aspecto de distinção, nota-se que as disposições do ECA estão aquém das previstas pelo CPP – que estabelece maiores garantias às vítimas de crimes – motivo pelo qual de mostra defensável a existência de uma ação civil *ex ato infracional*, que se assemelhe, o quanto possível, à ação civil *ex delicto*.

4 VIABILIDADE DA AÇÃO CIVIL EX ATO INFRACIONAL

O professor Tourinho Filho ensina, com o brilhantismo que lhe é



peculiar, o que seria a “*ratio essendi*”, a razão de ser da ação civil *ex delicto*, asseverando o seguinte:

Entendeu o Estado que deveria dar um substrato de Direito Público à pretensão de ressarcimento, velar pela vítima do crime e, ao mesmo tempo, fazer sentir ao violador da norma penal a sua obrigação de satisfazer, integralmente, os prejuízos ocasionados à ordem jurídica. Receber a pena, por si só, não basta. É necessário que se restabeleça o *statu quo ante*, ou ao menos que desapareçam os efeitos do crime, na medida do possível. E a reparação da ofensa causada pelo delito só será completa se à pena somar-se a reparação do dano. (TOURINHO, 2010, p. 225)

E mais adiante conclui o autor:

A finalidade, pois, da ação civil *ex delicto* é a satisfação do dano emergente do crime, e essa satisfação se dá com a restituição, nos delitos patrimoniais, a reparação, quando se trata de dano não material e, finalmente, o ressarcimento, que é o equivalente em dinheiro. (TOURINHO, 2010, p. 230)

Do exposto depreende-se que a ação civil *ex delicto* existe em função das consequências civis – especificamente no campo da responsabilidade civil – do crime. Ou seja, sua relação com o crime nada tem a ver com a relevância penal propriamente dita do ato. Em verdade, o crime só importa porque dele emana a responsabilidade civil de reparar o dano.

Assim, como o que importa é o dano que emerge do crime, surge uma dúvida inquietante: e no âmbito de atos infracionais também existe dano? Do ato infracional, isto é, da conduta prevista como crime ou contravenção penal e praticada por menor de 18 anos de idade, emerge algum dano? A análise de uma situação hipotética poderia dar a resposta. Então imaginemos um ato infracional análogo ao crime de homicídio: um adolescente ceifou a vida de um indivíduo que trabalhava e que era arrimo de família, já que sustentava seus filhos e a esposa. Com a morte, a família passou a enfrentar, além da dor da perda de um ente, as dificuldades financeiras. Há dúvidas de que o prejuízo, o dano, efetivamente aconteceu? A resposta só pode ser negativa. Podemos, ainda, citar outra hipótese, a saber: um ato infracional similar ao crime de furto.



Da vítima é subtraída uma ferramenta indispensável para o seu trabalho. Então ela é obrigada a comprar novas ferramentas e, enquanto não faz a compra, fica dias e dias sem trabalhar e, por isso, não obtém o dinheiro para pagar as contas, acarretando juros de mora, etc. Nesse caso, teria ou não havido dano material, podendo-se até cogitar lucros cessantes? É inegável que sim.

A partir dessa constatação, vislumbra-se que o ato infracional, assim como o crime, repercute no Direito Civil, especificamente no âmbito da responsabilidade civil. E acerca desse particular, é importante abordar, ainda que ligeiramente, a responsabilidade civil do incapaz, que o nosso Código Civil regula.

4.1 Análise da responsabilidade civil do incapaz

É comum, na doutrina, a afirmação de que o adolescente, por sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, não pode ser penalmente imputável. São, portanto, razões de ordem etária e psicológica que justificam a inimputabilidade. Acerca do tema, um excerto do ensinamento lapidar do professor e magistrado baiano Marcos Bandeira é pertinente:

Essa condição de pessoa em desenvolvimento, que ainda está construindo a sua estrutura psicológica, a sua inteligência emocional, é a base científica que levou o legislador constituinte a erigir em presunção absoluta de inimputável o menor de 18 anos de idade, elevando-a à condição de garantia individual, nos termos do art. 228, da CF. (BANDEIRA, 2006, p. 203)

Disso não há dúvidas. Contudo, se em sede da responsabilidade penal as considerações do festejado autor são totalmente pertinentes, em sede de responsabilidade civil não podem ser utilizadas, como equivocadamente poderia ocorrer, para tentar rechaçar a proposta de cabimento de uma ação civil ex ato infracional, pois diferentemente do que dispõe o Código Penal, onde não se admite que o adolescente responda por crime, o Código Civil não exclui a responsabilidade civil do incapaz acerca dos prejuízos por ele causados. Ao contrário, prevê expressamente essa responsabilidade no art. 928, que reza, *in verbis*:

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 equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependam.* [grifos nossos]

Trata-se de inovação do legislador de 2002, pois no revogado código não se disciplinava a matéria. A partir do Novo Código, previu-se a possibilidade de ser atribuído ao incapaz o dever de *reparar* os danos por ele causados a terceiros e, assim, dispôs-se que para haver aquela responsabilização se faz necessário o preenchimento de um dos seguintes requisitos: 1) os responsáveis pelo incapaz não tiverem obrigação de responder pelos atos lesivos causados pelo incapaz; ou 2) os responsáveis pelo incapaz não tiverem meios suficientes para responder pelos prejuízos causados pelo incapaz.

A exegese do artigo supramencionado conduz-nos à conclusão de que o adolescente, mesmo na condição de incapaz (relativa ou absolutamente), pode ser responsabilizado pelos prejuízos por ele causados. Dessa forma, não há que se sustentar a impossibilidade de uma ação civil ex ato infracional sob o pretexto de o adolescente, por ser incapaz, não ser responsabilizado civilmente pelo dano causado. Tal argumento não prosperaria, diante do que vimos à luz do Código Civil Brasileiro.

Demais disso, o Código Civil ainda estabelece hipóteses em que o incapaz não será responsabilizado, quais sejam: quando a pessoa por ele responsável tiver a obrigação de responder pelos prejuízos e dispuser de meios suficientes, conforme se infere do *caput* do art. 928 e, nesse caso, apesar de o incapaz não responder diretamente, fica claro que *seus responsáveis legais deverão responder*. Tal responsabilidade de reparar o dano cometido pelo filho adolescente tem, inclusive, amparo constitucional, pois o art. 5º, inc. XLV, da CF/88, estabelece que “nenhuma *pena* passará da pessoa do *condenado*, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, *estendidas aos sucessores e contra eles executadas*, até o limite do valor do patrimônio transferido”. Ou seja, *mutatis mutandis* – já que no âmbito da Justiça da Infância e Juventude não se fala em *pena*, nem em perdimento de bens – é possível vislumbrar que não seria atentatório à Constituição Federal estender ao os pais ou responsáveis a obrigação de reparar o dano cometido pelo adolescente infrator.

Já o parágrafo único prevê que a indenização não poderá ser fixada, se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependam. Ora,



seria aquela situação em que, em virtude da falta de recursos financeiros, se condenado a pagar indenização, o incapaz (e no nosso caso, o adolescente ou seu responsável) comprometeria seu sustento próprio e de seus familiares.

Como se vê, mesmo as limitações trazidas pelo artigo supramencionado quanto à responsabilidade civil do incapaz não servem para afastar a possibilidade de ação civil *ex* ato infracional. Ao contrário, devem e podem servir de parâmetro para o Juízo da Infância e da Juventude fixar o valor mínimo para a reparação do dano e, se for o caso, até deixar de fixar o valor, diante da impossibilidade financeira da família. Entretanto, se é certo que há adolescentes membros de famílias paupérrimas, sem quaisquer condições para pagar indenização, também é verdade que há aqueles oriundos de famílias abastadas, os comumente chamados *playboyzinhos* ou *filhinhos de papai*, cujas famílias têm condições para reparar o dano, mas em virtude da omissão legislativa, não são condenados à dita reparação.

Constatada a previsão legal de responsabilidade civil do incapaz, importa ainda observar que a vítima de um crime não é mais importante que a de um ato infracional. Afinal, entre uma ação e outra, o único elemento realmente distintivo é o sujeito ativo: no crime, tal sujeito é um adulto, enquanto no ato infracional é um menor de 18 anos de idade, penalmente inimputável, como já se disse. No mais, tudo é semelhante quanto aos fatos e às consequências: há investigação policial, a possibilidade da segregação cautelar da liberdade do adolescente (internação provisória), instrução criminal no afã de averiguar a materialidade e a autoria, há, ainda, a possibilidade de aplicação de institutos jurídicos comuns, como a legítima defesa, etc., os objetos jurídico e material são iguais ao do crime, o prejuízo que emerge do crime também emerge do ato infracional nas mesmas proporções – ou até mais graves. Enfim, afora o aspecto etário do sujeito ativo, nada diferencia o crime do ato infracional no tocante à sua repercussão na responsabilidade civil e, por consequência, nada diferencia suas vítimas.

4.2 O tratamento desigual conferido às vítimas: uma afronta ao Princípio da Igualdade

Apesar de toda essa semelhança, existe alguma diferença entre a vítima de um ato infracional e a de um crime? Hodiernamente, pode-se apontar apenas uma diferença: é do ponto de vista dogmático, pois a vítima do ato infracional não tem como manejar a ação civil *ex delicto*, à míngua de previsão



legal, ficando obrigada, caso queira obter a reparação do dano, a enfrentar mais uma delonga processual – que infelizmente é a regra em nosso país – dessa vez perante o juízo cível, enquanto a vítima do crime, como já foi dito, não enfrenta esse inconveniente, já que há previsão, no CPP, da ação civil *ex delicto*.

Diante dessa realidade, é possível indagar: o tratamento legal diferenciado dispensado às vítimas, que são pessoas iguais e que sofrem os mesmos impactos emergentes do crime e do ato infracional, não seria uma ofensa ao princípio da isonomia, de nítida cariz constitucional? A ofensa é clara e a análise, ainda que tênue, da situação, descambaria para essa constatação.

Nesse diapasão, não é demais invocar os ensinamentos do eminente professor da UFBA, Dirley da Cunha, que acerca do direito fundamental à igualdade, preleciona o seguinte:

O direito à igualdade é o direito que todos têm de ser tratados igualmente na medida em que se igualem e desigualmente na medida em que se desigualem, quer perante a ordem jurídica (*igualdade formal*) quer perante a oportunidade de acesso aos bens da vida (*igualdade material*), pois todas as pessoas nascem livres e *iguais* em dignidade e direitos. A exigência de igualdade decorre do princípio constitucional da igualdade, que é um postulado básico da democracia, pois significa que *todos merecem as mesmas oportunidades*, sendo *defeso qualquer tipo de privilégio* e perseguição. O princípio em tela interdita tratamento desigual às pessoas iguais e tratamento igual às pessoas desiguais. (DIRLEY, 2010, p. 660) [grifos nossos]

A partir daí, vê-se que o tratamento legal diferenciado conferido às vítimas de crime, às quais é disponibilizada a ação civil *ex delicto*, ao passo que não se prevê tal mecanismo para as vítimas de ato infracional, constitui verdadeiro ultraje ao direito constitucional à igualdade, haja vista que, sendo as vítimas – em ambos os casos – pessoas iguais, inadmissível é a desigualdade operada pela lei, que, nesse caso, não deveria ser fonte de privilégios. É cabível, nesse ínterim, citar a apropriada advertência feita por Celso Antônio Bandeira de Mello acerca da limitação imposta pelo princípio da igualdade à discricionariedade legislativa:



A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes. (BANDEIRA, 2000, p. 10)

Por essas razões, a previsão legal de uma ação civil *ex ato infracional*, através de modificação legislativa do Estatuto da Criança e do Adolescente, não só tem viabilidade como constitui verdadeira forma de conferir às vítimas de atos infracionais, ao máximo possível, tratamento legal idêntico àquele dispensado à vítima de crimes, em respeito explícito ao princípio da igualdade. Além disso, até mesmo os termos dos dispositivos do CPP (arts. 63 a 68 e art. 387, IV) que regem a ação civil *ex delicto* poderiam ser utilizados na atividade legiferante de alteração do ECA. Obviamente, guardadas as devidas proporções e mudando-se o que deve ser mudado – como os termos: *pena, sentença penal condenatória, extinção da punibilidade etc.* – o sentido e até alguns termos daqueles artigos poderiam ser reproduzidos e inseridos na Lei nº. 8.069/90 (ECA), a fim de assegurar, o quanto possível, tratamento igualitário às vítimas. Dessa forma, a título de exemplo, podemos citar o art. 68, do CPP, que diz:

Art. 68. Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1º e 2º), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público.

Essa redação poderia ser empregada, *ipsis litteris*, no ECA e permitir que, caso a vítima do ato infracional fosse pobre, a execução da sentença (onde se teria fixado o valor mínimo para reparação do dano) fosse promovida pelo Ministério Público, mediante o requerimento daquela, ou pela Defensoria Pública Estadual, uma vez que, segundo Pacelli (2010), a partir do advento da Constituição Federal de 1988, que instituiu esse órgão, considerado essencial à função jurisdicional do Estado e incumbido da orientação e defesa dos necessitados, segundo o art. 134, CF, a razão de ser da legitimação do MP, prevista no art. 68, CPP, perdeu o sentido, de maneira que seria incumbência da Defensoria Pública Estadual a execução da sentença.

É perceptível, assim, que a ação civil *ex ato infracional* mostra-se viável, vez que o mais importante é dar tratamento isonômico às vítimas, sendo



que não há motivos para a diferenciação delas, senão a inércia e a omissão de nossos legisladores, os quais, não raras vezes, criam, de um lado, uma série de garantias para os violadores das leis – aqueles que matam, roubam, estupram e cometem as mais diversas barbáries possíveis –, e de outro, deixam as pessoas honestas desprovidas das garantias e vantagens jurídicas que deveriam existir, inclusive, como meio de compensar o mal sofrido em decorrência do crime ou do ato infracional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inclusão, no Estatuto da Criança e do Adolescente, de dispositivos similares aos artigos 63 e 387, IV, do Código de Processo Penal, constitui-se medida legislativa indispensável para conferir-se isonomia às vítimas de ato infracional e às de crime. Isonomia que não teria apenas repercussão jurídico-formal, mas também e, principalmente, prática, concreta, no sentido de viabilizar a reparação dos danos advindos da ação deletéria de adolescentes que, assim como os adultos, causam prejuízos de idênticas proporções ao ofendido e/ou aos responsáveis e familiares deste.

A responsabilidade civil do adolescente, que é incapaz, segundo o Código Civil (arts. 3º, I e 4º, I) é prevista pelo mesmo diploma legal no art. 928, o que reforça a viabilidade de, já na sentença condenatória proferida pelo Juízo da Infância e da Juventude, ser fixado um valor mínimo para a reparação do dano, sem prejuízo da futura liquidação, no Juízo cível, para fins de apurar os reais prejuízos causados pelo ato infracional. Frise-se, ainda, que apesar das previsões contidas no ECA, em seu art. 116, ainda é necessária a alteração legislativa, a fim de que o Juiz da Infância e Juventude não apenas *possa*, mas passe a *dever*, como obrigação sua no ato sentencial, fixar o valor mínimo para a reparação.

Destarte, se o que importa em sede de reparação é o dano, é de se ver que tanto no crime quanto no ato infracional a razão de ser da reparação é a mesma, de modo que o brocardo latino *Ubi eadem ratio, idem jus* (Onde houver a mesma razão, o direito deve ser o mesmo) deve imperar na atividade legislativa, a fim de que o direito seja o mesmo em ambas as hipóteses de prejuízo, garantindo-se as mesmas técnicas processuais de obtenção da reparação do dano, tudo em homenagem ao princípio constitucional da igualdade, hoje ultrajado pelas diferenças de tratamentos que vimos.



REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

BANDEIRA, Marcos Antônio Santos. **Atos infracionais e medidas socioeducativas: uma leitura dogmática, crítica e constitucional**. Ilhéus: Editus, 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4ed. rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2010.

LIMA, Miguel Moacyr Alves Lima; CURY, Munir (Org) et al. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – comentários jurídicos e sociais**. 9ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**, vol. 1, 5ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 13ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado** – vol. 1, 13ed. rev. amp. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

A CIVIL ACTION BY EX THE INFRACTION



ABSTRACT

The infraction generates, beyond the typically infracional consequences - such as imposing socioeducative measures - damage to the economic and moral heritage of the victims. As well as crimes, the damages of the infraction are undisputed. However, the form of reparation (*lato sensu*) under ECA (Statute of Children and Adolescents) is insufficient because, unlike criminal proceedings - where there is a civil action *ex delicto* - there isn't, within the juvenile justice, a civil action *ex infraction*, which shall ensure compensation for damage resulting from the offense. Hence the suggestion of a legislative amendment aimed to include, at ECA, mechanisms similar to those of CPP (Criminal Procedure Code) relating to compensation, in other words, a civil action *ex infraction*, since the provisions of the ECA (art. 116) are less impositive than CPP's, it follows unequal treatment to victims of crime and infraction, which offends the constitutional principle of equality. Through literature search and a comparison between the criminal justice system and the system of Childhood and Youth, you can see this reality and, finally, based on the principle of equality and the maximum interpretation, whereby where there is the same reason, law must be the same, maintain that it doesn't justifies special treatment to repair damage caused by crimes and infractions, since in both cases the consequences, the victims and the reasons for repair are the same.

Keywords: Infracional act. Crimes. Different repair of damages. Equality of the victims. Principle of Equality.



PREVIDÊNCIA SOCIAL E PERÍODO BÁSICO DE CÁLCULO: A NECESSIDADE DE APLICAÇÃO LIMITADA DA REGRAS DE TRANSIÇÃO DO ART. 3º DA LEI Nº 9.876/99

Amanda Rocha dos Santos

Acadêmica do 7º Período da UFRN

RESUMO

As regras previdenciárias, no ordenamento jurídico brasileiro, sofreram diversas mutações no decorrer dos anos, muitas delas acompanhadas de regras transitórias. As chamadas regras de transição visam à amortização dos efeitos da mudança repentina de regulamentação. A regra contida no art. 3º da Lei nº 9.876/99, enquadrando-se neste conceito, estabelece o regramento aplicável àqueles que, apesar de já inscritos no sistema previdenciário, apenas alcançaram todos os requisitos para a concessão da aposentadoria após a publicação da lei. O presente estudo, através de análise concisa dos elementos que envolvem a matéria, aliando-os aos princípios constitucionais capazes de justificar a tese defendida, conclui pela necessidade de aplicação limitada da referida regra de transição. Após ampla abordagem sobre as questões pertinentes, apresenta possível solução jurídica para o problema de sua aplicação. Desse modo, sugere, ao final, a ampliação do Período Básico de Cálculo, com a consideração de todo o período contributivo do segurado, sempre que a regra de transição se mostre prejudicial.

Palavras-chave: Previdência Social. Regra de transição. Aplicação limitada. Período Básico de Cálculo.

1 INTRODUÇÃO

A Previdência Social é fruto de um modelo de Estado intervencionista, situação político-social marcada pela intervenção do Poder Público na economia e nas relações que se estabelecem entre os particulares. Seguindo os parâmetros constitucionais, o legislador ordinário deixou clara a sua intenção de regular os cálculos dos valores das prestações previdenciárias, muitas vezes instituindo cálculos que prejudicam a situação financeira do segurado.

Adentrando à seara constitucional, o presente estudo dedica uma atenção especial aos princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade e da moralidade, todos observados dentro da perspectiva da justiça dos cálculos previdenciários. Esclarece-se a importância da observância destes princípios quando da análise da aplicabilidade da regra de transição incerta no art. 3º da Lei nº 9.876/99.

As regras de transição, sobretudo no Direito Previdenciário, são criadas para amortizar os efeitos da mudança legislativa para os indivíduos que já integravam o sistema. Nessa perspectiva, a Lei nº 9.876, publicada em 29 de novembro de 1999, trouxe mudanças técnicas para o cálculo do salário-de-benefício, instituindo regra de transição que estabelece Período Básico de Cálculo diferenciado para determinada classe de segurados.

O ponto mais sobrelevado no presente estudo corresponde à aplicabilidade da referida regra de transição, haja vista que, muitas vezes, ela prejudica a situação jurídica do segurado. Nesse contexto, o artigo faz clara demonstração das situações em que se deve proceder à limitação de sua aplicação, sugerindo o papel essencial do Poder Judiciário na proteção dos segurados que se vejam prejudicados.

2 A REGRA DE TRANSIÇÃO DO ART. 3º DA LEI Nº 9.876/99

As regras de transição, sobretudo no âmbito previdenciário, onde sua incidência é maior, surgem para amortizar os efeitos da mudança legal para aqueles que já integravam o sistema.

A Lei nº 9.876, publicada em 29 de novembro de 1999, trouxe mudanças técnicas para as regras do cálculo do salário-de-benefício, as quais em momento precedente eram definidas pela própria Constituição¹. Em síntese, a

¹ O período básico de cálculo das aposentadorias sofreu diversas mudanças no decorrer da história normativa previdenciária. Inicialmente, tem-se que a Lei nº 3.807/60 previa o cálculo do benefício com base na média das últimas 12 contribuições mensais do segurado, até um



nova regra determinou que o Período Básico de Cálculo (PBC) deixasse de ser os 36 últimos salários-de-contribuição, até o limite de 48 meses, para abranger, para os filiados após sua publicação, toda a vida contributiva do segurado, desde o início de suas atividades laborais.

O art. 3º dessa lei, entretanto, introduziu no ordenamento jurídico regra de transição no intuito de amortizar a mudança repentina. Esse artigo estabeleceu o arrefecimento do Período Básico de Cálculo para os cidadãos que já contribuíam para a Previdência antes da vigência da nova regra jurídica por ela introduzida. Dessa forma, para esses contribuintes, o PBC passou a abranger apenas as contribuições posteriores à competência de julho de 1994², até a data de entrada do requerimento do benefício - DER.

Conforme esclarece Fábio Zambitte Ibrahim (2011, p. 327), os segurados inseridos na regra transitória não tinham direito de opção. Era determinação da lei que seguissem a norma especial, ainda que a nova sistemática lhes fosse mais favorável. Em contraposição, para os segurados filiados após 28/11/1999, a nova regra era obrigatória.

É o artigo 3º, da Lei 9.876/99:

Art. 3º Para o segurado filiado à Previdência Social até o dia anterior à data de publicação desta Lei, que vier a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, no cálculo do salário-de-benefício será considerada a média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição, correspondentes a, no mínimo, oitenta por cento de todo o período contributivo decorrido desde a competência julho de 1994, observado o disposto nos incisos I e II do caput do art. 29 da Lei no 8.213, de 1991, com a redação

máximo de 24 meses. Após, a Lei nº 5.890/73 determinou que o cálculo teria de observar 1/36 avos da soma das contribuições imediatamente anteriores ao mês de afastamento da atividade, até o máximo de 36, em um período não superior a 48 meses. Com o advento da Constituição Federal de 1988, o cálculo dos benefícios passou a ser regulamentado pela redação original do seu art. 202, que determinava a apreciação da média dos últimos 36 salários de contribuição, vindo a Lei nº 8.213/91, *a posteriori*, a regulamentar essa disposição. Por fim, tem-se a Emenda Constitucional nº 20/1998 que, sob o epíteto de reforma previdenciária, desconstitucionalizou o cálculo do salário-de-benefício e deixou a regulamentação da matéria a cargo de legislação infraconstitucional. A Lei nº 9.876/99, portanto, atendeu ao reclamo constitucional e definiu período básico de cálculo que considera todo o período contributivo do segurado, determinando a aplicação de regra de transição, objeto do presente estudo, para aqueles já filiados à Previdência.

² Este termo inicial, estabelecido pelo caput do art. 3º, foi definido para facilitar o cálculo dos benefícios, haja vista que nesta data foi introduzido o plano real.



dada por esta Lei.

§ 1º Quando se tratar de segurado especial, no cálculo do salário-de-benefício, serão considerados um treze avos da média aritmética simples dos maiores valores sobre os quais incidiu a sua contribuição anual, correspondentes a, no mínimo, oitenta por cento de todo o período contributivo decorrido desde a competência julho de 1994, observado o disposto nos incisos I e II do § 6o do art. 29 da Lei no 8.213, de 1991, com a redação dada por esta Lei.

§ 2º No caso das aposentadorias de que tratam as alíneas b, c e d do inciso I do art. 18, o divisor considerado no cálculo da média a que se refere o caput e o § 1º não poderá ser inferior a sessenta por cento do período decorrido da competência julho de 1994 até a data de início do benefício, limitado a cem por cento de todo o período contributivo. [grifo acrescido]

A regra de transição, assim, deve ser aplicada pela Autarquia Previdenciária a todos os cidadãos que já estavam inscritos no Regime Geral de Previdência Social – RGPS, mas só implementaram as condições necessárias à concessão do benefício após a publicação da Lei ora sob análise.

Percebe-se que as disposições da regra de transição são análogas à regra definitiva, diferenciando-se apenas no que diz respeito à abrangência do Período Básico de Cálculo. Desse modo, não se olvida que a ampliação do PBC (regra final) é socialmente mais justa e democrática. A limitação da sua abrangência privilegia os indivíduos que possuem trajetória salarial ascendente, resultando em prejuízo para aqueles que não se apresentam em tal situação.

3 A PREVIDÊNCIA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PERTINENTES

A Previdência Social, nos moldes dos fundamentos da Seguridade Social, é fruto de um modelo de Estado intervencionista, o qual toma a responsabilidade da consecução de políticas sociais com vistas a assegurar o bem comum da sociedade a que serve. Essa ação estatal, que se caracteriza pela intervenção na economia e na relação entre os particulares, justifica-se pela necessidade de regulamentação de hipóteses não previstas pelo direito comum trabalhista, qual seja a hipótese de impossibilidade de exercício laboral, temporária ou permanente, pelo cidadão.

Neste ínterim, é íntima a relação que a Constituição Federal brasileira mantém com o instituto da Previdência Social, presenteando-lhe, inclusive, com seção própria no corpo de seu texto (Título I - Da Ordem Social, Capítulo



II - Da Seguridade Social, Seção III - Da Previdência Social). Em seu art. 201, §11, a Carta Magna estabelece:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

[...]

§ 11. Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente *repercussão* em benefícios, nos casos e na forma da lei. [grifo acrescido]

Observando o dispositivo, fácil se faz perceber que a própria Constituição de 1988, norma suprema de todo o ordenamento jurídico nacional, regulamentou a necessidade de equivalência entre as contribuições (reflexo das remunerações dos trabalhadores) e os benefícios previdenciários. Tem-se, assim, que é determinação constitucional que o valor da contribuição deve ter *repercussão direta* no valor do benefício que venha porventura a ser recebido pelo cidadão em caso de ocorrência de algum infortúnio causador de incapacidade laboral.

Regulamentando em parte o instituto da Previdência, a Lei nº 8.212/91, que dispõe sobre a Organização e de Custeio da Seguridade Social, traz a seguinte disposição:

Art. 3º A Previdência Social tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, idade avançada, tempo de serviço, desemprego involuntário, encargos de família e reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.

Parágrafo único. *A organização da Previdência Social obedecerá aos seguintes princípios e diretrizes:*

- a) universalidade de participação nos planos previdenciários, mediante contribuição;
- b) valor da renda mensal dos benefícios, substitutos do salário-de-contribuição ou do rendimento do trabalho do segurado, não inferior ao do salário mínimo;
- c) *cálculo dos benefícios considerando-se os salários-de-contribuição, corrigidos monetariamente;*
- d) preservação do valor real dos benefícios;
- e) previdência complementar facultativa, custeada por contribuição adicional. [grifo acrescido]



Neste ínterim, seguindo os parâmetros constitucionais, o legislador ordinário deixou clara a sua intenção de estabelecer a equivalência contribuição prestada e o benefício auferido, como resultado do próprio risco social assumido pelo Estado Contemporâneo. Wagner Balera, docente e advogado em São Paulo, esclarece a idéia central do dispositivo supramencionado (2011, p. 16):

Em linha com os Arts. 195, 201 e 202 da Constituição Federal, além da Lei nº 8.213/1991 (Plano de Benefícios da Previdência Social), o comando traceja os principais preceitos da Previdência Oficial: o combate a determinados riscos sociais, por intermédio de prestações mínimas. Trata-se do modelo clássico do seguro social, de corte bismarckiano³, baseado nas contribuições sociais.

Pode-se dizer, então, que as contribuições sociais são a base da Seguridade Social, sem as quais as ações do Poder Público não seriam possíveis. Nesta perspectiva, é notório o direito do segurado de que o valor da sua contribuição seja corretamente considerado para fins de cálculo do valor do benefício que um dia receberá.

Sendo assim, os aplicadores do direito devem ter a sensibilidade necessária para perceber que o imperativo um dia surgido de criação de um conjunto de normas para estabelecer a obrigatoriedade de filiação dos trabalhadores a um regime de previdência social deve atentar, antes e acima de tudo, para noções de caráter nitidamente sociológico e político, como se verá a seguir.

3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana, na perspectiva que interessa ao presente artigo consubstanciado no princípio da dignidade do contribuinte, é o princípio basilar da Constituição Federal de 1988.

Ampliando o que se pode entender por respeito à dignidade, Marcelo Leonardo Tavares (2003, p. 49-50), com grande sabedoria, enuncia:

O respeito à dignidade não deve ser encarado somente

³ Sobre o histórico da Seguridade Social, Ivan Kertzman (2009, p. 37-38), esclarece que o primeiro ordenamento legal foi editado na Alemanha, por Otto Von Bismarck, em 1883, com a instituição do seguro-doença. Posteriormente, a primeira Constituição a incluir o tema previdenciário foi a do México de 1917, enquanto, no Brasil, o seguro social teve início com a organização privada, só constando em texto constitucional com a Carta Magna de 1924, com os “socorros públicos”.



como um dever de abstenção do Estado na invasão do espaço individual de autonomia. Isto é pouco. Cabe à organização estatal criar mecanismos de proteção do homem para que este não seja tratado como mero instrumento econômico ou político pelos órgãos do poder público ou por seus semelhantes.

Conforme se observa, o princípio da dignidade da pessoa humana está intimamente ligado à noção de responsabilidade ativa estatal, a qual deve impulsionar o Estado Contemporâneo a efetivar os Direitos Sociais, o que também acontece quando este promove e concretiza políticas previdenciárias justas.

O princípio sob enfoque constitui fundamento da República Federativa Brasileira, conforme o art. 1º, inciso III, da Carta Magna, esta que é baliza essencial do processo de institucionalização dos direitos humanos no Brasil. Surgiu, com a *dignidade da pessoa humana*, um novo valor capaz de conferir suporte axiológico ao sistema jurídico nacional e que deve ser ininterruptamente considerado quando se trata de interpretação das normas do ordenamento jurídico.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem⁴, precursora da institucionalização dos direitos humanos pela comunidade internacional, em seu Artigo XXIII, 1, estabelece que: “Todo o Homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social”.

Desse modo, poder-se-ia dizer que é compreensão internacional a noção de que o trabalhador tem direito, inerente a sua pessoa, de perceber uma remuneração justa. Convertendo o preceito mencionado supra para uma vertente mais próxima do que estabelece este artigo, temos que todo o homem que contribui para a Previdência tem direito à um benefício justo e satisfatório.

O *justo*, neste caso, deve ser entendido como o equilíbrio que deve existir entre o valor e quantidade das contribuições vertidas pelo contribuinte e o valor do salário-de-benefício que o mesmo vai receber quando de sua aposentadoria. Assim sendo, norma previdenciária não pode estabelecer regra que seja desfavorável ao contribuinte, haja vista que, agindo assim, estaria

⁴ A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, é um dos documentos básicos da ordem internacional. Esta Declaração, mesmo não possuindo valor de coação, inspirou diversos tratados internacionais do pós-guerra, sendo reconhecida como o fundamento do direito internacional relativo aos direitos humanos, uma vez que enumera os direitos que todos os seres humanos possuem.



contrariando o próprio fundamento do Estado brasileiro que é o respeito à dignidade da pessoa humana.

3.2 Princípio da razoabilidade

Não obstante o que foi exposto na seção secundária anterior, a *Lex Mater* brasileira, preconizadora de um Estado Social e Democrático de Direito, forneceu outros princípios que podem e devem nortear a interpretação das normas previdenciárias, quais sejam: os princípios da razoabilidade e da moralidade.

Como se sabe, a resolução de um conflito de valores, bem como a resolução de um conflito entre princípios jurídicos, é questão que deve levar em conta institutos tendentes à escolha de melhor solução, o que só pode acontecer quando estão presente os requisitos da ponderação e de preferência, aplicando-se o princípio ou o valor com a devida cautela.

O princípio da razoabilidade, implícito no texto constitucional, integra o leque de princípios fundamentais para propor a solução mais razoável para o conflito posto, de modo a que sejam observados os fatores sociais, econômicos, culturais e políticos que envolvem o deslinde da questão sem afastamento completo dos parâmetros legais.

O brilhantismo de sua existência está consubstanciado na possibilidade de existência de uma interpretação do direito capaz de captar, com magnitude, a riqueza das mais diversas circunstâncias fáticas que envolvem os litígios sociais, situação que não existe quando a lei é sumariamente interpretada sem a devida ponderação, isto é, literalmente.

Sábias são as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello⁵, em sua obra *Curso de Direito Administrativo* (2010, p. 108), quando disserta sobre o princípio ora sob análise:

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga

⁵ Este autor estabelece, ainda, o fundamento de existência do princípio da razoabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que este se trata de princípio implícito e surgido do princípio do devido processo legal de origem norte-americana. Esclarece o autor (MELLO, 2010, p. 109) que razoabilidade é o epíteto que recebe o princípio fundamentado nos mesmos preceitos que arrimam constitucionalmente os princípios da legalidade (art. 5, II, 37 e 84) e da finalidade (os mesmos e mais o art. 5º, LXIX).



da competência exercida. [...] Deveras: *se com outorga de discricção administrativa pretende-se evitar a prévia adoção em lei de uma solução rígida, única – e por isso incapaz de servir adequadamente para satisfazer, em todos os casos, o interesse público estabelecido na regra aplicanda –, é porque através dela visa-se à obtenção da medida ideal, ou seja, da medida que, em cada situação, atenda de modo perfeito à finalidade da lei.* É óbvio que uma providência administrativa desarrazoada [...] não pode estar conforme à finalidade da lei. [...] Isto equivale a dizer que será ilegítima, conforme visto, pois a finalidade integra a própria lei. Em consequência, será anulável pelo Poder Judiciário, a instâncias do interessado. [grifo acrescentado]

Isto posto, resta corroborada a tese aqui sustentada da cautela na aplicação da regra de transição do art. 3º da Lei nº 9.876/99, haja vista que a aplicação referida regra por parte da Autarquia Previdenciária, nos casos em que as situações contributivas do beneficiário indicam a necessidade de aplicação de regra diversa, não pode ser considerada uma atitude eivada de razoabilidade. Por estar em desacordo com a finalidade da lei, tais atos do Poder Público devem ser modificados quando submetidos ao crivo do órgão judicante.

3.3 Princípio da moralidade

O Princípio da moralidade, aqui examinado como um dos princípios que deve reger a aplicação da regra de transição do art. 3º da Lei nº 9.876/99, encarta-se no texto constitucional como o princípio que busca a concretização, pela Administração Pública, de parâmetros de conduta fornecidos pela *praxis* ética.

Mais ligado que os demais ao elemento subjetivo da feitura do ato, conforme preceitua Walber de Moura Agra (2008, p. 338), o princípio da moralidade administrativa estabelece que o resultado de determinado ato apenas será lícito se as motivações para a sua realização estiverem de acordo com a virtude e a moral⁶.

Mais enfaticamente, esclarece-se que a Administração e seus agen-

⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello lembra, ainda, do cabimento de ação popular para a anulação de atos lesivos à moralidade administrativa, conforme estabelece o art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal de 1988. Para ele, o princípio da moralidade se refere mais aos valores morais encartados na própria norma jurídica do que ao senso moral comum.



tes têm o dever de atuar em conformidade com os princípios éticos, sob pena de violação ao próprio direito, circunstância que configura ilicitude capaz de invalidar a própria conduta viciada (MELLO, 2010, p. 119).

Neste diapasão, assevera José Afonso da Silva (2008, p. 668):

Pode-se pensar na dificuldade que será desfazer um ato, produzido conforme a lei, sob o fundamento de vício de imoralidade. Mas isso é possível porque a moralidade administrativa não é meramente subjetiva, porque não é puramente formal, porque tem conteúdo jurídico a partir de regras e princípios da Administração. A lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente. Quando sua execução é feita, por exemplo, com o intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com o intuito de prejudicar alguém, por certo que se está produzindo um ato *formalmente legal*, mas *materialmente* comprometido com a moralidade administrativa. [grifos do autor]

Assim, afere-se, também, que a aplicação indevida da regra de transição do art. 3º da Lei nº 9.876/99, de forma a prejudicar o contribuinte, implica em ato materialmente imoral, o qual deve ser desfeito e corrigido pelos magistrados.

4 A NECESSIDADE DE APLICAÇÃO LIMITADA DA REGRA DE TRANSIÇÃO

Sabe-se que a relação jurídica previdenciária é direito fundamental que tem como pressuposto a legalidade, a eficiência e a moralidade, com vistas a auxiliar financeiramente os cidadãos em momentos específicos de necessidade.

Conforme os ensinamentos de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Larazzi (2011, p. 51):

Os fenômenos que levaram a existir uma preocupação maior do Estado e da sociedade com a questão da subsistência no campo previdenciário são de matriz específica: são aqueles que atingem indivíduos que exercem alguma atividade laborativa, no sentido de assegurar direitos mínimos na relação de trabalho, ou de garantir o sustento, temporária ou definitivamente, quando diminuída ou eliminada a capacidade para prover a si mesmo e a seus familiares.

A Previdência tornou-se, pode-se dizer, o instituto que mais refor-



mas legislativas sofreu desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Neste cenário de constantes mudanças regulamentares, o dever do Estado de conferir ao cidadão o benefício que mais se adeqüe a sua situação foi, em determinadas situações fáticas, mitigado diante da criação de regras gerais que deixam de singularizar os direitos específicos de cada cidadão.

Criou-se, assim, um contexto de crescimento hiperbólico de ações visando à revisão de benefícios previdenciários, as quais são justificadas pelo direito de todos os cidadãos de receber benefícios correlatos aos valores contribuídos.

Na maioria dos casos, o que ocorre é que o contribuinte busca o Judiciário para pleitear a revisão de seu benefício, haja vista que este não guarda correspondência com o valor que o mesmo recolheu durante todo o seu período contributivo, situação que viola o direito fundamental a uma remuneração justa, previsto no art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988⁷.

Entendimento básico em direito previdenciário consubstancia-se na assertiva de que uma regra de transição não pode causar maior prejuízo ao contribuinte do que a norma final⁸.

Nessa perspectiva, a Lei nº 9.876/99 não pode prever regra de transição mais nociva que a regra final e que prejudique aqueles que deverão obedecê-la, isto é, os que já estavam inscritos no Regime Geral da Previdência Social, mas só implementaram as condições do benefício almejado após a publicação da lei.

Ora, o cidadão não pode ser prejudicado tão gravemente no seu direito ao recebimento de um benefício condizente com seu histórico contributivo simplesmente porque completou os requisitos para obter o direito de se aposentar após a publicação da referida Lei. Fazê-lo seria incorrer em tal mecanização da justiça que os direitos dos cidadãos, finalidade do próprio Poder Judiciário, seriam colocados de lado frente à negativa de observância de cada caso concreto.

⁷ O direito a uma remuneração justa está previsto na Carta Magna quando esta estabelece, no art. 7º, inciso IV, que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social” um “salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”.

⁸ Regras de transição surgem com a finalidade de fazer com que o segurado não sinta os efeitos prejudiciais da alteração legislativa. É uma forma de colocar o cidadão em uma situação na qual a ele não seja aplicável o rigor da nova norma, tampouco a maleabilidade da regra antiga.



Neste diapasão, o que o presente estudo almeja elucidar é que a justiça, para fins de apuração do salário-de-benefício, está na aplicação de um Período Básico de Cálculo – PBC que leve em consideração toda a vida contributiva do cidadão, ao menos nos casos em que a aplicação da regra de transição se mostre prejudicial.

A regra do art. 3º da Lei nº 9.876/99, de fato, surgiu com o desígnio de amortizar os efeitos de uma mudança repentina no regime jurídico previdenciário, porém, sua aplicação não pode deixar de considerar período de contribuição que seja determinante para a majoração do salário-de-benefício, apenas porque este período é anterior à data limiar estabelecida de julho de 1994.

E isso tudo, ressalte-se, se deve ao fato de que, normalmente, os períodos da vida de maior remuneração são concomitantes aos períodos de maior salário-de-contribuição do segurado. Naqueles casos em que a trajetória salarial se mostra ascendente, a consideração dos salários-de-contribuição posteriores a julho de 1994 não se mostra prejudicial, entretanto, nos casos em que a órbita salarial é descendente, outra regra não pode ser aplicada se não a que estabelece a consideração de toda a vida contributiva do cidadão.

Leia-se o que segue (MIYASAKI, OLIVEIRA, 2011, p. 25):

Na exposição de motivos da Lei 9.876/99 verificou-se que o legislador procura aumentar o período básico de cálculo com o fito de buscar um equilíbrio, atingindo todo o histórico de contribuições do indivíduo. É senso comum que os indivíduos de maior renda, com vida laboral mais regular se aposentam com menor idade. Estes dados ficam claros quando se compara os valores médios de aposentadoria por tempo de contribuição e os de aposentadoria por idade. Estes últimos se apresentam quase três vezes menores. Ademais, nas idades avançadas os maiores níveis educacionais têm uma presença maior. Conforme aumenta a idade os indivíduos com primário incompleto aparecem com mais frequência. Assim, verifica-se que com o adiantar da idade, a incidência de segurados de classes mais baixas com menor escolaridade é maior. Isto reforça a idéia de que é mais justa a regra que amplia o período básico de cálculo atingindo os valores que o segurado verteu no início de sua vida laboral.

Desta feita, verifica-se que, em muitos casos, o melhor a se fazer é a aplicação da regra atualmente prevista pela Lei nº 9.876/99, a qual prevê cálculo que utiliza todas as contribuições do segurado e que, de modo geral,



só poderia ser aplicado aos cidadãos que se inscreveram na Previdência após a publicação da lei.

Por todo o exposto, vê-se a necessidade de *relativização da regra de transição* a fim de que seja atingido o fim primordial do Direito: a justiça. O cidadão não pode continuar sendo compelido a receber benefício previdenciário drasticamente desproporcional ao seu período contributivo, sob pena de se ver desrespeitado o basilar princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o qual abarca direito a uma justa remuneração.

Insta mencionar que a própria exposição de motivos da Lei nº 9.876/99 elucida que a mudança legislativa veio para privilegiar o histórico contributivo do segurado, *in verbis*:

Que ele cubra o período decorrido desde julho de 1994 até o momento da aposentadoria para os que se aposentarem a partir da promulgação deste projeto de Lei. O referido período de contribuição será progressivamente ampliado até abranger toda a trajetória salarial dos futuros aposentados.

A norma de transição, assim, há de ser considerada como regra relativa e deve ser aplicada apenas quando se apresenta mais favorável ao segurado em comparação à nova regra. E isto, ademais, se deve à regra implícita de que a norma de transição não pode ser mais maléfica que a nova norma.

Outrossim, se o legislador editou a nova norma por entendê-la mais favorável aos sistemas jurídico, atuarial e previdenciário, adequando-se melhor às condições do país, logicamente ela é a mais interessante ao interesse público, devendo ser aplicada sempre que oportuno. Desta feita, não se pode impedir que a nova norma seja aplicada ao segurado que, após a sua vigência, tenha-a como a que mais lhe favorece.

Apesar de todo o exposto, não se nega que o comum é que de fato o contribuinte aumente sua faixa de contribuição na medida da evolução da sua vida laborativa, sendo corriqueiro que ao final do período aquisitivo sua contribuição esteja no maior patamar. O problema é que, apesar de esta ser a situação mais comum, existem casos em que, por motivos adversos, o contribuinte finaliza sua vida laborativa recebendo e contribuindo valores muito menores do que algum dia já recebeu e contribuiu.

Ímpar se faz, aqui, então, fazer a interpretação teleológica da Lei nº 9.876/99, sobretudo quando da análise do estabelecido no seu art. 3º. Neste sentido é o pensamento de Mario Kendy Miyasaki e Elisangela Cristina de Oliveira, em obra intitulada “Revisão Previdenciária do Mínimo Divisor” (2010. p. 77-81), quando estabelecem, *verbis*:



A compreensão equivocada da regra de transição contraria sua finalidade que é minimizar os efeitos da lei nova para aqueles que estavam inscritos na Previdência, mas que ainda não alcançaram o direito de se aposentar. [...] se a intenção do legislador quando introduziu a alteração contemplada pela Lei 9.876/99 foi elastecer o período básico de cálculo para alcançar um benefício mais justo, bem como previu o mínimo divisor para evitar que o segurado aumente a contribuição as vésperas da aposentadoria, *não é defeso ao intérprete, quando necessário buscar contribuições fora do período fixado pelo legislador*. Esse entendimento não compromete o equilíbrio financeiro e atuarial, vez que utilizará as contribuições já vertidas pelo segurado, e a renda final mantém coerência ao que foi contribuído pelo segurado. [grifo nosso]

Mais adiante, ao defenderem a relativização da regra de transição, lecionam os autores (2010, p. 91):

Desta forma, deve ficar claro entre os magistrados, servidores e demais operadores do direito, que o artigo 3º somente deve ser aplicado quando for mais favorável ao segurado, assim como ocorreu com a regra do §1º da Emenda Constitucional, que por ser norma de transição tem aplicação relativa, ou seja, somente quando é mais vantajosa do que a regra nova. Ao segurado deve ser assistido o direito de optar pela norma mais benéfica, se assim lhe convier. Sendo verificado que os moldes da regra de transição diminuem o valor do seu benefício, pode eleger o cálculo efetuado de conformidade com o art. 29 da Lei 8.213/91 com redação dada pela Lei 9.876/99, ou seja, por *todo* o período contributivo. [grifo dos autores]

Esta é a tese defendida pelo presente trabalho. Defende-se o direito daqueles que durante longo período de sua vida contribuíram demasiadamente mais do que os valores que passaram a contribuir exatamente no período que tiveram considerado para fins de cálculo do valor de sua aposentadoria, isto é, o período compreendido entre julho de 1994 e a DER.

Diante desse quadro, o que se impõe é a concessão da revisão de benefício previdenciário sempre que seja necessária a ampliação de Período Básico de Cálculo para que o salário-de-benefício se torne justo. Tudo isto porque, como já demonstrado, em determinados casos é essencial a consideração



de todos os valores contribuídos pelo cidadão.

5 SOLUÇÕES JURÍDICAS PARA O PROBLEMA

Seguindo-se à análise do problema, o presente trabalho não poderia se omitir na apresentação de possíveis soluções. Extenso é o rol de possibilidades jurídicas para a resolução do problema da aplicação da regra de transição do art. 3º da Lei nº 9.876/99. Não obstante a isso, propõe-se aqui a solução que parece ser a mais adequada ao atual contexto jurídico previdenciário.

Nesta perspectiva, sopesa-se a necessidade de atuação direta do Poder Judiciário em sede de revisão dos benefícios injustos outorgados pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, de forma a amenizar iniquidades desmesuradas ocasionadas por uma interpretação equivocada do das normas de direito previdenciário.

Desta feita, fácil se faz perceber que a mais razoável solução jurídica para o problema apresentado está na aplicação da interpretação teleológica quando da análise da referida regra de transição. Com efeito, a regra foi inserida no ordenamento brasileiro com a finalidade de minimizar os efeitos da lei nova para aquelas pessoas que estavam inscritas na Previdência, mas que ainda não haviam alcançado o direito de se aposentar.

Ora, se a intenção da regra de transição era a minimização de efeitos mais graves da regra nova, a prática forense não pode aceitar situações em que a regra transitória é aplicada de forma a maximizar os efeitos da nova disposição, vez que, se esta lhes fosse aplicada, resultaria em maior benefício.

Tal deve ser a premissa observada pelo aplicador do direito quando da observação dos efeitos da aplicação da regra de transição. Trata-se de problema no dispositivo da lei, o que salienta a necessidade de atuação direta do Poder Judiciário na consecução de tratamentos eqüitativos⁹.

Observe-se o que diz Mário Kendy Miyasaki e Elisangela Cristina de Oliveira (2010, p.77-78):

Assim, se o segurado possuir toda a carência e contribuições necessárias a aposentadoria por idade antes de julho de 1994, e tiver apenas uma contribuição após essa

⁹ Haja vista que no sistema jurídico brasileiro prevalece a noção de igualdade substancial, que impõe tratamento desigual aos desiguais como forma de suprir as diferenças, completamente diferenciada da igualdade formal, que se teria da pura e seca aplicação da regra de transição sem observância das situações particulares.



data, terá direito à aposentadoria; no entanto, o valor do salário-de-benefício, após efetuado todo o procedimento de cálculo, será fixado num valor irrisório. Por óbvio sua RMI será no valor do salário mínimo em virtude da proibição de benefícios inferiores a este. Todavia, deve-se ter em linha de contas certas singularidades. *Suponhamos que o segurado contribuiu a vida toda com o teto, cumprida a carência, deixou de trabalhar, e possui apenas uma contribuição após julho/94. É extremamente injusto impor a este segurado uma aposentadoria no valor do salário mínimo, sendo que a contribuição a Previdência durante toda sua vida laboral foi em patamares elevados.* Doutra banda, é de se convir, que mantendo a interpretação sistemática do art. 3º, §2º, se o segurado contribuiu a vida inteira sobre um salário mínimo, e teve apenas uma contribuição no valor do teto, após julho/1994, seu salário-de-benefício seria fixado com base nesta única contribuição (considerando que o divisor está limitado a 100% de 1 é igual a 1). [...] Ambas as situações contrariam a finalidade da norma de transição.

Os autores são claros em especificar situações em que a regra de transição é aplicada fora do seu traçado de finalidade. No primeiro caso, ignorando-se todo o passado contributivo do segurado, a regra de transição¹⁰ mostra-se mais gravosa do que a lei nova; no segundo caso, a regra de transição, desconsiderando as mínimas contribuições anteriores, acaba por favorecer o segurado¹¹.

Dentro dessa perspectiva, o Judiciário deve observar, *a priori*, a conformidade da aplicação da norma de transição com a sua finalidade. Verificada a conformidade, proceder-se-á à aplicação normal da regra de transição trazida pelo art. 3º da Lei 9.876/99. Em caso de inconformidade, isto é, quando, na aplicação ao caso concreto, a norma transitória se mostrar mais ou menos favorável ao segurado (e não intermediária entre a velha e a nova regra), deve-se proceder à limitação de sua aplicação¹², o que se dará com a consideração de todo o período contributivo do segurado.

¹⁰ Esta que, recorde-se, foi criada para amenizar o rigor da regra contida na nova disposição da lei.

¹¹ Relembrando que a regra de transição deve estar em um patamar intermediário entre a lei anterior, mais benéfica, e a lei posterior, prejudicial.

¹² Todas as assertivas partem do pressuposto verificável de que o entendimento não compromete o equilíbrio financeiro e atuarial.



Ademais, importa mencionar que, quando se trata de regra de transição, o normal é o estabelecimento de sua aplicação relativa, como acontece, a título de exemplo, com a regra de transição constante da Emenda Constitucional nº20/98, no que tange à possibilidade de opção pela extinta aposentadoria por tempo de contribuição proporcional¹³.

Neste íterim, o magistrado deve ter em mente que o art. 3º da Lei nº 9.876/99 somente deve ser aplicado quando em conformidade com a finalidade da regra – utilização de interpretação teleológica. Não sendo o caso, portanto, o correto é que se dê lugar à *aplicação limitada* da ora estudada regra de transição.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da observação de todo o explanado no presente trabalho, conclui-se que a regra de transição inserta no art. 3º da Lei nº 9.876/99 deve ser observada com cautela para que não sejam esquecidos os princípios constitucionais que devem nortear toda e qualquer aplicação do direito positivo.

Os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade e da moralidade administrativa são alguns dos princípios que impõem a aplicação limitada da referida regra. Ressalte-se que, no sistema jurídico brasileiro, se aceita a regra implícita de que regras de transição somente devem ser aplicadas quando não se mostram mais prejudiciais ao indivíduo do que a nova regra instituída.

Como bem se asseverou nesse artigo, o Poder Judiciário possui importante papel, em sede de revisão dos benefícios previdenciários, na solução das iniquidades criadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social. Os órgãos judiciários brasileiros, compondo os conflitos de interesse em cada caso concreto, devem partir de uma interpretação teleológica da regra de transição para aferir as circunstâncias em que elas não devem ser aplicadas.

Desse modo, à guisa de conclusão, reitera-se a necessidade de justiça na concessão dos benefícios previdenciários, noção que deve imperar tanto em searas administrativas quanto em meios judiciais. O direito positivo, assim, não pode mitigar o que está constitucionalmente assegurado aos cidadãos.

¹³ O §1º do art. 9º da Emenda Constitucional nº 20/98 fornece ao segurado a possibilidade de opção entre a norma de transição e a nova norma. A regra de transição não é imposta, como acontece no caso tratado neste estudo, mas oferecida como alternativa ao segurado.



REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

BALERA, Wagner. **Legislação Previdenciária anotada**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 13. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ÍBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 6. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MIYASAKI, Kendy; OLIVEIRA, Elisangela Cristina de. **Revisão Previdenciária do Mínimo Divisor**. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Previdência e Assistência Social: legitimação e fundamentação constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

**SOCIAL PENSION SYSTEM AND CALCULATION
BASIC PERIOD: THE NEED OF LIMITED APPLICATION OF THE TRANSITION RULE OF THE ART. 3 OF LAW 9.876/99**

ABSTRACT

The pension system rules, in the Brazilian legal



system, experienced several mutations over the years, many of them accompanied by transitional rules. The so-called transition rules are intended to the amortization of the effects of sudden changes of regulation. The rule contained in art. 3 of the Law 9.876/99, embedding into this concept, establishes the ruling applicable to those who, despite already enrolled in the pension system, only met all the requirements for the provision of retirement after the publication of the law. This study, through concise analysis of the elements that surround the theme, combining them with the constitutional principles able to justify the defended thesis, concludes to the need of limited application of that transition rule. After comprehensive approach on the relevant issues, presents a possible legal solution to the problem of its application. Thereby, suggests, in the end, the expansion of the Calculation Basic Period, with the consideration of the entire contributory period of the insured, ever the transition rule show itself harmful.

Keywords: Social Pension System. Transition rule. Limited application. Calculation Basic Period.



Regras de Publicação para a Próxima Edição

Todas as normas que regem a publicação de artigos na trigésima primeira edição da Revista Jurídica In Verbis encontram-se disponíveis para download no site oficial do periódico – www.inverbis.com.br -, na seção “Normas”. As referidas normas consistem em Edital e Guia de Normas, este anexo àquele. Na supradita seção, há também um artigo modelo elaborado, a convite, pelo Professor Igor Alexandre Felipe de Macêdo.

