



28

REVISTA

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE



MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

28

REVISTA

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE



MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

ISSN 1806-2598



MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

Procurador-Geral de Justiça: José Rony Silva Almeida

Corregedor-Geral: Josenias França do Nascimento

Coordenadora-Geral: Ana Christina Souza Brandi

Ouvidora: Maria Cristina da Gama e Silva Foz Mendonça

Colégio de Procuradores

José Rony Silva Almeida – Presidente

Moacyr Soares da Mota

José Carlos de Oliveira Filho

Maria Cristina da Gama e Silva Foz Mendonça

Rodomarques Nascimento

Luiz Valter Ribeiro Rosário

Josenias França do Nascimento

Ana Christina Souza Brandi

Celso Luís Dória Leó

Maria Conceição de Figueiredo Rollemberg

Carlos Augusto Alcântara Machado

Ernesto Anízio Azevedo Melo

Jorge Murilo Seixas de Santana

Paulo Lima de Santana

Eduardo Barreto d'Ávila Fontes

Comissões Permanentes

Assuntos Institucionais

Maria Conceição de Figueiredo Rollemberg

Carlos Augusto Alcântara Machado

Jorge Murilo Seixas de Santana

Assuntos Administrativos

José Carlos de Oliveira Filho

Rodomarques Nascimento

Celso Luís Dória Leó

Secretário-Geral do MPSE: Manoel Cabral Machado Neto

Assessor-Chefe do Gabinete do Procurador-Geral de Justiça: Eduardo Barreto d'Ávila Fontes

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE

Diretor-Geral: Newton Silveira Dias Junior

Coordenador De Ensino: Henrique Ribeiro Cardoso

Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe, nº 28
Aracaju (2016): Ministério Público do Estado de Sergipe, 1991

ISSN 1806-2598

1. Direito - Periódicos. I. Sergipe. Ministério Público.
(060.1/8)

CDU. 34 (05)

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

AV. CONSELHEIRO CARLOS ALBERTO SAMPAIO, 505 - CENTRO ADMINISTRATIVO GOV. AUGUSTO FRANCO

Bairro: CAPUCHO

ARACAJU - SERGIPE - CEP: 49081-000 - Tel:79-3209-2400

Site: www.mpse.mp.br

E-mail: ouvidoria@mpse.mp.br

Diretor do Centro de Apoio Operacional das Atividades Cíveis e Criminais

ADSON ALBERTO CARDOSO DE CARVALHO

Diretor do Centro de Apoio Operacional de Defesa do Patrimônio Público e da Ordem Tributária

HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO

Diretor do Centro de Apoio Operacional dos Direitos à Educação

ALEXANDRO SAMPAIO SANTANA

Diretor do Centro de Apoio Operacional de Defesa dos Direitos Humanos

BERENICE ANDRADE DE MELO

Diretora do Centro de Apoio Operacional dos Direitos da Infância e Adolescência

MIRIAM TERESA CARDOSO MACHADO

Diretora do Centro de Apoio Operacional dos Direitos da Mulher

GICELE MARA CAVALCANTE D'ÁVILA FONTES

Diretor do Centro de Apoio Operacional dos Direitos à Saúde

NILZIR SOARES VIEIRA JÚNIOR

Diretor do Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente, Urbanismo, Patrimônio Social e Cultural

CARLOS HENRIQUE SIQUEIRA RIBEIRO

Diretora do Centro de Apoio Operacional de Proteção ao Rio São Francisco e às Nascentes

ALLANA RACHEL MONTEIRO BATISTA SOARES COSTA

Diretor do Centro de Apoio Operacional de Segurança Pública

JOÃO RODRIGUES NETO

Diretora do Centro de Apoio Operacional do Terceiro Setor

ANA PAULA MACHADO COSTA MENESES

Diretor do Gabinete de Segurança Institucional – GSI

LUÍS ALBERTO MOURA ARAÚJO

Diretor do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado - GAECO

JARBAS ADELINO SANTOS JUNIOR

CONSELHO EDITORIAL

Newton Silveira Dias Junior (Editor)
Alexandre Albagli Oliveira
Carlos Augusto Alcântara Machado
Henrique Ribeiro Cardoso
Manoel Cabral Machado Neto

CRÉDITOS

FOTOS

Celene Socorro de Moraes Oliveira
Mônica Barbosa Lima Ribeiro
Luiz Tadeu Costa Maynard

MATÉRIAS

Géssica Santos Souza Cabral
Mônica Barbosa Lima Ribeiro
Kamille Perez Pereira Ramos (estagiária)
João Oliveira Dória Júnior (estagiário)

REVISÃO

Newton Silveira Dias Junior
Luã Silva Santos

EQUIPE TÉCNICA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE

Conceição Fontes Felix Costa
Jaqueline Baptista de Almeida
João Ricardo Andrade Côrtes
Luã Silva Santos
Lucas Campos Salmeron Dantas
Luiz Tadeu Costa Maynard
Mariana Batista Costa Araújo
Milliane Pinheiro da Silva
Oleânia Menezes Souza
Renata Moreira Sandes Guerra

ESTAGIÁRIOS DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE

Kamille Perez Pereira Ramos
João Oliveira Dória Júnior

FOTO DA CAPA

Chris Brota

DESIGN, DIAGRAMAÇÃO, ILUSTRAÇÃO E PRODUÇÃO GRÁFICA

Vanderley Rodrigues
Julia Rossini Machado Souza (Estagiária de Design)
Nestor Alves Junior (Estagiário de Design)
Rafael Ramos Pereira (Estagiário de Design)



Newton Silveira Dias Junior

Promotor de Justiça do Ministério Público de Sergipe
Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público de Sergipe

O ano de 2016 foi marcado por um intenso debate político, em que todos manifestavam com incomum paixão suas opiniões, ora para defender suas ideias, ora para atacar as que lhe fossem contrárias. Defender ou atacar ideias menos com argumentos do que com paixão tem, no entanto, um efeito colateral indesejável: sobra a beligerância, rareia a temperança.

Como vimos enfatizando nas últimas edições da nossa revista, pretende-se aqui oferecer um ambiente propício para que se exponham ideias que, se convergentes, se completem, e se divergentes, não apenas se tolerem, mas sobretudo se respeitem. Importam os argumentos e sua base teórica.

É mais uma vez nesse contexto de valorização do pensamento, e de respeito pelas diferenças, que apresentamos, com grande satisfação, mais uma edição da Revista do Ministério Público de Sergipe. A maior inovação desta edição não é visível graficamente, porque antecedeu à publicação mesma da revista. Esteve na fase preparatória, a da recepção de trabalhos. Pela primeira vez foi permitido aos autores o envio de artigos por meio exclusivamente eletrônico, através de *e-mail*.

A divulgação do edital de chamada também por meio da internet, retirando-se a restrição de entrega dos trabalhos impressos, mesmo que por via postal, nos concederam a honra de recebermos trabalhos de autores de diversas partes do Brasil. A ampliação do universo de artigos recebidos, incluindo-se as contribuições exógenas, constituem importantes fatores para uma melhora da qualidade dos artigos, meta perseguida incansavelmente por todo o Conselho Editorial.

Agradecemos a todos que nos confiaram o envio dos seus trabalhos, o que é e sempre será uma grande honra para nós. Os agradecimentos são estendidos aos autores cujos trabalhos não tenham sido selecionados para publicação, o que, muitas vezes, se deve mais à necessidade de limitação de espaço, do que a qualquer déficit de qualidade desses trabalhos.

Por fim, mas não menos importante, agradecemos aos membros do Conselho Editorial, pela seriedade e dedicação na avaliação dos trabalhos, e a todos aqueles que participaram de todo o processo até se chegar a esta publicação, que, conquanto não primoroso aos olhos de todos, já que não se pretende isento de crítica, deve ser motivo de grande orgulho para todos nós do grande Ministério Público de Sergipe.

Agradecimento especial ao Procurador-Geral de Justiça, Dr. José Rony Silva Almeida, pela liberdade e independência responsáveis que nos foram asseguradas, atitude digna de um verdadeiro líder.

Tenham todos uma boa leitura!



José Rony Silva Almeida

Procurador-Geral de Justiça de Sergipe

É graduado pela Universidade Federal de Sergipe. Ingressou no Ministério Público de Sergipe em 1992. Iniciou sua carreira de Promotor de Justiça no município de Porto da Folha. Depois atuou nas Promotorias de Justiça de Cristinápolis, Maruim, Estância, atuou, ainda, na Promotoria de Justiça do Tribunal do Júri e da Saúde, ambas em Aracaju. Foi Presidente da Associação Sergipana do Ministério Público – ASMP por quatro anos, Secretário-Geral do MP também por quatro anos e é, atualmente, Presidente do Grupo Nacional de Direitos Humanos – GNDH.

Qual a sua avaliação desses dois anos de gestão?

Dr. Rony – Fizemos o que foi possível, apesar de tanta contenção de despesas e crise. Pudemos executar o orçamento e tentar fazer aquilo que colocamos no nosso programa. A prestação de contas apresentada demonstra as ações desempenhadas. Como gestor, estou satisfeito por ter contribuído de algum modo para que o MP de Sergipe avançasse na atividade-fim, mas quem tem que avaliar, na verdade, são os membros e os servidores.

Alguns projetos foram colocados como metas para melhorar o trabalho desenvolvido pela Escola Superior. Quais deles foram implantados?

Dr. Rony – Foram assinadas dezenas de Convênios e Termos de Cooperação Técnica, com diversos órgãos. Tudo isso para buscar parcerias que auxiliassem na atividade-fim do Ministério Público. Nos últimos dois anos, foram realizados mais de 40 eventos, entre cursos de aperfeiçoamento, seminários, fóruns, oficinas e encontros. Além disso, controlamos e integramos todas as informações relativas aos eventos promovidos pela ESMP/SE, através do Sistema de Gestão de Eventos. O SGE é composto de registro biométrico, que garante o controle de presença dos participantes nos eventos, antes feitos manualmente. Através do Sistema, os participantes de qualquer curso, seminário, ou palestra, podem, facilmente, imprimir seu próprio Certificado de Participação. Também conseguimos que a Revista do MPSE fosse reconhecida pelo sistema CAPES/QUALIS como um periódico científico.

A Escola Superior do MPSE está sempre inovando com palestras e cursos, para oferecer capacitação aos membros e servidores. Qual a importância desse trabalho feito pela ESMP?

Dr. Rony - A Escola Superior é o laboratório de ideias da Instituição. É um lugar onde a gente pode transformar a teoria em prática. São vários eventos/cursos em todas as áreas de atuação do MP, como ambiental, saúde, educação, patrimônio público, pessoa com deficiência, entre outros. Todo o trabalho é feito para que o membro e o servidor possam prestar um bom serviço à população. A meta de gestão sempre foi a atividade-fim, que é fortalecida pelo apoio da Escola Superior. Por isso priorizamos todas as atividades realizadas pela ESMP. Disponibilizamos pessoal e material para que a Escola pudesse promover cursos e capacitações e se envolvesse em todas as questões relacionadas à atividade-fim do Ministério Público. O trabalho feito por Dr. Newton e Dr. Henrique tem sido gratificante e reconhecido pelos colegas. A administração continuará apoiando os projetos da Escola Superior. A Escola Superior continua sendo a prioridade, para que o MP esteja sempre qualificado e capacitado, pois a meta é ser eficiente.

A Biblioteca da Escola Superior do MP de Sergipe é uma referência nacional. Há projetos para incrementar o acervo?

Dr. Rony - A Biblioteca está sempre atualizada. Ao longo dos anos, o acervo tem sido renovado. Tudo aquilo que a ESMP projeta e idealiza a administração superior tem apoiado. O mais novo projeto é que cada Unidade Ministerial tenha uma minibiblioteca. Consultamos os Promotores de Justiça que trabalham no interior do Estado, sobre os livros e códigos mais utilizados, e já os adquirimos. Então, além da biblioteca central, cada membro terá um material prático e acessível, ao seu alcance imediato.

Quais as expectativas da atuação da Escola Superior em 2017?

Dr. Rony - Esperamos que a ESMP continue realizando o trabalho maravilhoso que vem fazendo ao longo dos anos, e que direcione toda a capacitação e qualificação para melhorar sempre o serviço prestado pelo MPSE. Com isso, teremos servidores e membros qualificados para prestarem um serviço público eficiente. Outra novidade da ESMP, para 2017, será a implantação da Plataforma Moodle para EAD (Educação à Distância): um Sistema de administração de atividades educacionais, destinado à criação de comunidades on-line, em ambientes virtuais voltados à aprendizagem. A implantação do ensino a distância na ESMP facilitará o treinamento de membros e servidores da Instituição. Já adquirimos as plataformas e estamos encaminhando tudo para a preparação. Essa é mais uma meta cumprida pela nossa gestão.

SUMÁRIO

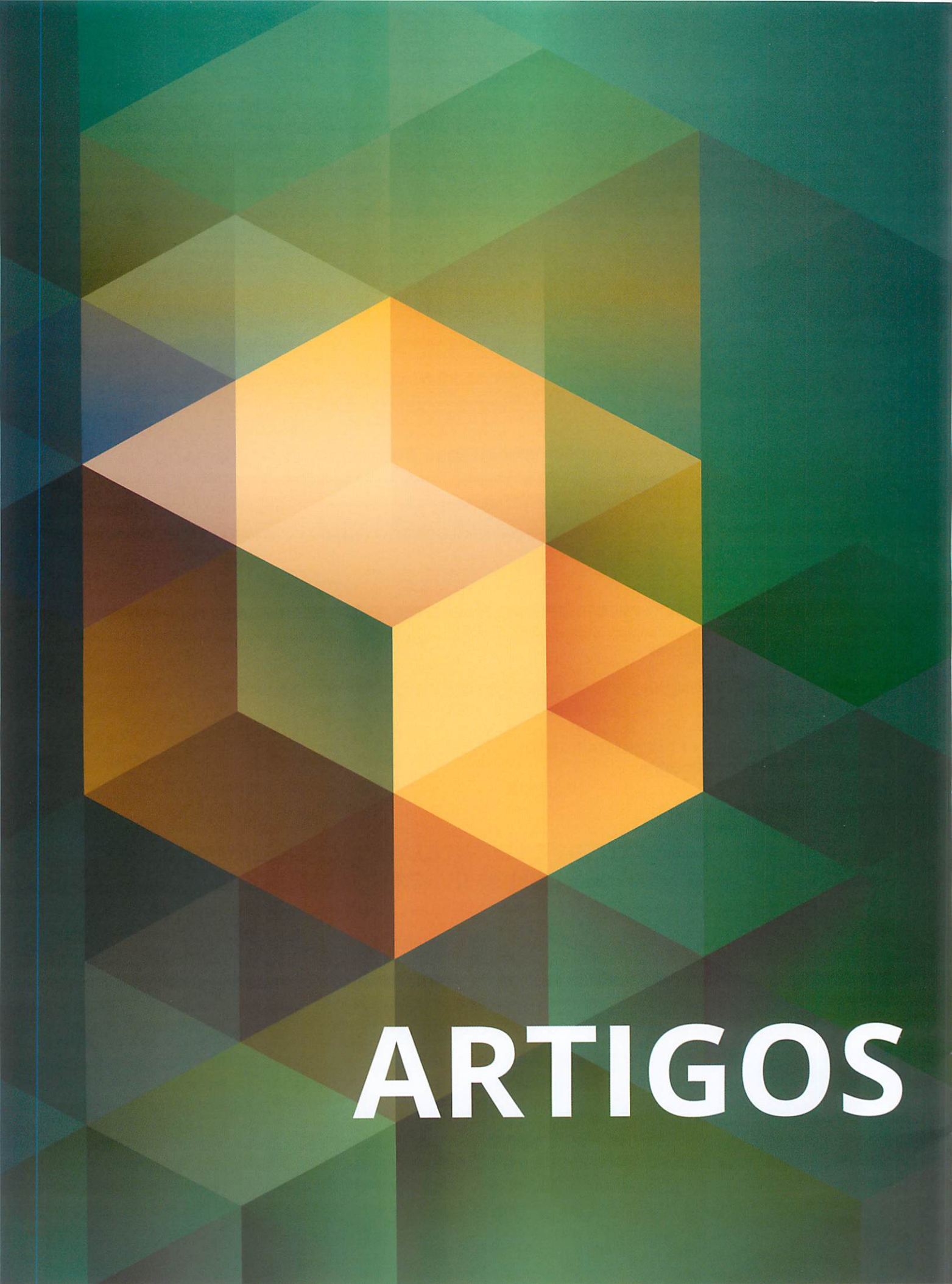
ARTIGOS

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL.....	11
Alice Regina Louredo Nascimento	
CONFLITO ENTRE LEI E REGULAMENTO: REFLEXÕES A PARTIR DO PENSAMENTO DE VICTOR NUNES LEAL.....	19
Angela Limongi Alvarenga	
A RACIONALIDADE LEGISLATIVA E O TRATAMENTO DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL.....	26
Carla Martins Moura Silva	
GUARDA ALTERNADA OU GUARDA COMPARTILHADA? UMA DÚVIDA EM QUESTÃO.....	35
Denise Coelho de Almeida	
ART. 942 DO NCPC: SOLUÇÃO OU RETROCESSO QUALIFICADO? VICISSITUDES DE UM AMBICIOSO LEGISLADOR ORDINÁRIO.....	43
Diego de Lima Cardoso	
O TRATAMENTO JURISDICIONAL DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E SUA RELATIVIZAÇÃO À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	58
Diego Fonseca Garcia	
O PRINCÍPIO DA FALÁCIA NO PROCESSO PENAL.....	72
Gabriel Salvino Chagas Nascimento	
DA PATERNIDADE BIOLÓGICA À SOCIOAFETIVA.....	80
Ianny Carolyn Almeida	
ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO COMBATE À CORRUPÇÃO.....	91
Isabella Arruda Pimentel	
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E DESACORDO MORAIS: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO REAFIRMADOR DO COMPROMISSO PLURALISTA.....	100
Italo Menezes da Silva	
O “EFEITO CARONA” NO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS.....	112
Izac Silva de Jesus	

O PROTAGONISMO DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	120
Juliana Couto Vasconcelos	
A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA SOB A ÓTICA DO ART. 28 DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR.....	130
Lívia Munique Almeida Lima	
AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO NOS MOLDES DA RESOLUÇÃO DO CNJ Nº 213/15 PARA O ADOLESCENTE INFRATOR.....	141
Marcia Jaqueline Oliveira Santana	
REQUISITOS DE VALIDADE DO PSICOTESTE COMO ETAPA ELIMINATÓRIA DE CONCURSO PÚBLICO E SEU CONTROLE JUDICIAL.....	151
Renata Guimarães Prazeres	
O INSUSTENTÁVEL GERENCIAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS NA REGIÃO METROPOLITANA DE ARACAJU..	161
Sandro Luiz da Costa	
DEPENDÊNCIA QUÍMICA E (IN)IMPUTABILIDADE.....	168
Silvio Roberto Matos Euzebio	

AMOSTRA DE EVENTOS CIENTÍFICOS DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE 2015 - 2016

Amostra de Eventos Científicos da Escola Superior do Ministério Público de Sergipe 2015.....	175
Amostra de Eventos Científicos da Escola Superior do Ministério Público de Sergipe 2016.....	187
Normas para Publicação.....	199



ARTIGOS

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL

Alice Regina Lourêdo Nascimento

Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Sergipe - UFS. Técnica do Ministério Público do Estado de Sergipe.



INTRODUÇÃO

Tal qual todo ato postulatório, o recurso, ao ser interposto, passa por dois graus de verificação, doutrinariamente denominados de juízo de admissibilidade e juízo de mérito, conforme as clássicas lições de Moreira (1997).

Na primeira análise, a autoridade judiciária (geralmente o juízo a quo, excepcionando-se os casos em que a insurgência é interposta diretamente no tribunal) inspeciona se foram preenchidos os requisitos formais impostos pela lei processual para que o conteúdo do recurso seja apreciado, os quais são tecnicamente denominados pressupostos recursais de admissibilidade.

Posteriormente, superada a análise prévia, ou seja, conhecendo-se o recurso, parte-se para a verificação dos seus fundamentos, com vistas a verificar se ele merece ser acolhido ou rejeitado.

Em suma, com as precisas palavras de Rosenberg (2012, p. 255), primeiramente se examina se o recurso é admissível e, depois, se ele é fundado.

Mutatis mutandis, pode-se dizer que tais pressupostos estão para os recursos assim como as condições da ação estão para a ação, na medida em que são exigências formais indispensáveis para o prosseguimento da análise meritória, assim como podem/devem ser analisadas de ofício pela autoridade julgadora, por serem questões de ordem pública.

Vale ressaltar que será utilizada a tradicional classificação dos requisitos de admissibilidade consagrada por Barbosa Moreira, que os secciona em *intrínsecos* e *extrínsecos*. A escolha deve-se, sobretudo, por esta classificação ser majoritariamente professada pela doutrina, o que não significa desprestígio a outras classificações existentes.

PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

1. CABIMENTO

Para que se possa verificar se determinado recurso preenche o requisito do cabimento, dois pontos merecem ser observados, na seguinte ordem: a) a recorribilidade da decisão; b) a adequação na escolha da espécie recursal utilizada.

A análise da recorribilidade do pronunciamento judicial é o primeiro ponto a ser observado por uma questão simples: acaso o ato seja irrecorrível, resta prejudicado o exame da espécie recursal adequada para o caso.

Nesse sentir, cabe fazer menção ao art. 1001 do Novo Código de Processo Civil, que prevê o não cabimento de recursos em face de despachos, merecendo ressalva o fato de que, apesar de o dispositivo acima ser taxativo, os despachos com alta carga decisória – com natureza jurídica de decisão interlocutória, portanto – podem ser alvo de insurgência recursal.

Constatando-se a recorribilidade da decisão, deve-se passar para o exame da adequação da espécie recursal, a qual se dá mediante a subsunção do caso concreto aos recursos taxativamente previstos no CPC (apelação, agravo, embargos infringentes, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário e embargos de divergência em recurso especial/extraordinário).

Ressalte-se que o pressuposto “cabimento”, sobretudo no tocante à adequação do recurso interposto, não é absoluto, sendo afastado, em alguns casos, pelo princípio da fungibilidade, que “permite a conversão de um recurso em outro, no caso de equívoco da parte, desde que não houvesse erro grosseiro ou não tenha precluído o prazo para a interposição”.

Assim, nos casos em que ocorrer dúvida objetiva na doutrina ou na jurisprudência, inexistência de erro grosseiro e observância ao prazo, admite-se a aplicação do princípio da fungibilidade, o que resulta no conhecimento do recurso inadequado como se adequado fosse, flexibilizando o pressuposto recursal intrínseco “cabimento”.

Por fim, digno de lembrança é o fato de que tal princípio estava previsto no art. 810 do CPC/1939, o qual determinava que “salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou Turma, a que competir o julgamento”.

2. LEGITIMIDADE

Quanto ao requisito da legitimidade, imperiosa é a referência ao art. 996 da nova Legislação Processo Civil, peremptório ao aduzir que “o recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, como parte ou como fiscal da ordem jurídica”.

Observa-se, assim, que existem três formas de legitimidade para a interposição da irresignação, a qual pode ser ofertada pelas partes, por terceiro prejudicado e pelo Parquet.

É importante destacar que o NCPC, quando fez menção à “parte vencida”, não fez referência apenas ao autor e ao réu, mas, igualmente, àquele que participe da relação processual mediante alguma das formas de intervenção previstas nos arts. 119 e seguintes do Codex (assistência, oposição, nomeação à autoria, denúncia da lide e chamamento ao processo).

Em outras palavras, o assistente, se desejar interpor um recurso em face de alguma decisão proferida no bojo de determinado processo, assim o fará na condição de parte, por ter adquirido esta qualidade quando da efetivação de uma das modalidades interventivas.

Diferente é a situação daquele que é denominado pelo supracitado art. 996 como “terceiro prejudicado”, que, conforme preleciona Didier e Cunha (2013, p. 52), é aquele que até então não participa do processo, embora tivesse legitimidade por meio das formas de intervenção de terceiro.

Ato contínuo, não existe dúvida quanto à legitimidade recursal do Ministério Público, a qual é bem definida pelo caput do artigo 996 do Código de Processo Civil em vigor, podendo o órgão ministerial apresentar recurso sempre que for parte, bem como naqueles feitos em que atuou (ou deveria atuar) na qualidade de custos legis.

Para finalizar, cabe aduzir, além das hipóteses aqui mencionadas, acerca da legitimidade recursal da Comissão de Valores Mobiliários quando atuar no feito na condição de *amicus curiae*, de acordo com as disposições do art. 31, §3º, da Lei 6.385/1976.

3. INTERESSE RECURSAL

Conforme dito anteriormente, os pressupostos de admissibilidade recursal estão para o recurso assim como as condições da ação estão para a ação. A referida conclusão é comprovada especialmente quando do estudo do requisito “interesse recursal”, cuja metodologia aplicada para a aferição do seu preenchimento é extremamente semelhante àquela utilizada na análise do interesse de agir.

A doutrina é unânime ao reconhecer a similitude entre o interesse de agir (condição da ação) e o interesse recursal (pressuposto de admissibilidade dos recursos). Por todos, Didier e Cunha (2013, p. 619-620):

Conforme já foi afirmado, existe uma proximidade evidente entre os pressupostos processuais e as condições da ação e os requisitos de admissibilidade recursal, sendo unânime na doutrina o entendimento de que o interesse recursal deve ser analisado à luz do interesse de agir. A mesma ideia de utilidade da prestação jurisdicional presente no interesse de agir verifica-se no interesse recursal, entendendo-se que somente será julgado em seu mérito o recurso que possa ser útil ao recorrente.

Assim, tal qual em relação à análise do interesse de agir, para que o recurso seja admitido, é necessária a presença do binômio “necessidade-adequação”.

Dissecando-se o binômio acima apresentado, tem-se, em relação ao seu primeiro elemento, que o recurso interposto será considerado necessário quando for o único meio (afora as ações autônomas) que possibilite ao recorrente uma situação jurídica mais favorável do que aquela proporcionada pela decisão recorrida, conforme preleciona Moreira (2005, p. 298-306).

Câmara (2013, p. 73), com a didática que lhe é comum, exemplifica o elemento acima:

Este primeiro componente do interesse em recorrer (utilidade/necessidade) será mais facilmente compreendido com a apresentação dos exemplos seguintes. Ajuizada demanda por Fulano em face de Beltrano, onde se pediu a condenação do demandado ao cumprimento de certa prestação, profere o juízo sentença de improcedência, declarando a inexistência de tal obrigação. A sentença gera, para o demandante, uma situação jurídica desfavorável, já que afirma inexistir o crédito por ele deduzido em juízo. A interposição de recurso contra tal sentença, como parece óbvio, faz nascer a possibilidade de tal decisão ser reformada, condenando-se o demandado ao cumprimento da obrigação. Não sendo interposto o recurso, porém, a sentença será alcançada pela autoridade de coisa julgada material, tornando-se imutável e indiscutível. Verifica-se, assim, que o recurso era o único meio, posto à disposição da parte vencida, de alcançar situação mais favorável do que aquela proporcionada pelo provimento judicial impugnado. É, pois, necessário o recurso.

Outra hipótese que se pode considerar é a de decisão que, num processo qualquer, indefere a produção de certa prova requerida por uma das partes. Esta decisão gera para a parte que havia requerido a produção da prova um prejuízo, o qual só irá desaparecer alcançando a parte

a situação jurídica que pretendia obter, se for interposto recurso contra aquele provimento, sob pena de se dar a preclusão da questão decidida por pronunciamento irrecorrido.

Prosseguindo-se com a decomposição do binômio “necessidade-adequação”, tem-se que recurso adequado é aquele que, na prática, esteja concretamente apto a melhorar a situação do recorrente.

Imagine-se, nesse sentido, que determinado acórdão seja fundamentado em preceitos constitucionais e infraconstitucionais e a parte sucumbente, ao recorrer, interponha apenas o Recurso Extraordinário, direcionado ao Supremo Tribunal Federal, sem, contudo, combater o fundamento infraconstitucional da decisão.

Sendo o argumento infraconstitucional igualmente apto a manter a decisão recorrida, o Recurso Extraordinário não deve ser conhecido por falta de interesse recursal.

O recorrente deveria, em tal caso, interpor os denominados recursos cruzados, de modo a combater, junto ao Supremo Tribunal Federal, mediante o Recurso Extraordinário, o argumento constitucional e,



junto ao Superior Tribunal de Justiça, por intermédio do Recurso Especial, o argumento infraconstitucional.

Sobre esta questão, é imprescindível a transcrição da Súmula 126 do Superior Tribunal de Justiça, cuja redação é a seguinte: “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamento constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte não manifesta recurso extraordinário”.

É imperioso, também, ressaltar o entendimento da Corte Suprema acerca da necessidade de o recorrente impugnar todos os argumentos aptos a manter a decisão recorrida, conforme se depreende da Súmula 283 do STF, a qual reza que “é inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”.

Destaque-se, por fim, que o elemento “adequação” não se confunde com o já mencionado pressuposto intrínseco “cabimento”, haja vista que este corresponde à previsão abstrata acerca da recorribilidade de determinado ato judicial, enquanto aquele corresponde à análise concreta da possibilidade de o recurso interposto afastar a sucumbência suportada pelo recorrente.

4. INEXISTÊNCIA DE FATO IMPEDITIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO DE RECORRER

Finalizando a análise dos pressupostos intrínsecos de admissibilidade recursal, tratar-se-á do requisito referente à inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer.

Consoante ensinou Barbosa Moreira (2005, p. 340), “a ninguém é dado usar as vias recursais para perseguir determinado fim, se o obstáculo ao atingimento deste fim, representado pela decisão impugnada, se originou de ato praticado por aquele mesmo que pretende impugná-la”.

É possível constatar, portanto, que o presente tópico trata de requisitos negativos de admissibilidade recursal, na medida em que se refere a fatos que não podem ocorrer para que determinado recurso seja conhecido. Nessa toada, são três as espécies de fatos impeditivos ou extintivos do direito de recorrer: a desistência, a renúncia e a aceitação.

A desistência está positivada no art. 998 do Novo Código de Processo Civil, dispositivo que autoriza o recorrente a desistir do recurso, a qualquer tempo, independentemente da anuência do recorrido ou dos litisconsortes.

É importante ressaltar que os tribunais superiores têm entendido o termo “a qualquer tempo” de forma ampla, admitindo a desistência do recurso inclusive quando o julgamento já tiver sido iniciado. Exceção a essa regra ocorre quando a insurgência for escolhida para fins de uniformização jurisprudencial ou nos casos em que ficar evidenciada a má-fé processual, como, por exemplo, quando a parte recorrente desistir de recurso cujo julgamento já está em fase avançada para que não seja fixado entendimento contrário aos seus interesses.



Por fim, no tocante à desistência, pode-se classificá-la em expressa ou tácita. A primeira forma pode ser exemplificada como a renúncia realizada pela parte de forma escrita ou oral, enquanto a segunda espécie é caracterizada quando a parte que interpôs agravo retido não o ratifica em sede de apelação.

Em relação à renúncia, nota-se a sua previsão legislativa no art. 999 da Nova Lei de Ritos, o qual dispõe que “a renúncia ao direito de recorrer independe da aceitação da outra parte”.

A diferença básica entre a renúncia e a desistência é visualizada quando da análise do momento de sua realização: a renúncia é empreendida anteriormente à interposição da irresignação, ao passo que a desistência somente é efetivada após a apresentação do recurso, mesmo no caso da desistência tácita, haja vista que o agravo retido já havia sido interposto no Juízo a quo.

Tal qual a desistência, a renúncia pode ser classificada como expressa ou tácita. Esta é visualizada quando a parte deixa transcorrer o prazo recursal in albis, à medida que aquela é contemplada quando a parte sucumbente declara a sua ausência de interesse em recorrer, escrita ou verbalmente.

Além disso, a renúncia pode ser total ou parcial, de modo que a parte renunciante pode limitar a renúncia ao direito recursal de forma principal, sem, contudo, renunciar ao seu direito de recorrer adesivamente, conforme o entendimento doutrinário majoritário.

Nessa toada, eis as lições de Theodoro Júnior (2014, p. 848):

Da desistência do recurso ou da renúncia ao direito de interpô-lo, decorre o trânsito em julgado da sentença. Fica, todavia, assegurado o direito ao renunciante ou desistente de valer-se do recurso adesivo, caso venha a outra parte a recorrer após a renúncia ou desistência.

Por fim, no tocante à aceitação ou, como alguns chamam, aquiescência, nota-se a sua previsão legal no art. 1000 do NCPC, peremptório ao determinar que a parte que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão não poderá recorrer.

Tal previsão nada mais é do que uma incidência do instituto da preclusão lógica, haja vista que, se a parte pratica ato incompatível com a vontade de impugnar a decisão, demonstrando concordância com o ato judicial, não haveria motivos para que a mesma interpusse recurso impugnando o decisum.

A doutrina lista alguns fatos que exemplificam o ato da aceitação, tais quais o pagamento da condenação, o levantamento de valores depositados na ação consignatória, apresentação das contas exigidas na ação de prestação de contas, desocupação do imóvel e entrega das chaves na ação de despejo, a realização de transação, a afirmação de que a parte aceita a decisão proferida e o cumprimento da condenação antes mesmo de ela se tornar exequível.

PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

1. PREPARO

O presente requisito extrínseco de admissibilidade recursal, denominado “preparo”, consiste no pagamento, por parte do recorrente, das despesas processuais relacionadas com o processamento do recurso, as quais são compostas pelas custas processuais propriamente ditas e pelos gastos com o porte de remessa e retorno, quando se fizer necessário o deslocamento dos autos.

Conforme dispõe o art. 1007 da novel legislação processual civil, o recorrente comprovará o respectivo preparo quando da interposição da irresignação, sob pena de sofrer a sanção denominada “deserção”, que acarreta na inadmissibilidade do recurso.

Em que pese a Lei Processual Civil ser categórica ao definir que o preparo deve ser comprovado quando da interposição do recurso, resta pacificado que a pena de deserção não deve ser reconhecida de imediato, com base no art. 1007, §4º, do Código de Processo Civil em vigor, devendo ser efetuada a intimação do recorrente para que sane tal vício.

A legislação, embora seja excessivamente rígida quanto à necessidade do preparo, estabeleceu algumas exceções a esta regra, tanto de ordem objetiva – relacionadas às espécies recursais –, quanto de ordem subjetiva – relacionadas aos responsáveis pela interposição do recurso.

No tocante ao primeiro aspecto, observa-se que a legislação isentou o recorrente de realizar o preparo quando da interposição de embargos de declaração (art. 1023 do NCPC).

Quanto ao segundo aspecto, nota-se a isenção no preparo por parte do Ministério Público, União, Estados, Municípios, suas respectivas autarquias, bem

como os beneficiários da justiça gratuita, segundo o art. 1007, §1º, do Novo Código de Processo Civil.

Por fim, deve-se fazer menção ao art. 1007, §2º, da Nova Lei de Ritos, que prevê a obrigatoriedade de o juízo intimar o recorrente para complementar o preparo acaso o seu valor seja insuficiente, dentro do prazo de cinco dias, e, somente após tal providência, declarar a deserção, caso o vício não seja sanado.

2. REGULARIDADE FORMAL

Segundo o requisito da regularidade formal, para que o recurso interposto seja conhecido, é necessária a observância de alguns elementos exigidos pela lei.

Isto porque, tal qual todos os atos processuais realizados pelas partes, é instintivo reconhecer que cada recurso tenha requisitos formais específicos que devem ser cumpridos, sob pena de suas razões não serem conhecidas quando da realização do juízo de admissibilidade.

Assim, em relação ao agravo de instrumento, por exemplo, verifica-se a sua regularidade formal quando o recorrente observa as imposições dos arts. 1016 e 1017 do Novo Código de Processo Civil (exposição do fato e do direito, razões do pedido de reforma da decisão, nome e o endereço completo dos advogados constantes do processo, cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado).

Já em relação aos recursos excepcionais – RE e REsp –, nota-se a necessidade de prequestionamento da matéria pelo Tribunal a quo, além da observância do art. 1029 da Nova Lei Processual Civil (exposição do fato e do direito, demonstração do cabimento do recurso interposto, razões do pedido de reforma da decisão recorrida).

Percebe-se, com simples apontamentos dos elementos necessários para a interposição do agravo de instrumento e dos recursos excepcionais, a existência de requisitos formais genéricos, comuns a quase todas espécies recursais.

Dentre tais requisitos pode-se mencionar a necessidade de apresentação da fundamentação e do pedido do recurso, sem os quais não haverá a análise meritória da irresignação, ressaltando-se que se deve atacar, na fundamentação, as razões da decisão vergastada.

A inobservância de tal ponto acarreta o não conhecimento do recurso, consoante a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça:

A regularidade formal é requisito extrínseco de admissibilidade da apelação, impondo ao recorrente, em suas razões, que decline os fundamentos de fato e de direito pelos quais impugna a sentença recorrida. Carece do referido requisito o apelo que não faz qualquer menção ao decidido na sentença, abstendo-se de impugnar o fundamento que embasou a improcedência do pedido.

Outro ponto que merece ressalva é a necessidade de o recurso ser interposto na sua forma escrita, havendo apenas uma exceção no ordenamento jurídico pátrio: os embargos de declaração empreendidos em sede de Juizado Especial (art. 49 da Lei 9.099/1995).

Exige-se, ainda, a assinatura do recurso, bem como que o recurso seja interposto por um advogado (capacidade postulatória), salvo nos casos em que o próprio juiz apresenta RE ou REsp em face de acórdão que acolhe a exceção de suspeição ou impedimento. Tal exigência é imposta, inclusive, nos Juizados Especiais, independentemente de a parte ter se utilizado do jus postulandi pessoal.

3. TEMPESTIVIDADE

A tempestividade recursal consiste no instituto de direito processual que impõe à parte recorrente o dever de observância dos prazos conferidos pela lei para que a irresignação seja interposta, de modo a impedir que os processos judiciais se eternizem, podendo ser movimentados a qualquer tempo.

Percebe-se que tempestividade tem duas finalidades básicas: acelerar o processo, na medida em que o seu descumprimento gera o trânsito em

julgado da decisão irrecorrida, e dar segurança jurídica às partes, por evitar que as discussões em torno de determinado ponto possam ser aventadas a qualquer momento e em qualquer grau de jurisdição.

Acerca da importância da peremptoriedade dos prazos recursais e da sua íntima relação com a segurança jurídica, subscreve-se as palavras de Jorge (2010, p. 173):

A previsão de prazos peremptórios para a interposição de recursos decorre de um valor funcional do direito, que é a segurança jurídica. Estatuindo o sistema um prazo para que a decisão seja impugnada – e após o qual não é mais possível a sua revisão –, ele consolida uma determinada situação jurídica e extermina a intranquilidade das partes.

Por todo o exposto, não restam dúvidas de que, se o recurso interposto pela parte for protocolizado após o encerramento do prazo, deverá ser constatada a sua intempestividade, o que acarretará o não conhecimento da irresignação.

No entanto, quanto ao momento em que se inicia a contagem do prazo preclusivo, também chamado de dies a quo, havia uma grande celeuma na doutrina e na jurisprudência quanto à admissibilidade do recurso prematuro, ou seja, do recurso interposto antes da publicação da decisão recorrida.

Apesar de toda a polêmica em relação ao assunto, os Tribunais Superiores haviam firmado entendimento, antes da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, no sentido de não ser possível o conhecimento dos recursos prematuros. Nesse pórtico, foi elaborada a Súmula 418 do STJ, com a seguinte redação: “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação”.

Contudo, a novel legislação processual civil, ao contrário do antigo Código de Processo Civil (Lei 5.869/1973), que era completamente omissa em relação à admissibilidade dos recursos prematuros, põe fim a essa controvérsia, pois regulamenta, especificamente, a consequência jurídica decorrente da prática de atos processuais anteriormente ao início da contagem do prazo.

Nesse sentir, transcreve-se, in litteris, o que dispõe o art. 218, §4º, do Novo Código de Processo Civil: “Os atos processuais serão realizados nos prazos prescritos



em lei. (...) § 4º. Será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo”.

Percebe-se, pela literalidade da Nova Lei de Ritos, que os atos praticados antes da ocorrência do termo a quo do prazo recursal não são mais considerados extemporâneos, restando esvaziada a Súmula 418 do Superior Tribunal de Justiça, acima mencionada, e privilegiando, assim, a redução das formalidades necessárias, a simplificação do processo, bem como a efetiva prestação jurisdicional.

CONCLUSÃO

O estudo do juízo de admissibilidade recursal, composto pela análise dos pressupostos de admissibilidade recursais intrínsecos e extrínsecos, explicados alhures, evidencia a complexidade inerente ao ato de recorrer.

Conforme visto, as decisões da autoridade judiciária poderão ser reformadas, desde que o recurso possua as características específicas exigidas para sua interposição, ou seja, desde que possua os pressupostos formais de admissibilidade. Assim, acaso inexista algum pressuposto, o recurso não será sequer conhecido.

Verifica-se que o rigor formal exigido é, em parte, necessário para diminuir o acúmulo de recursos nos tribunais, tendo em vista que a máquina judiciária se encontra sobrecarregada. No entanto, ainda existem formalidades desnecessárias que prejudicam o princípio da instrumentalidade do processo.

Sem pretensões de esgotar a problemática em questão, espera-se que o presente artigo levante reflexões sobre o assunto e reforce a esperança existente, com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, de melhora na prestação jurisdicional, a fim de que o processo se torne mais racional, seguro e célere.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria Geral do Processo. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

BERMUDES, Sérgio. Comentários ao Código de Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, vol. VII.

BRASIL. Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Institui o Código de Processo Civil. Publicado na CLBR de 1939.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.026.279/RS, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, Data de Julgamento: 04/02/2010, Data de Publicação: DJe 19/02/2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013, vol. I.

_____. Lições de Direito Processual Civil. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2013, vol. II.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, vol. III.

JORGE, Flávio Cheim. Aportamentos sobre a tempestividade recursal: fluência e ciência inequívoca; recurso interposto antes da intimação; interrupção do prazo por força da interposição de embargos de declaração. Revista de Processo, v. 181, ano 35, mar. 2010.

MIRANDA, Francisco Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. O novo processo civil brasileiro. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ROSENBERG, Leo. Tratado de derecho procesal civil. 5. ed. Buenos Aires: EJE, 1955.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, vol. I.

CONFLITO ENTRE LEI E REGULAMENTO: REFLEXÕES A PARTIR DO PENSAMENTO DE VICTOR NUNES LEAL

Angela Limongi Alvarenga

Doutoranda em Direito do Estado pela USP. Mestre em Constitucionalismo e Democracia pela FDSM. Especialista em Gênero e Diversidade na Escola pela UFLA e em Direito Público pela PUC/Minas.



INTRODUÇÃO

Lei e regulamento mantêm entre si uma relação de proximidade. Victor Nunes Leal traça importante paralelo sobre a questão. Para ele, lei, em tese, não equivale a diploma com força de lei, mas a norma emanada do Estado, independente de sua categoria (LEAL, 1960. p. 34), importando a distinção entre lei material e formal, que consiste no seguinte:

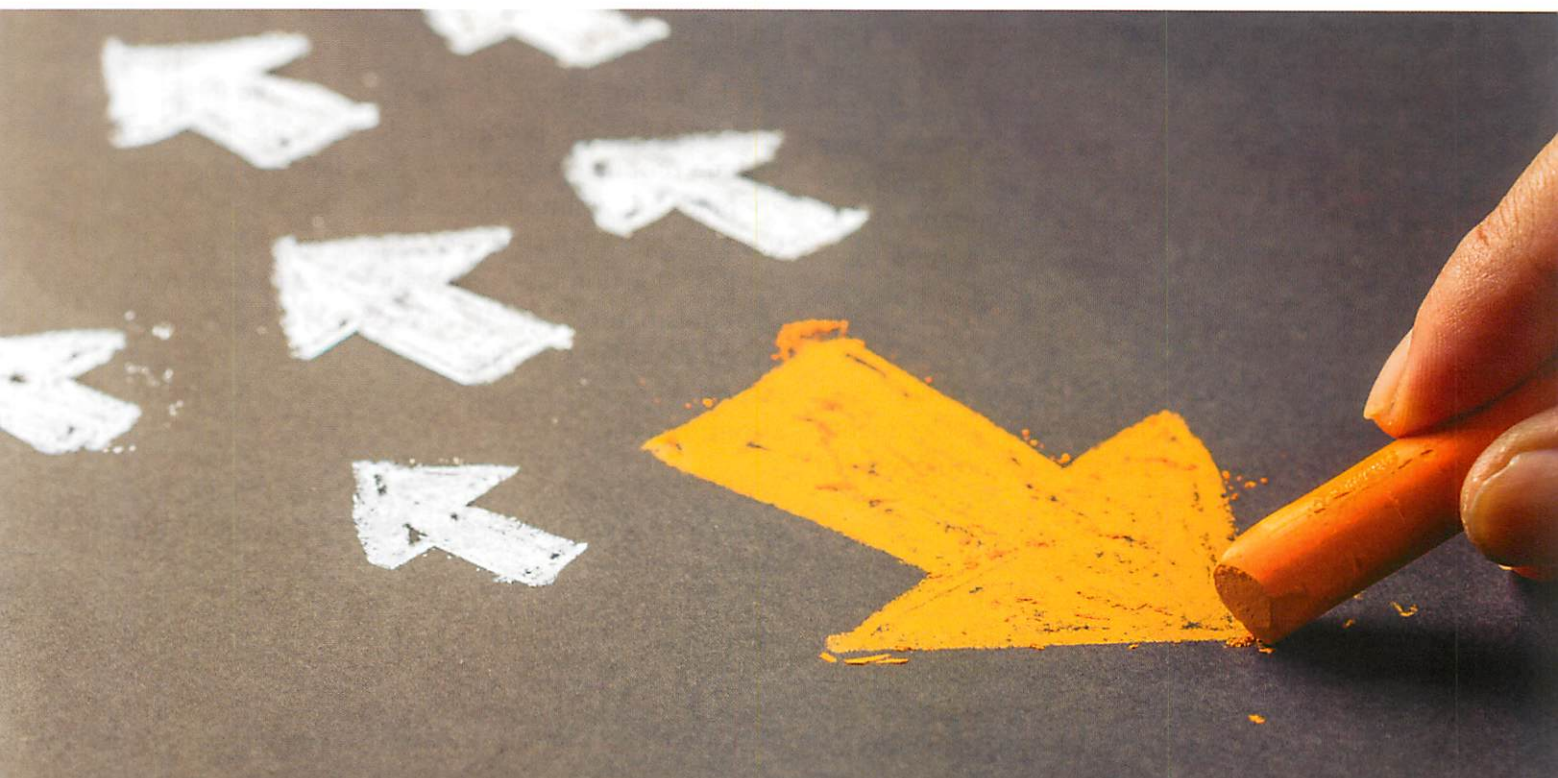
Do ponto de vista formal, é lei toda decisão emanada do órgão que, segundo a Constituição do país a que se refira, tem o caráter de órgão legislativo. Do ponto de vista material, a lei é o ato pelo qual o Estado formula uma regra de direito objetivo ou estabelece regras, ou organiza instituições destinadas a assegurar o cumprimento de uma regra de direito objetivo.

O regulamento, por sua vez, segundo Victor Nunes

Leal, do ponto de vista material, é lei, porque contém características comuns às leis. Do ponto de vista formal, entretanto, é ato administrativo, subordinado, pois, ao controle de sua legalidade (LEAL, 1960. p. 65).

O presente artigo analisa lei e regulamento, mais precisamente o conflito entre ambos sob essa perspectiva. Inicialmente busca-se demonstrar a construção de sentidos possíveis entre lei e regulamento, discutindo fundamentação teórica e prática segundo o pensamento de Victor Nunes Leal.

A seguir, analisa a construção normativa atinente à lei e ao regulamento, também em conformidade com o pensamento e o julgamento de Victor Nunes Leal, já que se vale da paradigmática decisão do Recurso Extraordinário nº 62.731 para demonstrar como a fundamentação prática cria corpo ante a fundamentação teórica.



Por fim, analisa o conflito entre lei e regulamento sob a ótica de Victor Nunes Leal a fim de problematizar a questão e demonstrar que ambos, lei e regulamento, perfazem importante estudo para o Direito Público, revelando a atualidade e a versatilidade do pensamento de Victor Nunes Leal.

LEI E REGULAMENTO: CONSTRUÇÃO DE SENTIDOS

Lei e regulamento mantêm uma relação de proximidade, de forma que a “para a boa aplicação da lei, nas relações entre o Estado-poder e terceiros, surgiu a necessidade do Executivo regulamentá-la, estabelecendo as regras orgânicas e processuais para a sua execução, através de regulamentos executivos” (MELLO, 1979. p. 353).

Em que pese a importância da fundamentação teórica, para Victor Nunes Leal, essa, contudo, só é suficiente se combinada com a fundamentação prática. Quer dizer, para Victor Nunes Leal, de nada adianta trabalhar com questões teoréticas e filosóficas, que perguntam pela verdade ou pela falsidade de algo, se não se desenvolvem também as questões práticas, que questionam os critérios de validade ou de correção normativa do direito e dos atos jurídicos em geral (LEAL, 1960. p. 7; SIMIONI, 2014. p. 179).

A fundamentação teórica é necessária para constituir as bases lógico-formais do Direito, que trabalhe com a norma jurídica na forma de um objeto ideal, abstrato e deontológico. Mas para operacionalizar a práxis das decisões jurídicas, torna-se necessário também estabelecer uma fundamentação prática, quer dizer, uma fundamentação que apresenta critérios de decisão para a prática das questões jurídicas (SIMIONI, 2014. p. 179).

Victor Nunes Leal (1960. p. 10) realiza essa fundamentação prática por meio do estabelecimento de uma dupla referência: uma organização hierárquica e conteudística.

A organização hierárquica é também temporalmente controlada por critérios de validade das normas jurídicas e dos atos jurídicos em geral. Victor Nunes Leal explica que “as normas legais, no sistema vigente entre nós, são classificadas em ordem hierárquica: constituição, lei, regulamento. Os

regulamentos devem conter-se dentro das leis, como as leis devem conter-se dentro da Constituição. As normas de grau inferior desenvolvem os princípios estabelecidos nas de grau superior. A maior graduação da norma corresponde maior generalidade da sua disposição. A Constituição deve, portanto, enfeixar normas mais concisas, mais gerais e em menor número; as leis, normas mais pormenorizadas que as constitucionais, porém, menos minuciosas do que as regulamentares” (LEAL, 1960. p. 10).

Victor Nunes Leal acrescenta que “o primeiro cuidado na elaboração de uma lei, será verificar se as disposições projetadas são compatíveis com as normas constitucionais; do mesmo modo, na feitura de um regulamento, se não de aferir, em primeiro lugar, tanto a constitucionalidade como a legalidade das regras em perspectiva” (LEAL, 1960. p. 10).

Isso implica dizer que há, para Victor Nunes Leal, uma identidade entre ordenamento jurídico e Estado, já que o sentido do ordenamento jurídico muda conforme a concepção político-ideológica de Estado. O que equivale dizer: há uma conexão logicamente possível entre a lógica das normas jurídicas e os diversos contextos sociais de significação. Por exemplo: se o Estado é concebido no contexto das políticas públicas de bem-estar social, é inevitável que as normas jurídicas sejam igualmente concebidas nesse mesmo sentido e não no sentido do modelo de Estado Liberal¹.

E, como segunda referência, a organização de conteúdo. O problema de se saber qual a matéria própria de cada uma das classes de normas apontadas. E assim, indaga Victor Nunes Leal: “Que deve regular a constituição? Qual a matéria própria das leis? Que normas e providências devem ficar para os regulamentos?” (LEAL, 1960. p. 11). Ele mesmo reconhece que esses questionamentos não ensejam respostas precisas, mas ao contrário, geram incertezas e controvérsias.

Victor Nunes Leal considera que o entendimento segundo o qual a Constituição tem por finalidade

¹ A menção às formas de Estado Constitucional constitui apenas um exemplo para o entendimento da idéia e não uma afirmação sobre o Estado Social que de fato, nunca se realizou plenamente no Brasil. Do mesmo modo hoje, se o Estado é concebido como Democrático de Direito, é recomendável que também a ordem jurídica seja concebida no sentido das ideias do constitucionalismo e da democracia, o que também constitui apenas um exemplo, já que Victor Nunes Leal não experienciou a Constituição Federal de 1988.

organizar o Estado e definir a situação dos indivíduos em face desses poderes seria demasiado reducionista. Erigir essa definição em regra jurídica, para distinguir, dentre as normas inscritas na constituição, das que devam emendar-se por processo mais simples daquelas cuja alteração exige mais rigoroso formalismo seria um grave defeito de técnica (LEAL, 1960. p. 12).

Assim, Victor Nunes Leal adota uma postura mais prática e de natureza formal, preferindo o critério adotado no Brasil desde a primeira Constituição Republicana: é constitucional tudo quanto se encontra na Constituição, como é legal, tudo o que está na lei (LEAL, 1960. p. 12).

Recorrendo a Hermann Heller (1942. p. 305), Victor Nunes Leal adverte que o legislador tem por incumbência observar o conceito doutrinário de constituição, para entendê-la como código básico de direito público, a fim de não sobrecarregá-la de normas de direito privado e nem de regras de detalhe, de forma a tratar de todas as minúcias, típicas dos regulamentos.

Verifica-se, destarte, que reconhece, Victor Nunes Leal, a importância dos regulamentos. Esses, com efeito, a enfeixar questões próprias, típicas da Administração Pública em geral e não comandos gerais, abstratos e dotados de imperatividade lato sensu. A rigor, tratar-se-ia, especificamente, de particularismos interna corporis, sem os quais a Administração Pública não conseguiria levar a cabo suas funções, como passa-se a analisar.

TÉCNICA LEGISLATIVA

Qual seria então o conteúdo próprio da constituição, da lei e do regulamento, no que tange uma “boa” técnica legislativa? Reconhece Victor Nunes Leal que não há critério teórico perfeitamente claro e definido para traçar a fronteira entre a matéria da constituição e a da lei, principalmente porque aos constituintes, nos sistemas de constituição rígida, pode parecer conveniente incluir na constituição certas normas ou princípios, que a rigor nela não deveriam entrar, com o propósito de os tornar imunes à ação do legislador ordinário (LEAL, 1960. p. 13).

Já os regulamentos têm alcance reduzido

e conteúdo mais específico. Segundo Victor Nunes Leal, sempre que a Constituição ao dispor sobre determinado assunto, exigir a feitura de uma lei, a matéria é legal e não regulamentar (LEAL, 1960. p. 73), entendimento semelhante ao adotado pela Constituição Federal de 1988, que remete ao regulamento a obediência de limitações formais e materiais.

Como limites formais, a edição de regulamentos há que obedecer ao critério indelegável prescrito pelo artigo 84, que se refere à autoridade competente. O segundo limite formal diz respeito ao veículo de edição do regulamento emanado do Executivo, ou seja, o decreto, “suprema manifestação jurídica normativa do chefe do Poder Executivo” (ATALIBA, 2001. p. 137). A terceira limitação formal refere-se à publicação do decreto regulamentador. Em relação aos regulamentos que devam produzir efeitos apenas no interior da Administração Pública, basta o conhecimento de seus destinatários por qualquer meio. Já o regulamento cujos efeitos atinjam terceiros, com normatividade em relação aos particulares, necessária a publicação integral do regulamento e do decreto que o aprova, devendo ocorrer “pelo mesmo modo por que o são as leis, visto que a publicação é que fixa o início da obrigatoriedade dos atos do Poder Público a serem atingidos pelos administrados” (GASPARINI, 2004. p. 119).

Já as limitações materiais dizem respeito aos tipos de leis que podem ser regulamentadas pelo Executivo, importando inferir se há matéria tipicamente regulamentar (CLÈVE, 2000. p. 279). Trata-



se de perquirir se a matéria objeto do regulamento refere-se às relações entre a Administração Pública e terceiros ou se disporá acerca das relações privadas. Apenas as normas cuja temática seja qualificada pela presença do Estado e cuja execução incumba ao Poder Executivo podem ser regulamentadas, à exegese do artigo 84, inciso IV da Constituição Federal, excluindo-se, outrossim, aquelas atinentes às relações entre particulares. Esses limites, todavia, nem sempre são observados, conforme observa a atividade prática de Victor Nunes Leal.

Em sede de julgamento do Recurso Extraordinário 62.731, o então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Victor Nunes Leal, discute a questão (ALMEIDA, 2006. p. 163). No Recurso em comento discutia-se a expedição de decreto-lei para o trato de regras de inquilinato². Sob alegada decorrência de previsão do artigo 58 da Constituição de 1967, que permitia a normatização pelo Poder Executivo desde que em prol da “segurança nacional” (ALMEIDA, 2006. p. 163-164), Victor Nunes Leal analisa sob perspectiva eminentemente prática, a discricionariedade do Poder Executivo para a elaboração normativa.

Na decisão do RExt 62.731, exara o entendimento no sentido de que a temática do inquilinato questionada não se harmonizava com o conceito de segurança nacional, por mais amplo e aberto que seja o mesmo, votando pela inconstitucionalidade do decreto-lei, por entender que contrariava a hierarquia das leis, pois que, constitucional é o que a Constituição diz que é e não o Poder Executivo (ALMEIDA, 2006. p. 165).

A paradigmática decisão expressa a limitação insita no regulamento, que apesar de revestir-se de ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir disposições operacionais uniformizadoras, necessárias à execução de lei, cuja aplicação demande atuação da Administração Pública (MELLO, 1979. p. 311), não pode ele, regulamento, tratar de relações privadas e muito menos contrariar a lei, que por sua vez, não pode contrariar a Constituição.

Em razão disso, Victor Nunes Leal (1960. p. 16) entende ser dificultoso o êxito pleno de boas normas de técnica legislativa porque o problema é

essencialmente cultural, em especial, de cultura jurídica e, além disso, dependente da forma de governo e dos governantes que encabeçam o Poder Executivo e que elaboram os regulamentos, bem como dos interesses que influenciam o Poder Legislativo, enquanto órgão elaborador das leis por essência – pensamento que Victor Nunes Leal sustenta em contraposição aos defensores da técnica legislativa como mera arte de aplicar meios idôneos para obter um resultado pretendido ou simplesmente a aplicação do método jurídico à elaboração da lei (CARVALHO, 2007. p. 79-80).

Por isso, Victor Nunes Leal (1960. P. 16-17) ressalta a importância da redação dos textos normativos por juristas de real merecimento e não leigos ou pseudojuristas. Mas adverte: a rigorosa especialização do jurista em determinada área pode ser prejudicial, porque isso retiraria a necessária visão de conjunto dos diversos ramos do Direito, razão pela qual a contribuição de juristas, magistrados, técnicos e filólogos seria relevante, deixando claro que ambos, legislação e regulamento exigem o concurso de vários conhecimentos e de várias técnicas (LEAL, 1960. p. 22), ressaltando a importância de uma visão com espírito de sistema e em planos sistemáticos (LEAL, 1960. p. 19).

Aliás, a interdisciplinaridade era um traço marcante de sua vida e obra. Victor Nunes Leal recorria com frequência a seu amplo leque de análise como cientista político, poeta, jornalista e jurista para imprimir a sua marca aos aspectos metodológicos da ciência e da vida em geral (FAVETTI, 2014. p. 316).

LEGALIDADE

No moderno Estado de Direito, também chamado por Victor Nunes Leal de “regime da legalidade”, toda a atividade dos cidadãos e do poder público está condicionada às normas gerais preexistentes. Nenhum ato é legítimo senão quando conforme com as normas obrigatórias em vigor (LEAL, 1960. p. 60).

O regime da legalidade é uma conquista política e jurídica da consciência universal, traduzida no chamado Estado de Direito. A legalidade, embora tenha perdido muito do seu sentido primitivo, quando da Declaração Francesa, em 1789, que, àquela época importava a ideia de limitação do poder do Estado

² O Recurso Extraordinário em referência tratava especificamente da purgação de mora em locações não residenciais.

em face dos direitos naturais da pessoa humana, foi tomando outras conformações, até significar, com menos densidade, que também o Estado está limitado pelo direito positivo (LEAL, 1960. p. 61).

O regime da legalidade, embora esvaziado da sua substância filosófica e política, e segregado ao plano técnico, traz relevante contribuição de análise, pois não afastaria o absolutismo estatal. Assevera Victor Nunes Leal (1960. p. 61-62) ser essa a grande diferença entre o absolutismo antigo e o moderno: o absolutismo antigo agia livremente, sem obediência a quaisquer normas (*princeps legibus solutus est*), ao passo que o absolutismo atual condiciona-se a normas de aplicação genérica.

Do ponto de vista político, a diferença não é absoluta, pois é sempre fácil decretar uma norma genérica para justificar o ato concreto, mas do ponto de vista jurídico, dela derivam consequências diversas, que não podem ser ignoradas.

A simples inclusão no texto constitucional, do princípio de que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, não pode significar de modo algum que se tenha abolido o regime da legalidade e restaurado a norma do que o que agrada ao príncipe tem força de lei (*quod principi placuit legis habet vigorem*) (LEAL, 1960. p. 62).

Como apontado por Victor Nunes Leal, no Brasil, a exemplo da Europa, desenvolveu-se um positivismo legalista, que, apropriando-se de Montesquieu e da ideia tripartição de poderes e funções, vinculava a ação do Estado aos dispositivos legais, convolvando cenários de legalidade meramente formal, bem distante do ideal de legalidade material.

A lei, aprovada conforme o correto procedimento legislativo não é capaz de assegurar o ideal moral de legalidade material. Adverte Eros Grau (2014) que a política da legalidade desta sorte conduz à neutralidade axiológica do direito e à anulação do direito de resistência contra o direito legítimo. A concretização da legalidade nesse contexto é apenas formal, não importando o seu conteúdo, desde que não contrarie a Constituição.

Assim, na contemporaneidade, a legalidade evoluiu como entendimento para além do Estado ante a constatação de que a lei, sozinha, não é suficiente para proporcionar justiça e liberdade. Em razão disso,

teóricos capitaneados por Gustavo Binenbojm (2008. p. 76) defendem que seria a preferência à lei elaborada pelo Poder Legislativo, consubstanciada no devido processo legislativo democrático, direito de primeira grandeza, verdadeiro direito fundamental do cidadão, a proteger cidadão contra o próprio Estado.

Entendimento esse que figura inclusive sobre as duas espécies de regulamento existentes na configuração jurídica atual: os de execução e os regulamentos autônomos. Os primeiros destinam-se a pormenorizar o conteúdo de uma lei, ampliando ou restringindo seu raio de aplicação. Limita-se a explicar o seu conteúdo, permitindo a sua execução. Já os regulamentos autônomos dispensam a existência de lei anterior, extraindo seu fundamento de validade diretamente da Constituição, questão que se passa a analisar.

CONFLITUOSIDADE ENTRE LEI E REGULAMENTO

Enquanto vigorou a redação original do artigo 84 da Constituição Federal de 1988, havia sedimentada a ideia de que o ordenamento jurídico brasileiro não admitia os regulamentos autônomos, chamados decretos autônomos, já que os incisos IV e VI exigiam a preexistência de lei para a edição desse ato normativo.

Esse contexto foi alterado pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001, que deu nova redação ao inciso VI do artigo 84, autorizando o Presidente da República a dispor, mediante decreto, sobre a organização e o funcionamento da Administração



Pública Federal, desde que não haja aumento de despesa nem a criação ou extinção de órgãos públicos, hipóteses em que tal mister deverá ser normatizado através de lei³.

A Emenda Constitucional nº 32 introduziu, destarte, o regulamento autônomo no ordenamento jurídico brasileiro, atribuindo ao Chefe do Poder Executivo o poder de expedir regulamentos autônomos de efeitos internos, estendendo ao Executivo prerrogativa semelhante a de que já dispunham os demais Poderes para editar regimentos internos (artigos 51, III; 52, XII; 57, § 3º, II; 96, I, "a").

Essas alterações constitucionais deram azo a interpretações divergentes quanto à existência ou não de espaço limítrofe entre a atuação da lei e do decreto (MOTTA apud FERNANDES, 2012. p. 1):

Em um lado da disputa, serve como exemplo o fecundo estudo de André Rodrigues Cyrino, para quem as matérias que agora são atribuições normativas autônomas do Chefe do Executivo estão fora do processo legislativo, em razão da mudança no princípio da universalidade temática do Legislativo. Segundo o autor, os regulamentos autônomos existem num âmbito de reserva administrativa delimitada pela Constituição, sendo a invasão dessas matérias pela lei considerada inconstitucional. As matérias reservadas ao regulamento autônomo são as relativas à organização e ao funcionamento da Administração Pública, quando isso não implicar aumento de despesa. Gustavo Binenbojm, em sentido oposto, entende que a preferência da lei é garantia fundamental dos cidadãos, sendo desdobramento necessário do sistema de separação de poderes do Estado. Nesse sentido, de acordo com o autor, o artigo consagra apenas uma hipótese de admissibilidade expressa do regulamento autônomo e não uma verdadeira reserva de poder regulamentar.

Por um lado, o entendimento segundo o qual as atribuições normativas do Chefe do Poder Executivo estariam fora do alcance do Poder Legislativo, parece, inicialmente, contrariar o princípio da legalidade. Alicerce do Estado de Direito, o princípio da legalidade substitui o governo dos homens pelo governo das leis, para impor a subordinação de todos à lei, inclusive o próprio Estado.

Por outro lado, no princípio da legalidade,

³ A Emenda Constitucional nº 32 também alterou a redação do inciso XI do artigo 48, que trata das atribuições do Congresso Nacional, excluindo a referência expressa à estruturação de ministérios e órgãos da Administração Pública.

o vocábulo "lei" é utilizado em sentido amplo, contemplando não só as leis em sentido estrito - leis formais, elaboradas na forma do competente processo legislativo, como atos administrativos expedidos nos limites estabelecidos por essas leis - como o decreto.

Assim, recorre-se ao pensamento de Victor Nunes Leal para analisar a questão. Utilizando-se de distinção formal pela indicação de competências, assevera ele que à tripartição de funções, inerente ao Estado, não corresponde a uma tripartição de órgãos. Isso é sobretudo evidente no que respeita à função legislativa, que foi, de fato, repartida entre o parlamento e o Poder Executivo (LEAL, 1960. p. 67).

A leitura do artigo 48 da Constituição Federal de 1988 demonstra que a competência do Congresso Nacional para dispor, mediante lei, sobre todas as matérias de competência da União continua válida, indicando que a Emenda Constitucional nº 32 não estabelece uma reserva absoluta de regulamento. Ademais, o inciso IX do artigo 48 mantém intocada a competência do Poder Legislativo para dispor sobre organização administrativa (FERNANDES, 2012. p. 1).

Nesse espeque, Justen Filho (2008. p. 113) esclarece que:

No direito brasileiro, a expressão reserva de lei até pode ser utilizada, mas não apresenta maior utilidade. Em princípio, todas as matérias são reservadas à lei e o Poder Executivo não pode opor-se a que o Poder Legislativo discipline certos temas por meio de lei, portanto, a Constituição brasileira reserva todos os assuntos (como regra) para serem disciplinados por lei. Não existe um conjunto de temas subordinados a uma reserva de regulamento.

Assim, consentâneo com a disposição constitucional no sentido de que as atribuições do Poder Legislativo e do Poder Executivo é que, em matéria de organização administrativa, quando não houver aumento de despesa, criação ou extinção de órgão público, haveria uma espécie de competência normativa concorrente entre o regulamento e a lei para tratar do tema, sem que isso implique em afirmar que o regulamento foi alçado à categoria de lei (FERNANDES, 2012. p.1).

Entendimento contrário conduziria à conclusão de que seriam formalmente inconstitucionais todas as leis posteriores à Emenda nº 32, mesmo as que tenham tratado sobre organização e funcionamento

da Administração Pública, excetuadas as hipóteses em que haja aumento de despesa, criação ou extinção de órgãos públicos (FERNANDES, 2012. p. 1).

Nesse sentido é interessante pontuar a lição de Justen Filho (2008. p.115) no sentido de que “é pacífico o entendimento de que o regulamento não pode infringir a lei. O regulamento tem hierarquia inferior à da lei, de modo que a contradição com a norma legal acarreta a invalidade do dispositivo nele contido. Nenhum doutrinador defende a tese de que uma norma legal poderia ser derogada por meio de dispositivo regulamentar”.

Solucionando a questão, Victor Nunes Leal (1960. p. 62) preleciona que “nos regimes de supremacia da Constituição sobre as leis, uma hierarquia das normas obrigatórias vigentes no Estado tem três graus: Constituição, lei e regulamento. Nessa gradação, a generalidade acompanha a obrigatoriedade. A Constituição é mais genérica do que a lei e prima sobre ela; a lei é mais genérica do que regulamento, e está em plano superior ao deste”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Lei e regulamento constituem espécies normativas que guardam relações nem sempre harmoniosas. Se, por um lado, a lei oriunda de processo legislativo formal representa a garantia de direitos do cidadão, por outro, o regulamento subsiste como normatividade necessária emanada pelo Poder Executivo.

Das lições de Victor Nunes Leal depreende-se que, embora a preferência à lei constitua relevante instrumento de proteção do cidadão, o regulamento, por sua vez, provém de repartição da competência oriunda da Constituição e a sua operacionalidade está ligada às questões inerentes à Administração Pública em geral, sem que com isso seja ele alçado à condição de lei, não podendo a essa contrariar, demonstrando que o seu pensamento, além de atual e arrojado, representa importante sustentáculo para o Direito Público da contemporaneidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. Memória jurisprudencial: Ministro Victor Nunes. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.

ATALIBA, Geraldo. República e constituição. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Técnica legislativa. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade legislativa do poder executivo. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERNANDES, Felipe Nogueira. O conflito entre o regulamento autônomo e a lei. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-conflito-entre-o-regulamento-aut%C3%B4nomo-e-lei>>. Acesso 14 Jun 2014.

FAVETTI, Rafael Thomaz. Atualidade do coronelismo, enxada e voto. In: INSTITUTO VICTOR NUNES LEAL. A contemporaneidade do pensamento de Victor Nunes Leal. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 311-325

GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRAU, Eros Roberto. Nota de aula. Lei e regulamento. Aula ministrada no Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado da Faculdade de Direito da USP, em 12 de maio de 2014, no âmbito da disciplina “Problemas de Direito Público: 100 Anos de Nascimento de Victor Nunes Leal”.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEAL, Victor Nunes. Problemas de direito público. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. Princípios gerais de direito administrativo. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014.

A RACIONALIDADE LEGISLATIVA E O TRATAMENTO DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

Carla Martins Moura Silva

Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Pós-graduada em Direito Processual Civil. Universidade Anhanguera-Uniderp. Pós-graduanda em Direito Público pela Faculdade Guanambi. Advogada. Conciliadora Voluntária do TJSE.



CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Direito Penal passou a ser visto como ciência no final do século XVIII, após a publicação da obra “Dos delitos e das penas” (1764), do Marquês Cesare Bonesana Beccaria. O principal avanço por ela proporcionado refere-se à crítica ao arbítrio e à crueldade na imposição de penas, impulsionando o desenvolvimento de um procedimento penal punitivo baseado na razão, em substituição àquele fundado em autoridades transcendentais.

A partir daí, ganhou-se força a defesa de um Direito Penal mínimo, com vocação restritiva, pautado em robustas estruturas garantistas internas, as quais se referem à legitimação do direito penal por via de princípios normativos internos ao próprio ordenamento positivo, aptas a proteger o indivíduo do arbítrio estatal, e na redução do seu conteúdo típico à defesa da vida, da saúde, da liberdade e da propriedade (FERRAJOLI, 2010).

No entanto, atualmente, nota-se em vários países e na contramão do caminho exposto acima, uma tendência à difusão de um modelo penal calcado na criação de novos bens jurídico-penais, na ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, na flexibilização das regras de imputação e no arrefecimento dos princípios político-criminais de garantia. A esse fenômeno Silva Sánchez denomina de expansão (SILVA SÁNCHEZ, 2011).

Comumente, associa-se o alargamento do Direito Penal a um mero expediente estatal de resposta aos problemas sociais por meio do efeito simbólico da legislação penal. De fato, não se pode negar que o recurso a “legislações-álibis (NEVES, 1994, p. 39), editadas somente para servir como calmante social e para marcar a capacidade estatal de ação”, tem se intensificado em ritmo acelerado. Contudo, observa Silva Sánchez que as razões do fenômeno expansivo do Direito Penal não se restringem ao âmbito jurídico-

político, mas derivam do modelo social atualmente vigente e, mais especificamente, da sua ressonância nas expectativas da população em relação às leis penais (SILVA SÁNCHEZ, 2011).

Dito isso, faz-se necessário para o tratamento do tema a constatação inicial de que vigora atualmente no meio social uma demanda por mais proteção. O substrato social presente na atual tendência ampliadora do Direito Penal não se identifica com as bases do movimento de law and order, difundido na década de 70 a partir dos Estados Unidos. A proposta deste, basicamente, referia-se ao recrudescimento das reações legal, judicial e policial à criminalidade de massa, patrimonial e violenta. Notava-se, assim, uma clara segmentação de setores sociais no debate penal. Enquanto os acomodados – expressão utilizada por Silva Sánchez – apoiavam as medidas de restrição de liberdade e de direitos individuais, os excluídos e os defensores dos direitos civis e políticos a ela se opunham (SILVA SÁNCHEZ, 2011).

Hoje, diferentemente, o que se apresenta é uma espécie de consenso geral a respeito da importância de se manejar o Direito Penal como mecanismo de proteção dos indivíduos. As razões da formação dessa consciência coletiva são esmiuçadas pelo já citado autor e serão apresentadas, ainda que em grossas linhas, no tópico a seguir.

SUBSTRATO SOCIAL DAS NOVAS FRONTEIRAS DO DIREITO PENAL

O sociólogo Ulrick Beck, ao analisar as transformações por que passa a sociedade contemporânea, propõe uma ruptura entre modernidade simples e modernidade reflexiva. Esta separação tem como pano de fundo as diferenças entre a sociedade industrial clássica e a mais recente sociedade mundial dos riscos (BECK apud JAMAR, 2008).

Essa chamada modernização reflexiva também é conhecida como “segunda modernidade” ou “modernização da modernização” (BECK apud JAMAR 2008, p. 133) e se caracteriza por colocar em questão os traços fundamentais, as insuficiências e as antinomias da primeira modernidade. Em síntese, trata-se de um processo de reflexão acerca da relação entre modernização e as consequências da modernização.

Com efeito, a consolidação e o super desenvolvimento de um modelo industrial levou ao surgimento de uma sociedade de risco. Essa transição fez-se acompanhar por uma mudança de conflito básico no meio social: enquanto na sociedade industrial clássica o debate centrava-se na distribuição em relação aos bens e aos produtos da riqueza, na sociedade de risco a questão que se impõe refere-se à distribuição dos malefícios. Em outras palavras, ganha relevância a discussão sobre os modos como os riscos ligados à produção dos bens podem ser distribuídos, controlados e legitimados.

Luhmann, por sua vez, ao diferenciar o conceito de risco daquele dado a perigo, ensina que os danos futuros, ligados ao perigo, têm atribuição externa, ao passo que as consequências do risco podem ser atribuídas a decisões humanas. Assim, pode-se afirmar que “os riscos que permeiam essa nova configuração social resultam de decisões industriais, de processos de tomada de decisões técnicas decorrentes do avanço da indústria, da biologia, das comunicações etc.” (LUHMANN apud JAMAR, 2008, p. 137).

O Direito Penal tem como fim tutelar bens jurídicos visando à garantia da segurança jurídica e à coexistência dos indivíduos dentro da sociedade. Os bens jurídicos merecedores da tutela penal são aqueles tidos pela sociedade como os mais relevantes ou aqueles bens e valores mais consistentes da ordem de convivência humana em condições de dignidade e progresso da pessoa em sociedade.

Além disso, o Direito Penal é norteado por princípios considerados básicos e que surgiram com a proposta de reforma penal idealizada por Beccaria, que buscou atacar as bases do Direito Penal do antigo regime e edificar um Direito Penal moderno, também conhecido como Direito Penal liberal. Este movimento teve como principal mote a promessa de segurança jurídica contra os abusos e arbitrariedades do Direito Penal absolutista.

Deve-se atentar, porém, que essa reforma humanista do século XVIII foi motivada não pela

insatisfação de ordem moral da população da época com os espetáculos de suplício dos criminosos, mas sim pela necessidade de se construir um sistema penal adequado ao novo modo de produção de riquezas: o capitalismo mercantil. Assim, o que se quer afirmar é que o Direito Penal exerce também uma função de resguardo do sistema produtivo.

Nesse diapasão, a evolução técnica dá azo ao surgimento de novas modalidades criminosas dolosas, a partir da adoção das novas técnicas como instrumentos voltados para a delinquência. É nesse contexto que surge a criminalidade relacionada à informática e à internet e que vão se sofisticando as organizações criminosas.

Ademais, em contrário à modernidade industrial, na sociedade pós-industrial os riscos desconhecem limites espaciais e temporais, sendo marcados pela incerteza do seu alcance. Paradoxalmente, o aumento do conhecimento tecnológico implicou o aumento do domínio da incerteza. Sendo assim, e talvez até de modo mais relevante do que nos crimes dolosos, a sociedade de risco gera impacto também na configuração da delinquência não intencional. Os impactos das “falhas técnicas” impõem o problema de se definir os âmbitos dos riscos permitidos e dos riscos penalmente relevantes (SILVA SÁNCHEZ, 2011).

Tornou-se necessário, assim, disseminar pela sociedade o conhecimento dos riscos decorrentes do progresso técnico-científico. Mais que isso, o risco passa a ser considerado um objeto de relevo político e jurídico, clamando a população por uma reforma institucional para lidar com o surgimento de novos riscos e, assim, evitá-los, controlá-los e, em última instância, distribuí-los, com a responsabilização pela ocorrência de danos.

Tem-se um quadro de incertezas, marcado pela complexidade das interações individuais e pelo correlato aumento da possibilidade de ocorrência de resultados lesivos advindos dessas interações. Tendo em vista que tais resultados são notados, muitas vezes, em longo prazo e que a complexidade das relações de produção obscurece a relação causa-efeito, tem se recorrido cada vez mais à tipificação de delitos de perigo abstrato.

A abundância dos riscos e a crescente interdependência dos indivíduos no ambiente social fazem com que as funções de resguardo de bens jurídicos (e controle de riscos) sejam atribuídas a terceiros. Como explica Silva Sánchez, “produzem-se,

de modo continuado, fenômenos – recíprocos – de transferência e assunção de funções de proteção de esferas alheias” (SILVA SÁNCHEZ 2011, p. 39). Isso gera um incremento nos delitos de comissão por omissão.

Expostas as condições objetivas que contribuem para a disseminação da insegurança no corpo social, cumpre abordar a dimensão subjetiva do fenômeno. Nesse sentido, pode-se afirmar que a sociedade pós-industrial tem como um de seus marcos a “sensação geral de insegurança” (SILVA SÁNCHEZ 2011, p. 40), causada pela desorientação dos indivíduos diante da aceleração das demandas sociais e da perda de referências valorativas objetivas. Vive-se uma progressiva perda de princípios generalizáveis, valorizando-se o pragmatismo do caso concreto. Há que se ressaltar também o papel de reforço desse fenômeno que exercem os meios de comunicação, os quais reiteradamente tratam os episódios criminosos de modo sensacionalista, amplificando a insegurança subjetiva.

A partir daí, e após ressaltar que o surgimento de novos riscos deve ser compensado com a neutralização dos riscos decorrentes de catástrofes naturais, ainda conclui que “a vivência subjetiva dos riscos é claramente superior à própria existência objetiva dos mesmos” (SILVA SÁNCHEZ 2011, p. 46). Em todo caso, o fato é que a sensação de insegurança que permeia a sociedade pós-industrial, aliada à falta de orientação social cognitivo-valorativa, converte-se em uma angustiada demanda por uma orientação normativa, consubstanciada em proteção penal, ainda que para isso seja preciso modificar as garantias clássicas do Estado de Direito.

Voltando às causas da expansão do Direito Penal, nota-se que o modelo do Estado de Bem-Estar contribui para a formação de uma “sociedade de sujeitos passivos” (SILVA SÁNCHEZ 2011, p. 52), em que predominam os beneficiários da transferência de riqueza sobre os criadores desta, como, por exemplo, pensionistas, desempregados, destinatários de serviços públicos educacionais, sanitários, etc. Ademais, em relação ao próprio cidadão abstrato está cada vez mais realçada sua faceta passiva, como consumidor ou prejudicado pelas consequências nocivas do progresso.

Diferentemente do que ocorria durante a industrialização, quando ampliou-se o âmbito do risco permitido, no sentido de que todos haveriam de suportar os efeitos deletérios do desenvolvimento, na sociedade pós-industrial constata-se um movimento

de retração da esfera do risco permitido, impulsionado, principalmente, pela imposição da liberdade negativa diante do dano (segurança) sobre a liberdade positiva de ação. Esta tendência é resultado de um corpo social formado mais por sujeitos pacientes do que por agentes.

Na sociedade de sujeitos passivos, deve ser ressaltado ainda um aspecto psicológico importante, qual seja: a dificuldade em se aceitar a ocorrência de danos resultantes de caso fortuito. Vale dizer, há uma forte tendência em considerar a desgraça sempre um injusto. Como já dito anteriormente, na sociedade de risco, a maior parte das ameaças deriva, em algum grau, de um processo de tomada de decisões humanas, o que faz com que cresça o afã de imputação penal a um terceiro responsável.

Como consequência da configuração de uma classe de sujeitos passivos, nota-se o crescente protagonismo da vítima, ou seja, a identificação da maioria da sociedade com a vítima. O Direito Penal deixa de ser visto somente como um meio de proteção do indivíduo perante o Estado punitivo, mas também, e em larga medida, como um meio alvissareiro para a proteção por meio do Estado. À noção de “Carta Magna do delinquente” soma-se a ideia de “Carta Magna da vítima”, o que tem implicações relevantes sobre o princípio da legalidade.

Com efeito, nota-se um crescente abalo nos dogmas da interpretação restritiva dos tipos penais e no recurso à analogia no âmbito dos eximentes e atenuantes, expressões do Direito Penal construído para proteger o delinquente do arbítrio estatal. Tendo em vista a autocompreensão da sociedade da insegurança, passa-se a se colocar em debate questões como a interpretação restritiva das eximentes e até mesmo a alteração das fronteiras entre a interpretação extensiva dos tipos e a analogia in mala partem.

O protagonismo da vítima também gera implicações na concepção da pena. Segundo pregam alguns autores, esta passa a ser entendida como mecanismo de solidariedade do grupo social para com a vítima. A ideia é que, se a sociedade não foi hábil para evitar o dano causado pelo delito, deve, ao menos, castigar o autor. Exclui-se o agente e reintegra-se a vítima (SILVA SÁNCHEZ, 2011).

O problema da concepção do Direito Penal focado na vítima é que suas bases foram construídas para assentar a criminalidade dos “poderosos”, consubstanciada nos delitos socioeconômicos,

ambientais, de corrupção política, entre outros. Nesse cenário, é grande a identificação da sociedade como vítima e, consequentemente, há grande apelo pela flexibilização dos princípios de garantia e de regras de imputação. Ocorre que a maior parte da criminalidade ainda é praticada pelos marginalizados (lower class crimes) e pode também ser gravemente atingida pelos movimentos antigarantistas.

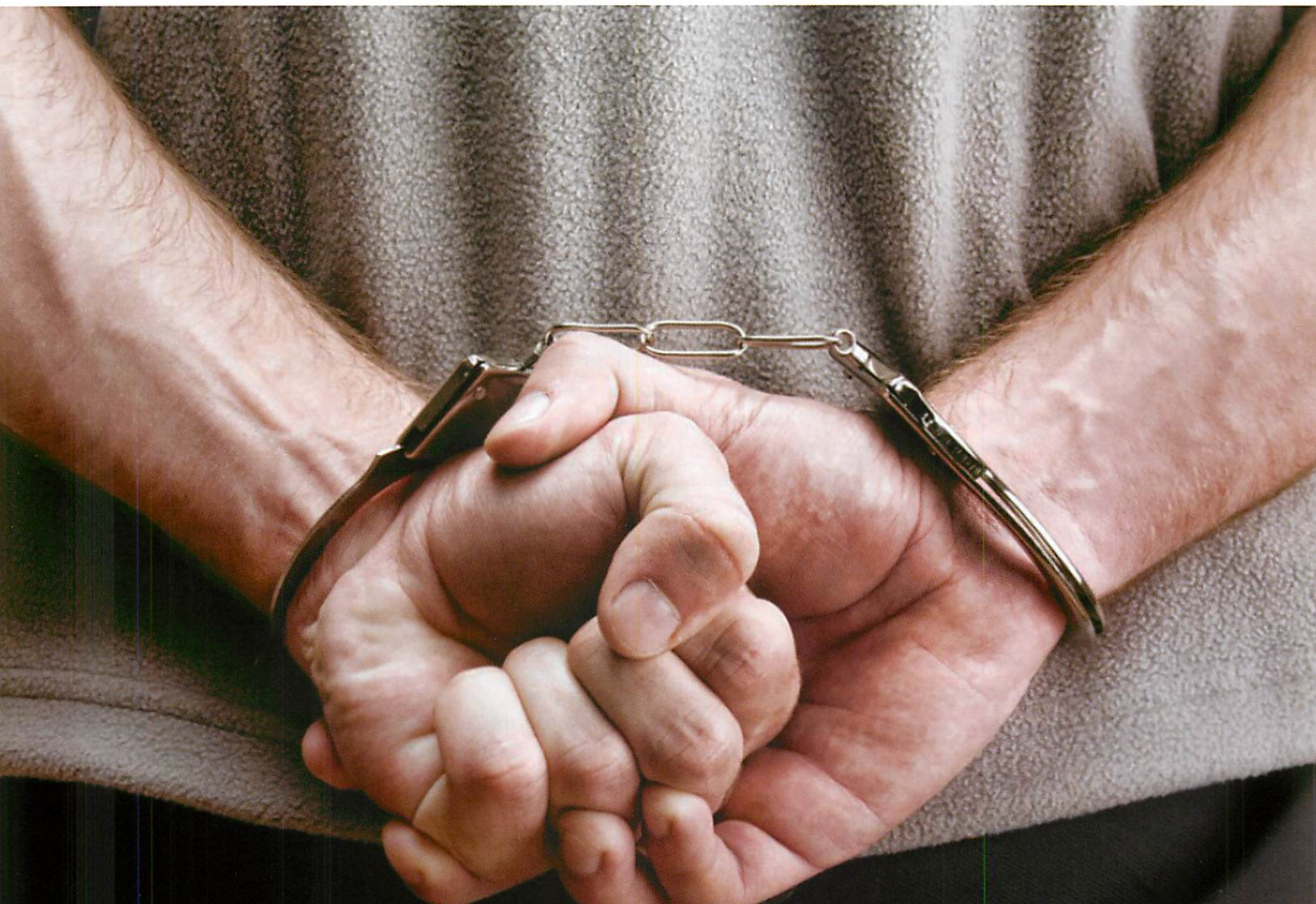
As causas apresentadas acima denotam a ânsia da sociedade por proteção. Tal fato, apesar de ser determinante para o processo expansionista do Direito Penal, não é suficiente para explicá-lo. Com efeito, a sociedade poderia buscar mecanismos de proteção não jurídicos ou, pelo menos, não penais, quais sejam, especificamente, a ética social, o Direito Civil e o Direito Administrativo. Todavia, como aponta Silva Sánchez, tais alternativas são "inexistentes, insuficientes ou desprestigiadas" (SILVA SÁNCHEZ 2011, p. 75).

A falta de paradigmas morais sólidos perceptíveis nas sociedades pós-industriais faz com que as condutas alheias tornem-se imprevisíveis, o que leva

ao aumento da angústia por segurança e direciona as opiniões sociais no sentido de equiparar o conteúdo do Direito Penal ao dessa moral social raquítica. Na falta de normas morais aptas a predizer as condutas alheias, recorre-se ao Direito Penal como instrumento de asseguramento fático de expectativas sociais.

No tocante ao Direito Civil, mais especificamente em relação a sua função ressarcitória, o caminho da objetivação da responsabilização retirou-lhe em grande parte o caráter comunicativo de reprovação, uma vez que se perde o referente valorativo da culpa. Ademais, também contribui para o descrédito do Direito Civil como instância protetiva a construção de um "modelo de seguro". Com efeito, a disseminação dos mecanismos de seguro tem como consequência a diminuição dos níveis de diligência do agente, uma vez que o dano já está segurado. Nesse sentido, perde-se a eficácia preventiva da responsabilização civil por danos.

O resultado de tudo isso é a utilização do Direito Penal como "único instrumento eficaz de pedagogia político-social, como mecanismo de socialização, de



civilização” (SILVA SÁNCHEZ 2011, p. 79), desnaturando a ideia de que funcionaria como última trincheira e, o que é ainda pior, atribuindo-lhe um conteúdo que não é capaz de acomodar. Ante a ineficiência das demais instâncias de proteção, passa-se a pensar no Direito Penal como possível solução também para grandes questões sociopolíticas.

Dentre as causas da expansão do Direito Penal apontadas por Silva Sánchez, cumpre destacar também a aproximação dos movimentos de emancipação com as demandas por repressão penal. Tais movimentos, representados por associações ecologistas, feministas, de consumidores, de vizinhos, antidiscriminatórias, entre outras, os quais tradicionalmente reputavam o Direito Penal como mecanismo de agressão das classes poderosas contra as classes inferiores, atualmente pugnam pela intervenção penal contra as classes poderosas. Sobre essa tendência, Silva Sánchez, citando Scheerer, refere-se à emergência de “gestores atípicos da moral” (SILVA SÁNCHEZ 2011, p. 81).

Por fim, percebe-se que a visualização do Direito Penal como recurso garantidor de segurança imprime a tal ramo do Direito um viés “gerencialista”, pragmático, desconectado de alguns dos elementos caracterizadores do Direito Penal clássico, como, por exemplo, a discussão de valores e a adoção de procedimentos formalistas. Nesse sentido, princípios como o da presunção de inocência e o da culpabilidade mostram-se como entraves a uma gestão eficiente das questões de segurança. Conforme ensina o citado autor espanhol, ao referir-se ao fortalecimento de modelos de justiça negociada, “o Direito Penal aparece assim, sobretudo, como mecanismo de gestão eficiente de determinados problemas, sem conexão alguma com valores” (SILVA SÁNCHEZ 2011, p. 91).

Essa tendência à desformalização e à privatização, a exemplo no Brasil, da discussão sobre o sistema penitenciário e dos mecanismos de justiça negociada previstos na Lei 9.099/95, é produto também da expansão do Direito Penal, uma vez que o alargamento do sistema penal ocasiona – ou acentua – a inaptidão da esfera pública para administrá-lo.

RACIONALIDADE LEGISLATIVA E DIREITO PENAL DE SEGUNDA VELOCIDADE

O atual expansionismo penal tem provocado reações e propostas de contenção nos mais diversos

sentidos. De plano, vale destacar os que pregam o retorno ao Direito Penal liberal, essencialmente garantista e restrito à tutela de bens jurídicos personalistas e primordialmente patrimoniais. O intuito é retomar a ideia de que o Direito Penal é a arma final e letal do cidadão contra a intervenção repressiva do Estado.

Todavia, deve-se ter em mente que esse viés liberal propagado por diversos autores nunca existiu em sua plenitude. Mesmo no século XIX, o Direito Penal estruturava importantes mecanismos de proteção do Estado e de princípios de organização social. Ademais, não se pode ignorar que o rigor das garantias formais era diretamente proporcional à extraordinária contundência das punições impostas.

Outra corrente propugna a absorção da maior parte da área de expansão penal pelo Direito administrativo-sancionador. Sob o ponto de vista estritamente teórico, essa é a solução mais adequada às finalidades e ao *modus operandi* dos ramos do Direito envolvidos. Ocorre que há referências sociais, espaciais e temporais concretas que não podem ser olvidadas.

Com efeito, o tratamento da inflação penal deve levar em consideração as suas próprias causas sociais, a fim de que se possa estruturar racionalmente o Direito Penal. Vale, aqui, destacar o conceito de racionalidade legislativa adotado por Ripollés, para quem esta “expressa a capacidade para manter com um setor da realidade social uma interação que se corresponde, que é coerente com os dados que constituem essa realidade e que conhecemos” (RIPOLLÉS 2005, p. 91). Uma construção legislativa racional, portanto, deve atender às demandas que emergem da realidade social e jurídica.

Vê-se, pelo exposto, que o substrato social atual é robusto o suficiente para deflagrar e sustentar o processo dinâmico da legislação penal responsável por parte do fenômeno de expansão deste ramo do Direito, em especial a sua fase pré-legislativa. De acordo com o modelo de Schneider, adotado por Ripollés, esta fase constitui um processo sociológico complexo, composto por etapas sucessivas (SCHNEIDER apud RIPOLLÉS, 2005).

Inicialmente, tem-se a crença numa disfunção social, a qual deve ser entendida como o descompasso entre uma determinada realidade social ou econômica e a resposta ou a falta de resposta que é dada pelo sistema jurídico, nesse caso, especificamente o

Direito Penal. Nas sociedades pós-industriais, a disfunção social está representada pela verdadeira exigência social de mais proteção estatal em relação aos novos riscos decorrentes das falhas técnicas, da complexidade das relações de produção e da crise do Estado de Bem-Estar.

Na sequência, é necessário que essa disfunção social se espalhe pelo corpo social de forma generalizada, de modo a incutir nos indivíduos preocupação e medo ante o delito. Tem-se, assim, uma disfunção resiliente, não facilmente superável, e com uma alta carga emocional (RIPOLLÉS, 2005). Nesse sentido, pode-se correlacionar tais características à sensação geral de insegurança vigente e à chamada "sociedade de sujeitos passivos", propensa a novas formas de vitimização indireta ou prévia, ou seja, à identificação com o "papel" de vítima e o medo daí decorrente. Relacionada a isso, como visto, está a tendência a converter a desgraça em injusto.

Disseminado o mal-estar pela sociedade, a sua concreção se dá por meio de um processo comunicativo, em que são veiculadas opiniões e impressões, de modo a garantir ao desconforto social visibilidade e substantividade. Tal processo é conduzido pelos meios de comunicação, que ajudam a delimitar o problema por meio da repetição de informações sobre fatos semelhantes, inclusive relacionando eventos não claramente ligados. Ademais, enfatizam as consequências negativas das situações existentes e insuflam o coro por decisões legislativas penais. Hodiernamente, na pós-modernidade, o caminho comunicativo ocorre com a exploração sensacionalista de catástrofes do mundo todo.

A etapa seguinte da fase pré-legislativa é a estruturação de um programa de ação que vise à oferta de soluções para o problema social que se apresenta. Para que isso seja levado a cabo efetivamente, é imprescindível a atuação de grupos de pressão especializados (RIPOLLÉS, 2005). Tais grupos pinçam o problema do âmbito da opinião pública e dele se apropriam, motivados a resolvê-lo de acordo com seus interesses. No que toca a expansão do Direito Penal, é neste ponto que se nota o ofício dos referidos gestores atípicos da moral, representados pelos grupos de feministas, ecologistas, consumidores, entre outros, os quais adquirem apetite pela intervenção penal e o direcionam para os novos riscos.

Finalmente, chega-se à etapa do projeto ou proposta de lei, quando os programas de

ação são absorvidos e tratados pela burocracia governamental e/ou partidária. Em que pese se esteja aqui demonstrando o clamor social por mais proteção penal, a justificar a deflagração da dinâmica legislativa penal, cumpre pontuar que, neste âmbito em especial, esta etapa mostra-se bastante alargada, por vezes fora de sintonia com as anteriores. Isso se dá, principalmente, em razão da grande receptividade dos políticos à solução legislativa penal imediata, o que resulta, muitas vezes, em textos de lei simbólicos, desacoplados do plano político-social.

Vê-se que o tratamento dos chamados delitos de acumulação pelo Direito Penal, a consubstanciar boa parte de seu movimento de expansão, justifica-se pela corrente configuração social, de modo a adequar-se às características da fase pré-legislativa própria do processo dinâmico da lei penal. Portanto, e a despeito de sua conformação teórica e acadêmica, não é sustentável a incorporação de tais ilícitos pelo Direito administrativo-sancionador sem que se abra mão de um sistema jurídico racional.

Isto posto, importa agora examinar a viabilidade dogmática da absorção de tais matérias pelo Direito Penal.

A intervenção penal sobre os novos riscos da sociedade pós-industrial invariavelmente se mostra incompatível com os dogmas e princípios tradicionais do Direito Penal liberal. É cada vez mais comum recorrer-se à antecipação da tutela penal a fases anteriores ao dano, resultando em crimes de perigo abstrato, delitos de mera transgressão e, ainda, boa parte dos tipos omissivos. A desnecessidade da lesão ou da ameaça concreta ao bem jurídico implica a impossibilidade de se estabelecer uma pena para esse resultado diante da falta de referência a um dano efetivo e a um perigo real.

Outra tendência é a flexibilização das regras de causalidade, uma vez que o surgimento dos novos riscos tecnológicos é acompanhado pela dificuldade de se identificar os causadores desses riscos. Esse movimento vai de encontro à exigência do Direito Penal liberal de um nexo de causalidade entre a conduta e o resultado lesivo para sua intervenção.

As normas penais em branco e os tipos penais abertos também têm ganhado espaço no contexto da sociedade de risco. O conflito que se põe aqui se refere aos princípios da legalidade e da taxatividade. Finalmente, cresce o movimento de responsabilização penal da pessoa jurídica, visando a responder aos

danos causados ao meio ambiente, aos consumidores, à saúde pública.

Considerando-se que a proteção penal dos novos riscos, em função da configuração própria destes, demanda a flexibilização das garantias tradicionais, o problema que se põe, em verdade, não é a expansão do Direito Penal, mas a expansão da cominação de penas privativas de liberdade, a revelar uma falta de sintonia entre o afrouxamento das garantias penais e a pesada carga punitiva imponível.

Após identificar esse descompasso, Hassemer propõe a estruturação de um chamado Direito de Intervenção, que funcionaria como uma espécie de meio termo entre o Direito Penal e o Direito Administrativo sancionador (HASSEMER apud CORACINI, 2004).

Para a conformação desse direito híbrido, as garantias de direitos individuais tradicionais seriam mitigadas, de modo a conferir maior funcionalidade ao sistema persecutório, tendo como contrapartida o abrandamento da resposta punitiva. Vale trazer à baila as palavras do próprio autor alemão:

Para combater as formas modernas de causação de danos, se deveria pensar na construção de um sistema jurídico que tivesse elementos absolutamente penais (poenale), mas que estivesse orientado em termos estritamente preventivos e, em todo caso, renunciasse à reprovação pessoal e à imposição de penas privativas de liberdade. Uma classe de Direito de Intervenção assim configurada poderia integrar formas de imputação coletiva. (HASSEMER, apud SILVA SÁNCHEZ, 2011, p. 183.)

Silva Sánchez, apesar de concordar com Hassemer no tocante à necessária proporcionalidade entre o rigor das garantias e a gravidade das punições, entende desnecessária a construção de uma terceira via sancionatória. Para o autor, não há óbice à concepção de um modelo penal com intensidade garantística reduzida e com penas que não as privativas de liberdade (SILVA SÁNCHEZ, 2011). A manutenção da matéria na seara penal apresenta uma vantagem comunicativo-simbólica representada pela força do mecanismo público de persecução de infrações e pelos elementos de estigmatização social a ele inerentes. Ademais, o Direito Penal, em comparação com o Direito administrativo-sancionador, apresenta maior distanciamento em relação à esfera política, além de ser dotado da imparcialidade própria do âmbito jurisdicional.

Sendo assim, a proposta do referido autor espanhol alicerça-se em uma configuração dualista do Direito Penal, com regras de imputação e princípios de garantia de dois níveis, ajustados à natureza e à intensidade das correlatas consequências jurídicas.

Nesse sentido, opõe-se a uma pretensão “modernização” do Direito Penal, marcada pela expansão legislativa e, conjuntamente, pela flexibilização dos princípios político-criminais e das regras de imputação também nos crimes a que são imputadas penas privativas de liberdade, o que denotaria um retorno aos tempos de arbítrio estatal.

Por outro lado, viu-se que a configuração social atual demanda a solução e a administração dos riscos pelo sistema penal, como promotor da segurança demandada pela sociedade, o que indica a impossibilidade de se efetivar o propalado paradigma do Direito Penal mínimo. Com efeito, as garantias que marcam este modelo são extraídas de princípios éticos e políticos, originados na outorga da primazia à pessoa humana. Acontece que são formuladas unicamente em um sentido negativo, servindo mais para deslegitimar do que para legitimar decisões do Estado sancionador.

Desse modo, a racionalidade por trás do sistema liberal de garantias só permite identificar o que o legislador e o aplicador do Direito não estão autorizados a fazer, sem indicar aquilo que devem fazer (RIPOLLÉS, 2005). Este modelo de racionalidade exclusivamente ética não se mostra suficientemente adequado para indicar uma proteção idônea dos novos riscos. Cumpre mencionar a proposta de Atienza (ATIENZA apud RIPOLLÉS, 2005), aproveitada por Ripollés para o campo específico do Direito Penal, de que a racionalidade legislativa se desenvolve em cinco níveis: ético, teleológico, pragmático, jurídico-formal e linguístico.

A racionalidade ética é responsável por marcar o âmbito de atuação das demais racionalidades. Nesse sentido, revelam-se três diferentes tipos de conteúdos éticos a condicionar a intervenção penal. Estes conteúdos se consubstanciam em princípios estruturais de primeiro nível (RIPOLLÉS, 2005), os quais se subdividem em princípios de proteção, delimitadores dos conteúdos de tutela do Direito Penal, de responsabilidade, que expressam os requisitos que devem estar presentes em um evento para que se configure a responsabilidade criminal, e de sanção, que revelam os fundamentos da sanção ao comportamento criminalmente responsável.

Tais princípios, normalmente, consubstanciam-se em garantias constitucionais, as quais, a despeito de orientarem inquestionavelmente qualquer decisão legislativo-penal, não possuem, por si sós, ferramentas para ir além de uma predeterminação genérica. Por isso, caso sejam levadas em consideração isoladamente, não serão aptas a identificar a complexidade e a mutabilidade das sociedades atuais, constituindo, nessa hipótese, um entrave ao ajuste do sistema penal de controle social à mutação das necessidades coletivas e às alterações valorativas que se sucedem no corpo social.

Daí advém a importância da racionalidade teleológica, que, informada pelos princípios estruturais, oferece uma confrontação racional entre as implicações secundárias destes, de modo a formular os objetivos a serem perseguidos pelo modelo penal. Determina-se, assim, o objeto de tutela, seu grau de proteção desejável e os correlatos níveis de exigência de responsabilidade e de sanção aplicável (RIPOLLÉS, 2005).

Em seguida, a racionalidade pragmática é responsável por ajustar os objetivos produzidos pelo trabalho racional teleológico às possibilidades reais de intervenção no meio social, ocupando-se de exigências de efetividade e de eficácia. Por fim, agem as racionalidades jurídico-formal e linguística, que, respectivamente, cuidam da manutenção de um sistema jurídico coerente e da garantia da potencialidade comunicativa da norma.

Considerando-se que a Constituição Federal apresenta um rol bastante amplo de bens jurídicos essenciais, evidenciado, por exemplo, pela cuidadosa disciplina da ordem econômica e do meio ambiente, percebe-se que há uma ampliação dos princípios estruturais de proteção, de modo a se falar em princípio da danosidade social, em paralelo ao princípio da lesividade (PRIETO DEL PINO apud RIPOLLÉS, 2005), como referentes éticos das condutas criminosas. A conformação dos princípios estruturais de proteção gera impacto nas demais, quais sejam, de responsabilidade e de sanção. É neste ponto que entra em cena a racionalidade teleológica, que vai conduzir a decisão legislativo-penal ao arranjo das interações recíprocas entre tais classes, de modo a obter um objetivo idôneo e racional para a intervenção penal.

Ampliado o conteúdo da tutela penal (princípios de proteção) e dadas as consequências que as peculiaridades desse novo âmbito impõem à funcionalidade dos princípios de responsabilidade,

fazem-se necessários ajustes nos princípios de sanção. Evidencia-se, assim, a premissa adotada por Silva Sánchez de que a intensidade das garantias de um sistema de imputação e a gravidade das sanções imponíveis mantêm relação direta entre si, e que o ponto ótimo dessa interação vincula-se às características do bem jurídico a ser tutelado. A partir daí, é possível concluir que não deve haver em um sistema jurídico, ou até em um mesmo sistema penal, um único modelo de garantias, uma vez que as consequências jurídicas são variadas e que os escopos da intervenção penal podem ser distintos. Tem-se, então, a proposta de segmentação do Direito Penal, também referida por Silva Sánchez como a construção de um Direito Penal de duas velocidades (SILVA SÁNCHEZ, 2011).

A razoabilidade a nortear essa segmentação impõe que seja mantido um Direito Penal nuclear, com o tratamento de condutas que, isoladamente, lesionam ou põem em perigo real um bem jurídico individual, a previsão de penas de privativas de liberdade e a higidez dos clássicos critérios de imputação e dos princípios garantísticos. Em paralelo, a fim de cuidar dos delitos de acumulação ou perigo presumido, concebe-se outro modelo penal, necessariamente flexibilizado em seus princípios político-criminais (por razões intrínsecas à natureza das condutas, como já aludido), mas que, por isso, não responda com penas de prisão (SILVA SÁNCHEZ, 2011).

Finalmente, é importante rechaçar a identificação da construção de subsistemas dentro do Direito Penal com uma desigual persecução de classes sociais de cidadãos. A proposta baseia-se não em categorias de sujeitos, mas sim em tipos de fatos, que respondem ou não a estruturas de antecipação ou de acumulação, o que pressupõe, em caso afirmativo, a incompatibilidade com garantias básicas, como a lesividade, a proporcionalidade e a taxatividade, e o consequente alívio punitivo. Em casos tais, a defesa da pena privativa de liberdade parece ignorar que a prevenção geral intimidatória, na maior parte das vezes, é alcançada no curso do processo e que não se notam os efeitos de prevenção especial positiva. Assim sendo, a reivindicação da pena de prisão justifica-se somente em termos redistributivos, os quais são bastante discutíveis em delitos de acumulação, em que não há lesividade individual concreta.

CONCLUSÃO

Buscou-se empreender no presente trabalho

uma análise do fenômeno de expansão do Direito Penal, que se caracteriza pelo surgimento de novos tipos penais, com destaque para aqueles que se referem a bens jurídicos supra-individuais, como o meio ambiente e a ordem econômica.

De início, foi delineado o substrato social atual, responsável pelo alargamento do conteúdo típico do Direito Penal. Marcada pelo surgimento de novos riscos, a sociedade pós-industrial tem como questão central a distribuição dos riscos e dos malefícios advindos do progresso industrial. Tal conjuntura impulsiona a disseminação de uma sensação geral de insegurança, acompanhada pela consequente identificação do corpo social com a figura da vítima. Tudo isso, aliado ao descrédito de outras instâncias de proteção e da atuação dos “gestores atípicos da moral”, resulta na canalização da demanda social por proteção para o Direito Penal.

Se, por um lado, é patente a demanda pelo tratamento penal dos novos riscos da sociedade pós-industrial, por outro, é cristalina a incompatibilidade da consagração dos delitos de acumulação com os dogmas e princípios tradicionais do Direito Penal liberal.

A resolução desse conflito passa pela adoção do sistema penal de duas velocidades concebido por Silva Sánchez, em que há proporcionalidade entre o rigor das garantias e a gravidade das punições. Desse modo, se os delitos de acumulação reclamam uma flexibilização das garantias, das regras de imputação e dos princípios político-criminais, devem contemplar o devido ajuste em suas consequências jurídicas, de modo a não prever penas privativas de liberdade.

Como evidencia a própria Constituição da República, e o seu minudente tratamento de bens jurídicos supra-individuais, o conteúdo da tutela penal foi alargado, de modo a reclamar uma adaptação dos princípios de responsabilidade, o que não pode ser feito sem que se façam os necessários ajustes nos princípios de sanção. Desse modo, se a absorção de delitos de acumulação acarreta uma nova conformação do princípio da culpabilidade, este fenômeno deve ser acompanhado pela não aplicação de penas privativas de liberdade.

Se, por um lado, é patente a demanda pelo tratamento penal dos novos riscos da sociedade pós-industrial, por outro, é cristalina a incompatibilidade da consagração dos delitos de acumulação com os dogmas e princípios tradicionais do Direito Penal

liberal.

A resolução desse conflito passa pela adoção do sistema penal de duas velocidades concebido por Silva Sánchez, em que há proporcionalidade entre o rigor das garantias e a gravidade das punições. Desse modo, se os delitos de acumulação reclamam uma flexibilização das garantias, das regras de imputação e dos princípios político-criminais, devem contemplar o devido ajuste em suas consequências jurídicas, de modo a não prever penas privativas de liberdade.

Em conclusão, a observância de critérios de racionalidade legislativa viabiliza uma abordagem adequada do processo de expansão do Direito Penal, de modo a responder aos anseios da sociedade pós-industrial e a impedir a difusão do arbítrio estatal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CORACINI, Celso Eduardo Faria, Movimentos de descriminalização: em busca de uma racionalidade para a intervenção jurídico-penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 50, Ano 12, set-out 2004.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal, 3. ed. rev, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRECCO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. Vol 1.11.ed. Niterói: Impetus, 2009.

JAMAR, Izabela Lopes, Socialização e criminalização dos riscos: conflitos entre a teoria da racionalidade moderna e a teoria penal liberal clássica. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 70, Ano 16, jan-fev 2008.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto, A Constitucionalização simbólica. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

RIPOLLÉS, José Luis Díez, A racionalidade das leis penais: teoria e prática. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2005.

SILVA, Pablo Alfen da. O risco da técnica das leis penais em branco no direito penal do risco. Disponível em: < http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_7_3.pdf >. Acesso em 02.nov.2012.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús – María, A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2011.

GUARDA ALTERNADA OU GUARDA COMPARTILHADA? UMA DÚVIDA EM QUESTÃO

Denise Coelho de Almeida

Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes - SE (2005). Pós-graduada em Direito Empresarial pela Universidade Cândido Mendes - RJ (2006). Pós-graduada em Docência para o Ensino Superior pela Universidade Federal de Sergipe (2007). Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade de Sergipe - Estácio de Sá (2014). Consultora e Instrutora credenciada SEBRAE-SE. Técnica Administrativa do Ministério Público de Sergipe.



CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O termo guarda, em sua mais simples acepção, denota vigilância; cuidado; dever de zelar; custódia; posição de defesa em luta; algo que oferece proteção ou amparo (HOUNAISS, 2009). O sentido jurídico da palavra não destoa muito do seu significado dicionarizado.

Para o Direito, instituto da guarda é bem definido por José Luiz Mônaco da Silva em sua obra: "a guarda é o instituto pelo qual alguém, parente ou não, assume a responsabilidade sobre um menor de 21 anos, passando a dispensar-lhe todos os cuidados próprios da idade, além de ministrar-lhe assistência espiritual, material, educacional e moral." (SILVA, 1995, p. 35)

Em outra obra da autoria de José Luiz Mônaco da Silva, tratando sobre guarda, tutela e adoção, ao tratar sobre o instituto em destaque expõe: "a guarda é um conjunto de direitos e deveres que certas pessoas exercem, por determinação legal, ou pelo juiz, de cuidado pessoal e educação de um menor de idade". (SILVA, 1999, p. 56)

Na realidade, a guarda dos filhos é conjuntamente exercitada por seus genitores, só havendo a individualização desta ou sua atribuição a outrem em caso de rompimento da relação de conjugalidade, caso em que deverá ser analisada a situação dos menores de forma a atender ao princípio do melhor interesse da criança de acordo com o preceito estabelecido no art. 1612 do Código Civil. (DIAS, 2011)

Historicamente, na concessão da guarda dos filhos em caso do rompimento da relação de conjugalidade, a regra era pela unilateralidade, ou seja, seria atribuída a um dos dois, genitor ou genitora, isso se não fosse verificado o caso de colocação destes em família substituta¹. Assim, normalmente, essa guarda era

¹ É a substituição o pátrio poder dos genitores por outrem em virtude de determinação judicial.

atribuída à mulher, pois, culturalmente, havia a ideia de que esta estaria apta a proporcionar ao menor os cuidados necessários a seu desenvolvimento saudável, ficando o pai da criança com direito de visitas e auxiliando sua manutenção. Assim, havia uma preleção por conservar a guarda dos filhos com a genitora.

A GUARDA E SUAS MODIFICAÇÕES ATUAIS

Hodiernamente, com a evolução social e até mesmo com a modificação dos papéis representados pelo homem e pela mulher na Sociedade, não prevalece mais essa ideia de que somente a genitora estaria apta a proporcionar os cuidados adequados a uma criança.

Assim, observa-se, na redação antiga do artigo art. 1.584 do CC/2002, que a guarda deveria ser concedida àquele que apresentasse melhores condições para exercê-la, prevalecendo a regra da guarda unilateral, e, com o advento das Leis 11.698/2008 e 13.058/2013, alterando o citado artigo, criou-se a regra de guarda compartilhada, primando pela responsabilidade conjunta dos pais.

Para melhor compreensão do temário apresentado, faz-se necessária a distinção dos tipos de guarda. Roberta Alves Bello, ao tratar do tema em seus escritos, bem distingue essas formas:

Guarda unilateral: Por essa modalidade, um dos genitores fica com o encargo físico do cuidado aos filhos, cabendo ao outro exercer as visitas. A determinação sobre a qual dos pais será atribuída a guarda e consequentemente o exercício mais efetivo do poder familiar, pode ser feita de dois modos: por acordo dos pais ou mediante decisão judicial. (...)

Positivada em nosso ordenamento jurídico, através da lei 11.698/08, pode-se definir a guarda

compartilhada, ou guarda conjunta, como um sistema em que os filhos de pais separados permanecem sob a autoridade equivalente de ambos os genitores, que vêm a tomar decisões importantes em conjunto quanto ao seu bem estar, educação e criação. (...)

(...) a guarda alternada, como a própria designação indica, caracteriza-se pelo exercício exclusivo alternado da guarda, segundo um período de tempo pré-determinado, que tanto pode ser anual, semestral, mensal, findo o qual os papéis dos detentores se invertem, alternadamente. De certo modo, a guarda alternada é também unilateral porque só um dos pais num curto espaço de tempo detém a guarda. (BELLO, 2012)

Luciana Moreira, em artigo publicado no sítio Âmbito Jurídico, também, expõe de forma simples os tipos de guarda existentes:

A Guarda compartilhada é um instrumento que traduz a igualdade entre homens e mulheres como preconizado pela Constituição em seu art. 226, I. Esta modalidade de guarda torna as prerrogativas legais que advêm do poder familiar equilibradas, vez que ambos os genitores dividem as tarefas em igualdade de condições, proporcionando estabilidade e harmonia para os infantes.

Na Guarda Compartilhada a residência é fixa, sendo um genitor guardião e o outro não guardião. O primeiro tem a guarda física, o que determina a residência do menor, porém ambos têm a guarda jurídica, o que aumenta o convívio entre pais e filhos o que traz benefícios.

Já na Guarda Alternada cada um dos pais detém a guarda dos filhos por períodos alternados, podendo ser semanal, mensal ou até mesmo anual, detendo cada um em sua totalidade as responsabilidades advindas do poder paternal alternado a guarda legal. (MOREIRA, 2010)

Assim, na guarda unilateral, uma pessoa detém a guarda enquanto ao outro cabe o direito de visita de acordo com o ajustado extrajudicialmente ou regulamentado judicialmente, tendo como desvantagem o fato de privar o menor do convívio diário do outro genitor. Por outro lado, na guarda compartilhada, ambos genitores terão atribuições relacionadas ao infante, participando efetivamente da vida desta, o que constitui a vantagem desta forma. Por fim, na guarda alternada, há a divisão física e temporal da guarda do filho entre seus genitores, não sendo muito recomendada dado estudos psicológicos. (TARTUCE, 2013)

As discussões a respeito destas formas acirraram-se com a mudança legislativa do Código Civil, trazendo a guarda compartilhada como regra a ser aplicada. E, não obstante a guarda compartilhada começar a ser aplicada como regra em não havendo acordo dos genitores, iniciou-se a confusão da sua aceção com a guarda alternada.

PRINCÍPIOLOGIA APLICADA

Princípio mor, valor fundamental do Estado Democrático de Direito, a dignidade humana tem suma importância na discussão acerca do tema. Com a valorização deste princípio, houve uma releitura do Direito como um todo, passando a evidenciar o sujeito como elemento principal, valor primordial.

A Ordem constitucional, baseada na dignidade da pessoa humana, eleva o sujeito ao centro de proteção do Direito com a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos. Não se restringe a atuação do Estado, muito pelo contrário, passa exigir sua atuação positiva em prol da efetivação daquele, garantindo o mínimo existencial, protegendo os direitos da personalidade acima de qualquer outro. (DIAS, 2010)

A dignidade da pessoa humana é reconhecida como um macrop princípio do qual se extrai inúmeros outros, dentre os quais há de se pontuar a proteção integral à criança e adolescente, o melhor interesse da criança e a afetividade nas relações, princípios estes fundamentais ao estudo do instituto da guarda.

Paulo Luiz Netto Lôbo bem expõe o princípio da dignidade da pessoa humana ao tecer comentários sobre o artigo 227, "caput", CF/88:

No que respeita a dignidade da pessoa da criança, o artigo 227 da Constituição expressa essa viragem, configurando seu específico bill of rights, ao estabelecer que é dever da família assegurar-lhe "com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária", além de colocá-la "a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". Não é um direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família. É uma espetacular mudança de paradigmas. (LÔBO, 2010)

A Constituição Federal, em seu artigo 227, "caput", prevê a proteção integral à criança e adolescente, constituindo uma diretriz nas relações familiares. Essa proteção surge exatamente do panorama de hipossuficiência em que a criança se encontra e visa assegurar seu desenvolvimento num ambiente equilibrado, saudável, livre de quaisquer abusos e pressões psíquicas.

Tânia da Silva Pereira, em análise do princípio do melhor interesse da criança no âmbito familiar, demonstra inequivocamente a necessidade da proteção para garantir seu crescimento salutar e seu desenvolvimento para uma vida adulta digna:

A identidade pessoal da criança e do adolescente tem vínculo direto com sua identidade no grupo familiar e social. Seu nome e seus apelidos o localizam em seu mundo. Sua expressão externa é a sua imagem, que irá compor a sua individualização como pessoa, fator primordial em seu desenvolvimento.

Ser "sujeito de direitos" para a população infanto-juvenil significa deixar de ser tratada como objeto passivo, passando a ser, semelhante aos adultos, sendo titular de direitos juridicamente protegidos. (PEREIRA, S/D, p. 210)

O Código Civil Brasileiro também faz menção ao princípio do melhor interesse da criança ao tratar da proteção da pessoa do filho. Vejamos as disposições concernentes:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (...)

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; (...)

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (BRASIL, lei nº 10.406, 2002)

Além da proteção integral à criança e ao adolescente, há de se falar no princípio da afetividade nas relações. Este, muito além de um valor jurídico, extraído do princípio da dignidade da pessoa humana, deriva da essência do ser humano, independentemente de imposição legal ou mesmo de imposição da natureza.

Trata-se de uma construção a partir da convivência, derivando de fatores biofísicos e psicológicos, cuja proteção encontra respaldo legal, tendo sido elevada a princípio jurídico.

Giselle Câmara Groeninga expõe com brilhantismo considerações acerca do princípio da afetividade:

O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. Cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das familiares; aliás, um outro princípio do Direito de Família é o da afetividade. (GROENINGA, 2008, p. 28)

No artigo 1.584 do Código Civil brasileiro, acima transcrito, já se observa a codificação desse princípio. Constitui um marco da quebra da postura meramente patrimonialista do direito, abrindo espaço para a tutela das relações afetivas.

A boa doutrina revela a necessidade do equilíbrio entre o espaço público e privado nas relações familiares com vistas à efetivação da dignidade da pessoa humana dentro do seio familiar. Desta forma, não se trata de um direito oponível apenas ao Estado, é uma norma geral, destinada não só aos membros da família, mas a sociedade como um todo, é uma responsabilidade de todos. (LÔBO, 2000)

GUARDA ALTERNADA OU GUARDA COMPARTILHADA

Muito embora haja uma impressão equivocada de que a guarda compartilhada é realizada pela divisão temporal da permanência do infante entre o pai e a mãe, não foi essa a ideia do legislador quis estabelecer com a redação atual do Código Civil Brasileiro. Na verdade, buscou-se instituir o compartilhamento dos poderes decisórios sobre a criança pelos seus genitores, de modo a proporcionar, efetivamente, a participação de ambos na formação intelectual e psicológica desta.

Nos pleitos judiciais, é muito comum haver a confusão entre a guarda compartilhada e a guarda alternada. É comum que o requerimento de uma das



partes tenha sido no sentido da obtenção da guarda alternada de seu filho, quando na verdade o que se quer é atender a Lei 13.508/2014, cujo texto alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil, estabelecendo como regra a guarda compartilhada.

Destaca-se abaixo uma decisão que espelha esta confusão entre as acepções de guarda compartilhada e guarda alternada. Trata-se de um acórdão em sede de Agravo de instrumento interposto da decisão que indefere a concessão de liminar no sentido de conceder a guarda alternada ao genitor do menor, segue teor:

Não é de se admirar a confusão entre guarda compartilhada e guarda alternada, pois até mesmo os dispositivos pertinentes no Código Civil Brasileiro (Artigos 1583 e 1584), confundem-nas. Observe-se seu texto, in verbis, já com a redação alterada pela Lei nº 11.698 de 2008 e Lei nº 13.058, de 2014:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado).

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

§ 4º (VETADO).

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

§ 3o Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

§ 4o A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor.

§ 5o Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

§ 6o Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação. (BRASIL, Lei nº 10.403, 2002)

Assim, vê-se que até mesmo a Legislação denota esse descompasso ao comparar os parágrafos acima grifados. No artigo 1583, parágrafo 2º, do CC, traz a situação da divisão equilibrada do tempo de convívio com o filho entre os genitores, e, por outro lado, em seu parágrafo 3º, estabelece que a moradia do filho deve ser fixada de acordo com o melhor interesse da criança, demonstrado assim que o menor deverá ter uma residência fixa, o que não significa necessariamente a divisão temporal da guarda.

Além disso, vale pontuar que o Art. 1583, parágrafo 1º, segunda parte, do Código Civil, traz a exposição da essência da guarda compartilhada, ressaltando que o compartilhamento reside sobre os direitos e deveres dos pais sobre a criança e não sobre detenção física sobre esta. Assim, versa sobre as responsabilidades dos genitores, devendo estes atuarem efetivamente na criação de seus filhos.

Não há incongruência alguma nos citados artigos, o que está havendo é uma má interpretação pelos operadores do Direito, que, na ânsia de

corresponderem aos interesses de seus clientes, optam por interpretar da melhor forma que lhes convém, fomentando toda essa polêmica em torno do assunto.

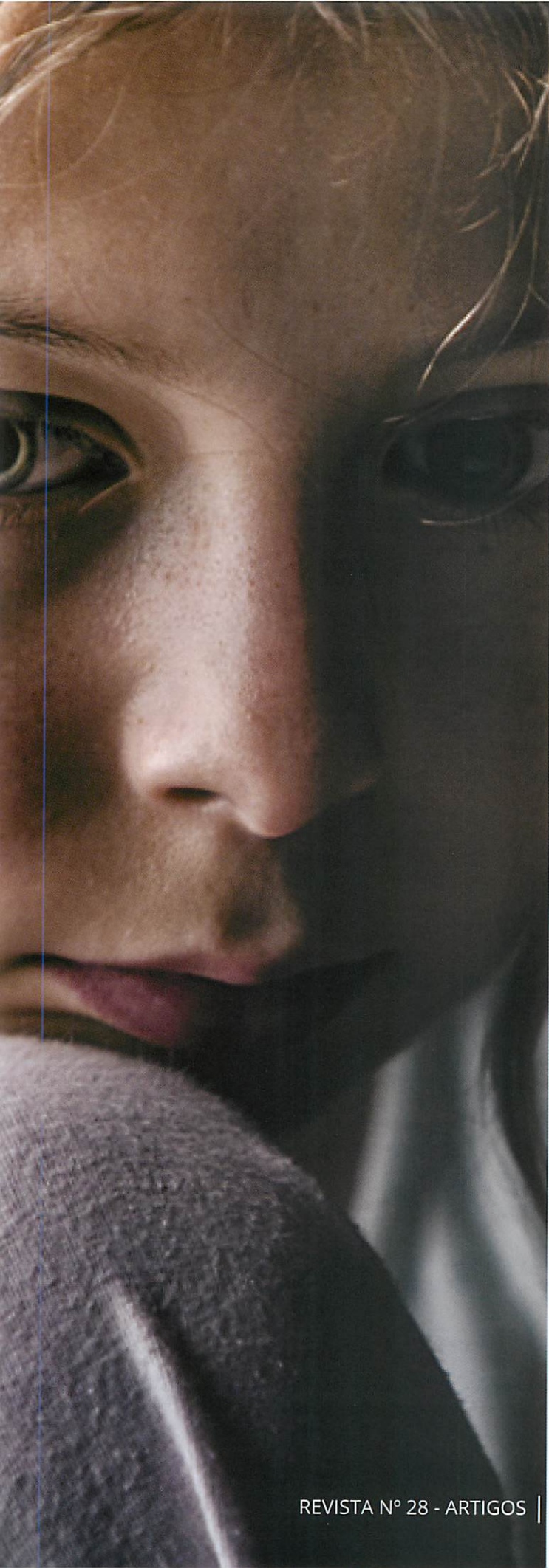
A APLICAÇÃO DA GUARDA ALTERNADA

Um importante aspecto a ser tratado é a respeito da aplicação da guarda alternada, pois grande parte da doutrina jurídica e estudos psicológicos entende que esta se mostra inadequada para o desenvolvimento do menor, principalmente, àqueles com menos idade, podendo acarretar prejuízos psíquicos em longo prazo.

A grande maioria doutrina mostra-se desfavorável a essa configuração de guarda, destacando os prejuízos que podem advir ao infante, senão vejamos o posicionamento de Flávio Tartuce, referendado pela psicanalista Giselle Groeninga:

“a novel legislação traz outros sérios problemas. O principal deles é a menção a uma custódia física dividida, o que parece tratar de guarda





alternada e não de guarda compartilhada. Continuamos a seguir a ideia de que a guarda alternada é aquela em que o filho permanece um tempo com o pai e um tempo com a mãe, pernoitando certos dias da semana com o pai e outros com a mãe. A título de exemplo, o filho fica sob a custódia do pai de segunda a quarta-feira; e da mãe de quinta-feira a domingo. Essa forma de guarda não é recomendável, eis que pode trazer confusões psicológicas à criança, como bem desenvolve a juspsicanalista Giselle Câmara Groeninga em sua tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Como ela destaca, a guarda alternada acaba por privilegiar mais o que os pais vêem como seus direitos, “sem considerar os seus reais efeitos para o desenvolvimento da criança” (...) Continuamos a afirmar que a alternância de guarda e de lares é altamente inconveniente, pois a criança perde seu referencial, recebendo tratamentos diferentes quando na casa paterna e na materna. O problema não diz respeito a gênero, mas a espaço e a convivência social” (TARTUCE, 2015)

Ademais, há estudos do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM que demonstram que a guarda compartilhada é a mais recomendada:

“Para Waldyr Filho, a guarda compartilhada assegura aos pais o exercício conjunto dos cuidados parentais e aos filhos o sério envolvimento de ambos os pais em seu destino. “Essa é a finalidade principal da guarda compartilhada: implicar e incluir ambos os pais nas atividades de criação e formação integral de seus filhos”, afirma.

Grisard esclarece ainda que, no modelo de guarda compartilhada, pai e mãe, de forma conjunta, são responsáveis pela criação e educação dos filhos menores, cada um cumprindo suas funções. Dividindo os encargos de criação e educação dos filhos menores, explica, “o pai pode concorrer com algumas despesas específicas, como educação e saúde, e a mãe com outras, como alimentação e vestuário. Despesas extraordinárias podem ser cobertas por ambos, na proporção de seus recursos”.

Além disso, quanto à custódia física, a guarda compartilhada assegura aos filhos uma residência habitual, para que o menor tenha um ponto de referência de suas atividades e interesses, levando em conta que “uma residência principal facilitará a manutenção de uma rotina de vida favorável ao desenvolvimento da criança” (GRISARD FILHO, 2015)

Ao concordar com o posicionamento da doutrina,

a jurisprudência, também, não enxerga com bons olhos a guarda alternada, destacando ser a guarda compartilhada a mais indicada, segue abaixo a ementa do julgado:

DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS C/C REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. INTERLOCUTÓRIO QUE DETERMINOU A GUARDA COMPARTILHADA DOS GENITORES, COM VISTAS A RESGATAR OS LAÇOS AFETIVOS ENTRE PAI E FILHO, QUE ESTIVERAM AFASTADOS POR CERCA DE 3 (TRÊS) ANOS ENQUANTO O MENOR MORAVA NO EXTERIOR COM A MÃE. MANIFESTA ANIMOSIDADE ENTRE AS PARTES. INVIABILIDADE DA MANUTENÇÃO DO MODELO DE GUARDA ALTERNADA. MEDIDA QUE, NO CASO, DESCURA DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DOS INTERESSES DA CRIANÇA. INTELECÇÃO DO ART. 227, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E DO ART. 1º DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RESTABELECIMENTO DA GUARDA DO MENOR EM FAVOR DA GENITORA. DIREITO DE VISITAS DO GENITOR QUE DEVERÁ OBSERVAR AS DIRETRIZES IMPOSTAS ANTERIORMENTE PELO JUIZ DA CAUSA (FINAIS DE SEMANA ALTERNADOS). RECURSO PROVIDO. 1. Nos casos que envolvam a alteração da guarda, o magistrado deve proceder, mais do que o habitual, com extrema cautela, pois qualquer modificação na vida da criança - ser em desenvolvimento que é - pode implicar graves consequências. 2. Assim, se os elementos probatórios demonstram a perfeita adaptação do menor no lar materno, não há razão para se estabelecer a guarda compartilhada entre os genitores, tanto mais quando - a par da manifesta animosidade reinante entre eles -, tal medida significaria sujeitar o menor a mudanças semanais de residência, gerando-lhe inegável instabilidade emocional e psíquica. (TJ-SC - Al: 443287 SC 2010.044328-7, Relator: Eládio Torret Rocha, Data de Julgamento: 25/05/2011, Quarta Câmara de Direito Civil de Criciúma)

Ademais, há estudos do IBDFAM que demonstram que a guarda compartilhada, ou seja, na qual as obrigações e direitos são partilhados entre os genitores, tendo uma residência fixada, é a mais recomendada:

A guarda compartilhada não representa uma divisão equitativa de tempo de convivência entre pais e filhos. Não se pode confundir guarda compartilhada com guarda alternada. Essa sim, representa uma fragmentação do tempo que o menor convive com cada um dos pais, prefixados no calendário - dias, semanas, meses, anos; enquanto um é o guardião, o outro

é o visitante, invertendo-se os papéis no final de cada período. Na guarda compartilhada, são múltiplos os arranjos ao exercício da coparentalidade, sem descuidar dos melhores interesses da criança. A manutenção da convivência entre pais e filhos é o que importa: levar e trazer da escola, auxiliar o filho nas tarefas diárias, participar de reuniões pedagógicas e de eventos esportivos, acompanhar o filho nas atividades extracurriculares como natação, estudo de línguas, balé ou futebol, frequência a teatros, cinemas e museus, idas a médicos, enfim, integrar-se na vida do filho, ensinando-lhe, por suas atitudes, os supremos valores à formação psico-social. Na guarda compartilhada os filhos transitam normal e livremente por dois lares. Não se modificando o poder familiar com a desunião do casal parental, em nada se alteram os direitos-deveres dos pais em relação aos filhos sob sua responsabilidade. Quer isso dizer: a obrigação alimentar subsiste. É dever de ambos os pais criar seus filhos, diz a Constituição Federal. Mas poderá avançar para mecanismos mais adequados a cada casal, como a repartição das despesas. (IBDFAM, 2015)

Desta forma, observa-se que a guarda compartilhada, sem dúvida, é a melhor opção no momento, sendo a solução que melhor se enquadre, de modo a garantir ao infante o convívio com ambos os genitores e, assim, propiciando que estes acompanhem seu desenvolvimento e exerçam seus papéis com plenitude.

CONCLUSÃO

Seja a aplicação da guarda unilateral, seja a aplicação da guarda compartilhada, o que se busca é atender ao melhor interesse do menor, garantir que lhe seja assegurada a dignidade da pessoa humana. Afinal de contas, o rompimento da relação de conjugalidade por si só, já traz traumas irreparáveis à criança e, ao estabelecer sua guarda, deve-se fazer uma análise detida da circunstância que melhor atenderá ao ritmo de vida e às necessidades desta.

As recentes alterações legislativas trouxeram à baila as discussões acerca da aplicabilidade das guardas compartilhadas e alternadas, e, ainda, a necessidade de diferenciá-las e trazer suas acepções para evitar as confusões e não tumultuar a justiça.

No tocante à guarda alternada, ainda é preciso

estudar acerca deste assunto, proceder análises e pesquisas não só jurídicas, mas psicológicas e comportamentais para se chegar a um consenso a respeito de sua aplicação e as implicações da adoção deste tipo de guarda a uma criança, pois não basta a divisão temporal da estadia com os genitores, é preciso que estes estejam velando pelos seus interesses, atribuindo-lhe a atenção e os cuidados necessários a seu desenvolvimento saudável.

Assim, atendendo ao preconizado na Legislação civil atual, mostra-se mais prudente a concessão da guarda compartilhada do menor a seus genitores, propiciando a este a consciência de que possui uma residência fixa, um lar, morando com um deles, o qual irá exercer conjuntamente com o outro a totalidade de sua autoridade parental, garantindo plenamente o conteúdo do princípio do melhor interesse da criança.

REFERÊNCIAS

BELLO, Roberta Alves. Guarda alternada versus guarda compartilhada: vantagens e desvantagens nos processos judicializados de continuidade dos laços familiares. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11387>. Acesso em set 2016.

BRASIL. Novo Código Civil. Lei nº 10.403 de 10 de janeiro de 2002. Aprova o novo código civil brasileiro. Brasília, DF, 2002.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GROENINGA, Giselle Câmara. Direito de Família. Volume 7. Orientação: Giselda M. F Novaes Hironaka. Coordenação: Aguida Arruda Barbosa e Cláudia Stein Vieira. São Paulo: RT, 2008.

GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda alternada ou guarda compartilhada? Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4966/Guarda+alternada+ou+guarda+compartilhada>> Acesso em: 22 de outubro de 2015.

GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada: diretor do IBDFAM comenta o modelo de guarda recém aprovado no Senado como regra em casos de

dissolução conjugal. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5495/Guarda+Compartilhada:+diretor+do+IBDFAM+comenta+o+modelo+de+guarda+recem+aprovado+no+Senado+como+regra+em+casos+de+dissolucao+conjugal>> Acesso em: 22 de outubro de 2015.

HOUNAISS, Antônio, VILLAR, Mauro Salles. Minidicionário Hounaiss de língua portuguesa. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Objetiva, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/527>>. Acesso em: 27 jul. 2014.

MOREIRA, Luciana Maria Reis. Aspectos gerais da guarda compartilhada. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 81, out 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8523>. Acesso em set 2016.

PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do “melhor interesse da criança” no âmbito das relações familiares. *Direito de Família e Psicanálise – Rumo a uma nova epistemologia*. Coordenadores: Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Imago.

SILVA, José Luiz Mônaco da. A família substituta. São Paulo: Saraiva, 1995.

SILVA, José Luiz Mônaco da. Guarda, Tutela e Adoção. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

TJ-SC - AI: 443287 SC 2010.044328-7, Relator: Eládio Torret Rocha, Data de Julgamento: 25/05/2011, Quarta Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Agravo de Instrumento n. , de Criciúma.

TARTUCE, Flávio. A Lei da Guarda Compartilhada (ou alternada) obrigatória - Análise crítica da lei 13.058/2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI215990,51045-A+L+ei+da+Guarda+Compartilhada+ou+alternada+obrigatoria+Analise>> Acesso em 26 de outubro de 2015.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. Volume único. 3ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Método, 2013.

ART.942 DO NCPC: SOLUÇÃO OU RETROCESSO QUALIFICADO? VICISSITUDES DE UM AMBICIOSO LEGISLADOR ORDINÁRIO

Diego de Lima Cardoso

Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes em Aracaju/SE. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Fundação de Direito da Bahia. Técnico Judiciário do TJSE.



INTRODUÇÃO

Conforme já prenunciava a Comissão de Notáveis, no ano de 2010, o grande desafio na construção de um novo Código de Processo Civil seria compatibilizar os anseios dos cidadãos por uma justiça mais célere e rápida com a inclusão de mecanismos que pudessem garantir a tão sonhada efetividade, mas sem incorrer em desrespeitos às garantias processuais ameadas ao longo das gerações.

É dizer, nunca se invocou tanto a ideia de efetividade em uma construção de um novo modelo processual civilista que, curiosamente, apenas no texto referente à Exposição de Motivos do NCPC, a festejada palavra efetividade (e seus derivados ortográficos) se repete por contadas dezesseis vezes.

Era preciso, pois, expungir da mente dos jurisdicionados a tormentosa questão da morosidade judicial, primeiro, detectando-se as barreiras para a prestação de uma justiça rápida, segundo, resolver os problemas com a legitimação democrática destas soluções.

E, nisto, portanto, é que se percebeu, após porfiar a temática, que um dos problemas à garantia da efetividade e celeridade do processo judicial brasileiro era justamente o volume imoderado de ações sucedidas por uma vasta possibilidade de recursos, ora cabíveis em vários interníveis, digo, instâncias judiciais.

E assim aconteceu, posto que, a tendência à diminuição das hipóteses de recursos servia a um só tempo para privilegiar não apenas a sensação de menor litigiosidade, mas também assegurar a ideia de uniformização dos entendimentos dos Tribunais brasileiros, uma vez que, partindo-se do silogismo, um recurso a menos, maior estabilidade da jurisprudência.

Logo, enquanto um dos vetores defendidos

pela Comissão Reformista, a redução do número de recursos era ponto-comum e assim ocorreu, por exemplo, em relação aos embargos infringentes¹ que, não passando ileso às severas críticas doutrinárias, algumas, inclusive, remotas², quedou-se extinto do rol taxativo de recursos no NCPC.

Em seu lugar, no entanto, foi incorporada ao texto do NCPC a controvertida figura prevista no art. 942 que, na qualidade de sucedâneo aos embargos infringentes, vem recebendo a alcunha de técnica de ampliação de julgamento, consistindo na ampliação da composição do órgão julgador fracionário quando instada a divergência.

A VIA CRUCIS GERMINATIVA DO ATUAL ART. 942 DO NCPC

Consoante já afofado alhures, no curso do processo de elaboração do NCPC, os notáveis ora responsáveis pela elaboração do Anteprojeto tiveram uma especial preocupação com a matéria recursal, uma vez que, como se acredita(va), são os recursos um dos contribuintes-mor à pecha da lentidão dos processos judiciais.

Nesse contexto, portanto, é que no Anteprojeto original³ elaborado pela Comissão de Juristas, os

1 Nos termos do art. 530 do CPC de 1973: "Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência".

2 Nesse sentido, "A existência de um voto vencido não basta por si só para justificar a criação de tal recurso; porque, por tal razão, se devia admitir um segundo recurso de embargos toda vez que houvesse mais de um voto vencido; desta forma poderia arrastar-se a verificação por largo tempo, vindo o ideal de justiça a ser sacrificado pelo desejo de aperfeiçoar a decisão". (BUZAID 1972, p. 111)

3 Código de Processo Civil: anteprojeto/Comissão de Juristas Responsáveis pela elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil, - Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://ghlb.files.wordpress.com/2010/06/anteprojeto-novo-cpc.pdf>> acesso em 19 mai. 2016.

embargos infringentes foram suprimidos da nova ordem processual civil brasileira e o dispositivo que o substituiu tinha, originalmente, a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 861. Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor.

§ 1º Os votos poderão ser alterados até o momento da proclamação do resultado pelo presidente.

§ 2º No julgamento de apelação ou de agravo de instrumento, a decisão será tomada, no órgão fracionário, pelo voto de três juízes.

§ 3º O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de prequestionamento.

Inserido, pois, no Título I (Dos Processos nos Tribunais), Capítulo II (Da ordem dos processos no Tribunal), tal dispositivo trazia a normatividade geral para aplicação no julgamento dos recursos e, como observável, não havia previsão de novo julgamento, ante a existência de voto-vencido, mas tão somente a necessidade de que tal voto fosse expressamente declarado e considerado como parte integrante do acórdão, para todos os fins legais, inclusive de prequestionamento.

Já no Senado, com a transformação do Anteprojeto para o Projeto de Lei – PLS 166/2010 – no tocante à supressão dos embargos infringentes, nada fora alterado, mantendo-se a ideia original da Comissão dos Notáveis em relação à declaração necessária do voto-vencido e de sua integração ao acórdão para todos os fins, somente sendo alterada a numeração do dispositivo.

Entrementes, quando do encaminhamento à Câmara dos Deputados, agora por meio do PL 8.046/2010, verificou-se que o debate acerca da extinção dos embargos infringentes havia ganhado nova motivação, uma vez que naquela Casa Legislativa destacou-se a formação de um grupo de parlamentares que reivindicava o retorno do recurso sob o argumento de que ele era necessário para

prestigiar a justiça da decisão, com a possibilidade de reversão do julgamento, em razão da divergência.

Ocorre que, mesmo diante da resistência de alguns parlamentares pelo retorno dos infringentes ao rol dos recursos no NCPC, entretanto, o relator do projeto reconheceu a existência de também fortes argumentos favoráveis à extinção do recurso, mas inovou em relação ao Anteprojeto criando uma espécie de prolongamento do julgamento resultante de acórdão não unânime, entendendo ter conciliado a celeridade com a supressão do recurso. Neste sentido, é o excerto extraído do parecer do Relator-Geral da Comissão Especial, ora Deputado Sérgio Barradas Carneiro, *ad verbum*:

Houve muitos pedidos de retorno dos embargos infringentes ao projeto – eles haviam sido retirados na versão do Senado.

Os argumentos favoráveis a este recurso são fortes: prestigia-se a justiça da decisão, com a possibilidade de reversão do julgamento, em razão da divergência.

Sucede que a previsão deste recurso traz também alguns problemas: a) há intermináveis discussões sobre o seu cabimento, o que repercute no cabimento do recurso especial ou do recurso extraordinário, que pressupõem o esgotamento das instâncias ordinárias. Há inúmeras decisões do STJ que se restringem a decidir se os embargos são ou não cabíveis; b) além disso, os embargos somente cabem se o acórdão reformar a sentença ou rescindi-la, o que limita muito o seu cabimento.

Assim, resolvi acolher uma sugestão que, de um lado, garante à parte o direito de fazer prevalecer o voto vencido, com a ampliação do quórum de votação, e, de outro, acelera o processo, eliminando um recurso e discussões quanto ao seu cabimento.

Cria-se uma técnica de julgamento muito simples: sempre que, no julgamento de apelação, agravo ou ação rescisória, houver um voto divergente, o julgamento não se conclui, prosseguindo-se na sessão seguinte, com a convocação de um número de desembargadores que permita a reversão da decisão.

Com isso, simplifica-se o procedimento: não há necessidade de recorrer, não há prazo para contrarrazões nem discussões sobre o cabimento do recurso. Havendo divergência, simplesmente o processo prossegue, com a ampliação do quórum.

Alcança-se o mesmo propósito que se buscava com os embargos infringentes, de uma maneira mais barata e célere, além de ampliada, pois cabe em qualquer julgamento de apelação (e não em

apenas alguns) e também no caso de agravo, sobre o qual silenciava o CPC/1973 em tema de embargos infringentes.

Ad posteriori, com o parecer definitivo do Deputado Paulo Teixeira, que havia encampado as razões e propostas feitas pelo relator, nascia, assim, o embrião germinativo do atual art. 942 do NCPC, mas que naquele momento ainda era reconhecido pelo art. 955 e possuía a seguinte redação final, *in litteris*:

Art. 955. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, a serem convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.

§ 1º Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura componham o órgão colegiado.

§ 2º Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento.

§ 3º A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em:

I - ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença; neste caso, deve o seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno;

II - agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito.

§ 4º Não se aplica o disposto neste artigo no julgamento do incidente de assunção de competência e no de resolução de demandas repetitivas.

§ 5º Também não se aplica o disposto neste artigo ao julgamento da remessa necessária.

§ 6º Nos tribunais em que o órgão que proferiu o julgamento não unânime for o plenário ou a corte especial, não se aplica o disposto neste artigo.

Em comentários a esta inovação procedimental, verberou BECKER e NÓBREGA (2015, p.02), segundo os quais, *verbis*:

A solução por ele [Deputado Sérgio Barradas Carneiro] proposta, então, teve cunho político, adotando-se uma espécie de meio-termo que buscou garantir à parte o direito de fazer prevalecer o voto-vencido, com a ampliação do quórum de votação, e, de outro, acelera[r] processo, eliminando um recurso.

De volta ao Senado Federal, a proposta inovadora da técnica de julgamento ampliado foi objeto de acaloradas discussões, tendo sido, num primeiro momento, afastada por proposta do relatório do Senador Vital do Rêgo, ora aprovado em 27 de novembro de 2014, com as seguintes razões:

Apesar de louvável preocupação do dispositivo com o grau de justiça do julgamento colegiado em sede de apelação, ele incorre em um excesso que merece ser podado. É que a parte derrotada nessa instância poderá, ainda, reivindicar reanálise do pleito na via dos recursos excepcionais, respeitadas as limitações objetivas das instâncias extraordinárias.

E mais. Problemas de alocação de desembargadores em órgãos fracionários dos tribunais surgiriam, dada a necessidade de convocação de novos julgadores para complementação de votos. Na prática, poderia haver estímulo à alteração dos tribunais, a fim de que os órgãos fracionários passassem a contar com pelo menos cinco julgadores, o que, sem ampliação do número total de membros da Corte, implicaria redução no número de órgãos fracionários e, por extensão, da capacidade de julgamento do Tribunal.

No entanto, por ocasião da votação definitiva do projeto no Senado, ripristinou-se o art.955 que exigia unanimidade nos julgamentos de apelação, ação rescisória e agravo de instrumento, sob pena de se aplicar aquela técnica de ampliação de julgamento dos acórdãos não unânimes que, mais tarde, seria alocada no art. 942 do então Código de Processo Civil vigente.

Sobre esta reviravolta instalada no Senado, importante trazer à baila a ácida crítica de STRECK e HERZL (2016, p. 03), segundo os quais, *litteris*:

Eis que o jeitinho brasileiro se fez presente: a fim de evitar que a votação do novo Código de Processo Civil se estendesse para o decorrer de 2015, aprovou-se seu texto básico no dia 16 de dezembro e relegou-se ao dia seguinte à apreciação de 16 destaques (ou, em outros termos, discordâncias). Dentre estes o destaque de número 14, elaborado pelo senador Aloysio Nunes Ferreira, que propôs a reintrodução do



artigo 955 ao texto do relator.

Qual o resultado do embate tupiniquim? Pasmem: ripristinar às pressas a (técnica de) suspensão de julgamento de acórdãos não unânimes, como uma das condições para a aprovação no novo Código de Processo Civil no dia 17 de dezembro.

Com isso, encerrava-se mais um capítulo de inflamadas discussões que convergiram em sentença de morte aos embargos infringentes no processo civil brasileiro, mas no nascimento da técnica de ampliação do colegiado em caso de divergência.

NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO PREVISTO NO ART. 942 DO NCPC

Em linhas já superadas, observou-se que, com a extinção dos embargos infringentes do texto do Código de Processo Civil vigente, em seu lugar aportou a previsão da técnica de ampliação do órgão julgador em caso de divergência, obra de raízes idealizadas durante a tramitação do PL 8.046/2010, o que resultou, hodiernamente, materializado no art. 942, cuja redação trazemos à colação:

Art. 942. Quando o resultado da apelação for não

unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.

§ 1º Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura componham o órgão colegiado.

§ 2º Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento.

§ 3º A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em:

I - ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, devendo, nesse caso, seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno;

II - agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito.

§ 4º Não se aplica o disposto neste artigo ao julgamento:

I - do incidente de assunção de competência e ao

de resolução de demandas repetitivas;

II - da remessa necessária;

III - não unânime proferido, nos tribunais, pelo plenário ou pela corte especial.

Com efeito, o citado dispositivo previu uma técnica de ampliação do colegiado, determinando a suspensão da sessão de julgamento quando o resultado não for unânime para que, após, prossiga na presença dos novos membros com a finalidade precípua de conferir oportunidade para eventual prevalência do voto-vencido, tônica que fora importada dos extintos embargos infringentes.

Ocorre que, a primeira grande celeuma instada em face do expediente inovador do art. 942 do NCPC é saber qual a sua verdadeira natureza jurídica, mesmo porque tal resposta engendrará importantes repercussões práticas, conforme será visto amiúde.

É dizer, cuida-se o art. 942 do NCPC de um disfarçado recurso apto a prolongar o estado de litispendência ou, diversamente, ostenta tão só a condição de uma técnica de julgamento?

Para o jurista e magistrado federal Eduardo José da Fonseca Costa, a ampliação do colegiado em caso de divergência é sim um recurso, melhor dizendo, seria um recurso de ofício. Neste sentido, colha-se a lição manifestada pelo eminente doutrinador:

Outro atraso foi o sistema recursal, que é pior e mais amplo do que o de 1973. Eles extinguiram os embargos infringentes, é verdade, mas transformaram-nos em um modelo oficioso, ou seja, hoje qualquer decisão não unânime em órgão colegiado, obrigatoriamente, por impulso oficial do presidente da sessão, leva à convocação de outros julgadores. Existem os embargos infringentes de ofício (COSTA 2016, p. 02)

O mesmo jurista, em outra obra de sua lavra, endossa a lição, ao dizer que:

Em primeiro lugar, os embargos infringentes não deixam de existir. Em verdade, deixam de ser voluntários para que se tornem necessários ou obrigatórios. Tornam-se embargos infringentes ex officio, pois. (...) Tudo isso mostra que os embargos infringentes não se extinguem no Código projetado, mas apenas de desvestem do regime voluntarista que sempre os acompanhou (COSTA 2014, p. 399).

No entanto, e aí representando a maioria da doutrina, há aqueles que entendem que o art. 942 do NCPC não é recurso, mas sim uma técnica de ampliação do colegiado em caso de divergência. Nestes termos, é o escólio de DIDIER JR. (2016, p.76), segundo o qual:

No CPC-2015, não há mais os embargos infringentes. Em seu lugar, o art. 942 do CPC prevê a ampliação do colegiado em caso de divergência. Tal expediente não ostenta natureza recursal. Não se trata de recurso, pois a regra incide antes de haver encerramento do julgamento.

E continua:

Não é irrelevante a discussão sobre a natureza jurídica do instituto previsto no art. 942 do CPC. Há grandes repercussões práticas: se se entende que é um recurso, deve-se partir da premissa de que houve uma decisão proferida, com lavratura de acórdão (art. 941, CPC), podendo desse acórdão caber, antes mesmo da convocação de novos julgadores em prosseguimento, embargos de declaração. Ademais, se se trata de recurso de ofício, haveria novo julgamento, com novos votos a serem proferidos por quem já participou. E mais: se quem já votou vier a afastar-se ou ser substituído, poderá ter seu voto alterado, não se aplicando, justamente por ser um novo julgamento de um novo recurso, a parte final do disposto no §1º do art. 941 do CPC.

Se se entende que é um recurso, aplica-se o art. 25 da Lei nº 12.016/09, segundo o qual não cabem embargos infringentes no processo de mandado de segurança (DIDIER JR. 2016, p. 76).

Ou seja, para aqueles⁴ que entendem que não se trata de recurso, mas sim de nova técnica de julgamento⁵, argumentam que não há decisão anterior para então ensejar manejo de recurso. É dizer, o recurso, voluntário ou de ofício, pressupõe decisão anteriormente proferida, mas no caso do art. 942 do NCPC, quando da sua aplicação prática, não há encerramento, mas prosseguimento do julgamento.

4 Neste sentido: "(...) o recurso, entretanto, depende da vontade da parte, enquanto a nova técnica de julgamento é cogente, sendo aplicável de ofício". (NEVES 2016, p. 1.339).

5 Em crítica à ideia de nova técnica de julgamento, é a lição de COSTA (2014, p. 400): "Em segundo lugar, não se trata de 'nova técnica de julgamento'. (...) [da] Coleção das leis extravagantes de Duarte Nunes do Lião, embora mais conhecida como 'Código Sebastião', nele, era previsto que: a) para a confirmação das decisões interlocutórias bastava a concordância de dois desembargadores ('dous conformes'); para a revogação era preciso a presença de três desembargadores (1.5.3); b) nos julgamentos que exigiam a presença de três desembargadores, para confirmar ou revogar a decisão recorrida, não havendo concordância entre eles, um quarto julgador deveria ser convocado (1.5.6 e 7). Como se pode notar, não havia propriamente um pedido, mas a convocação ex officio de um novo julgador para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial".

Por esta ótica, portanto, “não é possível a oposição de Embargos de Declaração entre a constatação do julgamento por maioria e seu prosseguimento em nova sessão com ampliação do número de julgadores” (DIDIER JR. 2016, p. 77).

Para STRECK e HERZL (2015, p.01), o fator decisivo que resolve a dúvida está justamente no requisito da voluntariedade, uma vez que, conforme afirmam:

Tal técnica não se confunde com uma nova espécie recursal, por algumas razões. Certamente a mais importante é a ausência do requisito voluntariedade (ou, para alguns, a facultatividade do direito de recorrer), porquanto a sua utilização será automática e obrigatória. Recurso, ao que consta, precisa de vontade (não vamos falar do recurso por novo júri – hoje extinto – e o recurso obrigatório que vem da era Vargas; onde se viu, em plena democracia, com independência judicial, que um juiz recorra “de si mesmo”).

De mais a mais, outro argumento adotado para justificar a posição de que não se trata de recurso, mas sim técnica de julgamento, é o fato relativo à própria disposição topográfica do art. 942 no contexto do NCPC. Ou seja, tal dispositivo encontra-se situado no Capítulo II (Da Ordem dos Processos no Tribunal), Título I (Da ordem dos Processos e dos Procedimentos de Competência Originária dos Tribunais) e Livro III (Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais), e não no Título II (Dos Recursos), mais especificamente no art. 994 que traz a previsão taxativa dos recursos na ordem processual civil. É o que assentam BECKER e NÓBREGA (2015, p. 03), para quem:

A alocação da norma não foi sem sentido. A inovadora técnica de julgamento não é recurso por ausência de voluntariedade, na medida em que o julgamento será suspenso para convocação de dois outros juízes, independentemente da vontade das partes. Pode-se dizer, sem erro, que se trata de uma técnica a ser aplicada de ofício, imperativamente, pois não há margem para que a parte renuncie ao direito de ver o voto minoritário prevalecer; ela é impelida a aceitar a técnica. Daí porque a técnica foi excluída da parte recursal, despida do manto dos embargos infringentes, e realocada, in natura, no título preparatório aos recursos.

Enfim, independente da corrente doutrinária que se queira adotar, mas, a bem da verdade, é que tal expediente previsto no art. 942 do NCPC contém em si o gene dos embargos infringentes, uma vez que busca privilegiar “o voto minoritário, de modo que

este voto não seja apenas uma dissidência, mas uma efetiva posição que mereça uma análise por um maior número de julgadores” (BECKER e NÓBREGA 2015, p. 01).

HIPÓTESES DE CABIMENTO E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS

O art. 942 do NCPC, conforme já avisado, diz respeito, no entendimento majoritário, a uma técnica necessária de julgamento quando diante de resultado não unânime. No entanto, o que ainda nos resta saber é quando e sobre que tipo de julgamento será ela recomendada.

De início, cabe afirmar que esta técnica de julgamento ampliado é aplicada em face dos resultados não unânicos que, em linhas gerais, decidem o recurso de apelação cível e o agravo de instrumento, bem como em relação à ação rescisória.

Por expressa dicção do art. 941, §2º do NCPC, “No julgamento de apelação ou de agravo de instrumento, a decisão deve ser tomada, no órgão colegiado, pelo voto de 03 (três) juízes”. É dizer, quando não for o caso de decisão monocrática⁶, o recurso será julgado pelo órgão fracionário competente, ora composto por, no mínimo, 03 (três) desembargadores que irão proferir os seus votos e, uma vez proferidos, o presidente irá anunciar o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator do recurso ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor, consoante previsão do art. 941, caput do NCPC.

Assim sendo, um julgamento não unânime, neste caso, seria uma decisão com dois votos vencedores e um voto vencido, i.e., dois votos que caminham pela mesma solução ao caso e um voto que diverge de tal entendimento, dando-lhe solução diversa. É, portanto, neste cenário, que haveria de ser instaurada a técnica prevista no art. 942 do NCPC, com a convocação de mais dois julgadores a fim de que possam, eventualmente, inverter o resultado, fazendo do voto-vencido, a tese exitosa. Neste aspecto, bem sintetiza DIDIER JR (2016, p. 78):

A decisão na apelação deve ser tomada, no órgão colegiado, pelo voto de três membros (art. 941, §2º, CPC). Um julgamento não unânime, nesse

⁶ No caso da apelação cível, conforme art. 1.011, inciso II do NCPC; no caso do agravo de instrumento, conforme art. 1.019, caput do NCPC.

caso, é uma decisão com dois votos vencedores e um voto vencido. Logo, não de ser convocados mais dois julgadores para que possa, eventualmente, ser invertida a conclusão, agregando-se os dois novos votos ao vencido, tendo-se um resultado 2x3. Mas também é possível que os novos votos se somem aos votos até então vencedores, tendo-se um resultado de 4x1, ou ainda é possível que um dos novos votos se some aos votos até então vencedores e o outro, ao vencido, mantendo-se o resultado até então obtido, só que com uma votação de 3x2.

Deve-se observar que a convocação destes dois novos julgadores há de estar adstrita com a previsão do Regimento Interno do Tribunal respectivo que, a seu turno, deve atender, neste aspecto, à observância do princípio do juiz natural⁷. Ou seja, o Regimento Interno dos Tribunais, no seu mister de traçar a regulamentação dos trabalhos da respectiva casa, deve estabelecer critérios prévios e objetivos para a convocação destes outros julgadores adicionais que irão complementar o julgamento iniciado, mas ainda não finalizado.

Conforme já advertido alhures, no tocante aos recursos, a tal técnica do art. 942 do NCPC aplicar-se-á tão só ao julgamento da apelação cível e ao do agravo de instrumento.

No caso da apelação cível, o NCPC trouxe expressamente no art. 942, caput e §§1º e 2º a normatividade necessária para compreensão da aplicabilidade da técnica, cujo inteiro teor colocamos infra:

Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.

⁷ Para o jurista Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, o julgamento realizado por um magistrado que não faça parte do quórum original do colegiado macularia o princípio do juiz natural, por compreender que, neste caso, o voto condutor poderia ser proferido por magistrado que não integra previamente o colegiado. (DANTAS, 2012).

Exemplo já ocorreu, v.g., com o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que, por meio da sua Res. TJ/TP/RJ nº 02/2015 e Res. Nº 48/2015 que alteraram os artigos art.5º-A, inciso V, art. 5º-B, inciso V, art. 130, de modo a compatibilizá-los com o novel art. 942 do NCPC.



§ 1º Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura componham o órgão colegiado.

§ 2º Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento.

É dizer, diversamente de como ocorriam com os extintos embargos infringentes⁸, o art. 942 do NCPC não exige, para o caso de aplicabilidade em face do julgamento da apelação cível, que o resultado não unânime tenha reformado a sentença proferida pelo magistrado de 1º grau. Basta, portanto, a existência da divergência (pura e simples) que, então, irá ensejar a convocação dos julgadores adicionais com a possibilidade de, em tese, ocorrer a inversão do resultado inicial.

Como se pode observar, no caso do julgamento da apelação cível, a aplicação da técnica do art. 942 do NCPC é incondicionada, já que somente depende da existência de resultado não unânime, independente se este tenha reformado ou até mesmo mantido a sentença (de mérito ou não, inclusive) objeto do recurso. Neste sentido, brinda-nos o escólio de DIDIER JR (2016, p. 79):

(...) na apelação, a regra [art. 942, NCPC] aplica-se a qualquer resultado não unânime. Não admitida, por maioria de votos, a apelação, aplica-se a regra. Admitida para ser provida ou não provida, seja ou não de mérito a sentença recorrida, pouco importa. Se o resultado não for unânime, aplica-se a técnica de julgamento prevista no art. 942 do CPC.

No caso do agravo de instrumento⁹, o art. 942

⁸ Art. 530 do CPC de 1973: “Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência”.

⁹ Tal hipótese abeberou-se na previsão da Súmula 255 do STJ: “Cabem embargos infringentes contra acórdão, proferido por maioria, em agravo retido, quando se tratar de matéria de mérito”.

do NCPC, em seu §3º, inciso II, cuidou de coarctar a hipótese de cabimento, se comparado com a da apelação cível, uma vez que para aquele recurso será necessário que o acórdão não unânime implique na reforma da decisão objurgada que tenha julgado parcialmente o mérito¹⁰, senão vejamos:

Art. 942:

(...)

§ 3º A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em:

(...)

II - agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito.

Ou seja, para o caso do agravo de instrumento a regra do art. 942 do NCPC, pode-se dizer, é condicionada, já que somente será aplicada caso o agravo de instrumento seja admitido e provido, por maioria de votos, e que tenha reformado a decisão que, em primeiro grau, cuidou de julgar parcialmente o mérito (art. 356, NCPC). Pela relevância da forma como, didaticamente, expôs a temática, imprescindíveis são as palavras de DIDIER JR (2016, p. 79):

Logo, no julgamento do agravo de instrumento, não se aplica a técnica de julgamento prevista no art. 942 do CPC: (a) se o julgamento for unânime; (b) se o agravo não for admitido, ainda que por maioria de votos; (c) se o agravo for admitido e desprovido, ainda que por maioria de votos; (d) se o agravo for admitido e provido para anular a decisão, ainda que por maioria de votos; (e) se o agravo for admitido e provido para reformar uma decisão que não trate do mérito, ainda que por maioria de votos.

E, por fim, a regra do art. 942 do NCPC também é aplicável em face do julgamento da ação rescisória que, na mesma linha de inteligência do recurso de agravo de instrumento, é condicionada e tem sua previsibilidade mais restrita, posto que somente incidirá quando o resultado não unânime houver rescindido a decisão¹¹ rescindenda. Para efeito de ratificação, eis o teor do dispositivo:

¹⁰ É a decisão prevista no atual art. 356 do NCPC, onde o juiz poderá decidir parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles forem incontroversos ou estiverem em condições de imediato julgamento a cuja decisão o próprio NCPC previu o manejo do Agravo de Instrumento (§5º), em caso de irrisignação.

¹¹ Embora o texto do NCPC tenha trazido, expressamente, no art. 942, §3º, inciso I a previsão de que a tal técnica de ampliação de julgamento incorra apenas quando o resultado for a rescisão da sentença, pensamos que também será possível quando a rescisão recair sobre decisão interlocutória, já que, com a hodierna e expressa previsão do art. 966 do NCPC, caberá ação rescisória, também, em face de decisão de mérito (o que não ocorria na égide do art. 485 do CPC/1973), não existindo, portanto, razões plausíveis para justificar a impropriedade da técnica do art. 942, §3º, I do NCPC quando, diante, da rescisão de decisão meritória.

Art. 942:

(...)

§ 3º A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em:

I - ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, devendo, nesse caso, seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno;

Com efeito, para o caso da ação rescisória, há de se observar uma peculiaridade: o próprio legislador infraconstitucional já estabeleceu que a continuidade do julgamento prosseguirá em órgão de maior composição, só que, é comum em alguns Tribunais pátrios que o julgamento da rescisória, enquanto ação originária que é, já ocorra no plenário ou mesmo no órgão especial. Nestes casos, destarte, não haverá espaço para aplicação da técnica vertida no art. 942 do NCPC, posto que não haveria como superar tais órgãos que já reúnem o colegiado numericamente máximo dos membros do Tribunal.

Expressamente, também, o art. 942 do NCPC alude acerca das hipóteses negativas de cabimento. Melhor dizendo, há situações expressamente previstas pelo legislador nas quais, malgrado exista resultado não unânime, mesmo assim, a técnica do art. 942 do NCPC não será objeto de aplicação. É o que anuncia o art. 942, §4º, senão vejamos:

Art. 942

(...)

§ 4º Não se aplica o disposto neste artigo ao julgamento:

I - do incidente de assunção de competência e ao de resolução de demandas repetitivas;

II - da remessa necessária¹²;

III - não unânime proferido, nos tribunais, pelo plenário ou pela corte especial.

Ou seja, quando diante do julgamento não unânime dos incidentes de assunção de competência (art. 947, NCPC), de resolução de demandas repetitivas – IRDR – (art. 976, NCPC), de remessa necessária (art. 496, NCPC) e aqueles proferidos pelo plenário ou corte especial do referido Tribunal¹³, nestes casos, portanto, não há que se falar em ampliação do colegiado em caso de divergência, por expressa dicção legal.

¹² A inspiração, possivelmente, foi o Enunciado de Súmula nº 390 do STJ: “Nas decisões por maioria, em reexame necessário, não se admitem embargos infringentes”.

¹³ Serve, igualmente, de fundamento para justificar a não aplicação no caso de julgamento não unânime em sede de ação rescisória já apreciada originalmente pelo plenário ou pelo órgão especial.

Um parêntese, no entanto, é importante sobre o quanto dito imediatamente acima. Conforme bem alertado pelo insigne processualista Daniel Amorim Assumpção Neves, quando do julgamento do IRDR pelo Tribunal competente, não se pode perder de vista que o mesmo Tribunal também estará julgando o recurso que deu origem a suscitação do incidente, seja ele uma apelação, um agravo de instrumento ou mesmo a ação rescisória e, aí, estando presentes os requisitos do art. 942 do NCPC, para estes casos também deverá ocorrer a técnica da ampliação do colegiado (NEVES, 2016). Para o fito de contextualização, reproduzimos, *in litteris*, a profícua crítica:

No tocante ao cabimento da técnica de julgamento ora analisada no IRDR, faço uma importante ressalva. Conforme devidamente analisado no Capítulo 63, item 63.10, no julgamento deste incidente o tribunal também julgará o recurso, reexame necessário e o processo de competência originária do tribunal do qual se originou o incidente processual. Nesse caso entendo que sendo tal recurso uma apelação, agravo de instrumento contra decisão interlocutória de mérito ou ação rescisória, estando presentes os requisitos previstos pelo art. 942 do Novo CPC, ele deve ser aplicado (NEVES 2016, p. 1.339).

Vale consignar, ainda, que a técnica do art. 942 do NCPC, por uma questão de interpretação doutrinária reiterativa, não pode ser aplicada em face dos embargos infringentes cujo julgamento esteja pendente quando da vigência do NCPC, bem como em face de resultado não unânimes no âmbito dos Juizados Especiais, conforme Enunciados nº 466¹⁴ e 522¹⁵, respectivamente, do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

No entanto, voltando atenção ao procedimento da técnica de julgamento prevista no art. 942 do NCPC, viu-se que, diante de julgamento não unânime, haverá a convocação de novos julgadores para que, com eles, possa o julgamento ser retomado com a finalidade de dissipar a divergência instalada. Ocorre que, duas situações aqui poderão ser vislumbradas.

É possível que o prosseguimento do julgamento

14 Enunciado nº 466: A técnica do art. 942 não se aplica aos embargos infringentes pendentes ao tempo do início da vigência do CPC, cujo julgamento deverá ocorrer nos termos dos arts. 530 e seguintes do CPC de 1973.

15 Enunciado nº 522: Não se aplica a técnica de ampliação do colegiado em caso de julgamento não unânime no âmbito dos Juizados Especiais.

ocorra naquela mesma sessão já iniciada onde fora instalada a divergência. Neste caso, não será necessária a designação de nova sessão de julgamento, sendo colhidos ali mesmo os votos dos outros julgadores, conforme assevera o art. 942, §1º do NCPC¹⁶.

A implicação prática é que, nesta situação, dispensar-se-á nova sustentação oral das partes (ou eventuais terceiros), uma vez que despicienda já que os julgadores convocados, por estarem presentes quando do início dos trabalhos, certamente já assistiram a referida sustentação.

Caso não seja possível o prosseguimento do julgamento, aí sim será designada nova sessão com a convocação de outros julgadores onde se oportunizará a realização de nova sustentação oral pelas partes (e eventuais interessados), comportamento tal qual que serve para “concretizar o princípio da cooperação (art. 6º, CPC) e reforça o contraditório, assegurando às partes o direito de influência para que possam ter a chance de participar do convencimento dos julgadores que ainda não conhecem o caso” (DIDIER JR 2016, p. 78).

Por derradeiro, cabe ressaltar que, nesta última hipótese em que a sessão é remarcada, como o julgamento ainda não se encerrou, tão somente fora sobrestado, é possível que o magistrado que já tiver proferido o seu voto possa, na nova sessão, revê-lo de forma a alterá-lo (querendo), por ocasião da sessão em prosseguimento. É o que se avista do disposto no art. 942, §2º do NCPC.

Não se pode olvidar que o julgamento ainda não se encerrou, por isso não há resultado final anunciado, o que, portanto, justificaria a possibilidade prevista no art. 942, §2º do NCPC¹⁷. Diferente, entretanto, seria a situação do magistrado que, embora já tivesse proferido voto, teve que casuisticamente se afastar ou fora substituído, aí neste caso não poderá se valer do expediente do §2º do art. 942, consoante previsão do art. 941, §1º *in fine* do NCPC¹⁸.

16 Art. 942. (...)§ 1º Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura componham o órgão colegiado

17 Art. 942. (...)§ 2º. Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento.

18 Art. 941. (...)§1º. O voto poderá ser alterado até o momento da proclamação do resultado pelo presidente, salvo aquele já proferido por juiz afastado ou substituído.

ART. 942 DO NCPC: SOLUÇÃO OU RETROCESSO QUALIFICADO? VICISSITUDES DE UM AMBICIOSO LEGISLADOR ORDINÁRIO

Viu-se em linhas já transcritas que, inicialmente com a Comissão dos Notáveis, após já por força do Projeto de Lei nº 166/2010 no Senado, os embargos infringentes eram incompatíveis com a ânsia de celeridade e a necessidade de debelar a crença da morosidade do judiciário brasileiro, tão arraigada no senso comum.

Em resposta satisfativa a esta delicada questão, a lacuna deixada pelos extintos embargos infringentes foi colmatada pela técnica de julgamento ampliativa que se sagrou vitoriosa na Câmara dos Deputados (posteriormente referendada pelo Senado) sob a justificativa de que seria “uma técnica de julgamento muito simples”, visto que, com ela “não haveria necessidade de recorrer, não há prazo para contrarrazões” e “havendo divergência, simplesmente o processo prossegue com a ampliação do quórum¹⁹”.

No entanto, perscrutemos, realmente, se a técnica do art. 942 do NCPC é, de fato, a solução simples e célere, consoante bradada pelo legislador ordinário.

A começar pela questão relativa à necessidade de convocação de outros julgadores a fim de ampliar a composição do colegiado.

Neste aspecto, brilhante trabalho de pesquisa foi elaborado pelo Ministro do STJ, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, ao ter concluído que dos 32 (trinta e dois) Tribunais de 2ª Instância brasileira, leia-se os TRF's e TJ's, no julgamento de apelações cíveis e agravos de instrumento, existem 15 (quinze) destes Tribunais cujos órgãos fracionados são compostos de até 03(três) Desembargadores, enquanto que compostos por 04(quatro) Desembargadores são apenas 08 (oito), por 05(cinco) Desembargadores são também 08(oito) e compostos por 07(sete) temos apenas 01 (um) tribunal (DANTAS, 2012).

Ou seja, dos 32 (trinta e dois)²⁰ Tribunais da 2ª Instância, 23(vinte e três) deles terão o hercúleo trabalho de, quando necessário e em atenção à regra do art. 942 do NCPC, deslocar outros juízes a fim de que

¹⁹ Conforme parecer do Deputado Sérgio Barradas Carneiro.

²⁰ Que correspondem aos 15 primeiros que possuem até 03 juízes somados aos 08 que possuem até 04 juízes integrantes da composição originária do órgão.

possam preencher as lacunas, operando verdadeiro “malabarismo” de julgadores, uma vez que se tais juízes estiverem, simultaneamente, participando de outras atividades (judicial ou administrativa) inerentes ao seu ofício, como compatibilizar a norma sem impor prejuízo ao bom andamento dos trabalhos da casa, para não dizer ao direito dos jurisdicionados?

Avulta-se de tal monta esta primeira questão que, ainda há de se considerar os casos em que os Desembargadores são convocados para atuarem nas instâncias superiores, abrindo lacuna na sua cadeira de origem, ou então quando gozam férias ou afastados por algum tipo de licença, desfalcando ainda mais os órgãos fracionados que, para não pararem de vez, convocam os Juízes de primeiro grau que são compelidos a abandonar suas Comarcas já quão assoberbadas de processos.

Inclusive, também, neste quesito, conforme afirma o profícuo magistrado Marcelo Dantas, poderá surgir uma agressão²¹ ao Texto Constitucional ao asseverar que, com a convocação de outros julgadores, “o feito será julgado por uma composição turmária antinatural” onde o “princípio do juiz (*rectius*, juízo) natural fica claramente maculado” (DANTAS 2012, p. 12).

E mais, ainda rechaça antecipadamente a sugestionada ideia (desavisada) de aumentar a composição dos membros dos órgãos fracionários para que funcionassem com o escore mínimo de 05 (cinco) membros, ao lucidamente constatar que isso iria implicar, paradoxalmente, na diminuição da quantidade de órgãos fracionados o que, inexoravelmente, iria afetar a capacidade de julgamento daquele Tribunal, ocasionando a desaceleração da justiça e menor eficácia da jurisdição, tudo o que não se quer com o NCPC.

A segunda questão que se coloca em xeque é: se a pretensão do legislador ordinário com a criação da técnica do art. 942 do NCPC foi, ao mesmo tempo, enxugar as hipóteses recursais e promover a celeridade processual, por que resolveu com a tal técnica ampliar o espectro de enfrentamento da divergência? Explicaremos.

Conforme já examinado alhures, os embargos

²¹ No entanto, para Fredie Didier, “(...) caso não seja observada a técnica do art. 942, CPC, o acórdão será nulo, por vício de competência funcional”. (DIDIER JR 2016, p. 78).

infringentes, na redação que lhe dava vida o CPC de 1973, eram cabíveis apenas na apelação cível, desde que o acórdão, por maioria, reformasse a sentença de mérito, bem como quando houvesse julgado procedente a ação rescisória e, ainda assim, se o desacordo fosse parcial, os embargos estariam somente apresilhados à divergência. E ponto!

Diferentemente, o que atualmente se observa do art. 942 do NCPC é a ampliação (e muito) da possibilidade de debates da divergência, ao passo em que, na apelação, basta apenas julgamento não unânime, independente de ter ou não reformado a sentença (terminativa ou definitiva), bem como inovou em relação ao resultado não unânime em julgamento do agravo de instrumento, que antes sequer fazia parte das pretensões dos infringentes.

Esta “valorização” da divergência sem freios e contrapesos pode revelar, ao revés, a adoção de problemas de difícil pacificação, que pode ser cotejado pelo seguinte exemplo: Suponhamos que, no julgamento de uma apelação cível, resultou de início a maioria de votos (2x1), sendo o voto vencedor optado pela procedência e o voto vencido pela improcedência. Na sequência, oportunizada a sustentação oral (art. 942, caput, in fine, NCPC), com a convocação de outros dois julgadores (conforme previsão do Regimento Interno), digamos que cada um destes acompanhe uma das teses firmadas inicialmente, o que daria um resultado preliminar de 3x2. No entanto, consoante expressa previsão do art. 942, §2º do NCPC, os julgadores originários poderão rever os seus votos, salvo se não tenham se afastado ou forem substituídos (art. 941, §1º, in fine, NCPC) e, detalhe, como a divergência objetivada pela técnica do art. 942 do NCPC não se restringe à questão controvertida, é possível que um deles mantenha o voto original (pela improcedência), mas que o outro, diante do seu livre convencimento, refaça o voto entendendo pela extinção sem resolução do mérito, o geraria um resultado final de 2x2x1 (dois votos pela procedência; dois votos pela improcedência e um voto pela extinção sem resolução do mérito). E aí, quem levou a melhor?

Igualmente, ainda no campo das suposições, imaginemos que numa ação de guarda de menor, o juiz de primeiro grau tenha conferido a guarda vindicada ao pai. Em sede de apelação promovida



pelo Ministério Público, quando da prolação dos votos, o relator tenha conferido a guarda da criança à mãe, já o Desembargador-revisor entendeu pela concessão da guarda ao pai (conforme a sentença) e, no entanto, o Desembargador-vogal tenha entendido pela concessão da guarda requestada à avó materna (pretensão do Ministério Público). Ante a divergência, convoca-se mais 02(dois) Desembargadores, na forma

do art. 942 do NCPC, e, assim, o primeiro julgador acompanha o eminente relator, enquanto o segundo julgador acompanha o voto do revisor. Neste caso, qual seria a solução apontada também pelo legislador reformista?

É dizer, ao se promover a ampliação (incondicional) da divergência, pode acontecer do surgimento de uma chicana processual que irá requerer adoção de técnica aprimorada para tão logo debelar o caso, mas que infelizmente o legislador reformista do NCPC não cuidou em refletir.

Também vale refletir ainda sobre outro possível exemplo. Suponhamos que a sentença tenha acolhido o pedido inicial para reconhecer uma união homoafetiva, enquanto entidade familiar. Diante do julgamento da apelação cível consequente, ante o efeito devolutivo, o Desembargador-relator entende ser uma entidade familiar nos termos do casamento civil; já o Desembargador-revisor, embora concorde com a ideia de entidade familiar, mas consigna em voto que ela tem traços de união estável; e o Desembargador-vogal entende também ser uma entidade familiar, mas com características de sociedade de fato. Neste caso, porém, é de se ver que há unanimidade em relação à ideia de entidade familiar, posto que os 03 (três) juízes assim deliberaram, mas não houve convergência em relação a qual regime jurídico tal entidade estaria equiparada.

No entanto, no caso em testilha²², o que ocorre é uma unanimidade em relação ao resultado (relação homoafetiva = entidade familiar), divergindo os julgadores no tocante à fundamentação do voto (se é entidade familiar por equiparação ao casamento, ou à união estável ou ainda à sociedade de fato). Mas, diante desta situação, “havendo unanimidade na conclusão [resultado], a despeito de divergência na fundamentação, não é o caso de aplicar a técnica do art. 942 do CPC, que se restringe aos casos de divergência no comando normativo da decisão” (DIDIER JR. 2016, p. 74).

É dizer, havendo formação da *ratio decidendi* já em relação ao resultado, não se poderá prosseguir com a técnica do art. 942 do NCPC porque esta depende da divergência em sede do resultado, e não na fundamentação.

Uma terceira questão que se posta a desafiar a novel técnica do art. 942 do NCPC diz respeito a ²² É um típico exemplo do que a doutrina conhece por “voto concorrente, onde o julgador adere ao resultado, sem aderir ao fundamento”. (MARINONI 2015, p. 40).

sua pretensão de prestigiar a justiça da decisão e a celeridade do julgamento.

Sobre a ideia de justiça da decisão, entendemos que não é a valorização da divergência que irá, em um passe de mágica, transformar o injusto no justo. Sobre o assunto, bem comentou BECKER e NÓBREGA (2015, p. 03-04), para quem:

Ainda que tal técnica de julgamento propicie a reforma, a decisão, que poderá ser “justa” para o vencedor, se tornará injusta para o sucumbente, que certamente buscará as instâncias extraordinárias. É dizer, mesmo o julgamento por colegiado ampliado não confere à decisão nenhuma garantia de justiça, do contrário nem sequer haveria necessidade de se prever recursos contra esta decisão aos tribunais superiores.

De mais a mais, o argumento (sedutor) de que, com a técnica do art. 942 do NCPC, evitando-se a necessidade de recorrer, bem como prazos para contrarrazões, ganhar-se-ia celeridade no julgamento da causa. Nada mais do que um clichê.

É, talvez, um argumento mais aceitável dizer que, o que faz atrasar o julgamento de um recurso não é o seu prazo e nem o prazo do recorrido, mas sim a demora pelo qual o mesmo fica no aguardo de ser enfrentado. E, com a técnica do art. 942 do NCPC, este prazo será ainda maior, haja vista que, como vimos, a aplicação da técnica dependerá da composição dos membros do órgão fracionário (em caso de apelação cível e agravo de instrumento) e, como bem se disse, há 15 (quinze) Tribunais no país que só possuem previsão para 03 (três) membros, o que recomendará logística para que se agende um dia desimpedido na qual a convocação dos novos membros possa ser efetivada, não se olvidando, também, que, por óbvio, estes novos julgadores poderão estar sujeitos a mesma sistemática nos órgãos que originariamente já estão ocupando, o que tornaria ainda mais complexa a situação.

Fiquemos por aqui, no tocante às críticas, porque o tema é volátil e muito fértil para questionamentos, até mesmo porque o NCPC é ainda bastante jovem e não houve tempo suficiente para ser alvo dos fervorosos embates a nível de jurisprudência. Mas isso, no entanto, não nos impede de comentar as soluções colimadas.

Em salvaguarda a esta inovação legislativa, há juristas que defendem, em tom de nostalgia, a previsão original do Anteprojeto, conforme era o art.

861, §3º, uma vez que tal dispositivo asseguraria que “o voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento” (DANTAS, 2012)

Ou seja, considerando que o legislador infraconstitucional, embora não tenha, no NCPC, ratificado integralmente o art. 861 do Anteprojeto, no entanto, preservou o texto do seu §3º, consoante se observa no art. 941, §3º do NCPC, mas não lhe franqueou o alcance absoluto que dantes já idealizava o Anteprojeto.

Com efeito, no entender de PETRARCA et al (2015, p. 02):

(...) se a intenção era manter uma forma de ampliar a discussão quando se tem um voto vencido, na busca por uma “maior justiça” nas decisões, bastaria manter o que o NCPC já prevê no art. 941, §3º (...). Isso porque a via recursal para as instâncias superiores já detém forte amplitude meritória, pois o voto vencido poderá ser plenamente examinado para fins de reforma do acórdão recorrido.

É dizer, a tão venerada divergência, se houvesse a aplicação absoluta do art. 941, §3º do NCPC a todos os recursos julgados por maioria, certamente estaria protegida para enfrentamento em sede das instâncias superiores, já, portanto, garantindo-se a possibilidade de reversão do julgado sem a necessidade de uma escala horizontal obrigatória de julgamento não unânime (BECKER e NÓBREGA 2015, p. 04).

Em outra via de panaceia, há quem deseja uma volta ainda mais profunda, com a repristinação dos embargos infringentes. E, deveras, há uma boa razão para que se possa repensar no assunto, conforme mui bem discorre COSTA (2014, p. 396):

Tenha-se em mente que os embargos [infringentes] propiciam a última oportunidade para que sejam resolvidas as questões de fato. Para além dos tribunais inferiores, as questões de direito poderão ser ainda reexaminadas no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal. No entanto, a análise das questões fáticas – quase sempre o principal fator determinante ao deslinde da causa – está restrita a duas instâncias.

Em verdade, pois, os Tribunais de Sobreposição, leia-se STJ e STF, possuem reiterado entendimento acerca da vedação ao reexame de matéria fática, conforme são os enunciados de súmula nº 279 (STF)

e 07 (STJ), assim, talvez, há um bom argumento para que se possa repensar na restauração dos embargos infringentes²³ que se opõem à técnica do art. 942 do NCPC em razão de não ampliar as hipóteses de cabimento.

E, para endossar a ideia contra a “vilanização” dos embargos infringentes, pode-se dizer que há dois dos maiores baluartes processualistas brasileiros que passaram a defender o tal instrumento de irresignação após se tornarem juízes de segunda instância e conviverem com os mesmos no cotidiano forense, conforme são Pontes de Miranda e Barbosa Moreira, cujos depoimentos são de quão valiosos registrar:

Amatéria, em grau de embargos, ganha em melhor estudo dos advogados e melhor apreciação dos juízes, de modo que se junta à experiência dos juízes do Tribunal, cujo órgão se embarga, o estudo recente do relator e do revisor do recurso de embargos. Psicologicamente, e dizemo-lo com a observação direta de muitos anos, os melhores julgamentos, os mais completamente instruídos e os mais proficientemente discutidos, são os julgamentos das câmaras de embargos, e não se compreende que, ainda em Portugal, houvesse hostilidade ao velho recurso lusitano, preciosa criação de mentalidades popular, na relação contra a errada justiça reinícola. (MIRANDA 1974, p. 329-330)

Nas três primeiras edições deste livro, enunciamos conclusão desfavorável à sobrevivência dos embargos infringentes. A experiência judicante levou-nos a atenuar o rigor de nossa posição. Passamos a preconizar que se mantivesse o recurso, mas se lhe restringisse o cabimento, excluindo-o em alguns casos, como o de divergência só no caso de preliminar, ou em apelação interposta contra sentença meramente terminativa, e também o de haver o tribunal confirmado (embora por maioria de votos) a sentença apelada, à semelhança do que se dava no sistema primitivo do estatuto de 1939, antes do Dec.-lei nº 8.570, de 8.1.1946 (MOREIRA 2011, p. 518)

Aliás, é importar consignar aos desavisados que os embargos infringentes não foram totalmente sepultados do ordenamento jurídico brasileiro, vez que ainda sobrevivem no Código de Processo Penal que, a despeito da Lei nº 13.105/2015 (NCPC), entretanto, não fora objeto de revogação expressa, persistindo, portanto, hígida a redação do seu art. 609,

²³ Em oposição a esta restauração é a opinião do Ministro Marcelo Navarro, para quem, “(...) a justiça do trabalho vive muito bem sem eles”. (DANTAS 2012, p. 14).

parágrafo único ²⁴.

Mas, enfim, restaurar ou não os infringentes ou aplicar generalizadamente o art. 941, §3º do NCPC aos julgamentos por maioria são, talvez, as sugestões que a doutrina encontrou para combater os problemas já profetizados em relação à aplicação da técnica de julgamento do art. 942 do NCPC.

Talvez, também, se deva apostar, enquanto terceira via, na força persuasiva dos precedentes, forte tendência arraigada do hodierno processo civil brasileiro que por meio da aplicação da técnica dos julgamentos de casos repetitivos, pensando em uma perspectiva a médio prazo, irão repercutir na formação concentrada de precedentes obrigatórios de modo a esvaziar o conteúdo aplicativo do art. 942 do NCPC, já que não haverá, regra geral ²⁵, oportunidade para se discutir aquilo já imantado na jurisprudência.

Assim, é provável que com o enraizamento no foro deste método de solução em bloco ou por meio da força persuasiva dos precedentes, consiga-se a um só tempo a redução de processos e a enxurrada de recursos, bem como a segurança e a estabilidade da ordem jurídica, estancando a divergência de entendimentos entre os julgadores que, como se sabe, é o elemento comburente a desencadear a aplicação da técnica prevista no art. 942 do NCPC.

Ou, do contrário, pensando numa perspectiva mais realista ao famoso comportamento do astuto brasileiro, talvez a solução mais econômica e viável será, por uma questão de preservação da viabilidade dos trabalhos, que os julgadores passem a automaticamente acompanharem o voto do relator, ainda que com a ressalva de entendimento pessoal diverso, mas apenas para evitar a necessidade de ampliação do colegiado e procrastinação do julgamento definitivo, já que, como reiteradamente dito, a divergência de fundamentação não atrai a aplicação da técnica do art. 942 do NCPC, mas somente aquela afeita ao resultado.

Aguardemos, pois, para saber se o art. 942 do NCPC será a tão sonhada solução à efetividade ou, quem sabe, um retrocesso qualificado que

24 Art. 609. (...). Parágrafo único: Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência.

25 Salvo quando a parte interessada se valer técnica hermenêutica do distinguishing para persuadir pela inaplicabilidade do precedente vinculativo.

venha a implicar em judiciosos debates horizontais estimuladores da combatida morosidade judicial. Eis o vaticínio que nos espera!

CONCLUSÃO

Já desde o Anteprojeto do NCPC, a ideia da efetividade destacava-se como meta a ser buscada e, nisto, percebeu-se que um dos pontos de entrave estava justamente na reforma das hipóteses recursais, sempre interpretada como uma das vilãs à celeridade processual.

Na tramitação do projeto no Congresso Nacional, a força política (sem redundância) fez valer a imposição da maioria parlamentar em face da opinião dos consultores jurídicos, criando uma verdadeira técnica de julgamento que misturava raízes dos embargos infringentes, mas com intenção inovadora de ainda mais valorizar a divergência.

Com efeito, a tal técnica que fora materializada no art. 942 do NCPC, incrementou o processo civil ao ampliar as hipóteses de enfrentamento da divergência, ora sem limites para o julgamento não unânime da apelação, ora inovando de forma condicional em relação ao julgamento não unânime do agravo de instrumento e da ação rescisória.

Na doutrina, muito se discute ainda sobre sua natureza jurídica (se recurso ou técnica de julgamento), o que provoca reflexos consideráveis (se caberá embargos de declaração ou não; se é voluntário ou de ofício), mas já se destaca a posição que entende ser uma técnica de julgamento com a ampliação do colegiado.

Apesar de inovadora e de ser defendida por aqueles que a idealizaram como uma “técnica simples e célere”, mas não está imune às críticas, uma vez que pode ocasionar problemas com a logística do julgamento, mormente naqueles tribunais cujos órgãos fracionários são compostos por apenas 03 (três) membros, bem como a valorização da divergência sem regras prévias e claras podem causar verdadeiras chicanas processuais sem solução ainda definidas pela lei.

Isto fez com que logo se alardeasse entre os juristas a nostalgia pelos extintos embargos infringentes (posto que propiciaria a última oportunidade de resolver as questões de fato), ou então a ideia germinada no Anteprojeto com a inclusão do voto-

vencido no acórdão para todos os efeitos legais, sendo a divergência relegada às instâncias superiores.

Pensamos também que uma terceira via poderia ser a confiança na força persuasiva dos precedentes que, ao mesmo tempo em que contribui para diminuição da litigância desenfreada, estanca a possibilidade de divergência, o que esvaziaria o objeto do art. 942 do NCPC, obviamente em uma pretensão de médio prazo.

No entanto, em vista do atual cenário e da própria praxis jurídica brasileira, talvez a opção mais econômica (do ponto de vista intelectual e do esforço físico) será a abnegação da convicção do magistrado a fim de evitar ao máximo a divergência, embora sem não antes consignar seu entendimento pessoal, o que lhe poupará ao final o desgaste de reapreciar aquilo já apreciado. Talvez.

Mas, considerando que a matéria ainda se encontra em efervescência, até mesmo porque o NCPC não completou sequer o seu primeiro aniversário, fiquemos atentos para ver se a solução criada vingará ou será mais um texto legal ornamental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECKER, Rodrigo Frantz; NÓBREGA, Guilherme Pupe. Artigo 942 do novo CPC pode massacrar a divergência nos julgamentos. *Revista Consultor Jurídico*, 27 de março de 2015. 6h00. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-27/artigo-942-cpc-massacrar-divergencia-julgamentos>> acesso em: 15 mai. 2016.

BRASIL. Presidência da República. Código de Processo Civil: Anteprojeto/Comissão de Juristas Responsáveis pela elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil, - Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://ghlb.files.wordpress.com/2010/06/anteprojeto-novo-cpc.pdf>> acesso em 19 mai. 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Parecer do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, p. 57. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostraintegra?codteor=1026407> Acesso em 19 mai.2016.

BUZAID, Alfredo. Ensaio para uma revisão do sistema de recursos no Código de Processo Civil: Estudos de direito. 1.v. São Paulo: Saraiva, 1972.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Pequena História dos Embargos Infringentes no Brasil: uma viagem redonda. *Novas Tendências do Processo Civil*. 2v.Salvador: Jus Podivm, 2014.

_____. In Possibilidades de juiz ponderar normas consagra o irracionalismo no novo CPC. *Revista Consultor Jurídico*, 10 de abril de 2016, 7h20. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-10/entrevista-eduardo-jose-fonseca-costa-presidente-abdpro>> acesso em: 19 mai.2016.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. A problemática dos embargos infringentes no projeto do novo Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre et. al. (org.). *Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 727-738.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Meio de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 3.v.13.ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. São Paulo: RT, 2015.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VII. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5v. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. único. 8ªed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

PETRARCA, Carolina; ROLLEMBERG, Gabriela; LOBATO, Rafael. Seria o fim dos embargos infringentes um avanço ou um retrocesso para a celeridade processual? *Revista eletrônica Migalhas*. 10 de maio de 2016. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI238870,61044-Seria+o+fim+dos+em+bargos+infringentes+um+avanco+ou+um+retrocess+o+para>> Acesso em: 15 mai. 2016.

STRECK, Lenio Luiz; HERZL, Ricardo Augusto. O que é isto – Os novos embargos infringentes? Uma mão dá e a outra... . *Revista Consultor Jurídico*, 13 de janeiro de 2015, 6h10. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-13/isto-novos-embargos-infringentes-mao-outra>> acesso em 19 mai. 2016.

O TRATAMENTO JURISDICIONAL DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E SUA RELATIVIZAÇÃO À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Diego Fonseca Garcia

Advogado registrado na OAB-SE. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil pelo Ciclo/Faculdade Guanambi-BA



INTRODUÇÃO

A estreita correlação entre o Estado Democrático de Direito e a Constituição, norma fundamental do ordenamento, serve como verdadeira bandeira de difusão de ideais que visam proteger e garantir os indivíduos que a ambos se submetem, através do estabelecimento de direitos supremos, inalienáveis e fundamentais que, num plano global, são tomados como verdadeiros Direitos Humanos.

O tema a ser discorrido neste artigo trata da coisa julgada enquanto base primordial da segurança jurídica e analisa os efeitos jurídicos que decorrem da violação da Carta Magna por parte do próprio poder judicante. Qual a posição jurídica a ser adotada diante da situação em que uma sentença fundamentada em norma inconstitucional ou cujo conteúdo veicule uma inconstitucionalidade, transita em julgado, formando a coisa julgada?

Através do valor segurança jurídica surge o conceito de coisa julgada, fenômeno que acomete as decisões do Poder Judiciário, impedindo-o de reapreciá-las. Porém, qual a extensão da imutabilidade das decisões? A coisa julgada sedimenta a decisão como ato inatacável, mesmo diante de violações extremas ao ordenamento jurídico? Partindo-se da premissa de que o julgador é um ser humano e, como tal, falível, passível de cometer erros na sua atividade jurisdicional, levando a causa a um estado de crise de validação e de adequação social, é justo com as partes fazê-las verem suas demandas quedarem-se definitivas através de decisões juridicamente teratológicas e em conflito com a própria Constituição?

Faremos um panorama acerca da existência do choque entre os valores da Justiça e da Segurança jurídica, tão cultivados no mundo do Direito e que representam o cerne da discussão acerca do tema em

questão. Como a segurança jurídica deve influenciar na manutenção da coisa julgada? Poderia esta garantia ser utilizada para a manutenção de decisões inconstitucionais? A justiça da decisão deve sucumbir às certezas propostas pela segurança jurídica?

Nesse sentido, abraçamos a tese da relativização da coisa julgada inconstitucional, inaugurada no Brasil pelo Ministro José Augusto Delgado, do STJ, e veiculada por célebres doutrinadores, cada um com suas adaptações, como Humberto Theodoro Jr., Carlos Valder do Nascimento, Pontes de Miranda, Jorge Miranda, Paulo Otero, Alexandre Freitas Câmara, dentre outros.

CONCEITUAÇÃO E EFEITOS DA COISA JULGADA

Todo processo judicial se desencadeia em direção a um único objetivo: a decisão final transitada em julgado. Os litígios, por vezes, chegam a um ápice tal que as partes não mais conseguem conciliar seus interesses autonomamente e elas delegam sua cognição ao Estado para que este, através do Poder Judiciário, intervenha e decida a causa com base em preceitos jurídicos, princípios e regras positivas ou consuetudinárias, existentes para determinada situação.

O instituto da coisa julgada tem seu fundamento doutrinário direto no princípio da segurança jurídica, um dos grandes símbolos do Estado Democrático de Direito, que encontra guarida no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal, revelando-se como verdadeiro direito fundamental no nosso ordenamento jurídico. Fredie Didier Jr. (2010a, p.408) assevera que a coisa julgada não é instrumento de justiça, e sim instrumento de garantia da segurança jurídica, pois impõe a

definitividade da sentença judicial acerca da situação submetida a ela. Isso decorre do fato de que o trânsito em julgado ocorre tanto para decisões justas, quanto para decisões injustas, após transcorrido in albis o prazo para o recurso correspondente. A não existência deste prazo perpetuaria o litígio e traria consigo alta carga de insegurança e de indefinição, pois a parte prejudicada estaria livre para resistir à sentença a qualquer momento a partir de sua prolação.

Em decorrência dos diversos efeitos produzidos pelo esgotamento temporal para interposição de recursos e, principalmente, em razão da natureza da fundamentação da decisão judicial que põe fim a um processo, a doutrina estabeleceu um desdobramento conceitual da coisa julgada em coisa julgada formal e material. Aquela é tida como um fenômeno que impede a rediscussão da matéria no âmbito de um dado processo. Montenegro Filho assevera, nesta linha, que:

[...] a coisa julgada formal – própria das sentenças terminativas - impede a rediscussão dos elementos do processo (partes, causa de pedir e pedido) e da parte dispositiva do pronunciamento judicial no âmbito da própria ação instaurada, não impedindo, contudo, que o autor rediscuta essas questões no curso de outro

processo. (MONTENEGRO FILHO, 2012, p.553).

A existência pura e simples desta coisa julgada, porém, sem a formação da res judicata material, não impede a apreciação da matéria em um novo processo, não sendo, portanto, causa para extinção sem resolução do mérito do novo processo que venha a ser instaurado. Didier Jr. (2010a, p.409) denomina a coisa julgada formal como um fenômeno endoprocessual, exatamente por esse efeito que não se manifesta para além do processo em questão.

Cândido Rangel Dinamarco (2001) faz uma ponte entre a coisa julgada formal e as preclusões do direito processual, asseverando que ela é o retrato de um fenômeno muito maior do que parece ser, denominando-a de praeclosure maxima. Isso porque, uma vez que as preclusões são extinção de um poder ou faculdade dentro do processo, o efeito da coisa julgada formal se revela como uma verdadeira “preclusão qualificada”, limitação objetiva à atuação postulatória com intuito revisional, impedindo a rediscussão de toda a matéria naquele determinado processo.

Por outro lado, há sentenças que extrapolam os limites endoprocessuais impostos pela coisa



julgada formal e carregam consigo um conteúdo decisório permeado pelo efeito da coisa julgada material, que é de ordem pública e se manifesta para fora do processo, sendo um fenômeno, portanto, extraprocessual (DIDIER JR., 2010a, p.409), pois reflete negativamente em qualquer rediscussão da matéria, seja ela no âmbito do processo em trâmite, seja em outro processo que porventura venha a ser instaurado, extinguindo-o sem resolução do mérito.

Antônio do Passo Cabral, facilitando a diferenciação entre coisa julgada, ao tratar dos efeitos operados pela coisa julgada material, esclarece que:

A estabilidade da coisa julgada 'material' atingiria o conteúdo do ato decisório sobre o mérito, e portanto seria projetada ad extra, para fora do processo em que proferida a decisão, vedando a renovação da discussão a respeito do direito material não só naquele procedimento, mas em qualquer outro. (CABRAL, 2014, p.62)

Via de regra, como já percebemos do posicionamento de Montenegro Filho, bem como de Luiz Eduardo Mourão (2006), citado, inclusive, por Didier Jr. (2010a, p.409-410), a coisa julgada formal é a mera indiscutibilidade da causa por razões técnico-formais, de ordem processual: a forma do procedimento é que não admite a sua rediscussão; em contrapartida, a coisa julgada material torna estanque a matéria não apenas na visão processual, mas também na visão jurídico-material do direito envolvido, impedindo a sua rediscussão em qualquer plano do judiciário.

A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA E A FUNDAMENTAÇÃO INCONSTITUCIONAL

1. O DEBATE ACERCA DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA.

Muito embora se afirme incisivamente que o trânsito em julgado e a consequente formação da coisa julgada material impedem a revisão do julgado após o transcurso do prazo decadencial bienal da ação rescisória, há um forte entendimento insurgente nas últimas décadas no cenário jurídico brasileiro de que a coisa julgada material não se forma quando a decisão é injusta ou inconstitucional (DIDIER JR., 2010a, p.441).

Nesse sentido, o primeiro jurista brasileiro a propor a legitimidade da reapreciação de causas já julgadas e cobertas pelo manto da coisa julgada material viciada pela inconstitucionalidade foi José Augusto Delgado, ministro do Superior Tribunal de Justiça, ideal difundido por diversos autores, dentre eles Humberto Theodoro Jr., Juliana Cordeiro e Cândido Rangel Dinamarco.

O segmento da doutrina que defende tal posicionamento se baseia numa premissa muito bem descrita por este último autor:

Um óbvio predicado essencial à tutela jurisdicional, que a doutrina moderna alcandora e realça, é o da justiça das decisões. Essa preocupação não é apenas minha: a doutrina e os tribunais começam a despertar para a necessidade de repensar a garantia constitucional e o instituto técnico-processual da coisa julgada, na consciência de que não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas. (DINAMARCO, 2001).

Muito embora posto em cheque o dogma maior da segurança jurídica, a intenção deste discurso é plausível, coerente e digno de aplausos. Com o intuito maior de se protegerem os direitos das partes é que se pensa nessa nova ótica processual. E aqui, não devemos nos restringir apenas à garantia do direito material, mas também processual, inclusive de ambos os pólos da ação: o processo devidamente contraditado e a justiça da decisão, como bandeiras do devido processo legal, direito fundamental constitucional, devem ser garantidos a ambas as partes.

Tem-se, contudo, em Ovídio Baptista da Silva, uma voz crítica a este pensamento da relativização da coisa julgada, expondo razões bastante pertinentes em famoso artigo científico bastante citado pela doutrina. Nele, o autor critica a visão do Ministro Delgado, que certa vez afirmou em um julgado que a "grave injustiça" é condicionante para a confrontação da força imutável da coisa julgada.

Categoricamente, o jurista afirma que "a gravidade da injustiça como condição para 'confrontar' a coisa julgada, acabaria, sem a menor dúvida, destruindo o próprio instituto da res iudicata" (SILVA, 2004). E ele continua, afirmando que a pretensão de relativização da coisa julgada em nome do afastamento dos atos injustos e consolidação dos ideais de justiça não é um ato de modernidade e que

tal tendência se torna um verdadeiro ciclo perigoso e vicioso, na medida em que a suposta justiça da nova sentença pode ser questionada novamente e, assim, ad aeternum.

Afinal, que sentença não poderia ser acusada de “injusta”; e qual a injustiça que não poderia ser tida como ‘grave’ ou ‘séria’? E como seria possível atribuir a uma sentença a qualificadora de “absurdamente lesiva” ao Estado, como sugere Dinamarco? A coisa julgada resistiria às sentenças “lesivas”, mas não às que fossem “absurdamente lesivas”? Que tribunal teria o poder de reconhecer essa injustiça, com força para impedir que outro tribunal, em julgamento subsequente – liberto da contingência da coisa julgada –, viesse a dizer, ao contrário do que dissera o segundo julgamento, que não houvera qualquer injustiça no primeiro julgamento? [...] (SILVA, 2004)

Como se percebe, não há predominância de uma corrente sobre a outra, sendo que ambas possuem fundamentos jurídicos fortes em defesa de seus ideais. De um lado, temos o subjetivismo da corrente favorável à relativização da coisa julgada, levantando cláusulas gerais para justificá-la (sentenças absurdamente lesivas, graves injustiças, sérias injustiças); do outro, temos o objetivismo reacionário de uma corrente que aparenta não admitir em hipótese alguma que a coisa julgada seja flexibilizada em prol de uma tutela judicial do ideologicamente justo.

Fredie Didier Jr. (2010a, p.444) nos mostra que o Superior Tribunal de Justiça tem na Ministra Denise Arruda uma das mais ressonantes vozes em favor da relativização da coisa julgada. Para ela, o vício insanável da sentença pode levá-la à própria inexistência jurídica, fato que elide a necessidade de se arguir tal vício por uma ação própria, podendo isto ser feito no cumprimento da sentença (REsp 622405/SP) ou mediante ajuizamento de ação declaratória de nulidade de sentença (REsp 710599/SP).

Há que se registrar que a relativização da coisa julgada mediante sua reapreciação é de fato uma finalidade que pode ser pleiteada pelo instrumento da querela nullitatis, o que não significa dizer que necessariamente o novo julgamento reverterá a situação. Caberá ao autor, portanto, a prova da sua alegação de invalidade, seguindo a regra geral do art. 373, I do novo Código de Processo Civil.

2. A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E O TRATAMENTO JURÍDICO NO BRASIL.

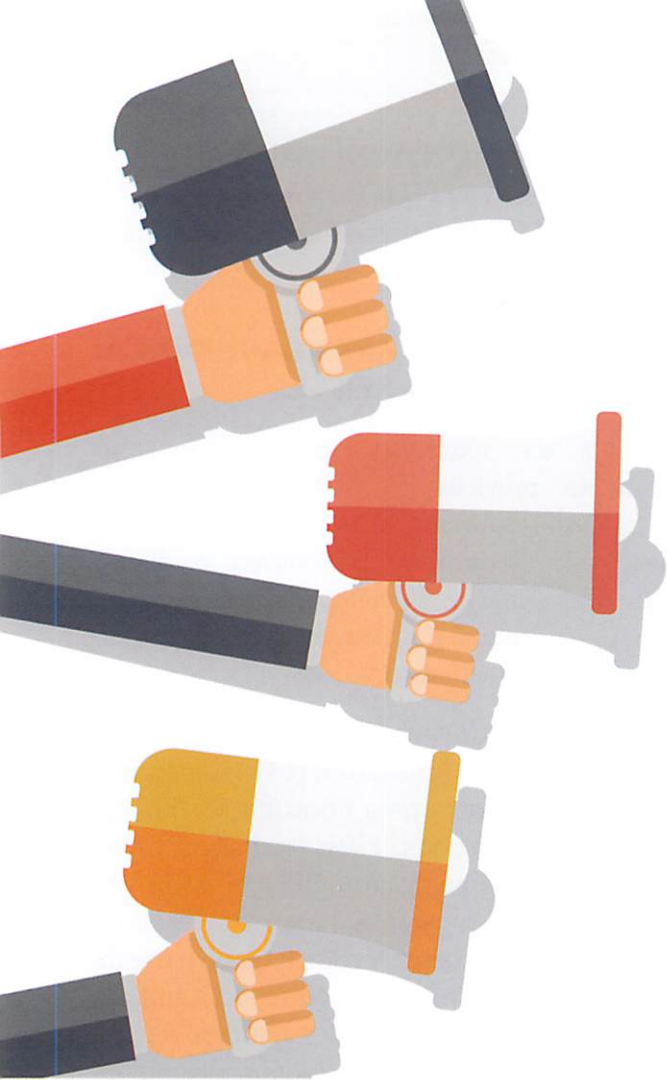
2.1. JUSTIÇA E SEGURANÇA JURÍDICA: UM CONFLITO APARENTE.

O valor da segurança jurídica não está expressamente previsto no texto constitucional, mas ele se extrai do inciso XXXVI do art. 5º, o qual estabelece que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, lançando os preceitos normativos básicos para o Princípio da Irretroatividade das Leis.

Carlos Valder do Nascimento, Humberto Theodoro Jr. e Juliana Cordeiro de Faria (2011, p. 174) defendem a tese de que, uma vez que a Constituição Federal, ao tratar da coisa julgada, criou normal restritiva direcionada exclusivamente ao legislador (uma vez que o art. 5º, XXXVI só garante a irretroatividade da lei nova), não seria, portanto, a coisa julgada parte da principiologia constitucional. Por outro lado, embora defendendo a mesma tese que eles, Cândido Rangel Dinamarco (2001) afirma que o legislador constituinte disse menos do que queria, tendo essa garantia uma amplitude maior do que as palavras poderiam expressar, sendo que não apenas o legislador não poderia atacar a res judicata como também os juízes não teriam o poder para tanto, constituindo, por consequência, um verdadeiro direito constitucional.

Muito é discutido pelas doutrinas mais conservadoras acerca de um possível choque entre os valores Segurança Jurídica e a própria Justiça no âmbito do direito processual. Quem se posiciona processualmente a favor da segurança jurídica em detrimento da justiça (apesar de não poderem se dissociar), na verdade, utiliza-se daquela “para legitimar situações conflitantes com a supremacia constitucional” (NASCIMENTO; THEODORO JR.; FARIA, 2011, p.99).

As preocupações com as incertezas jurídicas sempre atormentaram a mente do homem, sendo o processo civil considerado uma das maiores fontes de angústias e inseguranças já formuladas, principalmente após absorvermos, rapidamente, o que se entende pela Teoria da Situação Jurídica:



[...] Justiça é comumente definida como uma vontade constante e perpétua de dar a cada um o que lhe é devido. Nessa definição, se supõem coisas como propriedade e direito independentemente de justiça e que lhe são anteriores, e subsistiriam a ela, uma vez que o homem nunca sonhou em praticar esta virtude [a justiça]. Eu já observei, de maneira incidental, a falácia desta opinião, e continuarei aqui a expor com mais detalhes a minha visão sobre isso. (tradução livre)

Nesse fragmento, David Hume (1960, p. 526) entra em colisão direta com a ideia de que a propriedade é um instituto dissociado do valor Justiça. Para ele, a Justiça se revela quando a propriedade se cristaliza no patrimônio de alguém e, nessa circunstância, é respeitada pelos outros, que não possuem relação jurídica alguma com o determinado bem.

Além disso, a Justiça seria o reflexo de um sentimento de prazer em conferir aos indivíduos a estabilidade de valores jurídicos corretos e legítimos, tais como a conformação de que a propriedade pertence a alguém, seja porque por alguém lhe foi transferida consensualmente, seja porque, em decorrência de algum fato da vida, passou a pessoa a ser a sua primeira proprietária (HUME, 1960, p. 528).

A teoria da situação jurídica foi elaborada para opor-se à teoria da relação jurídica. Sua tese central é a de que o processo não encerra uma relação jurídica entre seus sujeitos, pois não há direitos e deveres jurídicos entre eles [no âmbito do processo]. Segundo o autor dessa teoria, James Goldschmidt, o que há no processo são possibilidades, ônus e expectativas, e não relação jurídica que, segundo a concepção tradicional, é constituída de direitos e deveres, realidades inexistentes no processo. (VIEIRA; PILZ; et. al., 2002)

Discorrendo sobre o tema, Carlos Valder do Nascimento esclarece que o conceito de segurança jurídica decorre da necessidade surgida com o liberalismo e com o capitalismo de se estabilizarem as relações jurídicas, protegendo-se a propriedade privada e seu uso econômico através da posse, teoria esta criada por David Hume em seu "Tratado da Natureza Humana" (NASCIMENTO; THEODORO JR.; FARIA, 2011, 98).

Através desse plano de proteção de bens, estar-se-ia a promover a Justiça, pois seria o ideal representativo máximo da proteção dos bens jurídicos, dando a cada um o que é seu:

Se por um lado, a segurança jurídica atua na estabilidade das relações jurídicas, promovendo, no âmbito processual, o fim do litígio e o seu julgamento definitivo, por outro, a justiça age no que se entende por ela própria: a preservação do justo e do moral, sendo que ela "não se acha embutida na lei, mas no conteúdo decisório quando plasmado no elemento de ordem axiológica, que constitui a solução dada ao caso concreto pelo julgador" (NASCIMENTO; THEODORO JR.; FARIA, 2011, p.107).

O mesmo autor faz uma excelente análise acerca do desvio de finalidade perpetrado pelo Estado quando ele se utiliza dos dogmas da segurança jurídica: ele assevera que, com bastante frequência, as decisões tomadas pelo ente estatal em qualquer de seus três poderes operam contaminadas por vícios e acabam se cristalizando como atos inatacáveis exatamente pelo gritante desvio de finalidade da segurança jurídica, que por seu manto ficam cobertos.

Nesse ponto, a segurança jurídica, como de resto outras regras processuais, surge como elemento de oposição à plena realização do fenômeno jurídico [...] transformando-se num instrumento de imposição ao sacrificar o direito em

homenagem ao formalismo desmesurado. Em razão disso, usa-se a segurança como pretexto para negar o direito do cidadão, camuflado, às vezes, por sentenças inconstitucionais. (NASCIMENTO; THEODORO JR.; FARIA, 2011, p.111).

Admitir que uma coisa julgada inconstitucional se perpetue no tempo e, portanto, se torne imutável, significa negar a regra de que todo ato estatal é passível de controle de legalidade e constitucionalidade. Seria equivalente a dar o aval para que o Estado burlasse as regras que ele próprio criou para limitar o seu próprio poder e isto é inadmissível, pois representaria a falência do Estado Democrático de Direito enquanto fundação constitucional.

É de fundamental importância ressaltar que a tese patrocinada por grandes juristas brasileiros, como Humberto Theodoro Jr., Cândido Rangel Dinamarco e José Augusto Delgado – que, inclusive, são uns dos grandes expoentes da relativização da coisa julgada no Brasil – não tem o condão de aniquilar o instituto da segurança jurídica: é exatamente o contrário.

Através desse movimento, procura-se tornar evidente a aliança entre a justiça e a segurança jurídica, mostrando que esta deve estar presente no espírito dos destinatários da lei (os indivíduos, cidadãos comuns) e não no ego dos juízes, que, em plena contemporaneidade, ainda são considerados por muitos os grandes porta-vozes do ordenamento jurídico, como se não cometessem erros. Nada mais absurdo.

O Poder Judiciário não pode se insuflar de forma absoluta contra a revisão de seus julgados, pois isso tende a um reacionarismo antidemocrático. Dessa forma, procura-se focalizar no mais importante: a justiça e a moralidade das decisões, de forma a aperfeiçoar as práticas jurisdicionais e trazendo à realidade processual o verdadeiro efeito da segurança jurídica, produzindo-se normas de efeitos concretos – as sentenças – que encontrem na Constituição Federal o seu real fundamento de validade. “Possuir uma Constituição que, aparentemente, não consegue realizar sequer seus objetivos que estão elencados [...] demonstra realmente que a Constituição é formalista e por vezes pouco realista” (THAMAY, 2013, p. 72).

Também não se pretende, com isto, tornar a coisa julgada um mero instituto de letra morta na ciência

processual brasileira; nem muito menos abonar a má técnica dos advogados, nos casos em que a decisão permaneceu injusta por não terem manejado corretamente os recursos devidos.

As decisões jurisdicionais aqui em jogo são, mais uma vez destacamos, aquelas que padecem de níveis críticos de invalidade, violando diretamente a Carta Maior e que, caso mantidas, representariam um verdadeiro caos institucional, ignorando-se a supremacia da constituição em prol de um garantismo violador dos preceitos fundamentais ao qual tentam-lhe impingir um caráter absoluto que não pode resistir aos primados da moralidade e da legalidade (NASCIMENTO; THEODORO JR.; FARIA, 2011, p. 104).

A relação que existe entre o princípio da constitucionalidade e o da imutabilidade da coisa julgada é de [...] prejudicialidade, mormente no direito brasileiro em que se está diante de um princípio de natureza constitucional e outro de natureza ordinária. Assim, para que se fale na tutela da intangibilidade da coisa julgada e por conseguinte na sujeição a um regime excepcional de impugnação, é necessário que antes se investigue sua adequação à Constituição. (NASCIMENTO; THEODORO JR.; FARIA; 2011, p.181).

2.2. INSTRUMENTOS DE REVISÃO DA COISA JULGADA.

A doutrina arrola alguns instrumentos processuais com o escopo de promover a relativização da coisa julgada, dentre os quais, os mais importantes e que possuem efeitos mais incisivos são: a) ação rescisória; b) ação de querela nullitatis, ação declaratória de inexistência da sentença em decorrência de vício gravíssimo no processo; c) impugnação ao cumprimento de sentença inconstitucional.

A despeito do teor da súmula 268 do Supremo Tribunal Federal, que veda o manejo de mandado de segurança para atingir a coisa julgada, além do disposto no inciso III do art. 5º da lei 12.016/2012, Gregório Assagra de Almeida (2007, p.444) assevera que tal instrumento pode ser utilizado quando se tratar de uma sentença teratológica, juridicamente absurda, o que, segundo ele, é admitido pela doutrina e pela jurisprudência.

Passa-se a uma análise, a seguir, dos citados instrumentos de impugnação à coisa julgada, cada

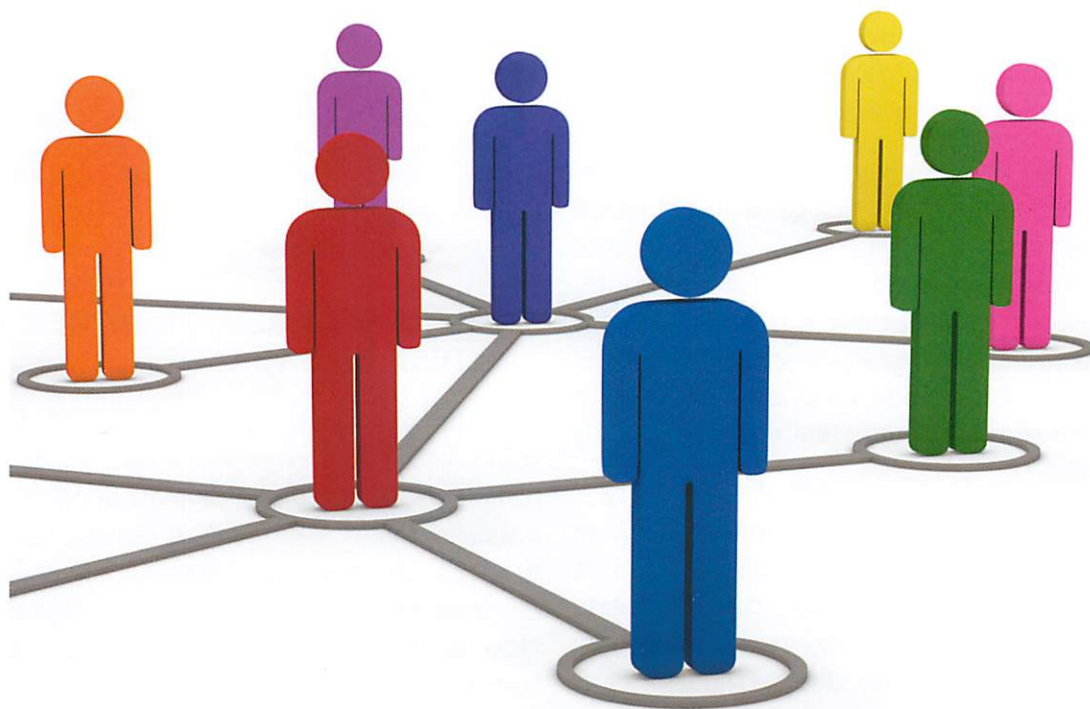
um com explicações voltadas à inconstitucionalidade da decisão e outros aspectos pertinentes.

2.2.1. AÇÃO RESCISÓRIA.

A ação rescisória é o instrumento de relativização da coisa julgada por excelência e que possui uníssona aceitação da doutrina e da jurisprudência como legítimo meio de impugnação à consolidação dos efeitos do trânsito em julgado. Ela ostenta a natureza de ação autônoma de impugnação quando presente pelo menos uma das hipóteses de cabimento previstas no art. 966 do novo Código de Processo Civil, não tendo, portanto, natureza de recurso, uma vez que o diploma não o prevê no rol taxativo dos recursos (art. 994, nCPC) e também por constituir novo processo judicial (DIDIER JR., 2010b, p.359).

e as condições de ação: a) a decisão de mérito transitada em julgado, sendo este o objeto da ação; e b) a subsunção dos fatos alegados aos constantes na norma do art. 966 do novo Código. Estes dois são os pressupostos positivos, que devem ser verificados no momento do ajuizamento da ação. Além disso, temos o pressuposto de caráter negativo, qual seja, c) o prazo decadencial de 02 (dois) anos, isto é, a ação deve ser proposta sem que tal prazo tenha se esgotado (DIDIER JR., 2010b, p.360), sendo o termo inicial da contagem a certificação do trânsito em julgado.

O Supremo Tribunal Federal, em consonância com a doutrina, admite o ajuizamento da referida ação independentemente de a parte interessada ter ou não se utilizado dos recursos cabíveis quando da tramitação do processo originário, entendimento este pacificado através do enunciado da súmula n.º 514 do STF: "Admite-



São diversas as hipóteses de cabimento da ação rescisória, dentre as quais podemos citar a invalidade da sentença, a injustiça e até mesmo a corrupção do órgão julgador.

Fredie Didier aduz que o ajuizamento da ação rescisória está condicionada à existência de três pressupostos elementares, além daqueles exigidos por qualquer ação, como os pressupostos processuais

se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenham esgotado todos os recursos".

O art. 966 do novo diploma processual é expresso ao afirmar que a ação rescisória se propõe a rescindir a decisão de mérito. Sentença de mérito é aquela que analisa o pedido do autor e os argumentos do réu, julgando procedente ou não as pretensões em questão. Mérito, portanto, é sinônimo de objeto

litigioso, que, por sua vez, é composto pelo pedido e pela causa de pedir.

É importante trazer ao presente estudo um objeto da ação rescisória que foge do padrão previsto no caput do art. 966, nCPC. Acontece que a doutrina e a jurisprudência admitem o uso da ação rescisória para rescindir não apenas a sentença de mérito, mas também a decisão interlocutória do juiz ou tribunal que negue seguimento a recurso interposto pela parte contra a sentença de mérito proferida, nos casos em que tal decisão se subsuma a uma das hipóteses dos incisos do art. 966, nCPC, cerceando o direito de defesa da parte interessada. Neste caso, uma vez que a decisão ratifica a sentença, gerando o trânsito em julgado, ela adquire a força da sentença de mérito, sendo possível rescindi-la (GONÇALVES, 2014, p.450).

Neste sentido, pode-se concluir, com apoio nos ensinamentos de Fredie Didier Jr. (2010b, p. 363), Humberto Theodoro Jr. (2013, p.761), Daniel Assumpção e Rodrigo Lima Freire (2014, p.431), que a ação rescisória pode incidir sobre todas as hipóteses arroladas no art. 487 do nCPC, porque neste dispositivo, a causa é julgada com a resolução do mérito, o que de fato, constitui o aspecto mais importante para a demanda rescindente.

Uma das hipóteses de cabimento da ação rescisória se refere à situação em que a decisão rescindenda fundamentou-se em evidente violação à literalidade de uma norma jurídica. Entende-se violação literal como um erro crasso decorrente de uma interpretação anômala da norma ou seja, uma interpretação que não poderia ser extraída de sua leitura, não se podendo levantar tal hipótese quando se tratar de norma cuja interpretação varie de tribunal para tribunal.

O novo Código de Processo Civil ao tratar da ação rescisória, suplantou a problemática acerca da concepção terminológica da palavra lei, constante no art. 485 do CPC/1973 e adotando o entendimento já consolidado nos tribunais. Dessa forma, rompe-se a coisa julgada em qualquer hipótese em que a decisão rescindenda tenha violado preceito normativo, seja legal ou constitucional.

Apesar de esse entendimento ser bastante apreciado pela doutrina e jurisprudência brasileiras, Marinoni (2013, p. 96) chama-nos a atenção para uma provável contradição formada no âmbito dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Para explicar a

problemática, precisamos ter em mente que o STF editou a súmula n.º 343, vedando o manuseio da ação rescisória quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

Acontece que tal vedação somente se direciona aos casos em que a ação rescisória se fundamente em norma infraconstitucional. Isso porque o STF entendeu que, caso se fundamente a ação rescisória em norma constitucional, não se aplicaria a vedação da súmula, sendo plenamente cabível a ação rescisória, sob a tese de que a norma constitucional não pode ter duas ou mais interpretações razoáveis, mas apenas, nos termos do Ministro Teori Zavascki, “uma interpretação juridicamente correta” (STJ, EDiv no REsp 608.122, julgamento: 09/05/2007). Data máxima vênia, hemos de convir que nem mesmo a norma constitucional possui apenas uma interpretação perfeita e intocável, uma vez que o sistema como um todo se comunica, podendo acontecer de outras normas ou até mesmo o fato social influenciarem de alguma maneira a interpretação daquela em questão.

Assim, a jurisprudência vem admitindo irrestritamente as ações rescisórias fundadas em violação à literalidade da constituição, independentemente de haver ou não divergências interpretativas acerca da norma em respeito à supremacia da constituição.

O Supremo Tribunal Federal vem relativizando a aplicação da Súmula n.º 343 quando a violação é em desfavor de normas constitucionais, em razão do princípio da Supremacia da Constituição. Para o citado tribunal, nenhum órgão julgador pode deixar de conferir aplicabilidade às normas constitucionais, no exercício da atividade jurisdicional. (SANTOS, 2009).

Refletindo esta orientação, temos as seguintes ementas (e muitas outras que seguem um modelo padrão de fundamentação):

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE PROVENTOS DE INATIVIDADE DE SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. LEI ESTADUAL Nº 7.672/82, ART. 42, “O”. INCONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. AFASTAMENTO DA SÚMULA 343/STF. POSICIONAMENTO RECENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ. FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. POSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO DA CORTE ESPECIAL (RESP 476.665/SP). 1. O enunciado da Súmula 343

não é aplicável quando a questão verse sobre “texto” constitucional, hipótese em que cabível ação rescisória mesmo diante da existência de controvérsia interpretativa nos Tribunais, em face da “supremacia” da Constituição, cuja interpretação “não pode ficar sujeita à perplexidade”, e da especial gravidade de que se reveste o descumprimento das normas constitucionais, mormente o “vício” da inconstitucionalidade das leis. (Precedente: ERESP 608122/RJ) “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.” (Súmula 343 do STF).” (STJ, Primeira Turma, Recurso Especial 896728/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ. 16/10/2008).

Neste sentido, temos dois conceitos no âmbito da matéria constitucional: interpretação controvertida é aquela anterior ao posicionamento definitivo do Supremo Tribunal Federal. Já a interpretação correta, como bem ressalta Marinoni (2010, p.97) é aquela proferida pelo Supremo Tribunal Federal, corte responsável pela uniformização da interpretação da Constituição Federal, de forma que qualquer decisão tomada por qualquer juiz de qualquer instância, que vá de encontro com o que foi estabelecido pela corte maior, é tida como violadora de norma constitucional, devendo ser desconstituída.

Não havendo o STF refutado a norma, pressupõe-se ela válida e eficaz no ordenamento jurídico. Seguindo esta orientação, destacamos e aplaudimos o posicionamento adotado pelo Ministro Celso de Mello, através do julgado citado na subseção 3.2.3.3, ao qual reportamos o leitor (AgRg no RE 592912).

Ação rescisória ajuizada em virtude dessa hipótese de cabimento tem que ser fundamentada na violação causada ao ordenamento jurídico pela interpretação anômala da lei, e não na mera possibilidade de alterar o julgado com base em diferente interpretação desta. Em outras palavras, a causa de pedir da ação rescisória tem que ser não a interpretação utilizada pelo juiz no primeiro julgamento, mas sim a violação causada ao ordenamento jurídico em virtude de uma teratologia interpretativa.

Note-se que, quando o juiz ordinário deixa de adotar decisão proferida em ação direta, súmula ou precedente vinculante do Supremo Tribunal Federal, é possível falar em “violação de norma”, o que certamente não ocorre quando o juiz ordinário realiza seu juízo sobre a questão de constitucionalidade e, após ter sido encerrado o

processo, o Supremo Tribunal Federal fixa “regra” contrária. (MARINONI, 2010, p. 117).

Sendo assim, cabe a rescisória irrestritamente quando o julgado violar a Constituição Federal. Contudo, um pressuposto deve ser observado: a rescisória se restringe a combater sentenças inconstitucionais proferidas após o pronunciamento de inconstitucionalidade do STF, sendo que tal pronunciamento é exatamente o ato responsável pela eliminação da controvérsia acerca da interpretação constitucional e deve vincular a atividade jurisdicional de todos os órgãos judicantes.

Se a sentença inconstitucional for proferida antes da decisão de inconstitucionalidade do STF, presume-se constitucional a decisão e, neste caso, muito embora a decisão superveniente de inconstitucionalidade tenha efeito erga omnes, a segurança jurídica deverá, agora, ser privilegiada, mas não em detrimento da justiça, pois à época, a validade do julgado era inquestionável e portanto também o era a justiça. Nesta linha de raciocínio, coaduna conosco Rennan Faria Krüger Thamay na seguinte passagem de sua obra:

Existem dois efeitos temporais possíveis nas decisões do Supremo Tribunal Federal que declaram a (in)constitucionalidade, sendo eles ex nunc e ex tunc. O primeiro referente a efeitos que ocorrerão a partir de então (da decisão tomada), caso em que uma lei ou ato normativo que anteriormente tinha eficácia plena passa a não ter mais essa eficácia. É a partir da declaração que a considera inconstitucional que passa a não ter mais a validade. De outra banda, o efeito ex tunc é retroativo, portanto, um ato normativo que tenha sido declarado inconstitucional em um momento retroagirá a sua feitura e passará a não existir mais desde lá. (THAMAY, 2013, p. 171).

Observe-se que o autor, ao abordar o efeito ex tunc, se refere à exclusão da norma do mundo jurídico, não ocasionando a invalidação dos atos dela decorrentes (por exemplo, as sentenças fundamentadas nela). A sua inexistência no mundo jurídico é notada apenas a partir de sua declaração de inconstitucionalidade pela Corte Maior; antes, sua validade era indiscutível.

2.2.2 AÇÃO DE QUERELA NULLITATIS INSANABILIS.

A ação de querela nullitatis é a ação declaratória de inexistência ou nulidade da sentença, considerada

atípica pela doutrina, tendo em vista sua ausência no ordenamento jurídico.

Neste momento, não importa na prática a distinção anteriormente estabelecida entre sentença nula e inexistente, ressaltando-se apenas a relevância do defeito, pois sua aplicabilidade se direciona às sentenças proferidas com vícios gravíssimos de constituição, levando à não formação da coisa julgada material exatamente por sua invalidade (nulidade) e/ou irrelevância jurídica (inexistência).

O clássico exemplo apontado pela doutrina é a invalidade ou até mesmo a inexistência da citação. Tais fatos representam uns dos maiores vícios que podem acometer qualquer processo judicial, tendo em vista que, sendo assim, o contraditório não se estabelece e todos os atos judiciais são nulos, não se efetivando o devido processo legal – culminando, portanto, numa sentença nula.

Na verdade, em relação à ausência e nulidade da citação, cabe aqui uma maior atenção: a nulidade recai sobre o processo, nos termos dos arts. 239 e 280 do novo Código de Processo Civil, culminando na nulidade da sentença, pois a citação não é pressuposto de existência do processo nem da sentença, mas sim de sua validade (DIDIER JR., 2010c, p.373).

Carlos Valder do Nascimento aduz que nos casos de inexistência da sentença ou, como ele denomina, nulidade da sentença,

[...]pode-se valer, sem observância de lapso temporal, da ação declaratória de nulidade da sentença, tendo presente que ela não perfaz a relação processual em face de grave vício que a contaminou, inviabilizando, assim, seu trânsito em julgado. Neste caso, há de se buscar suporte no actio querela nullitatis. (NASCIMENTO; THEODORO JR; FARIA, 2011, p.51).

Antônio do Passo Cabral diferencia o substrato técnico-processual da ação rescisória e da querela nullitatis salientando que à ação rescisória foi reservada a função de impugnar os vícios de julgamento (erros in judicando) transitados em julgado; enquanto a ação de querela nullitatis se propõe à impugnação dos vícios de procedimento (erros in procedendo) que, em razão de tornarem inexistente a sentença, não geram coisa julgada material. Assim, os vícios da substância do processo são atacados via ação rescisória; os da sua forma pela querela nullitatis (CABRAL, 2014, p.112). Didier Jr. acrescenta que os vícios atacados pela rescisória também podem ser de

forma, desde que eles não gerem a inexistência da decisão (2010c, p.451).

A doutrina, seguida pela jurisprudência, considera os vícios de citação transrescisórios (TESHEINER, 2000, p.283), uma vez que se sobressaem a qualquer prazo, podendo ser impugnados a qualquer momento pela parte legítima através do instrumento atípico descrito nesta oportunidade.

Podemos destacar outros casos de sentenças inexistentes que podem ser atacadas por querela nullitatis: sentença proferida por pessoa não investida no cargo de juiz; sentença não escrita ou não assinada, em desconformidade com o art. 205 do nCPC; não publicada como previsto no art. 494 do nCPC. Seguindo o pensamento de que o vício formal gera a inexistência da sentença, aduz-se que “a questão da existência ou não da decisão judicial, como ato jurídico processual que indiscutivelmente é, relaciona-se com os elementos de sua formação” (ELIA JR., 2007).

2.2.3 IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA.

Proferida a sentença no processo de conhecimento que verse sobre obrigações de pagar quantia certa, passa-se à fase de sua execução ou cumprimento, como hoje é denominado o procedimento de forçar o pagamento da obrigação ali declarada.

Intimado o devedor para realizar o pagamento, poderá ele oferecer impugnação ao cumprimento da sentença, situação em que poderá arguir quaisquer das questões elencadas taxativamente no art. 525 do diploma processual civil.

Dentre as hipóteses, temos uma que adquire caráter “rescisório” e está presente no art. 525, §12 do novo Código de Processo Civil. Através dele, o executado pode se opor ao cumprimento da sentença caso ela tenha sido proferida irregularmente no processo de conhecimento. A redação do referido dispositivo estabelece o seguinte:

Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

[...]

§ 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

A aplicabilidade deste instrumento de relativização exige alguns cuidados que, a princípio, podem parecer meramente acadêmicos, mas representam importantes observações a essa inovação trazida pela lei. Comungamos com o pensamento de Marinoni, o qual aduz que, “apresentada a impugnação, terá o exequente a oportunidade de demonstrar que, ainda que a decisão houvesse observado o pronunciamento do Supremo, a sentença teria sido de procedência” (2010, p. 133).

É preciso advertir, porém, que a adoção da lei ou da interpretação já declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal [...] pode não ter sido essencial para a procedência do pedido. Ou melhor, é possível que a sentença condenasse o réu, ainda que aplicasse o pronunciamento vinculante [de declaração de inconstitucionalidade pelo STF] (MARINONI, 2010, p. 133)

O mesmo autor adverte, em corrente contrária à relativização da coisa julgada inconstitucional, que o referido dispositivo inaugura uma exceção que viola o princípio da intangibilidade da coisa julgada, de

forma a romper a própria essência do instrumento da impugnação, que deveria trazer apenas causas novas supervenientes ao trânsito em julgado. Por isso a posterior declaração de inconstitucionalidade em nada pode interferir em julgados passados, uma vez que “a decisão de inconstitucionalidade, apesar de superveniente à sentença, afirma uma causa que deveria e poderia ter sido detectada antes da edição da sentença [e] faz parte do conteúdo sobre o qual o juiz tem o dever-poder de se debruçar para resolver o litígio” (MARINONI, 2010, p. 127).

Ademais, o referido autor faz uma densa análise e, neste ponto, nos filiamos à sua idéia e a explanaremos brevemente a seguir.

Marinoni (2010, p. 124) se reporta ao §79 da lei do Tribunal Constitucional Alemão, que traz disposição similar ao dispositivo em questão do nosso Código de Processo Civil, impedindo a execução da sentença fundamentada em norma declarada inconstitucional por aquela corte.

O dispositivo se justifica no ordenamento jurídico Alemão uma vez que, nesse país, “o juiz ordinário não tem poder para tratar da questão constitucional” (MARINONI, 2010, p. 128), o que é bastante diferente no Brasil, tendo em vista que aqui está consagrado o controle difuso de constitucionalidade, que pode e deve ser exercido por qualquer juiz de qualquer instância e Tribunal. Exercido o controle difuso, restaria operada a preclusão dos questionamentos constitucionais, inviabilizando a problemática no âmbito do cumprimento da sentença. O referido dispositivo, assim, refuta a existência da preclusão no processo de cognição, podendo a norma constitucional ser usada como parâmetro rescisório da sentença.

Dessa forma, a interpretação correta do art. 525, §12 do Código de Processo Civil é a de que a decisão de inconstitucionalidade tem que ter sido proferida antes da sentença, de forma que somente assim caberia o uso da impugnação do cumprimento da sentença, pensamento idêntico ao utilizado com relação à ação rescisória (vide conclusão da subseção 3.2.2.1).

Muito embora se trate de uma disposição legal que deve ser observada, Marinoni (2010, p. 129) ao mesmo tempo em que lhe reconhece eficácia no ordenamento jurídico nas condições temporais estabelecidas acima, ainda assim tece-lhe críticas manifestando-se contrário ao instrumento, uma vez que a inovação parece esquecer o fato de que



o juiz pode e deve analisar a questão constitucional no decorrer do processo de conhecimento, sendo esse o fato gerador da referida preclusão dos questionamentos acerca da constitucionalidade da decisão.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, na relatoria do Recurso Extraordinário n.º 594.892/RS, criticou a atividade do legislador infraconstitucional na tentativa de trazer ao Brasil uma regra processual da Alemanha. Explicou que o §79 da lei do Tribunal Constitucional Alemão impede terminantemente a execução da sentença, mas não torna possível a quebra do julgado, devendo ele permanecer intacto, o que de fato ocorre no Brasil, gerando a revisão da sentença.

Para o Ministro, portanto, a coisa julgada não estaria sendo violada por este dispositivo alemão, mas apenas a sua execução estaria inviabilizada. Em contraposição, Marinoni afirma, como já explanado, que o referido dispositivo viola sim a coisa julgada material somente pelo fato de a execução ser impossibilitada pela norma.

Ademais, concluindo sua crítica, Marinoni assim pontua:

É significativo e estranho que muitos apóiem a facilidade autoritária de um mecanismo que agride a essência da coisa julgada material e não dêem importância às técnicas de vinculação dos juízes ordinários às decisões do Supremo Tribunal Federal, sob o curioso e surpreendente argumento de que a “vinculação” eliminaria a liberdade de o juiz julgar. Ora, a vinculação dos órgãos judiciais, diante das decisões do Supremo Tribunal Federal, é absolutamente indispensável em um sistema que consagra o controle difuso de constitucionalidade. Autoritário e inconcebível é pretender fazer desaparecer toda e qualquer decisão, garantida pela coisa julgada, que venha a não ser referendada pelo Supremo Tribunal Federal, como se pudesse existir uma coisa julgada sujeita a condição negativa temporalmente imprevisível. (MARINONI, 2010, p. 129).

Apesar do dissenso acerca da violação da coisa julgada no ordenamento alemão, ambos juristas concordam com tal violação aqui no Brasil. Suas ideias convergem também no que se refere à inaptidão da declaração de inconstitucionalidade para retroagir rescindindo a sentença impedindo o cumprimento dela, muito embora o controle de constitucionalidade produza efeitos ex tunc (AgRg no RE 592912, 2ª

Turma, Relator Min. Celso de Mello, DJe 22.11.2012). Assim, comungamos com eles no que se refere ao critério temporal da impugnação ao cumprimento de sentença: a decisão de controle de constitucionalidade tem que ser proferida pelo STF antes da sentença cujo cumprimento será combatido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

As exposições feitas no decorrer deste trabalho nos permitem chegarmos a algumas conclusões que são permeadas por razoabilidade jurídica e um senso de proteção ao ordenamento jurídico que deve estar presente na técnica de todo operador de direito.

A coisa julgada tem o condão de estabilizar a decisão proferida pelo juízo a partir do momento em que ocorre o fenômeno do trânsito em julgado. A partir daí, apenas um motivo de ordem legal ou constitucional pode romper-lhes os efeitos, caso em que caberá ao judiciário a reapreciação da causa, caso os legitimados demonstrem seus interesses jurídicos e manipulem os devidos instrumentos processuais para tanto.

Com relação à segurança jurídica, reforçamos nossa concordância com a corrente que defende que ela não se choca com o valor justiça, mas atua em consenso com ela, sustentando e estabilizando a relação jurídica. Sendo assim, opera-se a coisa julgada, consagrando a segurança jurídica apenas se o ordenamento jurídico, dentro de seus limites legais e constitucionais, conceber o conteúdo decisório da sentença como justo. A injustiça da decisão nos leva ao descrédito, por parte dos indivíduos, nos institutos jurídicos, gerando insegurança e desconforto social (NASCIMENTO; THEODORO JR.; FARIA, 2011).

Louvável a conclusão à qual chegou o Supremo Tribunal Federal de que a ação rescisória é cabível irrestritamente em qualquer caso em que a parte alegue a inconstitucionalidade da decisão, independentemente de a interpretação da norma fundamentadora da sentença de mérito em questão ser controvertida ou não. A contradição numa mera aceção de termos nos levou a uma consequência jurídica bastante viável e cuja efetividade é incontestável.

Concordamos com o Ministro Celso de Mello, segundo o qual a declaração de inconstitucionalidade pelo STF não tem a capacidade de retroagir ao julgado

rescindendo para de fato, rompê-lo, viabilizando novo julgamento. Isso porque a decisão em controle de (in)constitucionalidade deve ter sido proferida antes da sentença inconstitucional e, neste caso, prestigiamos a segurança jurídica, o que constitui-se num critério de caráter lógico-temporal. Ora, se somente a Suprema Corte tem a competência de declarar a inconstitucionalidade abstrata das normas, elas devem ser normalmente utilizadas pelos juízes para fundamentarem suas decisões até que a referida corte se posicione contrária a ela. Sendo assim, a decisão foi legítima se à época de sua prolação sua norma fundamentadora não tinha sido declarada inconstitucional.

Em via contrária e, seguindo este raciocínio, se a decisão proferida tiver sido fundamentada em uma norma previamente declarada inconstitucional pelo STF, neste caso não há que se falar em manutenção da coisa julgada. A decisão está viciada, pois a invalidade da norma utilizada já foi declarada e o juiz deveria ter se absterido de aplicá-la, observando o ditame traçado pelo Supremo Tribunal Federal.

O mesmo raciocínio foi veiculado nesta dissertação acerca da impugnação ao cumprimento da sentença em virtude de sua inconstitucionalidade, o que torna o título inexigível, nos termos legais. Para fundamentar este incidente processual, é fundamental que o controle de constitucionalidade tenha sido decidido pela Corte Maior antes do proferimento da sentença que será impugnada. Já no caso da querela nullitatis, temos um caso à parte em que não existe prazo decadencial para seu ajuizamento, cabendo ela em qualquer prazo após o trânsito em julgado da sentença, quando se observe uma violação transrescisória, isto é, um vício que atenta frontalmente contra os ditames constitucionais, incluindo-se aí os referentes aos aspectos formais do processo que constituem direitos fundamentais, como a ausência de citação válida.

Rosane Ricartes Guimarães, em sua monografia "A Relativização da Coisa Julgada em face dos Princípios da Efetividade, Celeridade e Segurança Jurídica" (2011), nos informa importantes posicionamentos de Ministros do STJ e do STF a favor da relativização da coisa julgada inconstitucional, dentre os quais destacam-se o do Min. Ricardo Lewandowski, do STF, para quem a coisa julgada não pode ser encarada

como um valor absoluto, pois pode derivar de decisões teratológicas, podendo sua implementação gerar graves prejuízos aos patrimônios público e privado; e o do Min. Castro Meira, do STJ, que, em síntese, entende a relativização total como algo grave e que gera insegurança jurídica mas que a valoração tem que ser necessariamente outra quando se trata de violações na ordem constitucional.

Conclui-se que a relativização da coisa julgada inconstitucional é uma maneira de consagrar a eficácia da Constituição Federal, a qual não pode sofrer violações arbitrárias ou antijurídicas, sob pena de vermos o ordenamento jurídico padecendo de graves irregularidades cometidas por aqueles que deviam ratificar-lhe a coerência lógica e normativa sobre as relações jurídicas que sob sua égide se compõem. Porém, ela deve ser efetivada com parcimônia, observando-se a cronologia das decisões, as hipóteses de cabimento de cada um dos instrumentos e sobretudo a anterioridade do posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade da norma.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANHA. Lei do Tribunal Constitucional Federal de 12 de março de 1951. Tradução por: Luís Afonso Heck. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176367/000499461.pdf?sequence=1>>. Acesso em Fevereiro de 2015. Berlim, 1951.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Manual das Ações Constitucionais. S. E. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2007.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em Fevereiro de 2015. Brasília, DF.

_____. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em Janeiro de 2015. Brasília, DF.

_____. Código Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em Janeiro de 2015. Brasília, DF.

_____. Lei n.º 12.016 de 07 de agosto de 2009. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso

em Janeiro de 2015. Brasília, DF.

CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas: Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2 ed. Salvador, Editora JusPodivm, 2014.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: I Simpósio de Direito Público da Advocacia-Geral da União da 5ª Região. Fortaleza, S.E., 2000. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/892447>>. Acesso em 15/01/2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a Coisa julgada material*. 2001. Disponível em: <<http://www.processocivil.net/novastendencias/relativizacao.pdf>>. Acesso em 17/01/2015.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 5 ed. Salvador, Editora JusPodivm, 2010a.

_____; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 8 ed. Salvador, Editora JusPodivm, 2010b.

_____; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; et al. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 5. 2 ed. Salvador, Editora JusPodivm, 2010c.

ELIA JR., Mário Luiz. Vícios Transrescisórios da Sentença. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI36053,11049-vicios+transrescisorios+da+sentenca>>. Acesso em 20/01/2015.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito Processual Civil Esquematizado*. Coordenador: Pedro Lenza. 4 ed. São Paulo. Saraiva, 2014.

GUIMARÃES, Rosane Ricartes. *A relativização da coisa julgada material em face dos princípios da efetividade, celeridade e segurança jurídica*. 2011. 51 f. Trabalho de conclusão de curso de pós-graduação (Monografia) – Universidade Anhanguera – UNIDERP – Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, Campo Grande, 2011.

HUME, David. *A Treatise of Human Nature: Reprinted from the original edition in three volumes*. Oxford University Press. London, 1960.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)*

constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada. 3 ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil*. 8 ed. Editora Atlas: São Paulo, 2012.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Ensaio sobre a coisa julgada civil (sem abranger as ações coletivas)*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.

NASCIMENTO, Carlos Valder; THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Coisa julgada inconstitucional: A questão da segurança jurídica*. 1 ed. São Paulo, Editora Fórum, 2011.

SANTOS, Ubenilson Colombiano Matos dos. A relativização da Súmula 343 do STF no cabimento da ação rescisória por violação literal das leis federais. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 67, ago 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6567>. Acesso em fev 2015.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Coisa Julgada Relativa*. 2004. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ovidio%20Baptista%20-formatado.pdf>. Acesso em Janeiro de 2015.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Pressupostos Processuais e Nulidades no Processo Civil*. Editora Saraiva. São Paulo, 2000.

THAMAY, Rennan Faria Krüger. *A Relativização da Coisa Julgada pelo Supremo Tribunal Federal: O caso das ações declaratórias de (in)constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. S.E. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito processual civil e processo do conhecimento – vol.1*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

VIEIRA, Anderson Novaes; PILZ, Nina Zinngraf et al. *Natureza jurídica da ação e do processo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3078>>. Acesso em: 23 jan. 2015.

O PRINCÍPIO DA FALÁCIA NO PROCESSO PENAL

Gabriel Salviano Chagas Nascimento

Advogado concursado da Companhia de Saneamento do Estado de Sergipe (DESO). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp (2014). Especialista em Processo Moderno - Processo Civil e Processo Penal - pela Universidade Anhanguera-Uniderp (2013). Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes/SERGIPE (2011). Coautor do Livro "O Novo Regime Jurídico da Prisão Cautelar à Luz da Lei 12.403/11" (2012). Articulista com publicações na Revista do Ministério Público de Sergipe (2012) e Revista Eletrônica Conteúdo Jurídico (2010).



INTRODUÇÃO

O presente artigo tratará da ponderação de princípios constitucionais em razão da supremacia do interesse público, mais especificadamente quanto à relativização da vedação da prova penal ilícita. Tema este extremamente importante em razão das suas repercussões na prática forense; analisa-se um direito fundamental essencial ao ser humano: a liberdade, não por outra razão trata-se de um aprofundamento de uma ideologia do moderno Direito Processual Penal Constitucional.

Fazendo uma análise da legislação processual penal, percebe-se que o legislador estabeleceu regras gerais relacionadas aos critérios a serem utilizados pelo operador do direito na valoração dos elementos de convicção levados ao processo e ao ônus probatório, que serão detalhados adiante; bem como, os meios probatórios tipificados na legislação, capazes de orientar o julgador na busca da verdade dos fatos, sem, contudo, estabelecer uma regra com critérios rígidos para o exame das provas produzidas, devendo o juiz sempre motivar suas decisões, sob pena, segundo a Constituição Federal de 1988, de nulidade.

O direito processual penal e o direito penal são matérias inseridas no ramo do direito público, sendo assim, revestem-se dos elementos norteadores deste ramo, sobretudo, a supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público. Assim sendo, conclui-se que a sociedade tem interesse em saber como um fato criminoso ocorreu, e quem o praticou, exigindo-se uma punição para o sujeito ativo deste delito, para que assim, outros indivíduos tenham o caso como exemplo, e se sintam inibidos para o não cometimento de atos análogos. Ademais, nesta toada, o infrator poderá ser ressocializado e novamente integrado à sociedade.

Buscando uma análise mais aprofundada desta

temática, o presente artigo valorizará os aspectos constitucionais oriundos da Lei 11.690/08, reforçando a regra geral da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal. Enaltecendo, contudo, as decisões jurisprudências e posicionamentos doutrinários favoráveis na valoração destas em benefício do réu, bem como, em raríssimas exceções, em favor da sociedade.

Uma doutrina mais tradicional vai sustentar que o processo penal é regido pelo "princípio da verdade real", e desta forma, deve-se buscar no processo penal a "verdade verdadeira" dos fatos, isto é, como realmente estes aconteceram, e constatando a prática de um crime, a punição do infrator. Em contrapartida, uma doutrina mais moderna defenderá a irrelevância da dicotomia em verdade formal ou real, dirá, simplesmente, que no processo vigora o princípio da busca da verdade.

Porém, certas vezes, sabe-se quem cometeu o crime e não se punirá o infrator por existirem provas produzidas de forma contrária ao ordenamento jurídico, e desta forma, o delinquente ficará impune, gerando para sociedade a imagem da impunidade.

Não se quer que exista um exagero na obtenção de certa e determinada prova, esta não pode ser obtida de qualquer forma, deve-se pautar, sobretudo, na legalidade e nas garantias constitucionais do indivíduo, destacando-se a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Todavia, há que se ressaltar o caso concreto, para de forma excepcional ser aplicada a prova obtida contra estas garantias, seja para o réu, seja para a sociedade. Destarte, para esta aplicação, não se pode olvidar que o norte desta valoração deve ser o princípio da proporcionalidade, seja na forma de obtenção da prova, seja no momento em que esta é valorada, isto, pois, para atender ao fim social, o maior interessado na punição do infrator do tipo penal.



Em 2008, o legislador ordinário procurou corrigir algumas dissonâncias que existiam na admissão, produção e valoração de provas, através da Lei 11.690/08. Todavia, faz-se mister o questionamento: o processo penal brasileiro realmente norteia-se pela busca verdade? Além do mais, a prova ilícita se for único meio de absolver o réu, pode ser utilizada? O interesse público deve se impor sobre o interesse do réu, caso a prova ilícita seja para condenar? Por fim, a prova, inicialmente ilícita, utilizada no processo penal torna-se lícita?

Para responder a estes questionamentos, fora utilizado o tipo de pesquisa bibliográfica, visando desvendar os diferentes posicionamentos doutrinários, valendo-se também do método indutivo, uma vez que partiu de premissas verdadeiras acerca da aplicação da lei a determinados casos concretos para prováveis conclusões, ou seja, o raciocínio da pesquisa partiu de fatos individuais e particulares, chegando a conclusões genéricas.

Os materiais utilizados foram leis, artigos, livros, periódicos, dentre outros, caracterizando o uso de fontes primárias como também de fontes secundárias para fundamentar o referido estudo. De posse destes instrumentos, o trabalho pretende: analisar, além do tecnicismo jurídico garantindo a inadmissibilidade de provas ilícita, se existe exceção a esta regra; estudar sobre os aspectos da prova penal no ordenamento jurídico pátrio observando as normas da Bíblia Política; fazer uma abordagem histórica, no âmbito do Direito comparado, se a teoria da aplicabilidade de provas ilícita, em caráter excepcional, pode ser adotada em favor do réu ou da sociedade, e se este posicionamento é recepcionado, pela Constituição Federal de 1988.

DESENVOLVIMENTO

Imprescindível se faz uma análise histórica do sistema probatório em conjunto com os sistemas processuais, para assim, compreender a razão do atual sistema.

A valoração das provas modificou-se ao longo dos anos, sempre se ajustando aos costumes, à cultura local e ao momento político econômico de cada povo. A história do Direito defrontou-se com a análise da construção da verdade, experimentando diversos métodos e formas jurídicas de obter esta verdade. Iniciando-se nas ordálias e juízos de Deus (ou dos Deuses), na Idade Média, em que o acusado submetia-se a determinada prova física (ou suplício), e caso o acusado saísse vitorioso desta, era reconhecida a veracidade de sua alegação (OLIVEIRA, 2009).

Eugênio Pacelli, com sua sapiência peculiar, faz

uma análise crítica e sucinta da evolução do sistema probatório remoto, senão vejamos:

De uma verdade inicialmente revelada pelos deuses a outra, produzida a partir da prova racional, submetida ao contraditório e ao confronto dialético dos interessados em sua valoração, o Direito, em geral, e, mais especificamente, a partir do século XVIII, com a evolução da processualização da jurisdição, o processo penal, sempre se ocupou da reconstrução judicial dos fatos tidos por delituosos. Ora com a preocupação voltada exclusivamente para a satisfação dos interesses de uma não bem definida segurança pública, ora com a atenção também dirigida para a proteção dos interesses do acusado, sobretudo quando este passou a ocupar a posição de sujeito de direitos no processo, e não de objeto do processo (OLIVEIRA, 2009, p. 317).

Esse sistema permaneceu até o final do século XII e no curso do século XIII, quando surge o sistema inquisitivo, cuja inquirição tomou lugar dos juízos de Deus. Este sistema é caracterizado pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce, também, a função de acusador, não havendo debates, predominando procedimentos exclusivamente escritos, e os julgadores não estão sujeitos à recusa. O procedimento era sigiloso, não existindo contraditório, além de a defesa ser meramente decorativa. O meio de prova mais importante e almejado era a confissão, que era considerada como a “rainha das provas”, visto que assim, seria obtida a verdade dos fatos, como estes efetivamente aconteceram, e assim seria possíveis fundamentar as possíveis punições de forma mais “justa”, sendo utilizada a tortura como “meio” mais comum (NUCCI, 2009).

Posteriormente, ao período inquisitivo inicia-se o sistema acusatório, que separou o órgão julgador do acusador. Neste sistema há uma liberdade de acusação, reconhecendo uma maior participação popular na justiça penal, tornando o procedimento público, consagrando este direito ao ofendido ou a qualquer cidadão. Importante acrescentar que predomina a liberdade de defesa, a regra será a liberdade do réu, o contraditório, bem como a isonomia entre as partes no processo são assegurados (NUCCI, 2009).

Em virtude de ter partes distintas, contrapondo-se acusação e defesa em igualdade de posições, e a ambas se sobrepondo um juiz, de maneira equidistante e imparcial, é crível afirmar que o processo caracteriza-se como legítimo *actum trium personarum*. O juiz

não era dotado do poder de determinar de ofício a produção de provas, estas deveriam ser fornecidas pelas partes, prevalecendo o exame direto das testemunhas e do acusado (LIMA, 2012).

Com base nesta evolução histórica a Constituição Federal de 1988 previu que a República Federativa do Brasil é um “Estado Democrático de Direito” votando pela aproximação aos modelos liberais e sociais. É com base neste princípio que por derivação, inferência ou implicação surgem diversos outros princípios, como o da separação dos Poderes, o do pluralismo político, o da isonomia, o da legalidade, e até mesmo, o princípio da dignidade da pessoa humana, este norteador do ordenamento jurídico, fundamento da existência do direito (MENDES, 2007).

Neste diapasão, foram sedimentados na Constituição Federal os fundamentos da soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, dos os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político. A cabeça do primeiro artigo da Constituição Federal possui as características mais essenciais do Estado brasileiro, a federação como forma de Estado, república como forma de governo, e constitui, ademais, um Estado de Direito, implicando a noção de limitação do poder e de garantias de direitos fundamentais aos particulares (PAULO & ALEXANDRINO, 2009).

Pois bem, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II os “Direitos e Garantias Fundamentais”, este gênero, contendo cinco espécies, cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos e direitos repartidos políticos. Entrementes, estes não se restringem apenas ao art. 5º da Constituição Federal, conforme jurisprudência do Guardião da Constituição, afirmando-se, conforme voto lavrado pelo do Ministro Sydney Sanches na ADIn. 939-7/DF, que o fundamento de ordem lógica seria o fato de não ser legítima a limitação da dignidade da pessoa humana.

Após esta análise principiológica cabe analisar se há diferença entre os direitos e as garantias fundamentais, para assim, verificar como o ordenamento jurídico trata o instituto da “Prova”. Filio-me a corrente doutrinária que apresenta diferenças entre os conceitos, podendo, porém, existir um liame entre os mesmos. Vale ressaltar que apesar de a Constituição Federal referir-se apenas a direitos e deveres expressamente, também consagrou garantias fundamentais, que não se confundem com os direitos e deveres.

Desta forma, não é demais citar o ilustre constitucionalista Pedro Lenza que em seus ensinamentos doutrinários cita o saudoso mestre Ruy Barbosa, para de forma precisa e objetiva diferenciar estes institutos, aduz:

Um dos primeiros estudiosos a enfrentar este tormentoso tema foi o sempre lembrado Ruy Barbosa, que, analisando a Constituição de 1891, distinguiu “as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecutorias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos, estas as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito” (LENZA, 2005, p. 467).

Destarte, vale ressaltar o entendimento de que a prova, sob o ponto de vista processual, é um ônus, conforme determina o art. 156 do Código de Processo Penal. Entretanto, sob o ponto de vista constitucional, a prova é um direito fundamental que decorre do princípio do devido processo legal, do princípio do contraditório, do princípio da ampla defesa, pois o art. 5º, LV, garante aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, isto é, os meios de provas admitidos, para que assim, a parte possa provar o que alegar.

Ora, a prova passa a ser um direito inerente ao direito de ação e de defesa. Ou seja, um desdobramento, um aspecto do direito de ação e de defesa. Portanto, podemos dizer que a natureza jurídica é de um direito subjetivo de índole constitucional de estabelecer a verdade dos fatos que não pode ser confundido com o ônus da prova (RANGEL, 2010).

Adverte Norberto Avena, com muita razão, que não se confunde com o ônus probatório:

Encargo atribuído às partes de provar, mediante meios lícitos e legítimos, a verdade das alegações, visando, assim, a fornecer ao juiz os elementos necessários à formação de sua convicção. No sentido empregado pelo Código de Processo Penal, ônus difere de obrigação. Isso porque uma obrigação descumprida representa um ato contrário ao direito, ao qual corresponde uma penalidade. Já quanto ao ônus, possui natureza diversa, representando, simplesmente, um arbítrio relegado à parte onerada, que, realizado, é capaz de conduzi-la ou deixá-la em condição favorável dentro do processo. (AVENA, 2009, p. 383).

De toda sorte, para o surgimento de um processo criminal, faz-se mister a ocorrência de um fato definido em lei como crime, praticado por um indivíduo, para que o Estado tenha o interesse em puni-lo. Porém, este deve observar e efetivar, através do Estado Juiz, todas as garantias legais do acusado, do réu.

A Constituição Federal de 1988, principalmente no seu art. 5º, consagra direitos para os indivíduos em geral, contra eventuais violações ou abusos de direitos perpetrados ora pelo particular, ora pelo Estado. Todavia, estes direitos emanam da mesma fonte, da mesma essência, de um princípio insculpido na Carta Republicana como um fundamento da República Federativa do Brasil, estou a falar da dignidade da pessoa humana (CF, 1º, III).

Pois bem. O processo penal rege-se por princípios corolários deste postulado. Para o Estado aplicar o seu “direito de punir” a um infrator de uma norma penal, é necessário que ele obedeça aos alhures princípios em um procedimento próprio, isto é, o processo penal, sob pena de não ser lícita a sanção por ele imposta.

Contudo, para processar um indivíduo no intuito de aplicar uma sanção penal, o Estado Juiz necessita, obrigatoriamente, da materialidade de um delito, além de indícios suficientes de autoria de um sujeito. Ocorre que, estes requisitos são inseridos no processo penal por meio das provas, estas admitidas e colhidas em juízo para posterior valoração.

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido, qual seja, a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo (OLIVEIRA, 2009).

Provar é produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo (MIRABETE, 2007).

Ocorre que, não se pode considerar que o diploma legal limitou os meios de prova, e muito menos devemos interpretá-lo de forma restrita, pois, o código de ritos fora criado no mundo jurídico em 03 de outubro de 1941, e apesar de sofrer algumas reformas recentes, estas continuam em descompasso com o atual sistema social, tecnológico, cultural etc.



Destarte, é de se concluir que os meios de prova existentes no CPP não são taxativos, podendo o magistrado utilizar outros meios que não expressamente previstos em lei, procedimento este denominado pela doutrina e jurisprudência de “meios de provas atípicos ou inominados”, que possuem o mesmo “valor probatório” das provas típicas ou nominadas. O fundamento jurídico de ordem lógica para tal afirmação é o princípio da busca da verdade, que é o fim do processo criminal, isto é, saber como os fatos realmente aconteceram, ou chegar ao mais próximo da realidade, ressaltando-se que a obtenção desta prova não deve violar o ordenamento jurídico.

Entretanto, cumpre indagar se existe algum princípio constitucional de ordem absoluta? Isto é, que não poderá ser relativizado? Filio-me a corrente doutrinária que afirma ser possível a relativização dos direitos fundamentais.

Vale ressaltar, que apesar desta posição, alerta com muita razão o professor Rafael Barretto que não obstante se afirme não existirem direitos absolutos, cabe ponderar que há sim direitos de caráter absoluto, a exemplo do direito à proibição de tortura e do direito de proibição de escravidão (BARRETTO, 2012).

De toda sorte, apesar de o atual sistema jurídico constitucional vedar expressamente esta utilização de provas ilícitas no processo (CF, 5º, LVI), será que esta norma constitucional pode ser relativizada? Penso que sim.

Explico. O ponto de partida é a premissa exposta acima: a princípio nada no direito é absoluto, logo, até os princípios, direitos fundamentais constitucionais etc. possuem natureza relativa. Os direitos fundamentais não dispõem de caráter absoluto, visto que encontram limites nos demais direitos igualmente consagrados pelo texto constitucional (PAULO & ALEXANDRINO, 2009).

Este é o entendimento predominante do guardião da Constituição, Supremo Tribunal Federal, que de forma clara e precisa sustenta esta orientação no julgamento de uma ação constitucional, MS 23.452/RJ julgado em 16/09/1999, relatado pelo decano Ministro Celso de Mello.

Diante disto, pode-se deduzir que não há princípio Constitucional absoluto, logo, o art. 5º, LVI estabelece a regra geral sobre admissão de provas ilícitas no processo criminal, qual seja: vedação. Porém, há que se fazer uma ponderação diante do caso concreto, e esta deve ser feita pelo magistrado da causa.

Muito se afirmou que o processo orienta-se pela busca da verdade, saber a “verdade dos fatos”, como estes aconteceram, então importante analisar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema em recurso em Habeas Corpus da Relatoria do Ministro Paulo Medina:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. INSTRUÇÃO CRIMINAL. INDEFERIMENTO DE OITIVA DE TESTEMUNHA RESIDENTE EM OUTRO PAÍS. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. RECURSO PROVIDO. A busca pela verdade real constitui princípio que rege o Direito Processual Penal. A produção de provas, porque constitui garantia constitucional, pode ser determinada, inclusive pelo Juiz, de ofício, quando julgar necessário (arts. 155 e 209 do CPP). O Juiz apreciará livremente a prova. Não obstante, constitui cerceamento de defesa o indeferimento de pedido de oitiva de testemunha, máxime sob o convencimento antecipado quanto a sua “imprestabilidade” (STJ. RHC 18.106/RJ. Rel. Min. Paulo Medina, julgado em 28/03/2006).

Ora, se o direito processual penal realmente deve ser regido pela verdade dos fatos, invariavelmente acontecerá de a única prova dos autos ter sido obtida

por meios ilícitos, e qual deverá ser o fundamento para utilizá-la? A doutrina e a jurisprudência apresentam a tese da relativização das provas obtidas de forma ilícita, em razão da não existência de princípio absoluto na Constituição Federal, fundada no princípio da proporcionalidade. Trata-se da ponderação de princípios constitucionais em razão da supremacia do interesse público.

Assim, vale destacar que há corrente doutrinária e jurisprudencial que advoga a tese da aplicação da prova ilícita ao processo, utilizando-se da proporcionalidade, pois diante do caso concreto não seria razoável a não valoração desta prova, pelo fato que a mesma fora obtida contrariando o ordenamento jurídico.

O princípio da proporcionalidade foi desenvolvido inicialmente na Alemanha, com inspiração de pensamentos jusnaturalistas e iluministas, como os quais se afirmaram que as ideias de limitação da liberdade individual só se justificam para a concretização de interesses coletivos superiores, e no plano do direito administrativo, que o exercício do poder de polícia só estaria legitimado se não fosse realizado com excesso de restrição a direitos individuais (FERNANDES, 2007).

Na Alemanha, estes pensamentos se insurgiram, principalmente, após a 2ª Guerra Mundial. A doutrina e a jurisprudência sistematizando o princípio da proporcionalidade o denominaram, também, de princípio da proibição do excesso. Também contribuíram para essa sistematização os julgamentos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. O princípio passou a ser objeto de especial atenção nos mais diversos ramos do Direito e nos mais diversos países, com larga aplicação no processo penal (FERNANDES, 2007).

Neste sentido Antônio Fernandes apresenta os pressupostos e requisitos do princípio da proporcionalidade, quais sejam:

A doutrina aponta pressupostos essenciais para a atuação do princípio da proporcionalidade: um formal, o da legalidade, e outro, material, o da justificação teleológica. Em virtude do princípio da legalidade, estendido ao direito processual penal, não poderia a restrição a direito individual ser admitida sem prévia lei, elaborada por órgão constitucionalmente competente, imposta e interpretada de forma estrita. Do pressuposto da justificação teleológica, decorre que a limitação a direito individual só tem razão de ser se tiver como objetivo efetivar valores relevantes do

sistema constitucional (FERNANDES, 2007, p.53).

Pois bem, é com base neste princípio que seria possível empregar uma determinada prova ilícita para absolver (maioria aceita) ou condenar (minoridade aceita) determinado réu.

Mister tentar equilibrar as posições antagônicas de admissibilidade e inadmissibilidade da prova ilícita quando coexista outro interesse superior em conflito. Como exemplo vale citação da gravidade de certos delitos, ou a maior necessidade da repressão estatal a certos fatos etc. Deve-se considerar, segundo a teoria da proporcionalidade, que, em eventual conflito (mesmo aparente) entre garantias individuais, impõe-se a prevalência do interesse maior a ser protegido, no caso em concreto (LIMA, 2009).

Ocorre que, a doutrina e jurisprudência apontam para a possibilidade da aplicação desta teoria, apenas e tão somente quando se tratar de interesse do réu, isto para evitar graves inconvenientes e injustiças que poderiam ocorrer caso réu (inocente) não pudesse, mesmo aparentemente violando o ordenamento jurídico, fazer prova de sua inocência.

Entretanto, defende-se, também, uma análise da possibilidade da aplicação de provas ilícitas em favor da sociedade. De antemão, deve-se afirmar ser inofensivo a tese defendida pelo professor Antônio Scarance, que se a prova foi obtida para o resguardo de outro bem protegido pela Constituição, de maior valor do que aquele a ser resguardado, não há que se falar em ilicitude e, portanto, inexistirá a restrição da inadmissibilidade da prova (FERNANDES, 2007).

Para nós, irreprochável a posição do Procurador de Justiça/RS Norberto Avena, in verbis:

A prova ilícita pode ser usada, excepcionalmente, em prol do réu, isto não significa que se torne lícita a partir dessa utilização. Bem ao contrário: continua revestida do caráter de ilicitude. Considerando que a prova ilícita é obtida mediante violação de garantias ou princípios previstos na Lei Maior, assemelha-se ela a um cadáver em decomposição, que não pode ser ressuscitado. Observe-se, pois, que se for considerada lícita a prova usada em prol do acusado sob o fundamento do princípio da proporcionalidade, este mesmo meio poderá ser utilizado como fundamento para condenação do verdadeiro responsável pela infração. Caso, porém, entenda-se que persiste sua natureza ilícita, tal prova utilizada para absolver determinada pessoa não poderá ser usada para

condenar outro indivíduo. Persiste sua natureza ilícita, sendo apenas considerada como fator de convicção do juiz no intuito de evitar-se uma injustiça (AVENA, 2007, p. 408).

Um dos principais argumentos, dos que defendem a tese da não possibilidade da aplicação desta teoria em favor da sociedade, seria o fato que o texto constitucional não se coaduna com o erro judiciário. Todavia, trata-se de uma manifesta contradição ao afirmar que seria possível valorar esta prova ilícita apenas em favor do réu. Afinal, o “erro judiciário” seria para ambos.

Comungo da tese que se deve privilegiar o interesse público em desfavor do interesse do particular. Porém, a prova ilícita deve estar ajustada na proporcionalidade, não se aceitando absurdos. A prova deve ser analisada caso a caso, para verificar, excepcionalmente, a possibilidade de valoração desta, nos termos do postulado normativo.

Apenas com o caso concreto é que será possível analisar a aplicação ou não da teoria da proporcionalidade para relativizar a prova ilícita, porém, certo é que o limite desta é a dignidade da pessoa humana, ou seja, a prova ilícita não pode ultrapassá-la. Logo, a prova obtida em desacordo com este fundamento, não deve ser aceita, seja em favor do réu, seja em favor da sociedade.

Trata-se da ponderação de princípios constitucionais em razão da supremacia do interesse público, que em eventual rota de colisão, deve-se privilegiar o interesse social em desfavor do interesse individual.

Pois bem, a Justiça não pode fechar os olhos para a verdade revelada, mas, da mesma forma, não pode deixar impune o modo avesso à lei como a prova foi obtida. A prova é um fenômeno processual e, dessarte, no ordenamento processual é que deve ser encontrada toda sua regulamentação. A conformidade ao direito é um juízo de valor estranho à concepção processual, assim como o conceito de ilicitude (PEDROSO, 1994).

Assim, não pode o texto constitucional ser interpretado de maneira radical, pois haverá situações em que a importância do bem jurídico envolvido no processo de maior importância deve prevalecer. A norma constitucional de inadmissibilidade de provas obtidas por meio ilícito vale como regra. Entretanto, comportará exceções ditadas pela incidência de outros princípios, também constitucionais, mais relevantes no caso concreto. Nenhuma regra constitucional é

absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios igualmente constitucionais (GRECO FILHO, 1991).

Por fim, cumpre esclarecer que a prova ilícita produzida pela própria vítima na salvaguarda de direitos próprios, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, caracteriza-se como legítima defesa ou estado de necessidade a depender do caso concreto, e assim, não se estaria diante de uma prova ilícita, mas sim de prova lícita, pois há uma causa de excludente de ilicitude, afastando, portanto, eventual ilicitude da prova obtida com a violação de regras de direito material (AVENA, 2009).

CONCLUSÃO

A República Federativa do Brasil é constituída em Estado Democrático de Direito, e cada vez mais se buscam meios positivos para que os direitos e garantias individuais e coletivos sejam efetivados pelo ordenamento jurídico. Todo ato estatal deve-se basear na legalidade, isto é, na lei. Desta forma, não pode o Estado punir o indivíduo de maneira arbitrária, unilateral, valendo-se do seu poder de império, ferindo, assim, seus direitos e garantias fundamentais. Com base nestas premissas o constituinte originário instituiu os direitos e garantias fundamentais como cláusulas pétreas, para que a ação estatal seja, sobretudo, legítima.

Pois bem, sabe-se o crime é inerente ao meio social. Viver em sociedade tem como consequência natural o cometimento de crimes por alguns indivíduos. E, desta forma, o Estado deverá aplicar o direito, que se traduz em um dever de punir, mas se deve pautar nos limites do ordenamento jurídico.

O instrumento eleito para a apuração destes fatos contrários ao ordenamento, e aplicação de punições aos infratores é o processo penal, regido pelos princípios insculpidos na Constituição, nas normas infraconstitucional e internacionais etc.

Dentre as diversas finalidades do Estado Democrático de Direito, destaca-se como ponto central de todo ordenamento jurídico a prevalência da dignidade da pessoa humana. Em decorrência deste postulado normativo surgem diversos direitos, dentre os quais, o direito à prova processual, e a possibilidade de contraditá-las. Porém, esta produção é restrita, isto é, não é ilimitada. Seu termo é determinado pela lei, e

ressalte-se que a Constituição, art. 5º, LVI, determinou serem inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

A valoração pelo julgador da prova ilícita é sem dúvida um tema de muita celeuma doutrinária e jurisprudencial. Há quem aceite, há quem rejeite, porém, certo que a prova ilícita, por maior relevância que possa parecer no caso concreto, não pode ser aceita quando violar a dignidade da pessoa humana do investigado/acusado/réu, a exemplo, de uma confissão mediante tortura. Mas, caso contrário, deverá ser analisada caso a caso para a descoberta da realidade fática e decisão mais justa.

Alguns afirmam que não pode um inocente ser preso injustamente, e diante de uma prova ilícita que o absolva o juiz poderá valorá-la. Entretanto, um criminoso pode ficar impune em razão da prova ser colhida de forma errada ao ordenamento jurídico? Expondo toda a sociedade a risco? Penso que não. O interesse social deve prevalecer para a consecução de um bem comum e uma paz social.

Destarte, por tudo que fora exposto, entendo ser legítima a valoração da prova ilícita em favor do réu ou da sociedade, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana investigada, e amparada tal aplicação no princípio da proporcionalidade. A prova ilícita pode ser valorada para absolver ou condenar o réu, sempre amparada pelas demais provas do processo. Ademais, o bem jurídico em ponderação deve ter maior interesse que o bem individual, do réu, ou seja, deve o interesse público se sobrepor ao interesse privado, em razão da sua extrema e imprescindível necessidade. Caso contrário, o princípio da verdade (aceito pelos Tribunais Superiores) será uma falácia no processo penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVENA, Norberto. Processo penal descomplicado. 1. ed. São Paulo: Método, 2009.

BARRETTO, Rafael. Direitos humanos. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 18.106 - RJ (2005/0120878-5). Relator: Min. Paulo Medina. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 20 maio 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.452/RJ. Relator: Min. Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 20 maio 2016.

FERNANDES, Antônio Scarance. Processo penal constitucional. 5. ed. São Paulo: RT, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

LENZA, Pedro. Direito constitucional. 8ª. ed. São Paulo: Método, 2005.

LIMA, Marcellus Polastri. Manual de processo penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. 2. ed. Niterói: Impetus, 2012, v. 1.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 4. ed. São Paulo: RT, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. Provas no processo penal. 1. ed. São Paulo: RT, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso e processo penal. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PAULO, Vicente & ALEXANDRINO, Marcelo. Direito constitucional descomplicado. 4. ed. São Paulo: Método, 2009.

PEDROSO, Fernando de Almeida. Prova penal. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

RANGEL, Paulo. Direito processo penal. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DA PATERNIDADE BIOLÓGICA À SOCIOAFETIVA

Ianny Caroliny Almeida

Técnica administrativa do Ministério Público do Estado de Sergipe. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe em 2015.



ORIGEM DA PATERNIDADE

Paternidade significa um 'vínculo sanguíneo que liga pai e filho; qualidade ou condição de pai'. Na antiguidade, a família era formada por mãe, pai, filhos e escravos. Os membros eram comandados pelo pai, senhor absoluto, o que fazia com que todos devessem obediência e respeito a ele. Surge daí a palavra Pater, que significa poder, uma autoridade que comanda a família e não é apenas um genitor. Existia um grande respeito pela figura do Pater em razão da religião doméstica que regia o lar, em razão disso, o pai era uma espécie de divindade que norteava a família e ditava as regras que deveriam ser seguidas. Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

O pater exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e as mulheres casadas com manus com os seus descendentes. A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. O ascendente comum vivo mais velho era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos e distribuía justiça. Havia, inicialmente, um patrimônio familiar, administrado pelo pater. Somente numa fase mais evoluída do direito romano surgiram patrimônios individuais, como os pecúlios, administrados por pessoas que estavam sob a autoridade do pater. (GONÇALVES, 2014, p.43)

No Direito Romano, apenas os filhos legítimos (nascidos na constância do matrimônio) tinham valor e direitos na sociedade. Os ilegítimos ou legitimados não serviam para dar continuidade à família e por esta razão, eram desprezados. Nesse contexto, para dar proteção à família, o Estado criou a presunção da paternidade. Os filhos gerados de mãe e pai casados tinham a paternidade e maternidade estabelecidas automaticamente. O pater in est estabelecia uma segurança para a família construída no matrimônio.

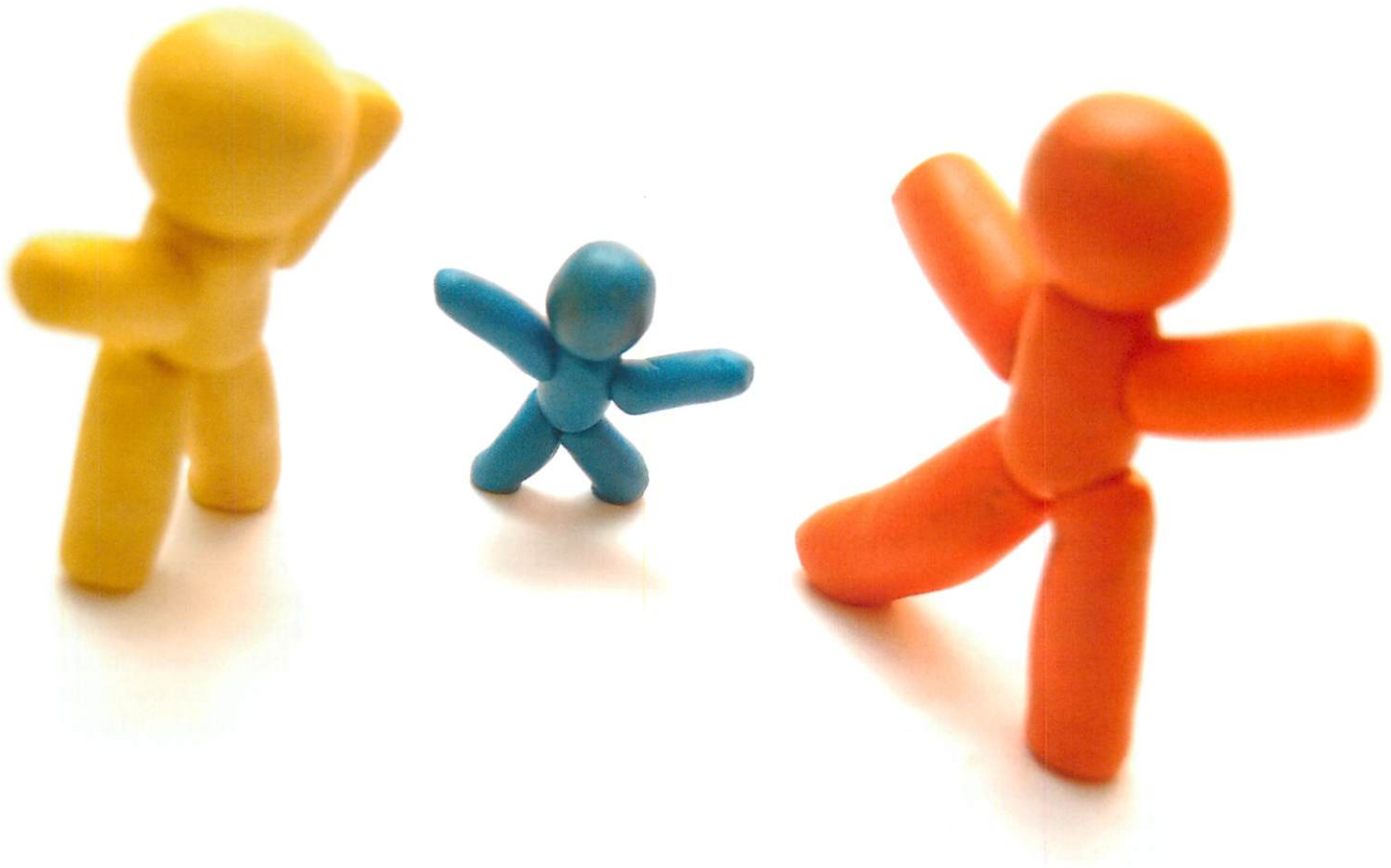
Essa presunção, que vigora quando o filho é concebido na constância do casamento, é conhecida, como já dito, pelo adágio romano *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, segundo o qual é presumida a paternidade do marido no caso de filho gerado por mulher casada. Comumente, no entanto, é referida de modo abreviado: *presunção pater is est*. (GONÇALVES, 2014, p.46)

Com a nova ordem constitucional de 1988, muitas mudanças ocorreram no Direito de Família. Agora, tanto o homem como a mulher são chefes da família, os filhos estão em pé de igualdade e sua classificação foi extinta. Além disso, surgiram diversas leis que adotaram os preceitos da Lei Maior como o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei de Investigação de Paternidade.

Com o passar dos anos, foram criados métodos eficazes de provar a paternidade. O exame de DNA, por exemplo, é o meio mais preciso para prová-la, com possibilidade de acerto de 99%.

Ensina Zeno Veloso:

O teste de DNA tornou obsoletos todos os métodos científicos até então empregados para estabelecer a filiação. A comparação genética através do DNA é tão esclarecedora e conclusiva quanto as impressões digitais que se obtêm na datiloscopia, daí afirmar-se que o DNA é uma impressão digital genética [...] a possibilidade de utilização deste marcador genético como meio de prova, analisando-se a estrutura genética dos supostos pai e filho, obtendo-se respostas definitivas sobre a alegada relação de parentesco, revolucionou o tema, e o direito de família, quanto a esta questão, não pode continuar sendo o mesmo, baseado em princípios, critérios, presunções e conhecimentos que perderam valor e qualquer sentido diante do fantástico progresso representado por esta nova técnica de comparação de genes. (VELOSO, 1997, p.109)



PATERNIDADE BIOLÓGICA OU REAL

A paternidade biológica sempre foi preferida em relação a socioafetiva. Até pelo caráter matrimonial da família, a paternidade biológica funda-se nas relações sanguíneas existentes entre genitores e a prole, por isso o Estado tem interesse em manter esse instituto hierarquizado e protegido.

Nas palavras de Maria Berenice Dias, a paternidade biológica é:

Uma verdade biológica, comprovável por meio de exame laboratorial que permite afirmar, com certeza praticamente absoluta, a existência de um liame biológico entre duas pessoas. (DIAS. 2011. p.330).

Em nosso ordenamento jurídico o vínculo biológico entre pais e filhos é valorizado através da garantia prevista no artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente. O menor pode a qualquer tempo requerer o reconhecimento da paternidade biológica e perseguir sua origem genética.

Art. 27. O reconhecimento do estado de

filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

Os aspectos religiosos e históricos fizeram da paternidade biológica um fator dependente do matrimônio. Legítimo era o filho biológico, que nasceu de pais unidos pelo casamento; os demais eram ilegítimos. A verdade real é importante tanto para as partes envolvidas como para toda coletividade, principalmente quando atrelada ao afeto. O artigo 1.597 do atual Código Civil enumera os casos de presunção de paternidade:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Em regra, essa presunção de paternidade é *juris tantum*, sendo admitida prova em contrário, em forma de Ação Negatória de Paternidade, que é imprescritível. A importância do exame de DNA é tamanha que, nos casos em que o exame é feito e confirmada a paternidade, a filiação é registrada e o pai, mesmo que apenas genitor, deverá ao menos alimentos a criança.

A sua importância é de tal monta significativa que a jurisprudência firmou entendimento no sentido de presumir a prova que se pretendia produzir na hipótese de recusa injustificada da parte em se submeter ao exame de DNA. É o que deflui da Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça: 'em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade'. Trocando em miúdos, vem se formando, jurisprudencialmente, que se o suposto pai se recusa à realização do exame pericial, faz presumir (relativamente, é claro) a paternidade que se pretendia provar. Não significa, porém, que o juiz sempre está obrigado a julgar de acordo com a recusa. Em determinados casos, como, por exemplo, em se tratando de hipótese de filiação socioafetiva, a recusa pode não implicar em determinação do estado de filho. Dependerá, pois, do caso concreto, até porque se trata de uma presunção relativa. (FARIAS;ROSENVALD, 2012, p.667-668)

Tendo em vista que a presunção é relativa, o magistrado analisará outros meios de provas para tentar comprovar a paternidade. Parte majoritária da doutrina entende que, não havendo outros meios probatórios para o caso, e havendo a segunda negatória do réu a realizar o exame, corre contra ele a presunção absoluta, também como forma de punir a sua má-fé.

Contrapõe-se no caso de recusa ao exame de DNA dois direitos fundamentais: o direito ao reconhecimento do vínculo de paternidade e o direito à integridade física e à intimidade. Deve-se utilizar a técnica da ponderação para resolver o caso. Diante disso, o entendimento do Supremo Tribunal Federal foi no sentido de que prevalece o direito à intimidade

do pai, que não pode ser conduzido coercitivamente para a feitura do exame.

Já a maternidade sempre foi tida como absoluta, através do Princípio *Mater semper certa est*. Apesar disso, o exame de DNA também trouxe para a mãe uma melhor elucidação para situações em que surgissem dúvidas, como os casos de roubos ou troca de bebês na maternidade. Ainda que a tendência atual seja o de prevalência da paternidade socioafetiva, a verdade biológica tem grande importância nas considerações acerca das relações de parentesco e filiação. Esclarece o ilustre Carlos Roberto Gonçalves:

[...] já diziam os romanos: *mater semper certa est*. Em regra, o simples fato do nascimento estabelece o vínculo jurídico entre a mãe e o filho. Se a mãe for casada, esta circunstância estabelece, automaticamente, a paternidade: o pai da criança é o marido da mãe, incidindo a aludida presunção *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*. (GONÇALVES, 2014, p.222)

Ressalte-se que o exame de DNA não é uma prova infalível, portanto é necessário estudar outros meios probatórios. O magistrado deve estar atento a técnica usada, a qualidade do laboratório bem como, se a utilização dos marcadores genéticos foi adequada. Tudo isso para que o Poder Judiciário não se transforme em apenas um homologador de exames.

Importante ter em mente que conhecer a origem biológica constitui direito fundamental inerente a qualquer ser humano. Talvez por conta disso, no ano de 1992, publicou-se a Lei 8.560/92. Essa lei tinha como objetivo investigar a paternidade de todos os registros de nascimento, através do Ministério Público, que não constassem o nome paterno. No entanto, por ser demasiadamente invasiva, a lei não rendeu tantos frutos. Em grande parte dos casos, a mãe não queria ou não sabia revelar quem poderiam ser os supostos pais, como nos casos de estupro.

Apesar de saber que apenas o fato de constar um nome paterno no registro de nascimento não faz dele um verdadeiro pai, é importante ter conhecimento da origem genética. Tê-lo registrado já é um começo, que pode não trazer laços afetivos, mas com certeza trará obrigações jurídicas.

Averiguar a paternidade garante no âmbito jurídico os alimentos, a sucessão hereditária e a responsabilidade civil ao filho, direitos e deveres recíprocos. Porém, a paternidade não se limita apenas

isso. É também um complexo de laços afetivos que perpassa qualquer ordenamento jurídico.

POSSE DE ESTADO DE FILHO

A Posse de Estado de Filho significa uma relação íntima, caracterizada pela reputação frente a terceiros como se filho fosse. É a aceitação e estado de pais e filhos. Constitui, em verdade, a base sociológica da filiação, fundada nos laços de afeto. São os tratamentos diários, cuidados, educação, alimentação, proteção e amor que se fortifica com o passar dos dias, mesmo entre pessoas que não têm laços sanguíneos.

Conceitos mais atuais acerca da Posse de Estado de Filho, seguindo as diretrizes da Constituição Federal de 1988, o trazem sempre relacionado a filiação sociológica. Já os mais antigos, traziam a ideia de que a Posse de Estado de Filho só existiria na constância do matrimônio para a caracterização da filiação legítima. Segundo Orlando Gomes Posse de estado de filho é 'um conjunto de circunstâncias capazes de exteriorizar a condição de filho legítimo do casal que o cria e educa'.

Ainda nas lições de Orlando Gomes, a Posse do Estado de Filho acontece quando presentes algumas características. A primeira delas é sempre ter levado o nome dos genitores; a segunda é ter recebido continuamente o tratamento de filho e por fim, ter sido reconhecido pela sociedade como tal. Todos esses fatores devem ser notórios, visíveis e contínuos no ambiente social. Portanto, a aferição da filiação socioafetiva com base na posse de estado de filho pode ser avaliada de maneira objetiva, garantindo a segurança jurídica das relações sociais.

Relevante ainda ressaltar que a doutrina não estabelece um lapso prazal para a caracterização da posse do estado de filho, sendo muito mais relevante o estudo singular de cada caso concreto. Se assim não fosse, estaria, em verdade, ocultando a real filiação já que ela estaria subordinada a um tempo fixo para ser revelada.

O Código Civil traz, em seu artigo 1.605, importante consagrador da posse de estado de filho, senão vejamos:

Art. 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito:

I - quando houver começo de prova por

escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente;

II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

A expressão "veementes", presente no inciso II, abre um extenso leque de opções para provar a paternidade. As presunções que o inciso indica são verificadas no estudo do caso concreto, considerando suas peculiaridades. Ressalte-se que o artigo não enumera requisitos ou estabelece prazos para provar a posse de estado de filho. No contexto brasileiro, são exemplos práticos a adoção à brasileira e o filho de criação.

Os tribunais brasileiros vêm aceitando a posse de estado de filho como elemento de prova para o reconhecimento da filiação, senão vejamos:

AÇÃO DECLARATÓRIA. ADOÇÃO INFORMAL. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO. PATERNIDADE AFETIVA. POSSE DO ESTADO DE FILHO. PRINCÍPIO DA APARÊNCIA. ESTADO DE FILHO AFETIVO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE HUMANA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ATIVISMO JUDICIAL. JUIZ DE FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DE PATERNIDADE. REGISTRO. A paternidade sociológica é um ato de opção, fundando-se na liberdade de escolha de quem ama e tem afeto, o que não acontece, às vezes, com quem apenas é a fonte geratriz. Embora o ideal seja a concentração entre as paternidades jurídica, biológica e socioafetiva, o reconhecimento da última não significa o despreço a biologização, mas atenção aos novos paradigmas oriundos da instituição das entidades familiares. Uma de suas formas é a "posse do estado de filho", que é a exteriorização da condição filial, seja por levar o nome, seja por ser aceito como tal pela sociedade, com visibilidade notória e pública. Liga-se ao princípio da aparência, que corresponde a uma situação que se associa a um direito ou estado, e que dá segurança jurídica, imprimindo um caráter de seriedade à relação aparente. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível nº. 70008795775. Relator Des. José Carlos Teixeira Giorgis. j. 23/06/2004).

O certo é que a posse do estado de filho tem sido admitida ao menos como prova suplementar para o reconhecimento da filiação. Afinal, que fato mais expressivo haverá do que o pai tratar o filho como tal? Nenhum.

PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

Os pais são os que educam, dão atenção e amam um ser, cujo o vínculo independe de sangue. Por essa razão, o vínculo apenas biológico tornou-se insuficiente, sendo essencial a chamada Paternidade socioafetiva que não implica no desprezo da origem genética. Eduardo de Oliveira Leite elucida:



O que a evolução histórico-cultural comprovou, e de forma inquestionável, é que a função paterna está irremediavelmente ligada ao amor de um pai pelo seu filho. Fora dessa relação pode haver laço biológico por si só insuficiente a criar qualquer vínculo de paternidade, incapaz de gerar uma relação paterno-filial. (LEITE, 2000, p. 20)

O Código civil de 2002 possibilitou a interpretação do artigo 1.593 quando diz: O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. O termo "outra origem" possibilita novas variantes no gênero parentesco, fundamento da filiação socioafetiva. Abre espaço para laços de afetividade que a sociedade reconhece como mais importante para as relações.

A paternidade socioafetiva tem suas bases no Princípio da Proteção Integral da criança e do adolescente, previsto no artigo 227 da Constituição Federal de 1988:

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

Para tanto, é importante que se leve em conta a condição individual de cada criança e adolescente como pessoa em desenvolvimento. A liberdade, dignidade e o respeito são as bases desse importante princípio que deve conceber as crianças e adolescentes como cidadãos plenos, com proteção prioritária.

A verdadeira paternidade só existe quando exercida. Maioria doutrinária concorda que a condição de pai é, em verdade, uma função que pode ser exercida por quem ocupar esse papel, desde que adote afetivamente esse ser.

A filiação é uma qualificação jurídica dada a alguém e que representa uma relação existente entre um filho e seus pais. Dessa relação originam-se direitos e deveres recíprocos pois da mesma forma que o filho é titular do estado de filiação, o pai e a mãe são titulares dos estados de paternidade e maternidade. Carlos Roberto Gonçalves conceitua filiação:

Filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado¹. Todas as regras sobre parentesco consanguíneo estruturam-se a partir da noção de filiação, pois a mais próxima, a mais importante, a principal relação de parentesco é a que se estabelece entre pais e filhos. (GONÇALVES, 2014, p. 317)

O ideal seria que a paternidade biológica e socioafetiva fossem sempre coincidentes, formando assim a paternidade responsável. Todavia, nem sempre o genitor tem interesse por seus filhos. Um pai, que mesmo sendo o biológico, não adote o seu filho, nunca será o pai.

A ausência paterna gera consequências inúmeras. O crescimento sem a figura do pai, cria, na maioria dos casos, transtornos e revolta nos filhos. A desestrutura familiar é sentida por toda sociedade. Segundo as lições de Rodrigo da Cunha Pereira em seu livro Direito de família e Psicanálise:

A ausência das funções paternas já se apresenta hoje, inclusive, como um fenômeno social alarmante, e provavelmente é o que tem geradas as péssimas consequências conhecidas por todos nós, como o aumento da delinquência juvenil, menores de rua e na rua etc. (PEREIRA, 2010, p.225)

Tais consequências não são casos isolados presentes nas classes pobres da população. Logicamente, nas classes menos favorecidas, o abandono afetivo mistura-se com o material e, além disso, o abandono estatal. A falta de afeto pelos filhos sempre existiu e em todas as esferas da sociedade, sendo uma consequência também da queda do patriarcalismo.

Por estar inserido nas relações familiares, o afeto tem papel fundamental no atual contexto brasileiro, o que traz novos paradigmas para as relações. O instituto familiar sofreu uma grande transformação para a esfera sociológica, apreciando a formação do indivíduo como ente familiar. E nesse contexto, a paternidade socioafetiva tem fundamento no amor e carinho que surgem naturalmente, do próprio ser humano. Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal:

A filiação socioafetiva decorre da convivência cotidiana, de uma construção diária, não se explicando por laços genéticos, mas pelo tratamento estabelecido entre pessoas que ocupam o papel de pai e filho, respectivamente. Naturalmente, a filiação socioafetiva não decorre da prática de um único ato. Não teria sentido estabelecer um vínculo tão sólido através de um singular ato. É marcada por um conjunto de atos de afeição e solidariedade, que explicitam, com clareza, a existência de uma relação de pai/mãe e filho. Enfim, não é qualquer dedicação afetiva que se torna capaz de estabelecer um vínculo paterno-filial, alterando o estado filiatório de alguém. Para tanto, é preciso que o afeto sobrepuje, seja o fator marcante, decisivo daquela relação. É o afeto representado, rotineiramente, por dividir conversas e projetos de vida, repartir carinho, conquistas, esperanças e preocupações, mostrar caminhos, ensinar e aprender, concomitantemente. (FARIAS;ROSENTHAL, 2012, p. 672)

O artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente diz que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir as determinações judiciais". O artigo previu as responsabilidades dos pais, que vão além do dever

materializado.

Todo laço afetivo poderá gerar um laço familiar. Desse modo, havendo conflito entre a paternidade afetiva e biológica, a primeira tem prevalecido já que os laços afetivos são mais valiosos para proteção e interesse da criança e do adolescente. Senão, vejamos jurisprudência recente nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. MAIORIDADE CIVIL. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. CONSENTIMENTO EXPRESSO DA ADOTANDA. AUSÊNCIA DE VÍNCULO COM O PAI BIOLÓGICO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. MANUTENÇÃO. Caso em que está comprovada a paternidade socioafetiva existente entre adotante e adotanda, que é maior e consentiu expressamente com a adoção postulada e afirmou não nutrir qualquer sentimento em relação ao pai biológico. Sentença mantida. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70062349337, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 11/12/2014)

Um dos momentos em que o Código Civil de 2002 reconhece a importância da afetividade é quando normatiza a inseminação heteróloga. O artigo 1.597, inciso V, reconhece os filhos nascidos de inseminação heteróloga desde que tenha prévia autorização do marido, não se admitindo a retratação. Neste caso, a legislação reconhece de forma clara a paternidade socioafetiva de pai que cria um filho como legítimo sabendo não se tratar de pai biológico. Maria Helena Diniz esclarece que:

Se se impugnar fecundação heteróloga consentida, estar-se-á agindo deslealmente, uma vez que houve deliberação comum dos consortes, decidindo que o filho deveria nascer. Esta foi a razão do art. 1.597, V, que procurou fazer com que o princípio de segurança das relações jurídicas prevalecesse diante do compromisso vinculante entre cônjuges de assumir paternidade e maternidade, mesmo com componente genético estranho, dando-se prevalência ao elemento institucional e não ao biológico. (DINIZ, 2013, p.380)

O reconhecimento da paternidade social é feito através de ação judicial que tem por objetivo o reconhecimento e a declaração do estado de pai. Após o reconhecimento, em Cartório Civil é feita a anotação das novas informações. Nos ensinamentos de Belmiro Pedro Welter:

Ao reconhecer a paternidade socioafetiva, o filho afetivo terá todos os direitos relativos a esta paternidade, e um deles é o estabelecimento



do nome dos pais afetivos em seu registro de nascimento. Uma vez julgada procedente a ação de investigação de paternidade e/ou de maternidade socioafetiva, decorrem os mesmos efeitos jurídicos do arts. 39 a 52 do ECA, que são aplicados à adoção, quais sejam: a) a declaração do estado de filho afetivo; b) a feitura ou a alteração do registro civil de nascimento; c) a adoção do nome (sobrenome) dos pais sociológicos; d) as relações de parentescos como os parentes dos pais afetivos; e) a irrevogabilidade da paternidade e da maternidade sociológica; f) a herança entre pais, filho e parentes sociológicas; g) o poder familiar; h) a guarda e o sustento do filho ou pagamento de alimentos; i) o direito de visitas etc...[...] (WELTER, 2003, p. 188)

Assim como ocorre na adoção, o reconhecimento da paternidade socioafetiva deve ser também um ato irrevogável. Permitir que o pai, a qualquer tempo, pudesse desfazer o reconhecimento da paternidade de um filho seria injusto, principalmente se o objetivo é livrar-se do dever de prestação de alimentos.

Cabe salientar que, de acordo com o Código Civil brasileiro, o reconhecimento da paternidade socioafetiva é um ato voluntário, irreversível sendo, portanto, inadmissível o arrependimento, somente podendo ser impugnado nas hipóteses em que houver erro ou falsidade do registro (artigo 1.604), ou nas hipóteses em que for desconstituído o poder familiar (artigo 1.638).

Ainda existe a possibilidade do reconhecimento post mortem da paternidade socioafetiva. Com o registro da filiação em cartório, decorrem todos os direitos e deveres jurídicos inerentes ao reconhecimento da filiação. Essa possibilidade decorre do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que norteia todo o ordenamento jurídico brasileiro. A instituição desse princípio, elimina toda a forma de discriminação que outrora existiu em relação a filiação. Não é permitido nenhum comportamento que diferencie os filhos sejam eles de origem genético ou adotivo.

1. ELEMENTOS MATERIAIS E OS EFEITOS JURÍDICOS DO SEU RECONHECIMENTO

Para a caracterização da presença da Paternidade socioafetiva é necessário o estudo de cada caso concreto. Porém, existem três clássicos elementos materiais que ajudam na sua identificação: nomen

(nome), tractus (trato) e fama (fama). São esses que indicam com mais clareza a existência de vínculos familiares. Há casos em que eles não são preenchidos de forma objetiva, todavia ainda assim é possível o reconhecimento da posse do estado de filho se na situação concreta houver outro fator que seja suficiente para provar a existência da relação familiar.

O nome se refere a utilização do apelido de família que naturalmente indica a existência de filiação. Quando o filho usa o nome do pai como se biológico fosse, há um indício de que o pai aceita a paternidade e permite a utilização do nome de família. A doutrina considera esse elemento dispensável, não sendo fundamental para a caracterização.

O requisito 'tratamento' é o mais importante já que revela a conduta, o carinho e o amor dados ao filho pelo suposto pai, demonstrando a vontade que assim fosse. A condição de pai é dada a quem confere à criança o imprescindível para sua sobrevivência: educação, assistência psicológica, afetiva e econômica. Importante perceber que esse tratamento tenha sido indispensável para a formação do indivíduo e seja reconhecido na sociedade. É esse o elemento que tem mais valor pois é de fato o que representa a vontade dos envolvidos.

A fama ou reputação é a exteriorização da posse do estado de filho. É o reconhecimento das condutas cotidianas por terceiros. Tanto o pai como o filho agem como se família fosse, evidenciado, mais uma vez, sua vontade.

Condutas como dar atenção, educação e amor, por exemplo, influenciam diretamente na tríade trato, nome e fama. São vestígios de uma paternidade responsável que refletem na sociedade a condição de filho. É, em verdade, um zelo material para que o filho forme sua personalidade e seu caráter por meio, principalmente, da educação.

A Constituição Federal de 1988 instituiu a paridade entre os filhos em seu artigo 227, §6º o que teve aplicação imediata e homogenia. Esta norma tinha como objetivo retirar todas discriminações trazendo para a entidade familiar direitos e deveres decorrentes da relação paterno-filial. A família é o local onde impera a reciprocidade sendo que os pais cuidam dos filhos quando menores e estes cuidam dos pais na velhice. Segundo de Cláudia Lima Marques:

O conceito de igualdade acolhido, inclusive como princípio de interpretação às normas infraconstitucionais em matéria de família buscou resgatar a ideia jurídica de isonomia, ou seja, só existe a proibição legal de que o essencialmente igual seja tratado de forma diferente. Ora, essa dicotomia de tratamento jurídico é aquela que, em abstrato, permite que se considerem iguais marido e mulher em relação ao papel que desempenham na chefia da sociedade conjugal. É também a isonomia que se busca na identificação dos filhos de uma mesma ou de um mesmo pai. É ainda a isonomia que protege o patrimônio entre personagens que disponham do mesmo status familiae. (MARQUES, 1999, p. 19)

De maneira legal, há duas formas de reconhecimento da paternidade socioafetiva: a adoção e a inseminação heteróloga. A adoção é a forma regulamentada da paternidade socioafetiva, quando passa por todos os trâmites legais da adoção, prevista na Lei nº 12.010/2009, que a regulamenta. Através da adoção legal, todo o trâmite é feito de maneira regular e todos os cuidados são tomados para que a criança seja acolhida de maneira plena.

A nova Lei de adoção inovou dando prioridade a família ampliada no processo adotivo, para que parentes mais próximos com os quais a criança ou adolescente conviva e mantenha laços de afinidade e afetividade tenha prioridade na adoção.

Há também a chamada "adoção à brasileira". Trata-se de uma fraude na qual o pai socioafetivo registra o filho como se biológico fosse, colocando nele o sobrenome da família e fornecendo toda a conduta de pai. Embora a atitude não seja reprovável pela sociedade, é feita, muitas vezes, por não suportar a burocracia do Poder Judiciário brasileiro para a regular adoção. É uma exceção à regra da irrevogabilidade da adoção já que constitui uma farsa. Esse tipo de 'adoção' é muito aplicado para os 'filhos de criação', que são criados por uma família sem ser filho biológico, mas tido como tal.

O caso é que se alguém é inscrito irregularmente no registro civil como sendo filho biológico, nada obsta que, com o passar dos anos, os adotantes venham a juízo, mediante Ação Negatória de Paternidade, provar que não são pais biológicos. Isso acontece muitas vezes nos casos em que o marido, sabendo não ser pai biológico do enteado, o registra como se fosse. Terminando o vínculo conjugal, o mesmo pai que outrora mentiu a verdade biológica no registro

civil para registrar a criança, procura o Poder Judiciário para desconstituir o laço paterno. Em regra isso ocorre para livrar-se de obrigações patrimoniais.

É injusto que o adotado seja vítima desse tipo de ação, já que toda a vida se estrutura em torno de seu nome (documentos, histórico escolar, relacionamentos profissionais e sociais de amizade, etc.). Daí a percepção do estado de filiação ser um direito à personalidade que quando colocado em comparação aos direitos patrimoniais, há de prevalecer, dando efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Vê-se aqui a aplicação do direito civil constitucional na medida que dá-se maior ênfase ao ser humano em detrimento do 'ter', permitindo a derrubada do caráter patrimonialista individualista do Direito Civil e tendo a felicidade como um bem jurídico mais relevante. Ao contrário do que ocorre na adoção, a "adoção à brasileira" não tem o poder de romper os vínculos civis entre o filho e o pai biológicos, que devem ser estabelecidos no momento em que o filho manifestar a sua vontade de desfazer o vínculo ilegal. A partir daí, restaura-se as ligações com o pai biológico, as relações de parentesco e patrimoniais.

Além da adoção, há a inseminação heteróloga que acontece, geralmente, quando o marido é infértil e usa o sêmen de outro homem para fertilizar a esposa. Nesse caso, não há a paternidade biológica e somente é possível com a autorização expressa do marido. Desta feita, torna-se um pai apenas socioafetivo visto que tem conhecimento da verdade biológica. Essa modalidade está prevista no artigo 1.597, inciso V, do Código Civil.

Sendo assim, não é possível que, anos depois, o marido queira negar a paternidade da criança ou ajuizar Ação de investigação de paternidade pois, quando da inseminação heteróloga, expressamente a autorizou.

Nesse sentido, ressalta Zeno Veloso:

É princípio universalmente seguido o de que o marido que teve conhecimento e consentiu na inseminação artificial com esperma de um terceiro não pode, depois, impugnar a paternidade... Seria antijurídico, injusto, além de imoral e torpe, que o marido pudesse desdizer-se e, por sua vontade, ao seu arbítrio, desfazer um vínculo tão significativo, para o qual aderiu, consciente e voluntariamente. (VELOSO, 1997.p. 150-151)

Questão controversa é acerca do vínculo do filho com pai doador do sêmen. A doutrina majoritária entende que o filho nascido de inseminação heteróloga não tem direitos sucessórios ou de pleitear alimentos ao pai biológico pois, em verdade, não existem vínculos entre eles. Vejamos o Enunciado 111 da I Jornada de Direito Civil:

A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica concepitiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consanguíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante.

Entendem também que a ação prevista no artigo 1.601 do Código Civil não se aplica a esses casos, conforme Enunciado 258 da III Jornada de Direito Civil:

Não cabe a ação prevista no artigo 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inciso V, art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta.

Por outro lado, parte minoritária da doutrina entende que, em virtude do Princípio do Melhor Interesse da Criança e da Dignidade da Pessoa Humana, existem vínculos com o pai biológico e, se pleiteado, o filho nascido de inseminação heteróloga teria todos os direitos inerentes a esse reconhecimento.

Já em relação aos efeitos jurídicos, a socioafetividade gera os mesmos efeitos causados pela adoção. Dentre eles, encontram-se: a declaração do estado de filho afetivo; a adoção do sobrenome dos pais afetivos; a alteração do registro civil de nascimento; a instituição das relações de parentesco com os parentes dos pais afetivos; a constituição do poder familiar; a irrevogabilidade da paternidade e da maternidade sociológicos; os direitos decorrentes da sucessão hereditárias, como herança de bens patrimoniais; a guarda e o sustento do filho ou pagamento de alimentos; direito de visitas. Gera também a inelegibilidade eleitoral. Esses direitos reafirmam a igualdade entre os filhos, constitucionalmente protegido e assegurado.

Embora a filiação afetiva não deva ser declarada com fins patrimoniais, após reconhecida, gera tais efeitos. Nessa linha de compreensão, Cristiano Chaves

de Farias e Nelson Rosenvald esclarecem:

A incidência da isonomia entre os filhos produzirá efeitos no plano patrimonial e no campo existencial. Com isso, pondo fim às discriminações impostas aos filhos adotivos, a igualdade assegura que um filho tenha o mesmo direito hereditário do outro. Ou seja, não há mais a possibilidade de imprimir tratamento diferenciado aos filhos em razão da sua origem (se biológica ou afetiva). Outrossim, sequer são admitidas qualificações indevidas dos filhos, não sendo mais possível juridicamente atribuir a um filho a designação de adulterino ou incestuoso. (FARIAS;ROSENVALD, 2012, p.133)

O direito a verdade biológica não desconstitui a posse do estado de filho. Boa parte da doutrina entende ser possível o filho haver do pai socioafetivo questões patrimoniais mesmo que não tenha ocorrido o reconhecimento formal da socioafetividade. Os direitos advindos do reconhecimento da paternidade socioafetiva formam um elo com os valores introduzidos no nosso ordenamento jurídico através da Constituição Federal 1988. Além disso, não permitem que as vantagens patrimoniais definam

o que se considera família e sejam apenas uma consequência natural do vínculo afetivo.

Os alimentos têm por finalidade trazer uma vida compatível com a sua condição social e moral, visando prover as necessidades básicas vitais como educação, lazer, moradia, vestuário e assistência médica, de quem não tem como provê-las. Como preceitua o artigo 1.694, § 1º do Código Civil:

'Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada'

Tendo como base o dever de solidariedade dos parentes, algumas condições são necessárias: o vínculo de parentesco; a condição econômica do alimentante e a necessidade do alimentado. Este direito, como todos os outros, pressupõe a relação de parentesco construída sobre a caracterização do estado de posse de filho, sobrepondo-se ao vínculo sanguíneo, colocando em prática o princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante do exposto, concluímos que o afeto é



elemento essencial nas famílias atuais. A paternidade social insere-se nessa perspectiva, apresentando-se como uma decorrência da complexidade das relações familiares, cujo bem jurídico primordial passa a ser o afeto e não mais o patrimônio.

A família hierarquizada, característica das entidades familiares romanas, sofreu uma grande transformação. Além da redução de membros, as famílias não têm uma única formação, sendo a diversidade uma regra. O traço principal das famílias modernas é a flexibilidade e tem como principal função a de suporte emocional. Um lar bem estruturado e saudável é o meio ideal para o desenvolvimento de um indivíduo.

Ademais, os que defendem a paternidade socioafetiva entendem que a função de pai é cultural e representativa, podendo ser exercida por um irmão mais velho, pelo padrasto, por um tio e não necessariamente pelo genitor, doador do sêmen. As relações de afeto se sobrepõem aos laços genéticos e são caracterizadas pela Posse do Estado de Filho. A função de pai é estabelecida pela relação duradoura e notória, sustentada através do amor e do afeto. Ressalte-se que essa espécie de paternidade não é nova, visto que os sentimentos que a sustentam são inerentes ao ser humano, independentemente da época

Afeto é fonte inesgotável da realidade humana. A sua ausência ou insuficiência no momento presente não significa que o mesmo nunca existirá ou nunca existiu. Por vezes, necessita apenas das circunstâncias adequadas para se desenvolver. Dar um lar saudável é oferecer condições plenas de desenvolvimento e isso só é possível por meio do afeto.

BIBLIOGRAFIA

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. Ação Declaratória. Adoção Informal. Posse do estado de filho. Princípio da aparência.

Pretensão ao reconhecimento. Investigação de paternidade socioafetiva. Declaração da Paternidade. Registro. Processo nº: TJ/RS. AC nº 70008795775 RS. Relator: José Carlos Teixeira Giorgis. Porto Alegre, 23 de junho de 2004.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. Adoção. Maioridade Civil. Paternidade Socioafetiva. Consentimento expresso da adotanda. Ausência de vínculo com o pai biológico. Processo nº: TJ/RS. AC 70062349337. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre, 11 de dezembro de 2014.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Famílias. 28. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEITE, Eduardo de Oliveira. DNA como meio de prova de filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARQUES, Claudia Lima; CACHAPUZ, Maria Cláudia (col.); VITÓRIA, Ana Paula da Silva (col.). Igualdade entre Filhos no Direito Brasileiro Atual - Direito Pós-Moderno? Revista dos Tribunais. São Paulo: 1999.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. Curso de Direito Civil: Direito das Famílias. Vol. 6; 4ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

VELOSO, Zeno. Direito da filiação e paternidade. 1. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO COMBATE À CORRUPÇÃO

Isabella Arruda Pimentel

Graduada em direito – Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ – 2012. Especialista em Direito Penal e Processo Penal – Fundação Escola Superior do Ministério Público da Paraíba (FESMIP) – 2015. Mestra em Direitos Humanos – Universidade Federal da Paraíba – Núcleo de Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas (NCDH) – 2014.



INTRODUÇÃO

O presente estudo analisa a atuação extrajudicial da instituição do Ministério Público visando o combate do fenômeno da corrupção, mais precisamente, a atuação da Promotoria de Justiça Especializada em Crimes contra a Ordem Tributária do Ministério Público da Paraíba. Antes de adentrarmos mais especificamente no estudo de como se processa a atuação do órgão ministerial e compreender como ele se tornou um forte ator no combate à corrupção, é imperioso, de início, entendermos o que seja o fenômeno da corrupção.

A corrupção é um fato social de origem remota e incerta. As raízes históricas do fenômeno se encontram em épocas passadas, evoluindo e se transformando até os dias atuais. Em verdade, parece utópico supor a existência de um espaço social sem a emergência da corrupção, prevalecendo-se a ideia de que ela sempre existiu desde que o homem se organizou social e politicamente. Nesse sentido, pode-se concluir que o fenômeno não tem fronteiras nem dimensões já que afeta grande parte da humanidade desde tempos remotos.

A história é farta de exemplos que demonstram como os atos de corrupção podem vir a se processar em qualquer civilização, a qualquer época e em distintas formas de organização social e estatal. Portanto, para conhecer sua essência é preciso analisar um conjunto variado de fatores sociais e culturais que a caracterizam e, com isto, determinar suas particularidades.

Há registros de sua prática desde a Antiguidade Clássica, no mundo grego, entre os séculos V e IV a.C, o que originou o debate sobre seus elementos constitutivos, bem como a tentativa de elaborar uma definição para o fenômeno. Nessa época, destacam-se as reflexões de Sócrates, Platão, Aristóteles e Políbio acerca da questão do comportamento e das virtudes éticas.

Além destes, percorrendo o tempo histórico, encontramos alguns pensadores que tratam da questão, como é o caso de Maquiavel, Hobbes, Montesquieu, Tocqueville, entre outros. Eles abordaram o tema da corrupção em suas obras filosóficas e políticas¹. Não obstante o interesse pelo tema, não há um consenso entre os pensadores antigos e modernos acerca de sua definição ou modo efetivo de combatê-la.

A natureza da corrupção é variável, pois envolve interesses diversos, a depender fundamentalmente do contexto social em que é analisada. Há autores, como Robson Pereira (2010), que chegam a afirmar que o fenômeno da corrupção é algo tido como natural, ou seja, pertence à própria natureza humana. Em razão disto, predomina a ideia de que tal conduta é constitutiva da humanidade. Todavia, contrariamente a este ponto de vista, defendemos a ideia de que a corrupção é algo formado culturalmente, haja vista ser um fenômeno social influenciado sobremaneira pelas complexas relações sociais e valores culturais.

Com a globalização e a intensificação das relações internacionais, o problema atinge uma escala mundial. Há países que possuem índices menores de práticas corruptas, e isto, em parte, é reflexo da cultura social e do direcionamento da ação governamental visando o seu combate. Sendo assim, não é cabível o discurso segundo o qual a corrupção é algo natural, pois, se assim fosse, não seria um crime passível de punição, além do que impossível a sua diminuição já que todo homem estaria movido, por um ímpeto natural, a praticá-la.

Para que se possa apreender o fenômeno da

1 As obras mencionadas são: MAQUIAVEL, N. (1985). Discursos Sobre a Primeira Década de Tito Lívio. Brasília: Editora da UnB; MAQUIAVEL, N. (1995). História de Florença. São Paulo: Musa, 1995; MAQUIAVEL, N. (1982). O Príncipe. São Paulo: Abril Cultural. (Coleção Os Pensadores); HOBBS, T. (1979). Leviatã. São Paulo: Abril Cultural. (Coleção Os Pensadores); MONTESQUIEU (1973). O Espírito das Leis. São Paulo: Abril Cultural (Coleção Os Pensadores); TOCQUEVILLE, A. de (1998). A Democracia na América. São Paulo: Martins Fontes (2 vols.).

corrupção, enquanto constructo histórico, é necessário analisá-lo a partir de uma visão interdisciplinar, com a ajuda teórica de diversas disciplinas, tais como a sociologia, a história, a filosofia, a ética, o direito, a ciência política, a antropologia, entre outras ciências. Eis o que torna o seu estudo complexo e sua natureza de difícil definição. Ademais, a corrupção se caracteriza por ser um fenômeno de grandes proporções, pois atinge indistintamente todos os membros da sociedade. Trata-se de um ato ilegal e imoral, que abrange matizes e facetas diversas.

Feitas tais ponderações, importa destacar o pensamento de alguns autores sobre a temática. Um dos primeiros e relevantes pensadores a abordar o tema foi Aristóteles, que analisava seus elementos na Grécia antiga. Para ele, corrupção aparecia como estado geral de perversão de uma realidade e, podemos inferir, de um regime social e político.

Segundo Aristóteles, a corrupção significa “a mudança que vai de algo ao não ser desse algo; é absoluta quando vai da substância ao não ser da substância, específica quando vai para a especificação oposta” (ARISTÓTELES, 1998, p. 267). Podemos, com isto, sugerir que, em Aristóteles, o fenômeno da corrupção aparece como uma espécie de desvio ou modificação da ordem natural das coisas.

Diferentemente de seu mestre Platão, Aristóteles destacava, sobretudo, a dimensão prática do problema,

ou seja, suas repercussões sobre a vida concreta dos indivíduos/cidadãos da pólis. Em suas reflexões, ele buscava tratar das coisas reais, procurando classificar e caracterizar os sistemas políticos existentes em sua época. Portanto, seu saber teórico não se mesclava com o mítico, nem se enredava apenas em especulações descritivas, como era costume em sua época.

Aristóteles, em sua obra “A Política” (1985), elabora um estudo das Constituições refletindo sobre os tipos de governo que perseguem o bem comum (justos) e aqueles que almejam sobrepor suas vantagens privadas ao bem comum (injustos), emergindo daí as figuras da ganância alimentada pelas más paixões. É neste ponto que a temática da corrupção aparece na obra aristotélica.

Conforme indica Aristóteles, as formas de governo boas (Monarquia, Aristocracia e Timocracia) comportam uma forma antagônica corrompida (Tirania, Oligarquia e Democracia). Ele conclui sua reflexão formulando o ideal de um governo misto, chamado de Politeia, em que as forças antagônicas são integradas e servem de direcionamento à moralidade e à justiça. A corrupção, que significa a elevação dos desejos privados sobre o bem comum, deve ser extirpada da Politeia para que exista uma convivência harmoniosa e justa no meio social em busca do bem



comum. Esta reflexão será posteriormente retomada no fim da idade média.

Maquiavel, por exemplo, ao repertoriar a história de Roma, através do retrato de Ovídio na obra "Metamorfose", reflete sobre a corrupção na Renascença. Segundo o referido autor, para resguardar a comunidade da prática da corrupção, seria ideal um arranjo institucional estatal, com leis que estabelecem sanções para tais atos, dadas as fragilidades que fazem com que os homens sejam facilmente corrompidos. Para ele, a paixão é o motor humano, e os homens, ao longo do tempo, estariam perdendo sua virtú. Por esse mal, o autor acusa tanto a população, por ser apática, quanto a aristocracia, por legislar em causa própria.

Outro autor de destaque que tratou do fenômeno da corrupção foi Hobbes, no século XVII, o qual partiu de uma concepção a respeito das relações de poder entre súdito e soberano (HOBBS, 1979). Analisando a Inglaterra de seu tempo, Hobbes propôs uma concepção da soberania por meio do contrato social para acabar com a guerra generalizada dos homens, "a guerra de todos contra todos".

Hobbes interpreta a corrupção de seu tempo como sendo um ato de um homem que abre mão do bem comum possível em favor de um interesse privado. Como bem destacou Filgueiras, Hobbes considera que "é com a espada que o soberano combate a corrupção dos homens, forçando-os à obediência das leis civis e garantindo esferas de liberdade e igualdade de todos" (apud FILGUEIRAS, 2007, p. 17).

Portanto, como visto sucintamente, existem diversos autores, sejam eles clássicos ou modernos, que buscam apreender a natureza e os efeitos das práticas corruptas no meio social. Até os dias atuais, estudiosos se debruçam sobre o tema e não se encontrou, ainda, uma solução eficaz para combater o fenômeno.

Assim, impera a concepção de que a problemática da corrupção se caracteriza como ser uma negação da organização justa dos homens no meio coletivo. Ela não se circunscreve apenas aos limites do Estado, pois se revela um fenômeno transnacional, global, que deve ser prevenido e enfrentado, haja vista tratar-se de uma ação danosa (prejudicial) à comunidade.

Existem muitos sentidos que podem ser atribuídos à corrupção. Ela se manifesta de diversas formas, tanto no ambiente público quanto privado. Assim, suas formas de expressão são variadas, a

dependem, fundamentalmente, do meio e do modo como surgem.

Seja a corrupção pública ou a privada, ambas são constituídas do mesmo conteúdo. Em essência, essas duas formas de expressão são mescladas em um mesmo tipo e modo de ação, qual seja: sobrepor o interesse privado ao bem comum. Por vezes, a linha que separa essas duas formas é tênue, haja vista existir em uma mesma ação corrupta a convivência ou cooperação entre agentes público e privado. Portanto, há uma correlação muito estreita entre estes dois tipos de ação corrupta.

Ante o exposto, o presente trabalho não concentra suas análises em uma determinada forma de expressão da ação corrupta, mas tenta refletir sobre o problema em sua dimensão geral a partir de uma abordagem teórico-descritiva. Portanto, a definição que melhor se ajusta aos interesses do presente trabalho é ampla, e corresponde à ideia de corrupção como um ato (ação), seja praticado por um ou mais agentes públicos ou privados, ou com sua convivência e/ou cooperação, que visa sobrepor o interesse privado ao bem comum.

Não devemos esquecer o quão se afigura difícil delimitar a dimensão danosa do fenômeno da corrupção, porém as ações de combate levadas a efeito por cidadãos e Instituições Estatais permitem que tais práticas sejam atenuadas e seus autores, em muitos casos, punidos. A cultura pode favorecer tais práticas, mas quem decide ser corrupto é o indivíduo. Por isto, pode/deve ser punido. Nesse sentido, nenhuma cultura pode ser responsável completamente pela corrupção, ainda que possa criar um clima favorável à sua emergência, como é o caso do Brasil.

Em face disso, a instituição do Ministério Público, em razão de suas funções constitucionais, desempenha um papel de relevo no enfrentamento dos atos de corrupção, seja de agentes privados ou públicos. Assim, para bem entender suas prerrogativas e funções, será traçado, de forma sucinta, os campos de atuação da Instituição, para analisarmos a atuação extrajudicial do Órgão Ministerial no combate aos crimes contra a ordem tributária.

CAMPOS DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Atualmente, a atuação do Ministério Público (MP) nacional ganha traços significativos de complexidade,

haja vista haver uma gama de possibilidades que solicita a sua ação. A sociedade gera conflitos dos mais variados, requerendo a atuação do MP em diversas áreas.

Diante das múltiplas demandas, as quais exigem maior preparo dos seus membros e servidores, e de um tempo de resposta cada vez mais célere, o MP busca atuar de forma integrada e uniforme, conjugando sua atuação judicial com a extrajudicial. Esta última atuação do MP é de grande relevo, principalmente na defesa dos direitos sociais.

A atuação extrajudicial do Ministério Público pode se revelar de diversas maneiras, através de audiências públicas, reuniões, procedimentos administrativos preliminares, inquéritos civis, procedimentos investigatórios criminais, recomendações e termos de ajustamento de conduta.

A atuação extrajudicial se apresenta como um instrumento muito eficaz, pois possibilita que os conflitos sociais sejam solucionados de forma mais ágil, haja vista o judiciário nacional ser assoberbado, e, conseqüentemente, vagaroso na solução das demandas que lhe são propostas.

No que se refere aos TAC's (termos de ajustamento de conduta), estes possuem caráter coercitivo por se tratarem de título executivo extrajudicial, logo preveem multa no caso de seu descumprimento, podendo ser executados em juízo. No mais, tais termos devem ser efetivamente fiscalizados para que haja sua execução e, conseqüentemente, êxito de seus propósitos.

Diversas são as áreas de atuação do Ministério Público, seja no campo judicial ou extrajudicial, tais como os direitos de cidadania, consumidor, patrimônio público, criminal, direitos humanos, infância e juventude, urbanismo e meio ambiente, dentre outras.

Com a Constituição Federal de 1988, os membros do órgão, independentemente de sua esfera de atuação, seja Federal ou Estadual, atuam, de forma intensa, na defesa dos direitos coletivos, em especial nas áreas do meio ambiente, consumidor, patrimônio público e cidadania.

Para os fins perseguidos pelo presente estudo, cumpre-nos especificamente traçar um mergulho no campo de atuação do MP na área de tutela do patrimônio público, uma vez que a vertente preventiva da atuação ministerial neste campo é de fundamental

importância no combate à corrupção, haja vista ser esse viés imprescindível para inibir tais atos e os conseqüentes danos ao patrimônio público.

É importante observar que a atuação do MP na defesa do patrimônio público não envolve apenas aspectos vinculados à vertente econômico-financeira e de patrimônio cultural (bens de valor histórico, turístico, estético e paisagístico), mas também concerne ao erário público, ou seja, tem alcance mais amplo e atinge outras esferas da atividade estatal.

O patrimônio público, como direito fundamental difuso, inclui também o acervo extrapatrimonial ou moral, compreendendo os valores essenciais e incidentes à atividade estatal, e não apenas bens e direitos. Neste aspecto, evidencia-se a moralidade administrativa como dever da Administração Pública, um direito subjetivo coletivo, que, se violado, pode acarretar dano moral coletivo, em razão da agressão ao patrimônio público (artigo 5º, incisos V e X da CF/88 e artigo 186 do Código Civil).

O artigo 129, inciso III da Constituição Federal de 1988 é claro ao afirmar que é atribuição do Ministério Público a defesa do patrimônio público e social e de outros interesses difusos e coletivos. Para tanto, o MP não opera sozinho, pelo contrário, o mesmo tem por escopo elaborar um forte e permanente diálogo cooperativo com a sociedade e demais Órgãos e Instituições públicas e privadas.

Uma das grandes estratégias que auxiliam no combate à corrupção é o fortalecimento dos mecanismos de transparência e controle na gestão pública, em que as vertentes preventivas e repressivas são conjugadas visando integrar, uniformizar e efetivar a sua atuação no campo do patrimônio público.

O direito fundamental difuso da probidade administrativa, bem como da proteção ao patrimônio público, deve pautar a ação da Administração Pública, porém, não é o que se percebe nos dias atuais. Em razão disso, ganha amplitude a postura do MP na proteção de tais direitos fundamentais e, para que isto ocorra, a investigação ganha uma importância muito forte.

Sem dúvida, a chave para o enfrentamento eficaz dos atos e comportamentos que acarretam prejuízo ou risco de dano ao patrimônio público está no trabalho investigativo intenso e objetivo. Para tanto, deve haver a confluência das etapas de planejamento, coleta de dados e informações (claras e objetivas) para a instauração formal da investigação, que pode ser

realizada de ofício pelo membro do Parquet, seja na área cível ou criminal, a depender do caso analisado.

As táticas preventivas neste campo de atuação (patrimônio público) objetivam uma abordagem que impeça o exercício de atos e comportamentos nocivos ao erário. Porém, a prática demonstra o quão difícil é a recuperação dos prejuízos causados, bem como a responsabilização de agentes e terceiros envolvidos. A impunidade é uma das grandes causas fomentadoras das ações corruptas no país.

A utilidade da atuação extrajudicial do MP, sobretudo aquela de caráter preventivo, viabiliza a construção de medidas que gerem ações de obrigação de fazer ou não fazer, capazes de interferir de forma positiva na condução da coisa pública, ampliando e fortalecendo o sistema de controle (seja interno ou externo). Dentro deste panorama, devem-se realçar as ações de controle, transparência pública, monitoramento da gestão e, por fim, controle social.

O fomento ao controle social tem status que merece registro. Mesmo com todo o aparato legislativo, institucional e de controle interno e externo, é evidente a insuficiência estrutural para uma plena tutela do patrimônio público. Sendo assim, o MP deve agir a fim de permitir o controle social, estabelecendo uma consciência de construção coletiva e, sobretudo, fortalecendo a cidadania.

Tais iniciativas de controle social, realizadas pelo Ministério Público, são estimuladas a partir do:

- Estabelecimento de canais de diálogo e participação social: com a introdução de formas de encaminhamento de sugestões, denúncias ou notícias de irregularidades na condução da res publica e estruturando sistemas de recepção de tais dados na própria Administração Pública, para fins de provocação do controle interno;
- Realização de programas e ações de cidadania: com palestras e eventos de esclarecimento à sociedade voltada à disseminação de uma cultura de vigilância sobre a Administração Pública (como a campanha “O que você tem a ver com a corrupção?”, realizada pelo MP em âmbito nacional), o direito de acesso à informação, direito de petição, de acompanhamento dos gastos públicos mediante consulta em banco de dados disponibilizados via internet, impugnação de editais de licitação, dentre outras ações.

Os instrumentos extrajudiciais disponíveis na tutela do patrimônio público são: Procedimento Preparatório; Inquérito civil público; recomendação; e

o compromisso de ajustamento de conduta. Os TAC's (termos de ajustamento de conduta), como vimos, têm um real alcance de resolutividade, principalmente por atingir condições e prazos acerca da obrigação de fazer ou não fazer, nulidade de atos ou contratos administrativos nocivos, bem como a recomposição de danos.

Além dos mecanismos extrajudiciais, os membros do Ministério Público dispõem de meios judiciais importantes para fortalecer sua atuação no combate à corrupção. Tais prerrogativas decorrem do princípio da independência. Ligada a esta afirmação, encontra-se a ideia de responsabilidade que deve permear as ações dos agentes públicos e, mais especificamente, dos membros do Parquet. Devido a isto, a atuação dos seus agentes constitui-se como algo de extrema relevância para toda a sociedade.

Iremos nos ater, no próximo tópico, a analisar a atuação, funcionamento e a estruturação da Promotoria de Justiça dos Crimes Contra a Ordem Tributária no Estado da Paraíba, que tem apresentado resultados nítidos no que tange ao combate aos crimes contra a ordem tributária e, indiretamente, à captação de recursos desviados dos cofres públicos, por atos de sonegação fiscal.

PROMOTORIA DE JUSTIÇA ESPECIALIZADA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

Para o cumprimento de sua função ministerial, principalmente em matéria de controle da corrupção, deve o Ministério Público atuar de forma cada vez mais enérgica/eficiente, utilizando todos os instrumentos postos à sua disposição. Para tanto, são imprescindíveis agendas ou planos de ação, para obter uma atuação mais eficaz.

A atuação do MP no combate aos Crimes contra a Ordem Tributária, através da Promotoria de Justiça dos Crimes Contra a Ordem Tributária no Estado da Paraíba, tem apresentado resultados salutaros.

Os crimes de sonegação fiscal, ou contra a Ordem Tributária, estão previstos na Lei n.º 8.137/90. Os artigos 1º e 2º da mencionada Lei versam sobre os crimes praticados por particulares contra a ordem tributária. O art. 3º, por sua vez, prevê crimes funcionais contra a ordem tributária, exigindo que sejam praticados por funcionários públicos e em razão da função.

O objetivo jurídico da Lei n.º 8.137/90 é a proteção à legislação tributária, remetendo o contribuinte à observância das normas do direito tributário e às regras ditadas pelo Fisco. Visa, também, a mencionada lei, a aumentar a arrecadação dos tributos, coibindo determinadas condutas reputadas como sonegadoras fiscais.

Os crimes contra a ordem tributária são penalmente relevantes, porque os tributos são meios pelos quais o governo cumpre seu dever de realizar o bem comum, administrando-os adequadamente.

Há que se ressaltar que, muito embora a consciência popular relute em admitir que as infrações fiscais possam configurar um ilícito criminoso, é necessário que o defraudador tributário passe a ser encarado não mais unicamente como aquele que deixa de pagar o que deve à Administração Pública.

Não tem como negar que a nocividade social de sua conduta vai muito além dessa perspectiva. Ao fraudar, deixar de pagar ou de qualquer forma atentar criminosamente contra a ordem tributária, o sonegador deixa também de assegurar ao Estado o cumprimento dos seus deveres e dos direitos que a Constituição proclama, tal como a realização de obras e serviços públicos destinados ao atendimento de inúmeras necessidades, principalmente da população mais carente.

Desde sua criação em 2013, a atuação da especializada Promotoria de Justiça dos Crimes Contra a Ordem Tributária no Estado da Paraíba (PJCCOT) tem apresentado dados significativos, principalmente, no que tange à captação de recursos desviados dos cofres públicos, bem como a punibilidade dos responsáveis por tais condutas, os corruptos e os corruptores.

Nessa atuação o Ministério Público Estadual toma conhecimento das demandas de sonegação de impostos por meio de Representação Fiscal para Fins Penais remetidas pela Receita Estadual, que, inclusive, atua em conjunto, na mesma estrutura do MP.

Assim que toma conhecimento da Representação Fiscal, o MP instaura de ofício Procedimento Investigatório Criminal, neste caso, todos os processos são virtualizados na plataforma MPVirtual2. Sua atuação extrajudicial é eficiente e eficaz, pois o contribuinte, por meio da Câmara de Mediação Fiscal, tem a oportunidade de pagar e/ou parcelar o tributo e ter, assim, extinta ou suspensa a sua punibilidade.

Recomenda-se a adoção das seguintes providências, logo que é dada ao Ministério Público

a primeira vista da Representação Fiscal para Fins Penais:

a) Registrar, autuar e cadastrar a documentação recebida na Representação Fiscal para fins Penais como “Procedimento Investigatório Criminal” (PIC), no âmbito da plataforma virtual MPvirtual2, para distribuição.

b) Oficiar à Junta Comercial do Estado da Paraíba solicitando o envio de cópias autênticas do Contrato Social e todas as alterações subsequentes e demais documentos arquivados do(s) contribuinte(s) investigado(s).

c) Encaminhar o PIC para análise da Auditoria Fiscal, com atuação nesta Promotoria especializada, para levantamento referente aos dados da empresa envolvida, sócios, situação cadastral, bem como levantamento de todos os débitos fiscais da empresa para com a Fazenda Pública Estadual ou Municipal, fazendo juntada dos documentos que entender necessário ao melhor esclarecimento da peça informativa, nos termos do art. 26, I, b, da Lei no 8.625, de 12 de fevereiro de 1993;

d) Ato contínuo, após o retorno da Auditoria, a notificação do(s) investigado(s), nos termos do art. 7o, da Resolução CNMP nº 13/2006, para prestar esclarecimentos e apresentar todos os documentos que entender pertinentes à elucidação dos fatos e/ou comprovante de pagamento ou parcelamento do débito tributário, para fins de extinção ou suspensão da punibilidade, na forma prevista nas leis nº 10.684/2003 e nº 12.382/2011;

e) Verificando-se a ocorrência de ato de sonegação fiscal e não havendo notícia de pagamento ou parcelamento do débito tributário, notificar o(s) investigado(s) para comparecer à mediação ou audiência, a depender do valor do montante do débito fiscal;

f) Havendo a ocorrência do pagamento do débito há a extinção da punibilidade do(s) investigado(s), devendo o procedimento ser arquivado com as cautelas de estilo, após análise da Auditoria Fiscal;

g) Ocorrendo o parcelamento do débito, o procedimento investigatório ficará suspenso até o pagamento integral do débito, encaminhando-se os autos à Auditoria Fiscal para fins de análise circunstanciada para posterior arquivamento do procedimento, caso o débito seja quitado.

h) Não se verificando o parcelamento ou pagamento do débito fiscal e havendo a constatação da materialidade e autoria delitivas, deverá ser realizada a denúncia criminal dando-se, assim, início à Ação Penal em face do(s) investigado(s).

A atuação na ordem tributária é priorizada não apenas por questão de justiça fiscal, mas também pela necessidade de recursos para atender às demandas da sociedade. Se somarmos os valores já depositados e os que serão recuperados a partir da atuação, judicial ou extrajudicial, do Ministério Público da Paraíba, chegamos à quantia aproximada de quase R\$ 14 milhões, em apenas três anos. Isto é apenas uma parcela do retorno da atuação do Ministério Público para o Estado e para a sociedade.

O crescente desempenho é resultado, dentre outros fatores, da consolidação do sistema de Promotorias de Justiça especializadas no combate aos crimes tributários. Atualmente, são duas unidades sediadas na capital da Paraíba, João Pessoa, que atua, juntamente com a Secretaria de Receita Estadual, investigando e dando curso habitual às persecuções penais referentes aos crimes de sonegação fiscal em todo o estado.

A realidade global e tecnológica donde vicejam as ações corruptas clama por um Ministério Público eficiente, do contrário, sua atuação não se legitima. Nesse sentido, é importante aliar, na referida Instituição, a coordenação interna (agendas e planos de ação) com a coordenação externa (cooperação com outros órgãos), com vistas a se obter mais vitórias neste campo.

Imprescindível também fomentar e valorizar a ética (valores éticos) na sociedade, para que se construa uma cultura de moralidade e se rompa com a tolerância diante dos atos ímprobos e desonestos que atualmente atingem o nosso Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do que fora traçado ao longo do texto, é-nos possível apresentar algumas considerações finais.

De início analisamos, de forma sucinta, o fenômeno da corrupção e destacamos como o mesmo afeta a humanidade desde tempos remotos até os dias atuais. Da mesma forma, pudemos indicar como a natureza da corrupção é variável, pois envolve interesses diversos, a depender fundamentalmente do



contexto social em que surge. Trata-se de algo que tem raízes culturais, já que é um fenômeno influenciado pelas complexas relações e valores reinantes em uma comunidade.

Há, como vimos, inúmeros estudos que buscaram apreender a natureza e os efeitos das práticas corruptas no meio social. Sabemos que não há uma só receita para combater o fenômeno. Apesar desta situação, prevalece entre os estudiosos a ideia de que a problemática da corrupção se caracteriza como uma negação da organização justa dos homens no meio coletivo e, por isso mesmo, deve ser combatida e, se possível, extirpada do universo social. Tal prática não está apenas circunscrita aos limites do Estado, pois se caracteriza por ser uma ação transnacional, global, que deve ser prevenida e enfrentada, haja vista tratar-se de uma ação danosa a não importa qual comunidade.

No presente trabalho não concentramos nossas análises em uma determinada forma de ação corrupta, seja ela pública ou privada, mas procuramos refletir sobre o problema em sua dimensão geral a partir de uma abordagem teórico-descritiva.

Portanto, a definição que melhor se ajusta aos interesses do presente trabalho é ampla, e corresponde à ideia de corrupção como um ato (ação) praticado por um ou mais agentes públicos ou privados, ou com sua convivência e/ou cooperação, que visa sobrepor o interesse privado ao bem comum. Nesse sentido, o termo corrupção está, na maioria das vezes, ligado à ideia de vantagem ilícita (pecuniária ou de status) obtida por um agente, ou com sua convivência, em detrimento de outrem ou de uma coletividade.

Em seguida, foram analisados os campos de atuação do Órgão Ministerial. Nesse sentido, observamos que a referida Instituição possui o manejo de instrumentos, principalmente, extrajudiciais eficazes no combate a tal prática, confirmando, pois, o entendimento de que atualmente o país possui uma Instituição estatal apta a agir como força de transformação social.

Em ato contínuo, foi descrita a atuação ministerial na seara dos crimes contra a ordem tributária no Estado da Paraíba, por meio da Promotoria de Justiça dos Crimes contra a Ordem Tributária.

Por tudo o que fora exposto, chegamos à conclusão de que a missão ministerial da instituição MP nada mais é do que um dos instrumentos do cidadão na defesa de seus direitos. E por ser a

corrupção uma ação danosa à sociedade, nada mais correto do que conhecermos melhor os instrumentos que se apresentam para o fortalecimento desta luta a nosso favor, entre eles, destacando-se a atuação do Ministério Público.

Ressaltamos ao longo do texto algumas ideias que nos permitem compreender mais adequadamente o fenômeno social da corrupção no país e, com isso, pavimentar o caminho que propicie maior eficácia no controle e prevenção deste deletério fato social. Apesar de todos os obstáculos enfrentados pelos instrumentos e mecanismos de combate à corrupção, podemos afirmar que um amanhã melhor está por vir, e, em parte, já o experimentamos.

REFERÊNCIAS

AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando. Corrupção e sistema político no Brasil. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos Humanos e Cidadania. São Paulo: Moderna, 1998.

FELDENS, Luciano. Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do ministério público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FIGUEIREDO, Luciano Raposo. Corrupção: Ensaio e Críticas. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

FILGUEIRAS, Fernando. A teoria política da corrupção. 2007 – UFJF /DEFESA. Disponível em: <<http://www.ecsbdefesa.com.br/fts/TPC.pdf>>. Acesso em: 17 Set. 2013.

_____, Fernando. A Corrupção na Política – Perspectivas Teóricas e Metodológicas. Juiz de Fora, 2006. Disponível em: <<http://www.cis.pucrio.br/cedes/PDF/cadernos/cadernos%205%20%20Caderno%20Cedes%20Filgueras.pdf>>. Acesso em: 12 Nov. 2013.

GARCIA, Emerson. A corrupção. Uma visão Jurídico-sociológica. In Revista da EMERJ. Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, 2004. Disponível em: <<http://>

www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista26/revista26_203.pdf>. Acesso em: 26 Nov. 2013.

_____, Emerson. Ministério Público Organização, Atribuições e Regime Jurídico. 3º Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____, Emerson. O Combate à Corrupção no Brasil: Responsabilidade Ética e Moral do Supremo Tribunal Federal na sua Desarticulação. Texto disponibilizado no Banco do Conhecimento em 28 de julho de 2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=799d3bde-b2ed-4c1c-ad50-d4da3d5c9f59&groupId=10136>. Acesso em: 15 Abr. 2014.

HABIB, Sergio Brasil. Quinhentos anos de corrupção: enfoque sócio-históricojurídico-penal. Porto Alegre: Fabris, 1994.

HOBBS, Thomas. Leviatã. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Coleção Os Pensadores).

HOLANDA, Sérgio Buarque. Raízes do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2009.

JÚNIOR, Caio Prado. Formação do Brasil Contemporâneo. 18ª Edição. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1983..

KLITGAARD, Robert. A corrupção sob controle. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. Tradução de Octavio Alves Velho.

LOREIRO, Ythalo Frota. A atuação Pró-ativa do Ministério Público na busca da efetividade dos Direitos Fundamentais. Editado em 2010. Disponível em: http://www.pgj.ce.gov.br/esmp/publicacoes/ed12010/artigos/2ATUA_MP_fundamento.pdf. Acesso em: 22 Jan. 2013.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. Democracia e Cidadania – O Novo Ministério Público Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

MAQUIAVEL, Nicolau. Discursos Sobre a Primeira

Década de Tito Lívio. Brasília: Editora da UnB, 1985.

MAQUIAVEL, Nicolau. História de Florença. São Paulo: Musa, 1995.

MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe. São Paulo: Abril Cultural, 1982 (Coleção Os Pensadores).

MARTINS, José Antônio. Corrupção. São Paulo: Editora Globo, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Introdução ao Ministério Público. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MENEZES, Cynara. As vitórias parciais contra a corrupção. Revista Veja. Edição 1.861. Ano 37. nº 27, de 7 de julho de 2004.

MONTESQUIEU. O Espírito das Leis. São Paulo: Abril Cultural, 1973 (Coleção Os Pensadores).

NOONAN, John Thomas Jr. Bribes. University of California Press, 1988.

PEREIRA, Robson. Corrupção – Desvendando um mal de todas as épocas. São Paulo: Editora Fôlego, 2010.

PAGLIARO, Antônio; COSTA JR., Paulo José. Dos crimes contra a Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 1997.

SABELLA, Walter Paulo. Ministério Público, Combate à corrupção e controle das políticas públicas. São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/artigos/b29529.pdf>>. Acesso em: 23 Abr. 2014.

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. A Economia Política da Corrupção do Brasil. São Paulo: Senac, 2000.

TOCQUEVILLE, Alexis de. A Democracia na América. São Paulo: Martins Fontes (2. vols.), (1998).

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. Ética. Tradução de João Dell'Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

VIANNA, Luiz Werneck. A democracia e os três poderes no Brasil. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E DESACORDO MORAIS: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO REAFIRMADOR DO COMPROMISSO PLURALISTA

Italo Menezes da Silva

Bacharel em direito pela Universidade Federal de Sergipe. Conciliador do TJSE.



INTRODUÇÃO

O texto que se segue lida com a candente discussão envolta à perceptível proeminência hodierna da atuação judiciária no contexto brasileiro. Neste tocante, duas palpitantes terminologias, impregnadas de pré-compreensões, emergem: ativismo judicial e judicialização da política. A par das mais variadas definições lançadas por estudiosos desta matéria – face ao fascínio editorial sobre o tema, tentou-se definir objetivamente cada uma das terminologias, destacando seus elementos dotados de essencialidade.

De antemão, porém, reputou-se elementar traçar um quadro acerca de temas que pavimentam o caminho ao encontro da discussão acerca das terminologias ventiladas acima. Trata-se da premissa referente à oxigenação da Teoria da Constituição proposta pela necessária revisitação neoconstitucionalista, preservadas as idiosincrasias ínsitas, em termos gerais, à experiência do fenômeno em território continental europeu, nos Estados Unidos da América e, finalmente, no Brasil, desembocando, inelutavelmente, na tutela jurisdicional da Constituição e no necessário diálogo entre os atores estatais funcionalizados a este mister.

Outras premissas são lançadas quando do minudenciamento das dificuldades que tendem a comprimir a atividade judicial diante de terrenos não tradicionalmente ocupados pela judicatura, quais sejam: o aparente descredenciamento democrático redundando no embaraço contramajoritário. Neste momento, o texto resgata discussões hodiernas acerca da sofisticação do conceito de democracia, não mais restrita a termos aritméticos e, muito menos, esgotada em instâncias ordinárias de deliberação majoritária.

Conclui, alfin, que a fulminação de atos ou posturas estatais pronunciadas pela desconformidade vertical com a Constituição Federal se presta,

mediatamente, à realização da vontade constitucional e, imediatamente, a homenagear as maiorias não eventuais que formataram a ordem constitucional pós-88.

Mais adiante, este escrito identifica no campo dos denominados desacordos morais terreno propício e, mesmo, legítimo de atuação do Judiciário a fim de, pautado no regime constitucional pluralista, convocar todos os atores sociais à prática da tolerância, virtude que se aperfeiçoa pelo hábito.

Finalmente, a partir da análise de um pronunciamento paradigmático lavrado pelo Supremo Tribunal Federal, ululantes os desacordos morais ínsitos às discussões envoltas, conclui-se que a Corte Constitucional brasileira tem funcionado como reafirmador do compromisso constitucional pluralista.

NEOCONSTITUCIONALISMO E PRESTÍGIO CONSTITUCIONAL

1. SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

É possível ajuizar que a compreensão acerca do vigor normativo constitucional experimentou um giro copernicano. Dantes encarada como mero recipiente de programas apenas potencialmente realizáveis, a critério da gerência estatal, a Constituição ascendeu em importância e tonificou-se em vigor, tornando-se vetor de criação, interpretação e aplicação do Direito, capaz de rechaçar por incompatível consigo qualquer emanção estatal, ainda que democraticamente erigida.

Este fenômeno, conforme ao dito, espalha-se não somente no momento da criação do Direito, mas, sobretudo, quando da sua interpretação e posterior aplicação – mormente nas hipóteses de incidência

a relações jurídicas de diplomas normativos pré-constitucionais recepcionados. É a tradução do fenômeno da constitucionalização do Direito, segundo o qual, em sucintos termos, não há Direito caso este se pretenda incompatível verticalmente – teoria da nulidade das normas desconformes à Constituição Federal.

É o instante caracterizado pela ideia segundo a qual todos os poderes constituídos devem ao documento constitucional subserviência, garantida por mecanismos jurisdicionais de sindicância da constitucionalidade. Enfim, a superação do momento de indiferença e o atingimento da situação de prestígio constitucional, malgrado se afigure um truísmo atualmente, resulta de um árduo processo histórico em que se protagonizaram intensos embates fáticos e ideais.

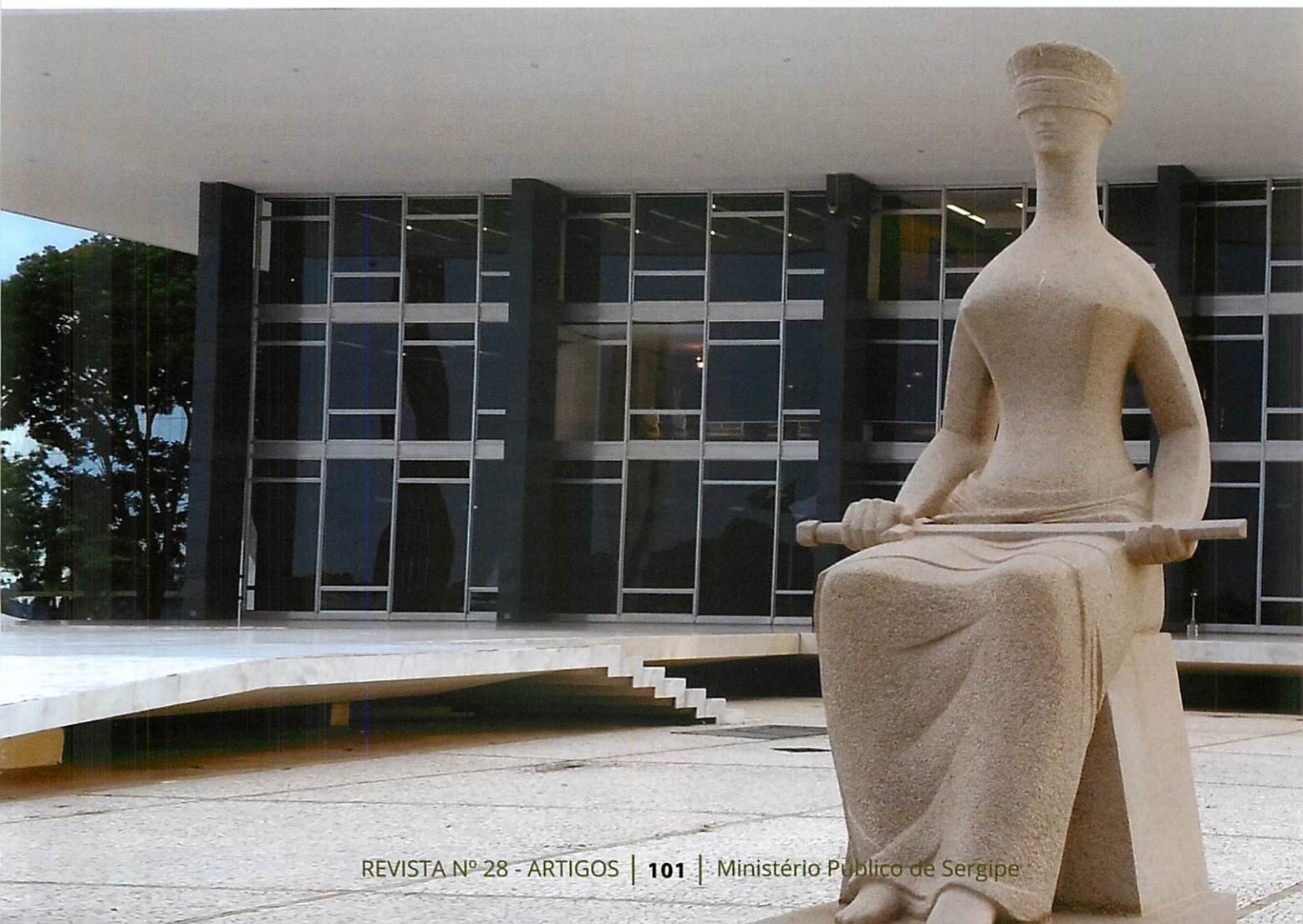
Sabido que a reconfiguração do sentido constitucional, afinado à tutela dos direitos fundamentais, remonta, no tocante à Europa continental, ao período imediatamente posterior à Segunda Guerra Mundial. No Brasil, este processo é mais bem assinalado após a redemocratização que

redundou na promulgação da Constituição Federal de 1988. Ambos os fenômenos, separados temporal e espacialmente, unem-se à democracia a fim de conferir forma a um modelo de Estado derivado e, portanto, dependente da Constituição Federal: o Estado Constitucional de Direito ou Estado Constitucional Democrático, sem prejuízo de outras nomenclaturas sinônimas.

Nos Estados Unidos da América, o caractere da supremacia constitucional é sentido mais anteriormente face às especiais condições que permearam o debate estadunidense. É que, diferentemente da supremacia parlamentar imperante na Europa continental,

[nos Estados Unidos] não havia preocupação maior com o poder do Executivo. O Presidente da República era eleito pelo voto popular. Não era o adversário temido, como foram os monarcas do final do absolutismo. O perigo que assustava era justamente o da extensão desmesurada do Poder Legislativo. (MENDES, BRANCO, 2012, p. 53-54).

É neste sentido que o constitucionalismo estadunidense percebeu que, em verdade, “a manutenção da liberdade não somente exige o estabelecimento de garantias para a sociedade



em face do Estado, como também a proteção das minorias em face de um eventual abuso democrático” (MENDES, BRANCO, 2012, p. 54).

Não apenas à limitação do poder estatal se liga o fenômeno do neoconstitucionalismo. Não é suficiente, como é de se supor, a exigência de parcimônia estatal no campo das interferências nas vidas dos seus cidadãos; é primordial funcionalizar o aparato estatal em benefício de um projeto constitucional alicerçado, no caso brasileiro, na “dignidade da pessoa humana” – art. 1º, III, da Constituição Federal – e no “pluralismo político” – art. 1º, V, objetivando a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária” – art. 3º, I – alcançando a efetivação dos Direitos plasmados na Carta fundante da República.

2. TUTELA JURISDICIONAL DA CONSTITUIÇÃO

O empoderamento constitucional implica um necessário sistema protetivo a este diploma, máxime em seu peculiar status de dignidade. Um diploma Constitucional que se pretende regente de todo um Estado deve, no seu próprio bojo, estabelecer 1) o modo como será alterado, levando-se em conta a sua vocação à perenidade, uma oxigenação é mister, 2) a maneira como será protegida contra as eventuais propostas de alteração a fim de que se não permita desnaturar sob a rubrica de “atualização” – rigidez

constitucional, 3) o sistema de controle, partindo de si mesma, dos atos que lhe são subordinados e que lhe devem subserviência, e 4) a organização de Corpos estatais específicos vocacionados à defesa de seu vigor e normas.

É nesta seara que surgem ou se fortalecem os Tribunais Constitucionais, colimando defender o texto constitucional de eventuais investidas, comissivas ou omissivas, dos atores estatais no desempenho de suas funções derivadas da Constituição. Neste toar, a história das Cortes constitucionais mundo afora é delineada pelas condições políticas e sociais que fornecem ambiente adequado às discussões teóricas, políticas, sociais e jurisprudenciais em cada Estado e época.

Assim o é que os modelos europeu e norte-americano de controle da constitucionalidade dos atos normativos diferem em procedimento, malgrado convirjam em essência: a tutela jurisdicional da Constituição. Em síntese, a sindicabilidade judicial da constitucionalidade dos atos estatais – normativos ou não – representou a consolidação da plena e efetiva supremacia da Constituição. Alfim, o modelo de tutela jurisdicional da Constituição brasileira aperfeiçoado pela Lei Maior de 1988 é misto, aliando elementos dos controles europeu/austriaco e estadunidense.

Destarte, apreciada a depuração do valor da Constituição no decorrer da história, realçados os relevantes condicionamentos que modelaram as discussões em sede de cada nação, força concluir que 1) a Constituição se enrijeceu alçando o patamar de Lei Maior de uma nação, 2) experiências humanas desastrosas de repercussão mundial puseram a dogmática jurídica a repensar o status dos direitos humanos – a nível transnacional – e fundamentais – a nível doméstico – inscrevendo-os no documento dotado de supremacia na esfera estatal, a Constituição; e 3) partindo-se da premissa de supremacia do texto constitucional e do relevante plexo de direitos fundamentais que nela se inscrevem, necessário se aparatar o Estado com métodos e procedimentos capazes de tutelar a Constituição das investidas, no mais das vezes, desferidas pelas maiorias eventuais.

Neste momento da discussão, surgem as invocações às vetustas formulações teóricas acerca da relação entre as funções do Poder estatal, derivadas, sobretudo, de “O Espírito das Leis”, editada, em 1748, pelo Barão de Montesquieu. Montesquieu contesta um Judiciário permanente; os Tribunais deveriam ser temporários e casuísticos. No entanto, legislativo



e executivo poderiam se constituir em corpos permanentes: representariam uma vontade geral do Estado. Montesquieu pretendia um Judiciário como instância de mera aplicação formal da lei, a partir de mecanismos estritamente silogísticos, exigindo julgamentos pautados pelo texto preciso da norma aplicada. Caso contrário, ter-se-ia voluntarismo por parte do magistrado. Sinteticamente, na sempre reproduzida passagem segundo a qual o juiz seria a boca que pronuncia as palavras da lei (“bouche de la loi”).

Se não bastasse a imprescindível filtragem que impera quando da importação de modelos teóricos, a fim de conformá-los à realidade nacional, também impera uma releitura consentânea com a contemporaneidade de tudo quanto servível outrora. No Brasil, mormente após a promulgação da Constituição Cidadã, arquitetou-se um Estado fundado, dentre outros relevantes valores, na “dignidade da pessoa humana” e no “pluralismo político”, vocacionado, dentre outros objetivos a “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, promovendo “o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” – art. 3º, I e IV. E este Estado é operacionalizado pelos “Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” – art. 2º.

Destarte, a tarefa de realização constitucional deve pautar o cotidiano do exercício das funções estatais. Se na gênese histórica os órgãos estatais não estavam vocacionados à realização dos Direitos, hoje restam funcionalizados a este desiderato.

É neste momento que exsurge a questão envolta aos direitos das parcelas minoritariamente representadas nas instâncias de Poder eletivo, que, não satisfazendo a aritmética das deliberações parlamentares, buscam guarida nas arenas voltadas à jurisdição constitucional, sob o argumento de efetivação da Constituição sem a – impossibilitada – intermediação das atividades legislativa e executiva.

ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO

Não se nega o dissenso que se rasga quando o debate envolve a atuação judicial hodierna, mormente em função do sentido protagonismo assumido pela magistratura no tocante a questões dantes estranhas à arena judiciária. Referido dissenso se corporifica

pela dificuldade doutrinária de enquadramento dos pronunciamentos judiciais afetos àquelas questões na vetusta moldura teórica montesquiana, que, nos estreitos limites temporais e espaciais à época de sua construção, visualizava o exercício da função jurisdicional enquanto malferidor do equilíbrio do Poder estatal.

Etimologicamente, o vocábulo “ativismo” é formado por derivação sufixal – sufixo “ismo”, exprimindo, em solares termos, atividade “enferma”, disforme e, mesmo, carregada de equívocos. Neste tocante, a palavra abriga em si conotação pejorativa a indicar disfuncionalidade da atividade judicial, posta sob o crivo das compreensões clássicas imbricadas às competências da magistratura. O fenômeno “ativista” restaria presente na história institucional recente do país em função da mobilização judicial em torno do debate e resolução de questões que não se enquadrariam na pauta dos juízos monocráticos e dos Tribunais nacionais, implicando suposta usurpação de competências legislativas e executivas.

A outro viso, a “judicialização da política” referir-se-ia ao mesmo fenômeno, porém encarado sob outro olhar. Tanto o é que a terminologia “judicialização da política” implica idêntica significação da supra-assinalada – a mobilização judicial em torno do debate e resolução de questões dantes estranhas à arena judiciária, entretanto dissociada da conotação pejorativa que anima o vocábulo “ativismo”. Entende-se, neste tocante, que, de fato, algumas das questões contemporaneamente debatidas nas Casas de Justiça não representam a praxe judiciária, sem, no entanto, representar – este debate – golpe ao regime da tripartição funcional do Poder estatal; implicariam, em verdade, a realização do desiderato constitucional, sobretudo no exercício da jurisdição constitucional.

De fato, o embate entre as compreensões sucintamente delineadas demonstra, de um lado, uma dependência teórica vital em relação à compreensão montesquiana de Estado e parece ignorar as reformulações recentemente experimentadas pelo Direito contemporâneo e que militam no sentido da oxigenação das fórmulas em prestígio à supremacia constitucional, especialmente no que pertence a temáticas que reúnem caracteres dificilmente administráveis pela atuação legislativa.

Em que pese ser o Poder Judiciário o menos democrático dentre os Poderes constitucionalmente erigidos – face à forma de ingresso de seus membros, tal fato, por si só, é incapaz de inibir o amplo controle

jurisdicional que todos os atos estatais devem sofrer – englobando os omissivos e os comissivos.

Não é sustentável pensar que a realização do complexo elenco de direitos e suas respectivas garantias fundamentais estejam afetas apenas às funções legislativa e executiva, como se a Constituição Federal imprimissem um quê de indiferença da função jurisdicional às sistemáticas violações promovidas comissiva ou omissivamente pelo desempenho de outros atores estatais.

Observável, ademais, no contexto brasileiro a reunião de condições que militam em favor do sentido protagonismo judicial, decorrentes, sobretudo, da inefetividade das instâncias eletivamente constituídas do Poder estatal na tutela de interesses abrigados pela Constituição Federal e incapazes de satisfação pela intermediação da tutela legislativa e executiva.

1. O APARENTE DESCREDENCIAMENTO DEMOCRÁTICO

Em sua esmagadora maioria, as discussões que pretendem pôr sob análise a proeminência da atuação judiciária no tocante à resolução de questões não solucionadas pelo Legislativo e pelo Executivo sinalizam uma quase vinculante dependência argumentativa da ideia de democracia formal. Neste sentido, o Poder Judiciário restaria descredenciado pelo “povo” a deliberar sobre assuntos que “pertenceriam” à aritmética majoritária.

Acredita-se, nos estreitos limites desta convicção, que somente uma decisão oriunda de um debate formalmente democrático poderia legitimamente se impor aos destinatários; parte-se, enfim, da premissa segundo a qual só haveria realização democrática mediante a investidura de mandatários pelo batismo do voto popular.

Este reducionismo, entretanto, não mais se coaduna com o momento hodierno de configuração político-constitucional. Constituídos pela Lei Maior e funcionalizados à realização de seu desiderato, todos os atores estatais restam, em tese, credenciados democraticamente pelo “povo”, titular do Poder Constituinte Originário e detentor da legitimidade

permanente no comando do Estado, mediante a subserviência irrestrita que os atos estatais – normativos ou não – devem prestar à sua vontade plasmada na Constituição.

Neste jogo de ideias, não há, em tese, agente estatal funcionalizado que reste autocraticamente – é a antítese da democracia – investido. Isto porque a democracia não se esgota na investidura, mas, numa visão substancial, se espraia, sobretudo, no momento posterior do exercício.

2. DEMOCRACIA MATERIAL

Osequívocos deste modelo de Estado são sanados na moldura do Estado Democrático de Direito à luz de um procedimento substancialmente democrático. Neste momento, a construção do discurso, alicerçada na efetiva oitiva de todos os destinatários do ato a ser emanado, confere cores democráticas à atuação estatal.

O pronunciamento final já não mais deita seu viés de legitimidade apenas na autoridade de quem o desfere – seja no voto popular, seja na investidura após certame público, mas, sim, da fundamentação a ser arquitetada a partir da inclusão procedimental de toda a pluralidade dos afetados em torno da construção da decisão, cujo filtro necessariamente passa pelas normas constitucionais e pelos direitos fundamentais.

A democracia constitucional não se esgota na aritmética. Justamente por isto, a Constituição Federal de 1988 traça roteiros de consideração da pessoa humana em sua dignidade – art. 1º, III, ao passo que elenca direitos de estatura fundamental, de núcleo pétreo, que “têm aplicação imediata” – § 1º, art. 5º – e que “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” – § 2º, art. 5º, que servirão de contenção, inclusive, às deliberações majoritárias – art. 60, § 4º. A clássica deliberação nas arenas legislativa e executiva, portanto, não apenas está fundamentada como, também, encontra peias nos direitos fundamentais.

Enfim, numa perspectiva superior à formalista, a democracia transcende a agenda legislativa e executiva, espraçando-se para a arena judiciária, mormente nas situações em que a deliberação política

clássica tem demonstrado indiferença ou mesmo incapacidade de realização do projeto constitucional de pluralismo em sua aceção mais dilatada.

2.1. A EXPERIÊNCIA DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

“O apelo em ser ouvido é natural à condição humana” (HERKENHOFF, 2009, p. 13). Ser ouvido compreendido em uma aceção mais ampla, não restrita à simples oportunização da escuta, mas uma escuta ativa capaz de não somente ouvir, mas considerar as reflexões, em todos os seus nuances, lançadas pela oitivedade.

É nesta moldura animada por valorosa inspiração democrática que o Supremo Tribunal Federal reúne, em rumorosos casos postos sob sua análise, a colheita, em sede de audiências públicas em que se franqueia a participação a todos os que se autoproclamem interessados, subsídio que presta à resolução das lides – sobretudo as objetivas.

As vias processuais de tutela objetiva do ordenamento jurídico – Ações Diretas, Declaratória e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – restam disciplinadas pelas Leis n. 9.868/99 e 9.882/99, ambas estabelecendo o recurso ao expediente das audiências públicas a fim de ouvir “depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

Malgrado a possibilidade de convocação de audiências públicas pertença ao espaço legal brasileiro desde 1999, a primeira audiência pública foi realizada apenas em 20 de Abril de 2007, convocada pelo então Min. Ayres Britto, relator da ADIN 3510 que contestou dispositivos abrigados na Lei n. 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), no tocante à constitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos.

A última década soma a convocação de 19 (dezenove) audiências públicas, todas elas levadas a efeito. Destarte, o ambiente de debate tomou configuração à instauração de uma jurisdição constitucional dialógica, capaz de comportar em si o fundamento e ideal de pluralismo que alicerça a República Federativa do Brasil.

Prestigia-se a democracia em sua aceção substancial, dependente de um procedimento

de comunhão do ambiente discursivo, a fim de que a construção da decisão final não dependa exclusivamente de vetores apenas aritméticos de formação da maioria, emergindo desta reformulação paradigmática a legitimidade dos pronunciamentos em sede de jurisdição constitucional.

2.2. AMICUS CURIAE

O modelo pluralista de sociedade demanda modelos plurais de acesso às órbitas de formação das decisões de Poder. As audiências públicas, na esteira da dicção legal, servem ao esclarecimento de dados técnicos pertinentes à matéria versada, facultando aos interessados a indicação de expertos para fornecimento de informações à Corte.

Entretanto, talvez a expressão mais plural de acesso às deliberações da Corte Constitucional brasileira seja a admissão, pelo relator, mediante despacho irrecurável, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Socorre-se a jurisdição constitucional, uma vez mais, de mecanismos capazes de capitanear pronunciamentos temperados pela pluralidade de visões que encerram uma sociedade complexa, como o é a sociedade brasileira. Oxigena-se a discussão de temas candentes a partir da expansão do rol de intérpretes das letras constitucionais, garantindo que, sobretudo, grupos de inexpressão numérica nas arenas legislativa e executiva possam professar suas percepções sobre a leitura constitucional de fatos que também lhes tocam; enquanto no Parlamento viam-se apenas formalmente amparados pela deliberação democrática, estes grupos alçam no Tribunal a condição de intérpretes ativamente considerados, enquanto as vozes ecoam do púlpito sem que se percam na indiferença e nos embaraços da numerosa parcela majoritária.

2.3. O EMBARAÇO CONTRAMAJORITÁRIO

A temática da (i)legitimidade democrática da jurisdição constitucional se corporifica, sobretudo, na ideia da dificuldade contramajoritária. Parte-se da premissa, alhures vergastada, segundo a qual a democracia se realiza no voto popular, donde derivaria a ilegitimidade de o Poder Judiciário atuar em

desconformidade com os atos legislativos, sobretudo quando os pronuncia nulos por incompatibilidade com a Constituição Federal. Esta concepção reducionista de democracia fora objeto de considerações em trecho anterior deste escrito.

Corolário do paradigma da supremacia constitucional, a Constituição de um Estado elenca um regime de autotutela a fim de salvaguardar sua higidez. É que a ideia pertencente a este raciocínio é irrepreensível: derivando a Constituição de um arranjo fundante de todo o Estado, este, no exercício dos misteres que lhe são conferidos pela Lei Maior, não pode, ainda que mobilizado pelas maiorias eventuais, debilitar um Texto concebido pelas maiorias permanentes, reunidas outrora em Assembleia Constituinte.

A articulação do argumento da contramajoritariedade, quando no jogo de ideias envolto à jurisdição constitucional, toma outro delineamento nas discussões que envolvem pronunciamentos afetos aos interesses de minorias sociais, parcamemente representantes nos veículos tradicionais de deliberação democrática. Por razões fáticas que serão delineadas neste escrito em momento oportuno, estes veículos tradicionais se mostram deliberadamente alheios a estes grupos ou mesmo manifestam insuperável incapacidade institucional de lidar com estes interesses, porquanto não aceitos com tranquilidade pela realidade social. Chamado a se pronunciar sobre algumas destas questões, o Supremo Tribunal Federal reafirmou o caráter eminentemente contramajoritário dos Direitos Fundamentais e sua primacial função de coibir o avanço de pretensões excludentes capitaneadas pelas maiorias eventuais.

Referida tendência não se restringe ao âmbito nacional. Cortes Constitucionais de outros países foram chamadas a discutirem e deliberarem dentro dos limites da semântica jurídica sobre temas dantes restritos às agendas legislativa e executiva, por visível indiferença destes órgãos a uma pauta considerada de difícil consenso popular, pautadas nos denominados desacordos morais razoáveis.

O DESACORDO MORAL

A complexidade das relações travadas nas sociedades contemporâneas implica, por óbvio, a sofisticação dos conflitos advindos destas complexas

relações. Temas que antes eram relegados às sombras ou à esganadura autoritária pelas forças majoritárias constituídas, animadas por suas compreensões de mundo, foram erguidos ao status de dignidade que lhe são inerentes. Questões como reprodução assistida, interrupção voluntária da gestação, famílias homoafetivas, tolerância quanto ao consumo pessoal de drogas, etc., bem ilustram esta situação.

Corporificam, enfim, a elementar do desacordo moral, entendida, em síntese, como o rasgo que se produz na sociedade diante de temas que agitam as pré-compreensões de ordem moral, religiosa, social, política, dos integrantes da sociedade e que se ligam, sobretudo, aos interesses de grupos sociais minoritários.

Diante, especificamente, deste quadro de discussão da pauta impregnada de desacordos morais razoáveis, surgem algumas questões: como, em um Estado Democrático de Direito, solucionar estas pendengas? Dentro da estrutura estatal, as soluções clássicas de regulação do convívio social estariam aptas à superação destas questões?

1. PLURALISMO POLÍTICO

A Constituição Federal de 1988 inaugura seu texto elencando, dentre outros fundamentos da República Federativa do Brasil, o pluralismo político. E o faz, possivelmente, porque, na trilha do que anunciado por Ulysses Guimarães quando da promulgação da Carta Cidadã, [esta] graficamente testemunha a primazia do homem, que foi escrita pelo homem, que o homem é seu fim e sua esperança.

Não pretendeu a dicção constitucional instituir uma sociedade pluralista; esta qualificação é pressuposta, é sobre ela que repousa a necessidade de se instituir um Estado destinado a assegurar o exercício de direitos e garantias fundamentais. “Sem preconceitos” porque, em se reconhecendo a pluralidade ínsita à conformação social, as ações empreendidas pelo Estado não poderão se pautar em critérios excludentes de ordem subjetiva, mas nos imperativos de liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça.

E da deferência estatal à coexistência de pluralidade de compreensões – por meio da abstenção estatal ou da promoção de ações – prestigia-se, igualmente, a dignidade da pessoa humana.

É nesta trilha de ideias que se visualiza a insuficiência, mesmo a incapacidade, de o princípio da dignidade da pessoa humana fornecer soluções, isoladamente, para discussões que abriguem a elementar do dissenso moral.

Emerge o pluralismo enquanto balizadora hábil a fazer imperar a vontade constitucional inscrita, desde cedo, no artigo 1º da Carta da República. Embora reste adjetivado como “político”, o pluralismo fundamento do Estado brasileiro não se restringe ao âmbito das convicções político-filosóficas e tampouco se exaure na ideia de (pluri)partidarismo.

Neste momento, o pluralismo emerge como capaz de solucionar a controvérsia através de uma resposta que abrigue todas as considerações sobre a questão. Sem margem à dúvida, as tradicionais instâncias de deliberação democrática manifestaram incapacidade institucional em solucionar os conflitos animados por desacordos morais, forte nas razões expostas anteriormente, impondo uma releitura, deflagrada pela inspiração neoconstitucionalista, na tradicional tripartição funcional do Poder estatal.

2. DELEGAÇÃO ESTRATÉGICA

A democracia representativa manifestada no Parlamento, nalguns casos, mostra-se incapaz de solver contendas sociais que envolvam elementos de debate ventilados por parcela minoritária da sociedade que, portanto, são inexpressivamente representadas na Casa Legislativa.

É assim que, num país em que a esmagadora parte da população professa a fé católica e protestante, o Parlamento se esquia de debates que tendam a contrariar estas compreensões de mundo. É que, porquanto dependente da via batismal do voto popular, o Parlamento se mostra profundamente dependente da satisfação das maiorias eventuais pena se por em risco a renovação do mandato parlamentar. Afora as discussões sobre a necessária conformidade da vontade expressa no Parlamento pelos mandatários com a vontade geral dos mandantes, é esta a quadra que tem mobilizado a atuação parlamentar.

O Parlamento funciona mediante aritmética: o fator quantitativo é delimitador das suas deliberações e pronunciamentos. Ou se forma, quantitativamente, consenso, ou as matérias são relegadas ao esquecimento. Quando estas matérias, entretanto, malgrado não se alinharem à compreensão majoritária,

enfileiram-se na trilha dos direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal desautoriza o silêncio.

É que, porquanto estejam todos os atores estatais funcionalizados à realização dos Direitos fundamentais, a dificuldade de um agente estatal em realizá-los é compreendida como convite à atuação de outro. No âmbito desta discussão, o Parlamento estrategicamente delega algumas pautas à Corte Constitucional, agente estatal que, por suas peculiaridades institucionais, não se prende a amarras clássicas da deliberação legislativa, sobretudo o voto.

É nesta linha de raciocínio que se compreende o sentido da legitimidade institucional do Supremo Tribunal Federal no tocante à discussão afeta aos direitos consagrados na Constituição Federal reclamados por parcelas minoritárias da sociedade, mormente quando estes direitos reclamados dizem especificamente com a autodeterminação da pessoa humana digna.

A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS DEVERES CONSTITUCIONAIS

Malgrado a Constituição Federal de 1988 some quase 3 (três) décadas, a visibilidade da Corte Constitucional brasileira foi alcançada somente recentemente, sobretudo após a instalação da TV Justiça, canal de televisão administrado pelo Supremo Tribunal Federal e destinado à comunicação entre Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia e a sociedade. Sob o olhar atento da sociedade, nos últimos 10 (dez) anos, o Supremo Tribunal Federal sindicou a compatibilidade de inúmeros atos normativos emanados do Legislativo e do Executivo com a Constituição Federal e, em casos de considerável repercussão nacional, pronunciou a inconstitucionalidade fulminando estas normas, no exercício da jurisdição constitucional.

A conclusão a que se chega é que a atuação da Corte Suprema brasileira galgou patamar de proeminência, sobretudo na última década, ora em função do descrédito do Parlamento perante a sociedade, ora em função da incapacidade de as instâncias ordinárias de deliberação democrática no equacionamento de diferentes interesses legítimos em disputa sem que este manejo implique solavanco do conteúdo mínimo de princípios plasmados na

Constituição Federal.

Lançadas as premissas neste trabalho, é momento de avançar no sentido da análise de um relevante precedente do Supremo Tribunal Federal quanto à temática de expressivo vulto social, permeada por desacordos de ordem moral, política, religiosa e filosófica, e que foram corajosamente enfrentadas pelo Tribunal no desempenho prudente e isento da jurisdição constitucional.

1. CONSTITUIÇÃO FAMILIAR E ADPF N 132/RJ (ENCAMPADA PELA ADI 4277/DF)

Na assentada de 05 de Maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, pronunciou o abrigo constitucional conferido pela Lei Maior às uniões estáveis homoafetivas, conferindo interpretação conforme, sem redução de texto, ao dispositivo 1723 do Código Civil que restringia à união estável heteroafetiva o reconhecimento estatal de sua proteção. Eis a ementa do paradigmático julgado:

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO- POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo

constitucional de promover o bem de todos. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana norma geral negativa, segundo a qual o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

[...]

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF, Min. AYRES BRITTO, Julgamento em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341)

Decisão de ampla repercussão, face ao caráter contramajoritário do pronunciamento, deita sobre fundamentos firmes e precisamente hauridos no ordenamento constitucional, animado pela inspiração neoconstitucionalista, como é de se notar a partir da síntese insculpida na ementa do referido Acórdão. Precisamente, visualiza-se o pronunciamento eminentemente declaratório do pluralismo em que fundada a República Federativa do Brasil, “como valor sócio-político-cultural”, “o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas”, garantindo que a ninguém é assegurado o direito de rejeitar o diferente somente pelo signo da diferença.

Importa, neste momento, avançar sobre a análise sobre alguns dos fundamentos expendidos pelos Ministros nesta assentada. Porquanto a

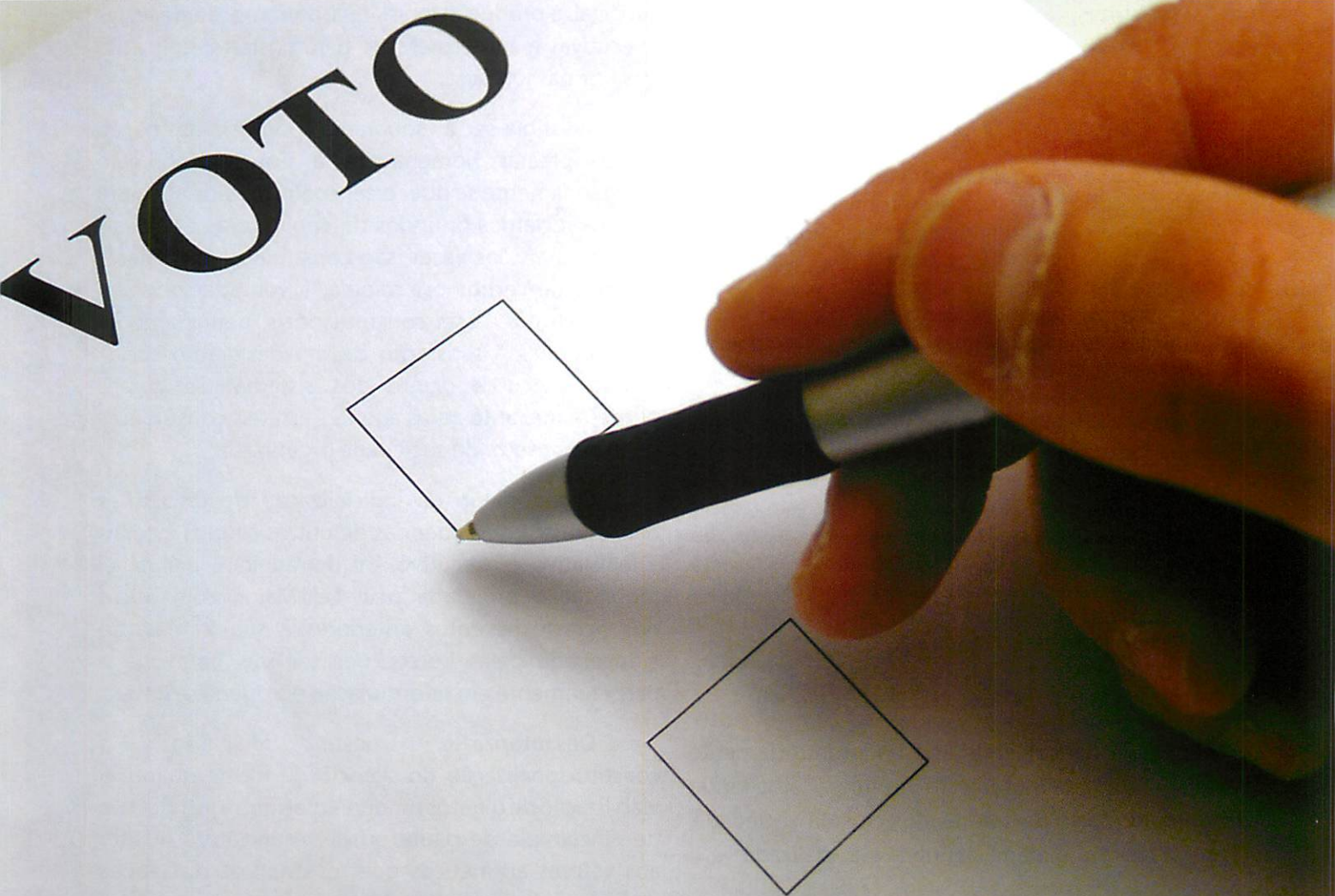
decisão tenha sido chancelada pela integralidade dos Ministros participantes do julgamento, optou-se pela análise especificada de apenas um dos votos: o prolatado pelo Ministro relator.

2. VOTO DO MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO

Relator da ADPF n. 132/RJ – ajuizada pelo Estado do Rio de Janeiro – e da ADI n. 4277/DF – protocolada pela Procuradoria-Geral da República, quando em exercício interino da chefia do Ministério Público da União a Sub-Procuradora Geral Deborah Duprat, o Ministro Ayres Britto, iluminado conhecedor das letras jurídicas, proporcionou profundo e amplo debate em torno da matéria. Na ocasião, merece destaque especial a admissão de expressiva quantidade de amici curiae – total de 14 (quatorze), representativos

de vários segmentos da sociedade civil, dentre eles a “Conectas Direitos Humanos”, o “GGB – Grupo Gay da Bahia”, o “Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM” e a “Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB”.

Afora os raciocínios que declararam a perda parcial do objeto da ADPF, por superveniente alteração dos indigitados dispositivos anteriormente previstos no ato normativo pré-constitucional – o Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis do Estado do Rio de Janeiro (Decreto-lei n. 220/1975) – os fundamentos foram recepcionados pela ADI n. 4277 e sintetizados em: isonomia, autodeterminação, vedação a discriminações desautorizadas pelo texto constitucional, dignidade da pessoa humana e consectários da coexistência em uma sociedade plural.



Enquanto se pretendia a interpretação conforme à Constituição, também, do art. 1723 do Código Civil, a pretensão se ancorava no fenômeno da supremacia constitucional e no seu íntimo consecratório: a constitucionalização do direito.

No ambiente em que se admite plural por excelência, é preciso parcimônia do direito a fim de que não tropece no afã de regular de uma maneira restritiva algo que lícita e constitucionalmente comporta compreensões contrárias sem necessária sobreposição:

O que já põe o Direito em estado de alerta ou de especiais cuidados para não incorrer na temeridade de regulamentar o factual e axiologicamente irregulamentável. A não ser quando a sexualidade de uma pessoa é manejada para negar a sexualidade da outra, como sucede, por exemplo, com essa ignominiosa violência a que o Direito apõe o rótulo de estupro. Ou com o desvario ético-social da pedofilia e do incesto. Ou quando resvalar para a zona legalmente proibida do concubinato. (ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF, Min. AYRES BRITTO, Julgamento em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341. p. 31)

[...] não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um interesse de outrem. E já vimos que a contraparte específica ou o focado contraponto jurídico dos sujeitos homoafetivos só podem ser os indivíduos heteroafetivos, e o fato é que a tais indivíduos não assiste o direito à não-equiparação jurídica com os primeiros. Visto que sua heteroafetividade em si não os torna superiores em nada. Não os beneficia com a titularidade exclusiva do direito à constituição de uma família. Aqui, o reino é da igualdade pura e simples, pois não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham. E quanto à sociedade como um todo, sua estruturação é de se dar, já o dissemos, com fincas na fraternidade, no pluralismo e na proibição do preconceito, conforme os expressos dizeres do preâmbulo da nossa Constituição do inciso IV do seu art. 3º. (ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF, Min. AYRES BRITTO, Julgamento em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341. p. 48)

Enfim, 5 (cinco) anos após o pronunciamento sucintamente analisado, este continua suscitando debates por parte de setores diversos da sociedade, inclusive da comunidade científica especializada.

CONCLUSÃO

A temática aqui versada é de uma delicadeza ímpar. E o é porque esbarra no misoneísmo de variados setores, inclusive da comunidade científica. Importa ressaltar que conquistas são, de fato, encaradas como obviedades pelas gerações que apenas desfrutam de seus louros; entretanto, nunca se pensou ou se criou algo sem que a criação fosse precedida de resistência e, não raras vezes, muito sangue. Assim o é em referência ao pensamento neoconstitucionalista, que impõe nova releitura de institutos clássicos do Direito – constitucionalização – enquanto afirma a supremacia do Diploma maior de um Estado: a Constituição.

Não é bastante, conforme ao que se ventilou, afirmar a superioridade da Carta fundante. É preciso garantir que a voz abrigada em si e representativa de valores perenes do Estado deverão ecoar por todos os entremeios do convívio social, inspirando, em especial, a produção legislativa, a promoção de ações executivas e a interpretação para posterior aplicação das normas jurídicas.

Prestigia-se a soberania popular da nação ao se prestar homenagem à Constituição. Não necessariamente se quer dizer conformidade absoluta com os reclamos oriundos de conjunturas eventuais que, no mais das vezes, são construídos sob olhares dotados de vertiginosa miopia. A vontade soberana se espraia das letras constitucionais, genuinamente vocacionadas à satisfação de um desiderato social, e não se curva diante dos sistemáticos golpes perpetrados tanto pelos agentes estatais constituídos quanto por setor da sociedade organizada.

O fenômeno da judicialização de discussões dantes restritas às agendas de outros setores estatais – legislativo e executivo – é derradeira e inelutável mobilização projetada pela Lei Maior, com fulcro nos nefastos eventos anteriores à sua formatação e inspirada pelas percepções teóricas em voga e perpetuamente em reformulação e oxigenação.

Desautoriza-se, neste diapasão, a constitucionalização do silêncio de morte quanto à viabilização de direitos fundamentais sob a justificativa de dificuldade de pauta ou de insuficiência quanto aos vetores aritméticos que resolvem as discussões nas instâncias ordinárias de representação popular. Repita-se: o veto constitucional pós-88 é ao silêncio

malferidor do exercício de direitos fundamentais. Não há autorização para a postergação; o compromisso plasmado na Constituição Federal comete todos os agentes estatais à sua realização.

Destarte, o alheamento e mesmo a opção entre uma ou outra forma de exercício de direitos, quando envoltas – as opções – aos denominados desacordos ou dissensos morais é rechaçado pelo pacto pluralista subscrito pela sociedade brasileira quando da promulgação, em 5 de Outubro de 1988, da Constituição Federal, alcunhada Constituição Cidadã.

E neste terreno tão fértil quanto movediço das discussões que envolvem a elementar do desacordo moral, somente uma instância do Poder estatal capaz de se mobilizar de forma isenta e imparcial – mormente pela independência quanto ao voto popular, poderá garantir que as conjunturas majoritariamente articuladas não sirvam de interdição injustificada ao exercício de direitos também titularizados pelos grupos de expressão numérica minoritária.

Emerge o Supremo Tribunal Federal, na defesa, em caráter precípua, da Constituição da República brasileira enquanto reafirmador, conforme se demonstrou a partir da análise do julgado selecionado, do compromisso constitucional pluralista.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Leonardo Souza Santana. A Experiência das Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal como instrumento de ampliação do círculo de intérpretes da Constituição/ Leonardo Souza Santana Almeida. – Recife: O Autor, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

_____. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Revista Jurídica da Presidência. Volume 12, número 96.

_____. Neoconstitucionalismo e

constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005.

_____. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50.

BITTAR, Eduardo. C. B.; ALMEIDA, Guilherme. Assis de. Curso de filosofia do direito. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2005.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 19. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – ativismo judicial. In: FELLER, André Luiz Fernandes (Org.). As novas faces do ativismo judicial. 2. tiragem. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 387 – 401.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/ RJ e ADI 4277/DF. Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 05/11/2011, publicado no DJ de 18/10/2011.

HERKENHOFF, João Baptista. Como Aplicar o Direito - À Luz de uma Perspectiva Axiológica, Fenomenológica e Sociológico-política. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Direito Constitucional. São Paulo: RT, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTESQUIEU, Charles de Secondant, Baron de. O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. 9. ed. introd. e trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2008.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Ativismo Judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais. In: FELLER, André Luiz Fernandes (Org.). As novas faces do ativismo judicial. 2. tiragem. Salvador: Juspodivm, 2013. p 403 – 429.

VOLTAIRE. Tratado sobre a tolerância: a propósito da morte de Jean Calas. Tradução: Paulo Neves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

O “EFEITO CARONA” NO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

Izac Silva de Jesus

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Especialista em Direito Público pela Faculdade Damásio. Analista do Ministério Público de Sergipe - Área Direito.



INTRODUÇÃO

Cada vez mais a sociedade pugna pela prestação de serviços públicos de maneira ágil, eficaz e eficiente. Não há mais tolerância para procedimentos burocráticos em demasia, em qualquer uma das esferas de poder estatal. Tome-se como exemplo o Poder Judiciário, famigerado por seus processos de longa duração, gerando dissabores e descrença em meio aos jurisdicionados. Ten-cionando aplacar a fúria popular contra a morosidade da Justiça, foram inseridas na Constituição algumas normas, a saber, o princípio da duração razoável do processo e a criação do Conselho Nacional de Justiça, além da estipulação de metas de desempenho de Tribunais, seus membros e servi-dores. No âmbito da Administração Pública seguiu-se a mesma diretriz. A privatização de empresas estatais (bancos, companhias telefônicas), a criação das agências reguladoras e a atuação do vetusto MARE (Ministério da Administração e Reforma do Estado) são somente alguns exemplos.

Em relação à sistemática de contratações da Administração, percebeu-se também a necessidade de dinamizar seus procedimentos. Isso porque a aplicação das regras gerais de licitação num caso concreto pode não satisfazer o interesse público. Tal afirmação é asseverada quando vêm à tona casos de produtos adquiridos pela Administração que apodrecem em prateleiras aguardando o consumo ou contratações feitas em demasia por impossibilidade de mensurar previamente a quantidade necessária. Justamente por isso a Lei 8.666, em seu Art. 15, inciso II, estabelece que o Sistema de Registro de Preços seja aplicado nas compras, sempre que possível.

Assim, o Sistema de Registro de Preços surge como solução para estes problemas, num contexto de harmonização da atuação estatal com o progresso econômico do mercado. Este sistema foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio com o Decreto-

Lei 2.300, de 21 de novembro de 1986. Após isso, influenciado pela Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos), passou a ser regido pelo Decreto nº 2.743, de 21 de agosto de 1998. No ano de 2001, foi editado o Decreto-Lei nº 3.931, regulamentando o Sistema de Registro de Preços. Naturalmente, foram feitas críticas e sugestões dos doutrinadores e dos Tribunais de Contas. Isto posto, e com a larga aplicação deste diploma normativo na Administração Pública, surgiu de fato a necessidade de seu aperfeiçoamento. Assim, atualmente a regulamentação do SRP é feita pelo Decreto-Lei nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013, no âmbito da Administração Pública Federal. No âmbito da Administração Estadual, foi expedido o Decreto 25.728, de 25 de novembro de 2008, alterado pelo Decreto 29.618, de 28 de novembro de 2013.

CONCEITO, APLICAÇÃO E VANTAGENS DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

O Decreto Estadual 25.728, em seu artigo 2º, conceitua o Sistema de Registro de Preços da seguinte maneira: “conjunto de procedimentos para registro formal de preços, fornecedores, Órgãos e Entidades participantes e condições a serem praticadas, sob a condução de uma Unidade Gerenciadora, objetivando contratações futuras pela Administração Pública Estadual”. A doutrina oferece alguns conceitos mais elaborados: “Sistema de Registro de Preços é um procedimento especial de licitação que se efetiva por meio de uma concorrência ou pregão sui generis, selecionando a pro-posta mais vantajosa (...) para eventual e futura contratação pela Administração” (FERNANDES, 2011, p. 30).

Contudo, cabe ressaltar que o Sistema de Registro de Preços não é modalidade de licitação, tal como a concorrência, o pregão e as demais previstas no artigo 22 da Lei 8.666, mas tão somente um sistema

auxiliar de contratações, a ser realizado mediante concorrência ou pregão (HOSHINO, 2012).

A partir do conceito acima se extrai outra peculiaridade do SRP: o seu objeto é uma contratação futura e eventual pela Administração. Assim, um fornecedor que tiver seu preço registrado nesse Sistema não necessariamente será contratado. Entretanto, não há que se pensar numa relação desenfreada e descompromissada entre as partes. Há compromissos e obrigações assumidos tanto pela Administração quanto pelos licitantes. Aquela não está obrigada a comprar o produto ou contratar o serviço; contudo, não pode contratar outro licitante que não seja o que ofereceu a melhor proposta, na vigência da Ata de Registro de Preços. Por sua vez, o fornecedor tem o dever de garantir o preço registrado enquanto durar o compromisso firmado, a não ser que haja alguma alteração no custo dos insumos ou por motivos de caso fortuito ou força maior. Isso porque a Administração Pública, quando contrata sob a égide deste Sistema, muitas vezes adquire produtos ou serviços de necessidade frequente. Nesses casos, é vantajoso para ela poder adquirir várias vezes o mesmo produto com uma só licitação, ou ainda, não possui estrutura ou desejo de armazenar consigo todo o estoque adquirido para um determinado período. Com o Registro de Preços isso é possível. Em suma, a Administração "(...) não assume obrigação imediata para com o fornecedor; se ela o desejar, convoca o fornecedor para aquisição paulatina, celebrando tantos contratos quantos sejam necessários para atender a suas necessidades." (CARVALHO FILHO, 2016, p. 270).

Pode-se pensar ainda nos casos em que não há como se aferir previamente a necessidade total do órgão para o exercício financeiro. Se para cada situação de necessidade houvesse uma correspondente licitação, incorrer-se-ia na situação indesejável do fracionamento de despesa, que vem a ser uma técnica ardilosa de fracionar o objeto de uma licitação em vários certames, com fins de diminuir o valor de cada disputa e consequentemente tornar mais manipulável a sua execução.

Outro ponto digno de nota no Sistema de Registro de Preços é a possibilidade de vários órgãos da Administração participarem da licitação. Tradicionalmente, se vários órgãos desejam contratar, cada um deles deverá realizar sua própria licitação. Com o SRP, ocorre de forma diferente. Vários órgãos podem se unir em uma só licitação e adquirir o

mesmo produto. Evidentemente, a compra de muitas unidades é mais econômica do que várias compras de poucos produtos. Quanto maior a quantidade a ser adquirida, menor o seu preço unitário. É o que a doutrina denomina de economia de escala. Um exemplo prático de economia de escala é o da compra de medicamentos via Sistema de Registro de Preços implantado pelo Ministério da Saúde, com a adesão de Estados e Municípios. Com uma licitação, centenas de órgãos adquirem os produtos no momento e na quantidade que necessitarem. É evidente a economia de recursos que advém dessa contratação. Contudo, não há que se pensar em uma contratação descentralizada. Tanto o Decreto 7.892/2013 quanto o Decreto 25.728/2008 preveem que a licitação será presidida por um Órgão Gerenciador, que centralizará os pedidos e conduzirá o procedimento licitatório. Após o resultado da licitação, será ele quem vai gerenciar a Ata de Registro de Preços decorrente da licitação. Os outros órgãos que participam do procedimento desde o seu início e que registram seus compromissos na Ata são denominados Órgãos Participantes.

Conforme conceituado alhures, há duas modalidades de licitação da Lei 8.666 admissíveis no Registro de Preços: a concorrência e o pregão. É importante frisar que o Art. 15, §3º, da Lei 8.666 prevê somente a primeira modalidade como a admissível



no SRP. Contudo, parte da doutrina administrativista passou a defender que a modalidade pregão também fosse aplicada ao Sistema. A favor dessa ideia está a similitude em alguns pontos entre as duas modalidades: ambas não possuem valores máximos de contratação (diferente da tomada de preços e do convite); não possuem restrições de participação a pré-cadastrados ou a convidados; além disso, exigem ampla publicidade, com divulgação do instrumento convocatório na imprensa oficial (FERNANDES, 2011).

Em sentido contrário, há o apego a literalidade da lei: se não há previsão da modalidade pregão na Lei de Licitações, não pode um Decreto inovar nesse sentido. Rebate-se esse argumento de maneira simples: a modalidade pregão nem existia quando da edição da Lei 8.666. Se já existisse, poder-se-ia afirmar categoricamente que o pregão não poderia estar coligado com o Sistema de Registro de Preços, por expressa omissão do legislador. Mas, diante de inovação tão moderna e difundida quanto o pregão, não se pode apegar à letra da lei. Deve-se entender que o desejo do legislador foi de que toda licitação do SRP tivesse ampla publicidade, valores ilimitados de contratação e participação a mais ampla possível, o que só seria possível à época da Lei 8.666 com a modalidade concorrência. Portanto, nada impede que o pregão também possa ser aplicável ao Sistema de Registro de Preços. Não pode haver um apego exacerbado à legalidade em detrimento de outros princípios de igual importância no ordenamento jurídico.

Com o advento da Lei 12.462, de 04 de agosto de 2011, as contratações pelo Sistema de Registro de Preços passaram a ser admitidas também no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), instituto cada vez mais utilizado na Administração Pública, em detrimento do regime previsto na Lei 8.666. Neste sentido, o artigo 29, inciso III, da Lei 12.462, prevê expressamente o Sistema de Registro de Preços como um procedimento auxiliar das licitações regidas pelo RDC, observadas as disposições previstas em regulamento próprio, conforme dispõe o artigo 32, caput, idem.

Conhecido o conceito, os componentes e os procedimentos admissíveis no Sistema de Registro de Preços, é importante conhecer o seu objeto. O que pode ser adquirido através do SRP? Iniciando a análise pela Lei 8.666, num primeiro princípio, pode-se pensar que apenas compras de bens podem ser efetuadas com base no SRP, caso seja lido apenas o retrocitado

Art. 15, em seu inciso II. Este foi o entendimento majoritário da doutrina durante algum tempo. Neste sentido, remanesce o seguinte entendimento: "... foi prevista a utilização do sistema de registro de preços também para as contratações de serviços, ultrapassando os termos do disposto em lei; houve afronta, portanto, ao princípio da legalidade..." (DI PIETRO, 2014, p. 444). Contudo, com o avanço nos estudos na área, passou-se a defender que tanto bens quanto serviços podem ser adquiridos por meio do Sistema de Registro de Preços, com fulcro também na Lei de Licitações, especificamente no Art. 24, VII, o qual trata da utilização do sistema para cotação de preço de serviços (FERNANDES, 2011). Acompanhando a doutrina, os decretos federal e estadual já citados estabeleceram que tanto bens quanto serviços podem ser contratados por meio do SRP. Desta forma, ficam excluídas do Sistema as contratações de obras e serviços de engenharia.

O objetivo final de todo procedimento de Registro de Preços é a elaboração da Ata de Registro de Preços. O art. 2º, inciso II, do Decreto 7.892 conceitua a Ata como sendo:

(...) documento vinculativo, obrigacional, com característica de compromisso para futura contratação, onde se registram os preços, fornecedores, órgãos participantes e condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no instrumento convocatório e propostas apresentadas.

A partir deste conceito pode-se extrair também o conteúdo da Ata de Registro de Preços. Devem constar na Ata os preços, fornecedores, órgãos participantes e condições de prática, bem como as marcas dos produtos, tipo e o local onde devem ser entregues. É importante ressaltar que vários preços podem ser registrados para um mesmo produto, desde que se observe a quantidade máxima para contratação prevista no instrumento convocatório. Outro elemento importante da Ata é o seu prazo de validade. De acordo com previsão legal e regulamentar, o prazo de validade da Ata é de até um ano, salvo nos casos de prorrogação contratual, previstos na Lei 8.666.

Numa primeira análise, pode-se entender que não há muitas vantagens para que um fornecedor venha a contratar com a Administração via SRP. Contudo, quando se leva em consideração a ampla publicidade da ata e de todo o Sistema, percebe-se que há uma

excelente oportunidade para que o fornecedor compare o preço oferecido por ele com os ofertados por seus concorrentes. E, caso possua estrutura compatível, poderá reduzir seus preços de modo a tornar seus produtos cada vez mais competitivos. Ademais, nada impede que o licitante ganhador torne a concorrer caso a Administração promova outro certame. A concorrência está intrinsecamente ligada à conjuntura econômica. O Sistema de Registro de Preços é uma excelente maneira de integrá-la ao Poder Público.

Se o particular tem vantagens ao participar do Sistema de Registro de Preços, a Administração Pública também as possui: não há a necessidade de dotação orçamentária prévia para a licitação, visto que não necessariamente haverá celebração de contrato; despesas imprevisíveis e urgentes podem ser supridas em curto tempo; há uma redução nos estoques do almoxarifado nos órgãos públicos, o que evita desperdício por deterioração do produto; transparência nas aquisições e redução dos custos da licitação, dentre outros (FERNANDES, 2011).

Mormente este grande rol de benefícios, há um que merece destaque e será trabalhado neste opúsculo: é a possibilidade de órgãos que não integraram uma dada licitação por Sistema de Registro de Preços de aderirem a uma Ata. É o que a doutrina denomina de Efeito Carona.

O EFEITO CARONA

Conforme já exposto alhures, na elaboração de um procedimento licitatório de SRP, há a participação de duas espécies de órgãos ou entidades: o Órgão Gerenciador, que centraliza as atividades de administração e gerenciamento do Sistema e da Ata de Registro de Preços, e os Órgãos Participantes, que inserem suas demandas no quantitativo geral a ser licitado, bem como estabelecem sugestões para um melhor andamento do procedimento. Porém, não se deve entender que, uma vez consumada a fase prévia da licitação, com a elaboração do instrumento convocatório, estejam encerradas as possibilidades de entrada de outros órgãos ou entidades no procedimento instaurado.

Em outras palavras, mesmo que uma licitação de Registro de Preços já tenha sido exaurida, com a decorrente confecção de uma Ata, outros órgãos totalmente alheios ao procedimento podem vir a integrar essa relação jurídica, expressando suas demandas e contratando com o licitante cujo preço foi registrado.

Nesse sentido, tem-se o disposto no art. 22 do Decreto-Lei 7.892, de 2013, regulamentando o que a doutrina denomina de efeito carona:





Art. 22. Desde que devidamente justificada a vantagem, a ata de registro de preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da administração pública federal que não tenha participado do certame licitatório, mediante anuência do órgão gerenciador.

O termo carona guarda identidade com o procedimento do art. 22, visto que carona nada mais é que o aproveitamento do percurso que alguém desenvolve para concluir seu próprio trajeto (FERNANDES, 2011). Criativa e acertada, então, a alcunha recebida por este procedimento.

Apesar de ter seus benefícios exaltados por boa parte da doutrina, nem todos os juristas de escol veem o procedimento carona com bons olhos. A doutrina elenca alguns argumentos apresentados pelos detratores do efeito carona. Em primeiro lugar, o efeito carona iria de encontro ao princípio da legalidade, posto que surgiu no ordenamento jurídico por meio de regulamento (o Decreto 3.931/2001 foi o primeiro a permitir o procedimento carona) e não poderia instituir nada de novo na ordem jurídica, apenas regulamentar o já previsto em lei. Em segundo lugar, haveria agressão ao princípio da isonomia na contratação, visto que esta ocorreria sem haver uma licitação específica garantidora da isonomia entre os

licitantes. Ademais, aduz que a Constituição, quando institui a obrigatoriedade de licitação, estabelece que as ressalvas somente podem ser estabelecidas em lei em sentido estrito, o que não inclui o conceito de decreto. Em sentido oposto, a doutrina majoritária opina que a Lei Maior abre espaço para as contratações com base no efeito carona; sendo assim, não haveria de fato afronta ao princípio da legalidade nem ao princípio da isonomia nas contratações.

Depois de ressaltar os casos de contratação direta e impor, como regra, o princípio da licitação, a Constituição Federal define os limites desse procedimento, mas em nenhum momento obriga a vinculação de cada contrato a uma só licitação, ou, ao revés, de uma licitação para cada contrato. Essa perspectiva procedimental fica ao alcance de formulações de modelos: no primeiro, é possível conceber mais de uma licitação para um só contrato, como na prática se vislumbra com o instituto da pré-qualificação em que a seleção dos licitantes segue os moldes da concorrência, para só depois licitar-se o objeto, entre os pré-qualificados; no segundo, a figura do carona em registros de preços ou a utilização de licitação por mais de um órgão, como permite o art. 112 da Lei nº 8.666/1993. Desse modo, é juridicamente possível estender a proposta mais vantajosa conquistada pela Administração Pública como amparo a outros contratos. (FERNANDES, 2011, p. 466).

Não se deve classificar o efeito carona como uma hipótese de contratação direta, ou contratação sem licitação. Qualquer que seja o objeto pretendido, haverá sempre uma licitação prévia à contratação, mesmo que nesse caso realizada por outro Órgão. Se não se trata de uma hipótese de contratação direta, qual a natureza do efeito carona? “É a extensão da proposta mais vantajosa a todos os que necessitam de objetos semelhantes, em quantidade igual ou menor do que o máximo registrado” (FERNANDES, 2011, p. 466). Visto que a Constituição Federal estabeleceu a obrigatoriedade de licitação prévia à contratação, mas não vinculou cada contrato a uma única licitação (e vice-versa), pode o Órgão ou entidade interessada pleitear a adesão à Ata.

A petição ao Órgão Gerenciador da Ata é um dos requisitos para que o Órgão Carona possa aderir ao SRP. É o Órgão Gerenciador o responsável por liderar a utilização da Ata de RP, conforme já demonstrado acima. Além de peticionar ao Órgão Gerenciador, deve o “carona” demonstrar que ainda é vantajosa à adesão. Isso se faz por meio de pesquisa de mercado, comparando o preço registrado com os adotados

pelos demais fornecedores. Além disso, deve sujeitar-se a todas as cláusulas do instrumento convocatório, assim como os Órgãos Participantes. Entretanto, deve-se atentar para um detalhe: o órgão carona não pode ser o primeiro a contratar com base na Ata de Registro de Preços.

Para que haja a admissibilidade da adesão, é necessário que tenha havido pelo menos uma contratação por Órgão integrante da ata, seja ele o Órgão Gerenciador ou algum Órgão Participante. Contudo, se o instrumento convocatório não prever a aquisição ou contratação pelo Órgão Gerenciador, pode um Órgão não participante estreitar a Ata. Ademais, deve o “carona” atentar para o prazo de validade da Ata: um ano. Com a permissão concedida pelo Órgão Gerenciador, deve haver a consulta ao fornecedor, a fim de que este informe se deseja contratar com o Órgão Carona. Afinal de contas, o fornecedor só é obrigado a ter estoque para atender às necessidades dos Órgãos Gerenciador e Participantes.

Preenchidos todos os requisitos acima elencados, há que se alertar para o disposto no §3º do art. 22 do Decreto nº 7.892, norma reproduzida no âmbito estadual no artigo 31, §2º, do Decreto 25728/2008, em sua redação atual: o carona só poderá contratar até a quantidade equivalente a 100% (cem por cento) da quantidade cotada na Ata. Assim, mesmo que o fornecedor tenha bastante estoque a oferecer, deve o carona ater-se somente à quantidade da Ata. Isso porque o preço unitário foi registrado com base na quantidade registrada. Caso houvesse uma demanda maior no edital, fatalmente o preço registrado seria menor. Assim, se o carona desejar adquirir uma quantidade maior, deve fazer o seu próprio procedimento de Registro de Preços.

Contudo, há muitas críticas a este dispositivo. O principal embate foi travado no Tribunal de Contas da União, através de representação da 4ª Secretaria de Controle Externo (SECEX), visando suspender Ata de Registro de Preços do Pregão nº 16/2005, do Ministério da Saúde. Apu-rou-se que o Ministério da Saúde autorizara 62 (sessenta e duas) adesões de órgãos e entidades à Ata, acarretando em contratações cujos valores extrapolavam em muito o inicialmente estimado. Multiplicando o número de adesões vezes o valor máximo cotado (trinta e dois milhões de reais), chegava-se ao valor de quase dois bilhões de reais. De acordo com parecer do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, “caso todas as possíveis contratações ocorressem tendo

como objeto as quantidades máximas registradas na ata, também restaria claro a afronta aos princípios da moralidade e da impessoalidade”. No voto, o Relator Min. Valmir Campelo afirmou que “a fixação de quantitativos máximos é imposição essencial, derivada das normas orçamentárias, do princípio da isonomia e da economicidade”. Por fim, os Ministros do TCU decidiram por determinar ao Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) que:

9.2.2 adote providências com vistas à reavaliação das regras atualmente estabelecidas para o registro de preços no Decreto n.º 3.931/2001, de forma a estabelecer limites para a adesão a registros de preços realizados por outros órgãos e entidades, visando preservar os princípios da competição, da igualdade de condições entre os licitantes e da busca da maior vantagem para a Administração Pública, tendo em vista que as regras atuais permitem a indesejável situação de adesão ilimitada a atas em vigor, desvirtuando as finalidades buscadas por essa sistemática, tal como a hipótese mencionada no Relatório e Voto que fundamentam este Acórdão;

O Ministério do Planejamento pediu reexame da decisão, buscando a reforma do Acórdão, em 20 de dezembro de 2007. Em 03 de outubro de 2012, os Ministros analisaram o recurso e tornaram insubsistente, de ofício, o disposto no item acima citado, 9.2.2 do Acórdão 1.487/2007-Plenário. Contudo, determinaram que fosse cumprido o disposto nos itens 9.3.2.1.4 e 9.3.2.1.5 do Acórdão 1233/2012, que exigem que o Órgão Gerenciador fixe no instrumento convocatório o quantitativo máximo decorrente dos contratos derivados da Ata de Registro de Preços. Ainda segundo o TCU, a soma dos quantitativos das contratações derivadas não deve superar o quantitativo máximo estabelecido no edital. A doutrina critica o posicionamento do TCU:

Esse entendimento tem suas raízes na concepção de que a ausência de licitação é indício de irregularidade. Quando da publicação da Lei 8.666/1993, as licitações tornaram-se uma das principais ferramentas para impedir a corrupção nas compras públicas. Em razão disso, quanto mais rigoroso, quanto mais ortodoxo o procedimento, melhor. Em consequência, a licitação deixou de ser um instrumento para atingir um fim, e tornou-se ‘um fim em si mesma’, tendo setores inteiros de órgãos trabalhando para sua conclusão. (...) Se o fornecedor tem a capacidade de atender dez ou vinte órgãos sem prejudicar a qualidade de seu serviço ou produto, e sendo sua proposta mais vantajosa, por que não permitir aos órgãos in-

interessados aderi-la? É necessário, contudo, uma correta verificação das Atas antes de aderi-las, para que realmente demonstre-se a proposta mais vantajosa. (FERNANDES, 2011, p. 470).

Ora, se um preço registrado é vez após vez adotado por Órgãos caronas, é porque ainda mantém-se em vanguarda frente aos praticados no mercado, levando-se em consideração que tenha havido ampla pesquisa de mercado, conforme a norma manda. Sendo assim, há a proteção ao inte-resse público em cada adesão, por mais que o valor total exorbite e muitos os valores previstos no edital. E, justamente, porque há instrumento convocatório de grande alcance de publicidade nacional e uma modalidade de licitação bastante recorrente (o pregão eletrônico), há a forte possibilidade de um produto cotado a um determinado preço ser desejado por diversos órgãos de todas as partes do país.

Sendo assim, deve o fornecedor, no momento de cotação do preço a ser proposto, levar em consideração que a quantidade prevista no edital muito provavelmente será multiplicada diversas vezes, em razão da ampla publicidade do SRP. O que não pode acontecer é alijar a Administração Pública da contratação de produtos e de serviços com rapidez e economia de recursos somente porque o quantitativo global de adesões superou em muito o anteriormente estimado. Se uma con-tratação necessária atende aos princípios da economicidade e do interesse público, ela deve ser levada a cabo.

Malgrado o entendimento acima, o Decreto 7.892/2013 inovou ao estabelecer limites máximos globais para adesão à Ata de Registro de Preços de órgãos não participantes. No parágrafo 4º do Art. 22, tem-se que o total de adesões não pode exceder ao quántuplo do quantitativo de cada item registrado na ata para o órgão gerenciador e órgãos participantes. Para os fins desta norma, não importa quantos órgãos não participantes desejem ser caronas: o limite será sempre de cinco vezes o quantitativo inicial previsto.

Claramente a reprimenda advinda do Tribunal de Contas influenciou na elaboração deste comando, pois restou patente a insatisfação do Tribunal frente a adesões quase ilimitadas que ocorriam com frequência. Entretanto, percebe-se que o Poder Executivo preferiu empregar um meio-termo na solução da questão: não adotou a decisão do Tribunal de Contas da União, que

orientou aos gestores públicos que o somatório das contratações não poderia exceder o valor originário da contratação. Por outro lado, não manteve a condição extremamente flexível de outrora. Entre os “cem por cento” e o infinito, preferiram-se os quinhentos por cento.

No âmbito da Administração Pública Estadual, inicialmente havia o limite total de cem por cento para adesão de órgãos caronas, independente da quantidade de adesões, nos termos do artigo 31, §2º, do Decreto 25.728/2008, em sua redação original. Todavia, com a edição do Decreto 29.618, de 28 de novembro de 2013, tornou-se possível a aquisição de 100% (cem por cento) do quantitativo registrado, por cada órgão carona.

Por outro giro, e em consonância com o entendimento jurisprudencial e com a regulamentação em nível federal, foi estabelecido o limite global do quántuplo do quantitativo de cada item registrado na ata para o órgão gerenciador e órgãos participantes, independente do número de unidades não participantes (ou “caronas”), que aderirem, nos termos do parágrafo 3º do retrocitado artigo. Impende frisar ainda que tais hipóteses deverão estar previstas no instrumento convocatório da respectiva licitação.

CONCLUSÃO

O Sistema de Registro de Preços (SRP) é um dos institutos mais importantes para a modernização da Administração Pública no Brasil. Através de um procedimento inovador, rápido e eficaz, sua adoção por parte dos gestores públicos é incrementada com o passar dos tempos, impulsionada por opção do legislador e pelo sucesso desde a sua criação. Contudo, como qualquer institu-to incipiente, carece de maior aprimoramento em diversos institutos, eliminando assim dúvidas na atuação dos agentes públicos, bem como dos licitantes e demais interessados. No mesmo sentido, o procedimento carona visa reduzir os custos com contratações, possibilitando que diversos órgãos da Administração contratem tendo por base um único certame.

Enfim, a aplicação do procedimento “carona” no SRP deve levar sempre em consideração a busca pelo interesse público, finalidade maior da atividade administrativa. Não se deve deixar olvidar que a utilização deste instituto deve ser norteadada pela

análise das possibilidades estruturais e logísticas disponíveis em cada órgão não participante.

No âmbito do Sistema de Registro de Preços, também se deve levar em consideração o fato de ser um instituto recém-criado, com muitos questionamentos ainda pendentes. Deve-se sem-pre harmonizar os avanços econômicos e tecnológicos com as normas componentes do regime jurídico das licitações e contratos. Logo, com a ponderação entre a legalidade e a eficácia, a supremacia do interesse público restará sempre evidenciada, com a correto uso dos recursos disponíveis e pela manutenção da segurança jurídica, elementos indispensáveis para a realização de toda e qualquer atividade administrativa.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 07 jul. 2016.

_____. Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7892.htm>. Acesso em: 07 jul. 2016.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 07 jul. 2016.

_____. Lei nº 10.191, de 14 de fevereiro de 2001. Dispõe sobre a aquisição de produtos para a implementação de ações de saúde no âmbito do Ministério da Saúde. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10191.htm>. Acesso em: 07 jul. 2016.

_____. Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462compilado.htm>. Acesso em: 19 set. 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. Processo 008.840/2007-3. Julgado em: 01 ago. 2007. Relator Ministro Valmir Campelo. Disponível em: <www.contas.tcu.gov.br>. Acesso em: 07 jul. 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. Processo 011.772/2010-7. Julgado em: 23 maio 2012. Relator Ministro Aroldo Cedraz. Disponível em <www.contas.tcu.gov.br>. Acesso em: 07 jul. 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. Processo AC-1793-27/11. Julgado em 11 maio 2011. Relator Ministro Valmir Campelo. Disponível em www.contas.tcu.gov.br. Acesso em: 07 jul. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 30 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Sistema de Registro de Preços e Pregão Pre-sencial e Eletrônico. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HOSHINO, Cássia. Sistema de Registro de Preços: Aspectos Polêmicos. In: BOLZAN, Fabrício; MARINELA, Fernanda (Orgs.). Leituras Complementares de Direito Administrativo: Licitações e Contratos. Salvador: Juspodivm, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12 ed.. São Paulo: Dialética, 2008.

LEÃO, Eliana Goulart. O Sistema de Registro de Preços: uma revolução nas licitações. Campinas: Bookseller, 1996, p. 18.

SERGIPE. Decreto Estadual nº 25.728, de 25 de novembro de 2008. Aracaju, 2008. Disponível em: < http://www.comprasnet.se.gov.br/images/banners/decretos/decreto_25728-2008-srp.pdf >. Acesso em: 07 jul. 2016.

SERGIPE. Decreto Estadual nº 29.618, de 28 de novembro de 2013. Aracaju, 2013. Disponível em: < <http://www.comprasnet.se.gov.br/index.php/regulamentacao/column-blocks>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

O PROTAGONISMO DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Juliana Couto Vasconcelos

Assessora de Procurador de Justiça. Técnica do Ministério Público do Estado de Sergipe. Graduação em Direito pela Universidade Tiradentes – Unit. Coautora do livro “Temas Contemporâneos de Direito Público”.



INTRODUÇÃO

Direitos sociais são aqueles que visam garantir aos indivíduos o exercício e usufruto de direitos fundamentais, em condições de igualdade, para que tenham uma vida digna, por meio da proteção e garantias dadas pelo Estado Democrático de Direito. Tais direitos foram conquistados paulatinamente ao longo dos tempos, por meio da pressão de movimentos trabalhistas e sociais, sendo a maioria deles no século XX. Caracterizam-se por serem direitos fundamentais e necessariamente sujeitos à observância do Estado.

O Pacto Internacional das Nações Unidas de 1966 foi adotado pelo Brasil em 1992 e refletiu-se na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua emenda constitucional de 2010, resultando nos seguintes direitos definidos por seu Artigo 6º: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais são mais abrangentes e ao mesmo tempo detalhados do que os previstos no Artigo 6º da Constituição Brasileira. Os demais direitos estão positivados em outros artigos constitucionais e regulamentados por outros complexos conjuntos de leis.

É sabido que após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a instituição do Ministério Público ganhou um novo perfil perante os três poderes do Estado, alcançando independência para o exercício das suas funções, sem qualquer hierarquia ou subordinação. Todavia, tal avanço não pode ser somente atribuído à nossa Lei Maior, sendo também fruto de muita luta e labor, empreendidos por décadas de história.

No Brasil, vigora o Estado Democrático de Direito, sendo atribuição do Ministério Público a tutela de interesses sociais indisponíveis, por meio de inquéritos e ações civis públicas (Lei nº 7.347/85), além de outros procedimentos investigatórios destinados ao exercício de suas funções institucionais, o que representa um avanço material no ordenamento jurídico, já que privilegia a proteção coletiva da sociedade perante as demandas individuais.

Portanto, é digno destacar a importância da responsabilidade social do Parquet diante da sistemática moderna, sendo essencial para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

A seguir, análise de alguns temas correlatos aos desafios do Ministério Público na defesa dos direitos sociais.

O PROTAGONISMO DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

1. O MINISTÉRIO PÚBLICO EM DEFESA DA EDUCAÇÃO

A educação é o instrumento eficaz para a construção de uma nova realidade social. Com a Constituição de 1988, o Ministério Público tornou-se um veículo efetivo na promoção dos direitos políticos, civis e sociais. A educação é um direito fundamental reconhecido pela Constituição da República, sendo dever do Estado e da família assegurá-lo a todas as crianças e adolescentes. Por isso, cabe ao Ministério Público garantir o acesso e a permanência dessas pessoas na escola, a qualidade da educação e a

valorização dos profissionais, o combate à violência nas instituições de ensino e a gestão democrática da educação pública.

Na Constituição Brasileira de 1988, como dito anteriormente, a educação figura como direito social (art. 6º) e, também, como direito cultural (art. 205 a 214).

O artigo 205 da Constituição Federal prevê que “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Estes são os objetivos da educação, reproduzidos pelo artigo 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente: o pleno desenvolvimento da pessoa humana, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Deve-se observar, ainda, na educação de crianças e adolescentes, o Princípio da Prioridade Absoluta instituído pelo artigo 227 da Carta Magna e reafirmado pelo artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Neste diapasão, sabe-se que a intervenção ministerial está longe de se limitar à utilização da via jurisdicional, considerando a morosidade no trâmite dos processos judiciais e a resposta não esperada em muitos casos, ou então a atuar somente em algumas ações específicas, como por exemplo, em relação a uma ou outra criança ou adolescente sem vaga em escola, sem medicamento necessário, ou estando em outra situação de risco, sob pena de não se efetivarem os objetivos consignados na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A atividade do Ministério Público no cumprimento de sua missão constitucional é bem mais abrangente, como na área dos interesses difusos e coletivos, ao cobrar ações do Poder Público, da família e da sociedade, auxiliando no desenvolvimento de políticas públicas educacionais e exigindo suas implementações, atuando na defesa da melhoria da qualidade do ensino, do acesso e permanência na escola (vagas), combatendo à evasão escolar, inclusive fiscalizando a utilização dos orçamentos públicos destinados à educação e a correspondente aplicação das verbas públicas.

Para alcançar estes objetivos, o Ministério Público pode celebrar termo de ajustamento de conduta em inquérito civil, quanto a direito transindividual lesado ou ameaçado de lesão, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial, de acordo com o § 6º do artigo 5º da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública). Após a sua formalização, o compromisso de ajustamento deve ser encaminhado ao Conselho Superior do Ministério Público para homologação.

Também é de sua alçada realizar audiências públicas, propiciando debates com a sociedade civil, principalmente em relação a questões polêmicas e complexas relacionadas à proteção dos direitos e garantias das crianças e adolescentes pertinentes à educação, nos termos do artigo 27, “caput” e parágrafo único, inciso IV, da Lei Federal nº 8.625/93 e Lei nº 9.784/99, propiciando a aproximação do Ministério Público com a comunidade escolar.

Importante destacar ademais, a atuação na promoção de recomendações ministeriais, dirigidas a órgãos e entidades, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito, a teor do artigo 27, “caput” e parágrafo único, inciso IV, parte final, da Lei Federal nº 8.625/93.

Acresce-se ainda, que na área da educação, os Promotores de Justiça funcionam, muitas vezes, como



agentes mobilizadores, articuladores, incentivadores do trabalho em parceria, priorizando diálogos e acordos bastante válidos e eficazes nas ações sugeridas pelo Parquet. A celeridade na resposta desta atuação traz resultados mais exitosos, garantindo o resguardo dos Princípios da Proteção Integral e da Prioridade Absoluta preconizados na Carta Magna e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

2. O MINISTÉRIO PÚBLICO EM DEFESA DA SAÚDE

Quanto à defesa do direito à saúde, destaca-se no texto constitucional a proteção à vida. Tal direito, porém, foi adjetivado, tornando-se direito à qualidade de vida. Durante a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, a Declaração de Estocolmo/72 ressaltou que o homem tem o direito fundamental a “[...] adequadas condições de vida [...]”. Na Declaração do Rio de Janeiro/92, afirmou-se que os seres humanos “têm direito a uma vida saudável” (Princípio I) (MACHADO, 2004, p.47). Assim, não basta viver, é necessário que se tenha qualidade de vida (MACHADO, 2004, p. 48). Esta “qualidade de vida é um elemento finalista do Poder Público, onde se unem a felicidade do indivíduo e o bem comum, com o fim de superar a estreita visão quantitativa, antes expressa no conceito de nível de vida”

O Ministério Público teve seu perfil de atuação completamente redesenhado pela Constituição de 1988. Se antes o Ministério Público dedicava-se quase que exclusivamente à promoção da ação penal e às atividades de custos legis nos processos cíveis que envolviam interesses de incapazes, com a nova ordem constitucional tornou-se “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, caput).

De seu turno, o direito à saúde foi pioneiramente consagrado na Constituição de 1988. Sujeito ao regime jurídico dos direitos fundamentais, contou ainda com disciplina pormenorizada no artigo 196 e seguintes, dentro do título da ordem social, tratando o constituinte de conferir relevância pública às ações e serviços de saúde que, sendo promovidos pelo Estado, constituem um sistema único.

Voltando ao Ministério Público, o exame do texto constitucional permite-nos afirmar que se trata de

instituição vocacionada para a defesa do direito à saúde. Isso porque, a par da incumbência de defender os interesses sociais - e a saúde é um deles (art. 6º da CR/88), deve o Ministério Público, entre suas funções institucionais, “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (art. 129, II da CR/88) e, como dito, são de relevância pública as ações e serviços de saúde (art. 197 da CR/88); “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, III da CR/88).

Assim sendo, impõe-se a interlocução constante entre o Ministério Público, gestores, prestadores de serviço, usuários, profissionais de saúde e outros atores, com vistas ao fortalecimento do sistema de saúde brasileiro.

Por fim, o Ministério Público como instituição e seus membros na lida diária devem estar atentos às violações do direito à saúde e trabalhar diuturnamente pela concretização desse direito fundamental, que é condição indispensável para a vida com dignidade.

Para a solução da crise referente à saúde pública duas são as formas para resolver o problema, quais sejam colocar mais recursos (regulamentada pela emenda 29) e melhorar a gestão. Segundo Almeida (ALMEIDA, 2012):

O aumento de recursos tem limites claros. O

Brasil já desfruta de uma das maiores cargas tributárias do mundo, sob qualquer parâmetro de comparação: é a maior dentre os países emergentes, é das maiores na comparação com os desenvolvidos, na América Latina etc. Além da impossibilidade de se aumentar indefinidamente a carga tributária, a saúde pode ser o problema mais importante, mas não é o único. Os recursos do governo precisam ser direcionados para outros problemas, como educação, infraestrutura, política social, previdência etc. Sob qualquer prisma, sob uma análise mais cuidadosa ou mais geral, é muito difícil sustentar que a solução do tempo de espera para consultas e exames esteja no aumento dos recursos direcionados para a saúde.

Pois bem, o Ministério Público, que tem como missão institucional a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, atua não só como fiscal da lei, mas também como parte na defesa do direito à saúde, judicial ou extrajudicialmente.

Realizada uma pesquisa efetuada na promotoria pública do Estado de Sergipe constatou-se que a grande maioria dos casos afetos à saúde é resolvida de maneira consensual. É o que se verifica da obra “O Ministério Público Contemporâneo” (PESSOA, 2011, p. 72):

Com efeito, a intervenção do Ministério Público para efetivar direitos sociais, através de políticas públicas deve observar, prioritariamente, os mecanismos extrajudiciais, introduzidos pela Constituição Federal, a exemplo do inquérito civil e o termo de ajustamento de conduta.

Como defensor da sociedade civil e garantidor dos direitos sociais, a atividade do Ministério Público, além de ser pró-ativa, deve ter por escopo a cooperação entre os poderes. Dentro da esfera extrajudicial compete ao Ministério Público, conhecendo a ausência ou ineficiência dos serviços públicos necessários à implementação dos direitos fundamentais sociais, instaurar procedimentos que oportunize ao administrador apresentar seus argumentos e adequar sua conduta em termo próprio, sempre com escopo de concretizar as metas constitucionais.

Somente quando inviabilizado o diálogo com os gestores ou diante do inadimplemento do ajuste, seja o mesmo oriundo de uma pretensão individual homogênea ou coletiva, frente a resistência peremptória e injustificada destes em adequar-se à construção finalística dos textos constitucional e legal, deverá o Ministério Público transferir para o Judiciário a resolução do

conflito, excetuando termo de ajustamento de conduta ou promovendo Ação Civil Pública para obrigar a Administração a realizar os preceitos estabelecidos pelo constituinte.

Assim, quando não há solução do problema extrajudicialmente e/ou consensualmente, o Ministério Público deve agir como legitimado extraordinário propondo as ações cabíveis na defesa dos direitos à saúde, normalmente mediante o ingresso de ação civil pública na defesa dos direitos fundamentais sociais.

3. O MINISTÉRIO PÚBLICO EM DEFESA DA ALIMENTAÇÃO E DO TRABALHO

Já no que se refere a defesa da alimentação e do trabalho, o Ministério Público dispõe da ação penal para responsabilizar aqueles que, ao violarem as regras democráticas, cometam fatos penalmente típicos.

Na órbita civil, o Ministério Público pode valer-se do inquérito civil e da correspondente ação civil pública para garantir os direitos constitucionalmente previstos, tornando, assim, efetivo, por exemplo, os serviços e políticas públicas. Neste âmbito, pode, inclusive, ouvir representantes da sociedade civil e promover audiências públicas.

É dessa forma que se busca a defesa de minorias, como as vítimas de preconceitos, as pessoas portadoras de deficiência, os idosos, os índios e as crianças e adolescentes.

Deve, ainda, ser realizada, pelo Ministério Público, visita aos presos, fiscalizando e garantindo o direito ao aleitamento materno pelas presidiárias, uma das



maneiras de defesa da alimentação pelo Parquet.

Por fim, através desses mecanismos, o Ministério Público deverá combater a inércia governamental em questões como: mortalidade infantil, falta de ensino básico, falta de atendimento à saúde e alimentação saudável, defesa do meio ambiente e do consumidor, entre outras prioridades.

Assim sendo, deve o Ministério Público agir em defesa de interesse coletivo ou individual homogêneo que trate como um todo a respeito da coletividade. Na defesa de direitos individuais, sem caráter de indisponibilidade ou sem caráter social, não caberá a intervenção do Parquet.

E mais um exemplo significativamente eloquente dessa legitimação ministerial para a defesa dos interesses individuais indisponíveis (na busca da preservação de direitos cuja proteção interessa ao Estado), é, justamente, a ação de alimentos – na qual o órgão atua em juízo com vistas a garantir o direito constitucionalmente assegurado à vida, à integridade física e psíquica e, principalmente, à dignidade humana (art. 1º, CF). Tratando-se de alimentos, tem-se, então, a toda evidência, um interesse individual indisponível. Aliás, se fossem disponíveis os interesses relativos aos alimentos, despicienda seria, por conseguinte, a própria intervenção ministerial nas ações aforadas através da representação processual de advogados e permitida seria a ampla possibilidade de transação ou mesmo de renúncia ao direito alimentar (FARIAS, 2014).

Com relação à defesa do trabalho, o Ministério Público do Trabalho é o ramo do Ministério Público da União que tem como função atuar na defesa dos direitos individuais e coletivos na seara trabalhista.

O Ministério Público do Trabalho, se apresenta, atualmente, como um órgão de grande relevância para o ambiente laboral, pois atuará, conforme analisado posteriormente, sempre no resguardo do interesse do trabalhador, e de forma mais ampla, do interesse público.

A atividade do órgão ministerial na busca da defesa dos direitos dos trabalhadores pode dar-se através de palestras educacionais, audiências públicas, instauração de procedimentos investigatórios e inquéritos civis públicos – em órbita administrativa –, ou mesmo por meio de ação civil pública e ação anulatória trabalhista, em se tratando de demandas judiciais, sempre que necessário.

4. O MINISTÉRIO PÚBLICO EM DEFESA DA MORADIA, LAZER E DA SEGURANÇA

A despeito da defesa da moradia, lazer e segurança, tem-se que a cidadania, em um de seus aspectos, traz em si a ideia do direito fundamental da pessoa à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, entre outras garantias que o Estado deve assegurar.

O direito à moradia foi expressamente incluído entre os direitos sociais elencados no art. 6º, da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional nº 26, de 14/02/2000.

Segundo José Afonso da Silva (SILVA, 2006, p. 314), “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, com a mesma conotação de permanecer ocupando um lugar permanentemente”. O mesmo autor ensina que o direito à moradia tem duas faces: uma negativa, segundo a qual o cidadão não pode ser privado de sua moradia ou impedido de conseguir uma, implicando uma abstenção do Estado e de terceiros; e outra positiva, consistente no direito de obter uma moradia digna e adequada, ao qual corresponde o dever do Estado de promover ações positivas para viabilizar esse direito, embora não signifique o direito de cada um de obter a casa própria.

Ao lhe atribuir a missão institucional correspondente à defesa dos interesses sociais indisponíveis, o legislador constitucional, representando a soberania da vontade popular, depositou no Ministério Público a confiança de que se caracterizaria como o guardião dos chamados direitos sociais, inclusive do direito à moradia, conforme discriminados no art. 6º da CF.

Para que os direitos sociais, previstos neste artigo, possam ter efetiva implementação, mostra-se necessário que o Poder Executivo promova, enquanto responsável pelos atos de administração do Estado, a elaboração das chamadas políticas públicas, traçando estratégias de atuação na busca da efetivação dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, etc.

Segundo Eduardo Appio (APPIO, 2005, p. 217),

“as políticas públicas podem ser conceituadas como instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos”. E, ainda com Appio, citando Ronald Dworkin, “uma política é aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas)”.

Para Hugo Nigro Mazzilli (MAZZILI, 2009, p. 95):

Intervindo em razão da natureza da lide, o Ministério Público tem as seguintes formas de atuação: a) ora zela por interesse indisponível ligado à própria relação jurídica (como na ação que verse cumprimento de disposições de última vontade, na ação de nulidade de casamento e nas demais ações de estado de pessoa); b) ora zela por interesses que, mesmo sem serem propriamente indisponíveis, aproveitam a um grupo bastante disperso de pessoas, de maneira que se torna conveniente à coletividade, considerada como um todo, que sobrevenha a atuação ministerial (como nos interesses difusos, ou nos litígios e individuais homogêneos de larga abrangência social, ou nos litígios coletivos pela posse de terra rural).

O direito à moradia enquadra-se na última hipótese, de tal modo que o direito à moradia de uma única pessoa caracteriza direito individual que não justifica a atuação do Ministério Público. Porém o direito à moradia de um grupo de pessoas, ocupando uma mesma área ou edificação atinge suficiente repercussão social para ensejar a intervenção ministerial no processo.

Já há inúmeros julgados do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública em defesa do direito social à moradia, considerada como patrimônio social.

O Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, no que se refere, especificamente, à legitimidade para a defesa de interesses individuais homogêneos, assim sumulou: “O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: a) os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou ao acesso das crianças

e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico”(TEIXEIRA, 2000, p. 131)..

Deixou assente, pois, que o Ministério Público pode e deve assumir a defesa de quaisquer direitos ou interesses, condicionada sua legitimidade, entretanto, à revelada conveniência para a sociedade como um todo inclusive quanto à segurança com a Promotoria do Controle Externo na Atividade Policial (CHOUKE, 1995, p. 167-177), que se desenvolve, fundamentalmente, na própria realização do inquérito policial. E este é mera atividade administrativa, prévia ao exercício da ação penal, que tem por escopo proporcionar ao dominus litis elementos que o habilitem a instaurar a instância penal (MARQUES, 1961, p. 145).

5. O MINISTÉRIO PÚBLICO EM DEFESA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Com relação a previdência social, a Constituição Federal estipula que um dos objetivos fundamentais da República é o de promover o bem de todos, sem preconceito ou discriminação em face da idade do cidadão (bem como de origem, raça, sexo, cor e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, inciso IV).



Nos art. 127 e 129, a CF reserva ao Ministério Público a defesa dos direitos coletivos da sociedade, incluindo-se idosos. No campo individual, os idosos carentes devem contar com o apoio da Defensoria Pública (art. 134). A Lei Complementar nº 75, de 1993, nos arts. 5º e 6º, atribui ao Ministério Público a defesa do idoso.

O Ministério Público, em particular a Promotoria de Defesa do Idoso e do Portador de Deficiência, do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios está tomando medidas para a efetivação desses direitos.

Para o idoso que não integre o seguro social, ou seja, o benefício a que tem direito apenas quem contribui para a Previdência Social, a Constituição assegura a prestação de assistência social à velhice. Tal proteção deve se dar com os recursos orçamentários da previdência social e prevê, entre outras iniciativas, a garantia de um salário-mínimo mensal ao idoso que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família (arts. 203, V, e 204) (FERREIRA, 2014).

Especial destaque na proteção constitucional ao idoso é o papel da família. A família é a base da sociedade e merece atenção especial do Estado. A partir dessa conceituação, o Estado deverá assegurar assistência a cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (art. 226).

Ainda com respeito ao aspecto familiar, é dever da família, bem como do Estado e da sociedade, amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar (v. art. 3º) e garantindo-lhes o direito à vida.

6. O MINISTÉRIO PÚBLICO EM DEFESA DA PROTEÇÃO À MATERNIDADE E À INFÂNCIA

No que diz respeito à defesa da proteção à maternidade e à infância, pelo Ministério Público, tem-se que, uma vez compreendido que a questão da proteção à maternidade e à infância resume-se a um direito social, o problema que se vislumbra a seguir é, como garantir, ou tornar efetivo esse direito.

O tema é analisado com muita propriedade por Bobbio (BOBBIO, 1992, p. 25 e 63), que assim se manifesta em relação aos direitos sociais:

O problema que temos, diante de nós, não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

Descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva. Sobre isso, é oportuna a seguinte consideração: à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil. Os direitos sociais, como se sabe, são mais difíceis de proteger do que os direitos de liberdade.

No plano real, uma das formas de se garantir a proteção à maternidade e à infância é através de



políticas públicas, envolvendo ações do Estado, bem como da família e da sociedade em geral.

A infância foi devidamente tratada pelo legislador constitucional (art. 226/230), bem como infraconstitucional (Lei n. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente). Logo, verifica-se que o problema, envolvendo a criança e o adolescente, não é legislativo e sim da execução das normas traçadas pela legislação.

Nesse caso, a questão centra-se na administração pública e na participação da comunidade com a execução de políticas públicas que visem a dar o integral cumprimento ao que foi estabelecido no capítulo da ordem social e na legislação menorista.

Na área da infância e da juventude, a atuação Ministerial está traçada nos artigos 200 a 205 do Estatuto da Criança e do Adolescente, podendo ocorrer como “parte processual”, ou “fiscal da lei”, mas, nas duas hipóteses, como defensor intransigente dos direitos da criança e do adolescente. E, neste caso, ciente de que o ECA foi, estrategicamente, estruturado como meio para a materialização das políticas públicas, não se pode olvidar que a inserção do Ministério Público nesta legislação ocorreu de modo consciente, como forma de garantia de sua concretização. O Promotor de Justiça deixou de ser um mero fiscalizador da aplicabilidade da lei para atuar como um verdadeiro agente político. Deixou de ser o defensor do Estado, para assumir a defesa das crianças e dos adolescentes.

Este novo papel do Ministério Público tem proporcionado uma significativa mudança no Poder Judiciário, diante do instrumental jurídico colocado à sua disposição. Com efeito, ações judiciais de natureza social, coletiva e difusa passaram a integrar a rotina dos julgamentos de nossos tribunais, com a “análise de questões que nunca haviam sido enfrentadas”. Esta nova sistemática foi denominada por Fábio Konder Comparado como a “judicialização das políticas públicas que leva os membros do Judiciário a, não só dizer o direito tido como justo, mas também a preencher determinados conceitos a partir da interpretação constitucional” (FRISCHEISEN. 2000, p. 18).

Nesta nova sistemática institucional, especificamente em relação à criança e ao adolescente, o Ministério Público passou a exercer dois papéis

distintos: a) usufrutuário da política pública; b) garantidor da formulação e execução da política pública.

A primeira situação é detectada na área da infância, quando da aplicação das medidas de proteção previstas no ECA. É sabido que o Promotor de Justiça, ao conceder remissão ao adolescente infrator, pode, de forma cumulativa, aplicar-lhe medida de proteção. Esta, muitas vezes, traduz-se em ações de política pública, como programas de auxílio à família, à criança e ao adolescente (101, IV), ou de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e toxicômanos (101, VI).

Assim, com o emprego desse mecanismo estatutário, o Promotor de Justiça acaba por utilizar as políticas públicas existentes no município em sua atuação prática.

Por outro lado, no caso de omissão, inexistência, ou deficiência de políticas públicas, pode o Ministério Público, via ação judicial, ou extrajudicial, intervir para a sua concretização. Judicialmente, através das ações civis públicas e, extrajudicialmente, mediante o inquérito civil, procedimento preparatório de inquérito civil (com o compromisso de ajustamento) e recomendações. Pode ainda, utilizando-se da estrutura da Promotoria auxiliar, indiretamente, aqueles órgãos que também exercem a função de formuladores de política pública, através de fornecimento de informações, ou dados relativos a questão tratada.

De uma forma ou de outra, as políticas públicas e atuação do Promotor de Justiça, principalmente na área de infância, guardam uma relação tão estreita que fazem com que os direitos sociais e fundamentais previstos na legislação se tornem realidade.

7. O MINISTÉRIO PÚBLICO E A ASSISTÊNCIA AOS DESAMPARADOS

Por derradeiro, vem a assistência aos desamparados. Este é o direito fundamental social que protege os necessitados, garantindo-lhes o mínimo para uma vida digna, sem que haja contraprestação direta por parte dos beneficiários.

Ao lhe atribuir a missão institucional correspondente à defesa dos interesses sociais indisponíveis, o legislador constitucional, representando a soberania da vontade popular, depositou no Ministério Público a confiança de que se caracterizaria como o guardião dos direitos sociais.

DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO MECANISMOS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Conforme dispõem os artigos 127, caput; 129, caput e inciso III, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil, dentre outros dispositivos legais, incumbe-se o Ministério Público da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, podendo, para tal, fazer uso de vários instrumentos legais, a exemplo da Ação Civil Pública.

Como desdobramento lógico, a Constituição do Estado de Sergipe perfilha o mesmo regramento, consoante disposto nos artigos 116 e 118, inciso III. Explicitando as referidas funções institucionais, previu, ainda, a Lei Orgânica Nacional do Parquet (Lei nº 8.625/93), mormente em seus artigos 1º, caput; 25, inciso IV, alínea 'a'; 27, as mesmas atribuições aduzidas.

Sobreleva, nesse passo, que além dos preceitos legais, brotados da própria estrutura política do Estado Democrático de Direito Brasileiro, o instituto da Ação Civil Pública estampa a legitimidade do Ministério Público, como se infere do prescrito nos artigos 3º, 5º, 11, 12 e 19, todos da Lei nº 7.347/85.

De outro ângulo, conforme dispõem os artigos 127, caput; 129, caput e inciso III, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil, é dever institucional do Ministério Público zelar pela

manutenção da ordem jurídica, bem como atuar na proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, podendo, para tal, fazer uso de vários instrumentos legais, a exemplo da ação por ato de improbidade administrativa.

Dessa maneira, a Constituição do Estado de Sergipe, mais uma vez, perfilha o mesmo regramento, consoante disposto nos artigos 116 e 118, inciso III. Explicitando as referidas funções institucionais, imiscuiu a Lei Orgânica Nacional do Parquet (Lei nº 8.625/93), mormente em seus artigos 1º, caput; 25, inciso IV, alíneas a e b e 27, o representante do Ministério Público na defesa da impessoalidade e moralidade administrativa, promovendo, para tal mister, medidas judiciais visando a anular os atos inquinados de irregularidades.

A Lei nº 8429/92, por seu turno, prevê diversas condutas que quando realizadas pelo agente público, ensejam ato de improbidade administrativa. Deste modo, o faz agrupando tais comportamentos, em condutas que importem enriquecimento ilícito (art. 9º), que causem prejuízo ao erário (art. 10) e que atentem contra os princípios da administração pública (art. 11).

CONCLUSÃO

Com fundamento nas premissas alhures declinadas, constata-se, inequivocamente, que a inserção da Sociedade Brasileira no Estado Democrático de Direito perpassa, necessariamente,



pela defesa e efetivação dos Direitos Sociais devidamente elencados na Constituição Federal de 1988.

O Poder Constituinte Originário, por seu turno, conferiu, acertadamente, ao Ministério Público Brasileiro, enquanto instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e a tutela dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Para tanto, os membros do Ministério Público, num primeiro instante, deverão atuar, de forma proativa, eficiente e eficaz, na mobilização dos diversos atores sociais, tendo sempre por objetivo o fomento das políticas públicas constitucionalmente previstas e a concretização dos direitos sociais acima descritos, através do uso dos termos de ajuste de conduta, das recomendações e das audiências públicas.

De outro ângulo, ante a eventual ineficácia extrajudicial, o Ordenamento Jurídico Brasileiro outorgou ao Ministério Público mecanismos judiciais eficientes de concretização dos Direitos Sociais, por meio, notadamente, da Ação Civil Pública e da Ação de Improbidade Administrativa, oportunizando, assim, ao Poder Judiciário o exercício da força estatal capaz de compelir o gestor público aos ditames constitucionais correlatos.

Por tudo isto, não restam dúvidas que, com o advento da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público Brasileiro assumiu verdadeiro e inegável protagonismo na defesa e concretização dos Direitos Sociais nela previstos, sendo, pois, o mencionado Órgão Ministerial, agente ativo de transformação social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Alberto Carlos. O difícil problema da saúde. <<http://blogsaudedebrasil.com.br/2012/01/27/o-difícil-problema-da-saude/>>. Acesso em 16 Set. 2014

ÁPPIO, Eduardo. Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2005.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Campos, Rio de Janeiro: 1992.

BRASIL, Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

BRASIL, Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993.

BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

BRASIL, Constituição: República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CHOUKE, Fauzi Hassan. Garantias Constitucionais na Investigação Criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A legitimidade do Ministério público para Ação de Alimentos: uma Conclusão Constitucional. Disponível em < www.patriciafontanella.adv.br > Acesso em: 15 set. 2014.

FERREIRA, Vandir da Silva. Direito dos idosos. Disponível em <www.mprs.mp.br> Acesso em 15 set. 2014.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Políticas públicas – A responsabilidade do administrador e o Ministério Público. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2000.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. Políticas Públicas e Direitos Sociais. Disponível em <www.mpsp.mp.br> Acesso em: 16 Set. 2014.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro, 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros.

MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Vol. I, Rio de Janeiro: Forense.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 22ª ed., revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Luciano. Ministério Público e defesa da saúde. <<http://www.direitoesaudepublica.blogspot.com.br>>. Acesso em 18 Set. 2014.

PESSOA, Adélia Moreira et al. O Ministério Público Contemporâneo. Sergipe: Evocati, 2011.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TEIXEIRA, João Carlos. Dano moral coletivo na relação de emprego. Temas Polêmicos de Direito e Processo do Trabalho. NORRIS, Roberto (coordenador). São Paulo: LTr, 2000.

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA SOB A ÓTICA DO ART. 28 DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR

Lívia Munique Almeida Lima

Bacharela em direito pela Universidade Tiradentes – UNIT, em Itabaiana/SE. cursando especialização em Direito do Trabalho e Previdenciário, na Ciclo Renovando Conhecimento conveniada com a Faculdade Guanambi. Advogada.



INTRODUÇÃO

O presente artigo científico disserta sobre o instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica no código consumerista brasileiro, destrinchando-o através do confronto entre as duas teorias que o fundamenta.

A proposta deste artigo tem como escopo conceituar o tema em epígrafe, esclarecer a aplicação deste nas relações de consumo e apresentar as teorias que o disciplinam, quais sejam: a teoria maior, evidenciada no art. 28, caput, do Código de Defesa do Consumidor (CDC); e a teoria menor, prevista no art. 28, §5º, do CDC.

Justifica-se este trabalho pela importância do tema apresentado, uma vez que este instituto foi criado para evitar que pessoas jurídicas usem sua personalidade jurídica para cometer abusos de direito e fraudes à lei, trazendo, conseqüentemente, prejuízos aos consumidores.

No tocante à metodologia, utilizou-se de pesquisa bibliográfica e descritiva sobre a temática escolhida, com o uso de obras literárias de diversos doutrinadores, jurisprudência e textos da internet.

CONCEITO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

No entendimento de Farias e Rosenvald (2015 apud PEREIRA, 2004) a desconsideração da personalidade jurídica, de modo geral, é o desprezo episódico (eventual), no caso concreto, pelo Poder Judiciário, da personalidade própria de uma pessoa jurídica, como se esta não existisse, objetivando responsabilizar civilmente os seus sócios pelos atos abusivos ou fraudulentos que pratiquem sob o véu societário.

Conforme Khouri (2009 apud REQUIÃO, 1986), a desconsideração consiste em uma técnica para tornar ineficaz, no caso concreto, a personalidade jurídica, atribuindo à pessoa dos sócios, obrigações que, em princípio, são da pessoa jurídica.

Ainda de acordo com Khouri (2009), o princípio da autonomia atribui personalidade jurídica distinta da dos seus membros e sócios. Desta forma, pelo princípio da separação distingue-se, claramente, o patrimônio da pessoa jurídica do patrimônio dos sócios, isto é, estes não se confundem. Contudo, é cediço que a personalização jurídica somente pode servir para beneficiar a coletividade, desburocratizando transações e circulação de bens, pois, por exemplo, muitas dessas atividades não poderiam ser realizadas apenas por uma pessoa física. Assim, se a personalidade jurídica deixa de trazer benefícios à coletividade, admite-se, em determinadas situações, a suspensão do princípio da separação, para que se confunda o patrimônio individual do sócio com o da pessoa jurídica.

“A personalidade jurídica passa a ser considerada doutrinariamente um direito relativo, permitindo ao juiz penetrar o véu da personalidade para coibir os abusos ou condenar a fraude, através de seu uso” (REQUIÃO, 1986, p. 15).

A Desconsideração da Personalidade Jurídica é:

[...] um remédio jurídico que possibilita aos magistrados prescindirem da estrutura formal da pessoa jurídica para tornar a sua existência autônoma, como sujeito de direitos, ineficaz em uma situação particular. [...] o objetivo da Teoria da Desconsideração é imputar aos membros da pessoa jurídica a responsabilidade por abusos e fraudes perpetrados (CEOLIN, 2002, p. 1-3).

No ensinamento de Tartuce e Neves (2014), a pessoa jurídica é capaz de direitos e deveres na ordem civil, sem estarem vinculadas aos sócios que

a compõem. Desse modo, em regra, os componentes da pessoa jurídica só respondem subsidiariamente por débitos contraídos pela empresa, ou seja, primeiro deve ter sido esgotado o capital social da empresa, para que depois os sócios respondam por estas, ressaltando alguns tipos societários. De mais a mais, devido a este privilégio de exclusão da responsabilidade dos sócios ou administradores, a pessoa jurídica, por vezes, desvia-se de sua finalidade social, cometendo fraudes e lesando a sociedade ou terceiros.

Dessa forma, surgiu a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica como meio de coibir tais abusos, tornando possível alcançar pessoas e bens que se escondiam sob o manto da pessoa jurídica para práticas ilícitas e abusivas.

A desconconsideração da personalidade jurídica é conhecida pelas denominações: no Direito Inglês e no americano, como *disregard of legal entity*, *disregard of corporate entity*, *lifting the corporate veil*, *piercing the corporate veil*, *cracking open the corporate shell*; no Direito alemão, por *Durchgriff der juristischen Person*; no Direito argentino, por teoria de la penetración de la personalidad; e no Direito francês, *mise à l'écart de la personnalité morale* (OLIVEIRA, 2005, p. 535).

Ainda no entendimento de Oliveira (2005), conceitua-se a desconconsideração da personalidade jurídica como um afastamento momentâneo, eventual, da personalidade jurídica da sociedade, com o fim de alcançar a pessoa do sócio, em virtude de um ato por este praticado, no caso concreto. Destarte, aplicado o

instituto, determinado ato tornar-se-á ineficaz.

Em conformidade com o pensamento de Gonçalves (2011), o ordenamento jurídico confere às pessoas jurídicas, personalidade distinta da dos seus membros. Entretanto, estas se aproveitam dessa autonomia patrimonial e a usam como “véu”, “capa” para esconder seus negócios escusos, praticar fraudes e abusos de direito contra credores, locupletando-se de terceiros. Desta maneira, em reação a tais práticas abusivas, surgiu a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica.

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CDC

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Segundo comentário de Filomeno (2012), a desconconsideração da personalidade jurídica é outro instrumento de salvaguarda procedimental do consumidor, do âmbito individual ou coletivo, criado formalmente pelo art. 28, do Código de Defesa do Consumidor.

[...] A doutrina nos dá notícia dos primeiros passos no desenvolvimento da superação da personalidade jurídica no regime do common law onde merecem destaque as considerações de Maurice Wormser e Paul Hoffman. A abordagem sistemática do tema surgiu mais tarde através da monografia do professor alemão Rolf Serick. O mestre alemão destacava quatro princípios básicos a justificar a aplicação da *disregard doctrine*: o abuso do direito, a ilicitude, o paralelismo com a pessoa natural e, finalmente, o próprio direito objetivo. (...) Como diz Túllio Ascarelli: 'a existência de uma sociedade não pode servir para alcançar um escopo ilícito'. No direito Brasileiro a *disregard doctrine* deu seus primeiros passos a partir da obra de Rubens Requião ('Aspectos Modernos de Direito Comercial', Vol. I), recebendo ainda valiosas contribuições de autores como Fábio Konder Comparato ('O Poder de Controle na Sociedade Anônima'), e outros (...) Com o advento do Código do Consumidor – Lei nº 8.078/90 – o legislador pátrio deu sinais claros no sentido de inibir o abuso, a simulação e a gestão temerária da empresa. Através do dispositivo do art. 28 e seus parágrafos da lei de consumo, houve uma implementação a lei, de modo justo. Dedicou-se uma seção com um artigo e cinco parágrafos versando sobre a possibilidade de desconconsideração da personalidade jurídica. Cumpre observar no entanto, que a incidência



normativa do instituto deu-se apenas no tocante à relações de consumo (FILOMENO, 2012 apud FRASÃO, 1996, p. 49-53).

De acordo com a lição de Oliveira (2005), o termo desconconsideração da personalidade jurídica, surgiu pela primeira vez, expressamente, na legislação brasileira, mediante o Código do Consumidor, em seu artigo 28, possibilitando ao magistrado adentrar na pessoa jurídica. Ademais, o primeiro grande mestre e principal divulgador da disregard doctrine no país foi Rubens Requião, que abordou o tema pela primeira vez na Faculdade de Direito do Paraná, em 1967.

Extraí-se da obra dos juristas Tartuce e Neves (2014) que, visando coibir abusos de direito e fraudes à lei, cometidos pelas pessoas jurídicas, surgiu no Direito Comparado, a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica ou teoria da penetração.

A teoria é uma elaboração doutrinária recente. Pode-se considerar Rolf Serick os eu principal sistematizador, na tese de doutorado defendida perante a Universidade de Tubigen, 1953. É certo que, antes dele, alguns autores já haviam dedicado ao tema, como por exemplo, Maurice Wormser, nos danos (sic) 1910 e 1920. Mas não se encontra claramente nos estudos precursores a motivação centra (sic) de Serick de buscar definir, em especial a partir da jurisprudência norte-americana, os critérios gerais que autorizam o afastamento da autonomia das pessoas jurídicas (1950) (TARTUCE; NEVES, 2014 apud COELHO, 2008, p. 37).

Assevera o doutrinador Khouri (2009) que o primeiro caso de desconconsideração da personalidade jurídica foi o caso de Salomon vs. Salomon Oil Co., ocorrido na Inglaterra em 1897, quando a Salomon foi desconconsiderada e seus sócios responderam pela fraude ou abuso de direito constatada, uma vez que não havia bens da pessoa jurídica para responder por seus débitos.

É cediço que o Código Civil Brasileiro de 2002 (CC/02), acolheu, expressamente, a desconconsideração em seu artigo 50, o qual estabelece que:

Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. (BRASIL, 2015a)

Por sua vez, o Código do Consumidor também

adotou a disregard doctrine, em seu art. 28:

O juiz poderá desconconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. § 1º (Vetado). § 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa. § 5º Também poderá ser desconconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. (BRASIL, 2015b)

2. APLICAÇÃO NO DIREITO PÁTRIO

Farias e Rosendal (2015) sustentam que o ordenamento jurídico confere personalidade jurídica às empresas, permitindo que seja criada uma espécie de blindagem patrimonial, pela qual a pessoa jurídica responde com seu patrimônio por suas dívidas e obrigações. Tendo em vista a prática abusiva de alguns sócios, que se utilizam da estrutura autônoma e independente da pessoa jurídica para se esquivar da responsabilidade por prática de negócios fraudulentos e desvinculados da finalidade da empresa que prejudicam terceiros de boa-fé, surgiu, perante a jurisprudência e a doutrina, a necessidade de um meio de combater tal prática:

[...] surgiu a disregard theory (ou disregard of legal entity), moderna teoria que excepciona a regra da vinculação da responsabilidade patrimonial aos bens do ente coletivo, em favor de terceiros de boa-fé, evidenciando forte conteúdo de moralidade e ética nas relações privadas e garantindo a utilização da pessoa jurídica nos limites de sua função social. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 388)

Leciona ainda Farias e Rosendal (2015) que a utilização da desconconsideração da personalidade jurídica não implica em desprestígio do princípio da separação patrimonial entre a empresa e sócio, pelo contrário, busca fortalecê-lo, tentando coibir confusão patrimonial e desvios da finalidade da pessoa jurídica. Daí ser possível a afirmação de Farias e Rosendal:

teoria da desconsideração tende ao aperfeiçoamento da pessoa jurídica, porque, sem extingui-la, responsabiliza o sócio que abusou, por fraude ou por confusão patrimonial, da própria personalidade que lhe foi reconhecida pelo ordenamento (2015 apud GONÇALVES 2004, p. 389-390).

Por sua vez, entende Netto (2015) que a desconsideração da personalidade jurídica pode ser requerida tanto pela parte interessada como pelo Ministério Público. Todavia, a legislação civilista, não autoriza o magistrado a invocá-la de ofício. Em contrapartida, a lei consumerista, permite que o juiz aja de ofício.

No mais, repita-se, por oportuno, para fixar uma premissa fundamental: a desconsideração da personalidade societária “não implica anulação (despersonalização) ou desfazimento do ato constitutivo da sociedade empresária, mas apenas a sua ineficácia episódica”, como ressalta FÁBIO ULHOA COELHO. Não se confundem, pois, a desconsideração da personalidade jurídica (que é episódica e submetida a requisitos específicos) e a despersonalização da

empresa (que implicaria em extinção da empresa) (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 392).

Neste diapasão, argumenta Oliveira que,

[...] a disregard doctrine não visa anular a personalidade jurídica, mas somente objetiva desconsiderar no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas ou bens que atrás delas, se escondem. É o caso de declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo, todavia, a mesma incólume para seus outros fins legítimos (2005, apud REQUIÃO 1998, p. 537).

ANÁLISE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ARTIGO 28 DO CDC

1. TEORIA MAIOR

Na concepção de Gonçalves (2011), na teoria maior, é requisito para que o magistrado ignore a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a comprovação de fraude e de abuso de direito



pelos sócios. Esta teoria subdivide-se em objetiva e subjetiva. A objetiva tem como principal pressuposto a confusão patrimonial, constituída apenas com a existência de bens dos sócios registrados em nome da sociedade. Por outro lado, a subjetiva tem a presença do abuso da personalidade jurídica como pressuposto indispensável.

Na concepção de Gonçalves (2011), aparentemente, foi adotada a linha objetivista de Fábio Konder Comparato, na qual o pressuposto da desconsideração é a confusão patrimonial, não se limitando apenas às hipóteses de fraude e abuso, que são de difícil comprovação, dado seu caráter subjetivo. Assim sendo, se, por exemplo, pelo exame das contas bancárias de uma empresa, apura-se que a sociedade está pagando dívidas dos sócios, ou estes estão recebendo créditos daquela, comprovada estará a confusão patrimonial.

Entretanto, a confusão patrimonial “ela não exaure as hipóteses em que cabe a desconsideração, na medida em que nem todas as fraudes se traduzem em confusão patrimonial” (GONÇALVES, 2004 apud COELHO 2002, p. 252).

No mesmo viés, Coelho (2002), afirma que a linha objetivista facilita a tutela dos terceiros e credores prejudicados pelos atos fraudulentos sob o véu patrimonial. Desta maneira, admite-se a desconsideração da personalidade jurídica:

[...] para coibir atos aparentemente lícitos. A ilicitude somente se configurará quando o ato deixa de ser imputado à pessoa jurídica da sociedade e passa a ser imputado à pessoa física responsável pela manipulação fraudulenta ou abusiva do princípio da autonomia patrimonial. (COELHO, 2002, p. 43-44)

Na mesma linha de pensamento, afirma Gonçalves (2011) que os tribunais têm adotado a desconsideração da personalidade jurídica nos casos de confissão patrimonial demonstrada, por se tratarem de evidente fraude, autorizando a penhora de bens dos sócios.

Sob outra perspectiva, vem Tartuce e Neves (2014), afirmando que a chamada teoria maior, explica que a desconsideração para ser deferida, necessita da presença de dois requisitos: o abuso da personalidade jurídica e o prejuízo ao credor, teoria esta que foi adotada pelo art. 50, do CC/2002.

Corroborando com Tartuce e Neves (2014), Netto (2015) assevera que o ordenamento jurídico brasileiro

adotou a teoria Maior da desconsideração.

Isso significa que, de modo geral, para ser aplicada a teoria, é preciso que haja desvio de finalidade caracterizado pelo uso abusivo fraudulento (teoria maior subjetiva). Também será aplicada a teoria se houver confusão patrimonial, isto é, se inexistir, no campo dos fatos, separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e o dos seus sócios (teoria maior objetiva) (NETTO 2015, p. 275).

Nesse contexto, argumenta Netto (2015):

A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade. (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria subjetiva da desconsideração) (2015 apud STJ, REsp 279.273, Rel. Min. Nancy Andrichi, 3ª T, DJ 29/03/04).

Partindo desse prisma, a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica somente é possível, episodicamente, no caso concreto, ou seja, exige-se que haja a presença de um requisito específico para que esta seja aplicada e possa alcançar os bens dos sócios, em razão dos débitos da pessoa jurídica. Esta tese diferencia-se das demais que dispõem sobre a responsabilidade pessoal dos sócios, como nos casos de atos de má gestão nas sociedades anônimas.

A teoria maior subdivide-se em objetiva e subjetiva dependendo da exigência da existência ou não do elemento anímico. Na subjetiva é imprescindível a demonstração da fraude ou do abuso com clara intenção de prejudicar terceiros ou a lei, portanto, há a presença de um elemento subjetivo. Em contrapartida, na objetiva, desenvolvida por Fábio Konder Comparato, que redigiu o art. 50, do CC, a teoria prima pelos aspectos funcionais deste instituto, atrelados à confusão patrimonial e desorganização societária, exigindo requisitos específicos para efetivar a desconsideração (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 392-393).

Ainda sobre a visão objetiva da teoria maior, leciona Oliveira (2005), que a personalidade jurídica poderá ser desconsiderada quando da ausência dos pressupostos formais de separação do patrimônio advindos da personalização, previstos em lei; quando o objeto social de produção e distribuição de lucro da

empresativerdesparecidoousidodesviado;e,também, quando ambos se confundirem com atividades ou interesses pessoais dos sócios. De outra parte, pela concepção subjetiva, para que se desconsidere uma pessoa jurídica, separando o patrimônio da empresa do, dos sócios, é imprescindível a prova de que a pessoa jurídica realizou atos fraudulentos e abusivos.

Consoante Coelho:

O elemento subjetivo, consistente na intenção fraudulenta ou abusiva na utilização da pessoa jurídica, é imprescindível para a desconsideração da autonomia desta, e a prudência na aplicação dessa teoria, de forma a circunscrevê-la estritamente aos casos em que este elemento subjetivo se verifica, é condição de sua credibilidade e aceitação nos meios doutrinários e judiciais (COELHO, 1997, p. 79).

2. TEORIA MENOR

A teoria menor trata da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em todos os casos que haja comprometimento do patrimônio pessoal do sócio por obrigação da empresa, tendo a teoria como pedra de toque, o simples prejuízo do credor, para que seja afastada a autonomia patrimonial da pessoa jurídica (FARIAS; ROSENVALD, 2015).

Insta salientar que o Código do Consumidor, em seu art. 28, §5º, adotou a teoria menor, ao chamar de desconsideração da personalidade jurídica, a possibilidade de responsabilizar pessoalmente o sócio, em virtude de prejuízo causado ao consumidor pela empresa, sendo esta insolvente, independentemente da prática ou não de atos abusivos e fraudulentos. Neste caso, o mais relevante é que a empresa, por falta de patrimônio suficiente para honrar suas dívidas, tenha causado prejuízo a seus credores, os quais serão ressarcidos com o alcance do patrimônio pessoal dos sócios desta empresa (FARIAS; ROSENVALD, 2015).

Neste sentido, afirma NETTO (2015), que a teoria menor foi a adotada pelo art. 28, §5º, do CDC, por ser teoria mais benéfica ao consumidor, dado que não se exige prova de fraude ou abuso de direito, sendo necessária apenas a prova da confusão patrimonial entre os bens da pessoa jurídica e de seus membros. Nesta senda, deve-se demonstrar apenas se a pessoa jurídica não possui bens suficientes para saldar suas dívidas perante o consumidor.

Além de tudo, a teoria menor, também é considerada a adotada pelo art. 28, §5º, do CDC, conforme jurisprudência dominante:

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica (disregard of legal entity doctrine) incorporada ao nosso ordenamento jurídico tem por escopo alcançar o patrimônio dos sócios-administradores que se utilizam da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para fins ilícitos, abusivos ou fraudulentos, nos termos do que dispõe o art. 50 do CC: comprovação do abuso da personalidade jurídica, mediante desvio de finalidade ou de confusão patrimonial, em detrimento do interesse da própria sociedade e/ou com prejuízos a terceiros. No caso, em que se tratam de relações jurídicas de natureza civil-empresarial, o legislador pátrio, no art. 50 do CC de 2002, adotou a teoria maior da desconsideração, que exige a demonstração da ocorrência de elemento objetivo relativo a qualquer um dos requisitos previstos na norma, caracterizadores de abuso da personalidade jurídica, como excesso de mandato, demonstração do desvio de finalidade (ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica) ou a demonstração de confusão patrimonial (caracterizada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação patrimonial entre o patrimônio da pessoa jurídica e dos sócios ou, ainda, dos haveres de diversas pessoas jurídicas). A mera demonstração de insolvência da pessoa jurídica ou de dissolução irregular da empresa sem a devida baixa na junta comercial, por si sós, não ensejam a desconsideração da personalidade jurídica. Nesse sentido, a jurisprudência sólida desta Casa, na parte que interessa: [...] Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. [...] - A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração). - A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. - Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não



exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. - A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. - Recursos especiais não conhecidos (REsp 279.273/SP, TERCEIRA TURMA, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 4/12/2003, DJ 29/3/2004, p. 230).

Na visão de Tartuce e Neves (2014), a teoria menor exige apenas um elemento, qual seja o prejuízo ao credor. Tal teoria foi adotada pelo art. 28, do Código do Consumidor e pela Lei nº 9.605/1998, para os danos ambientais.

Nessa mesma vertente posiciona-se Gonçalves (2011), ao elucidar que a teoria menor considera o simples prejuízo ao credor como requisito para efetivar a desconsideração da personalidade jurídica, não se preocupando, no entanto, com a presença ou não de abusos ou fraude ao princípio da autonomia patrimonial.

3. APRECIÇÃO DO ARTIGO 28 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

3.1. ART. 28 DO CDC E CAPUT

O art. 28, caput, do CDC, enuncia que:

O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração (BRASIL, 2015c).

Nota-se que, além das hipóteses de fraude e abuso de direito, o caput do mencionado artigo, traz outras hipóteses que permitem o uso da desconsideração da personalidade jurídica.

Elucida Alvim: "Ocorre abuso de direito quando o fornecedor, por lei ou embasado no sistema jurídico, ou por força dos estatutos ou contrato social, puder praticar determinado ato, mas o faça de molde a prejudicar terceiro, a lesá-lo (consumidor)" (ALVIM, 1995, p. 182).

Segundo Coelho:

Excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social dizem respeito a um tema societário diverso, que é a responsabilidade do sócio ou do representante legal da sociedade por ato ilícito próprio, embora relacionado com a pessoa jurídica (COELHO, 1991, p. 142).

Nos dizeres de Alberton:

No que se refere ao excesso de poder, infração da lei, fato, ato ilícito, violação dos estatutos ou contrato social, não há desconsideração, pois aquele que excede o que lhe é permitido por lei, age contra a lei ou, dolosamente contra o estatuto ou contrato, responde por ato próprio. Já há previsão legal: no caso da sociedade de responsabilidade limitada (art. 10, Decreto nº 3.708, e art. 16); no caso da sociedade anônima (arts. 115, 117 e 158, Lei nº 6.404); demais casos, art. 159, CC (ALBERTON, 1993, p. 168-169).

Por sua vez, no que atine à falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração, diz-se que:

Quando ele [administrador] desatende às diretrizes fixadas pelas técnicas administrativas, pela chamada ciência da administração, deixando de fazer o que estas recomendam ou fazendo o que elas desaconselham, e deste ato sobrevêm prejuízos à pessoa jurídica, ele administra mal; e se ocorrer à falência da sociedade comercial, a insolvência da sociedade civil, associação ou fundação, ou mesmo encerramento ou inatividade de qualquer uma delas, em decorrência da má administração, então será possível imputar ao administrador a responsabilidade pelos prejuízos sofridos por consumidores (COELHO, 1994, p. 120).

Com esquite no entendimento de Netto (2015), às hipóteses de desconsideração da personalidade apontadas, não seriam, a rigor, casos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Por outro lado, a doutrina critica a inclusão das demais hipóteses previstas no caput do referido artigo, que não sejam as de fraude e de abuso de direito, já que o legislador aí desvirtuou a finalidade da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Isso porque não se pode punir atos de má gestão

de administradores das sociedades comerciais, nem responsabilizar os sócios que exerçam atividades para estas, qualquer que seja a modalidade de ato ilícito (KHOU, 2009, p. 204).

3.2. ART. 28 DO CDC E OS SEUS §§ 2º A 4º

Segundo a notável lição de Coelho (2009), a inserção dos §§ 2º, 3º e 4º do art. 28 do CDC, na matéria da desconsideração da personalidade jurídica é inoportuna, julgando pela substancial diferença entre os assuntos tratados:

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa (BRASIL, 2015d).

Ainda seguindo a intelecção do doutrinador Coelho (2009), as sociedades pertencentes ao mesmo grupo são responsáveis, subsidiariamente, umas das outras, perante os consumidores. Da mesma maneira, responde a sociedade controlada, perante o consumidor da controladora. Já as sociedades consorciadas respondem solidariamente; e, as coligadas, apenas respondem se demonstrada a culpa.

Netto (2015), por sua vez, critica os parágrafos em tela, visto que estes dispositivos, pouco ou nada, têm a ver com a teoria da desconsideração da pessoa jurídica. Estes apenas vão de uma pessoa jurídica a outra, buscando proteger, tão somente, o consumidor, alargando a esfera passiva por danos causados ao consumidor.

3.3. ART. 28 DO CDC E O § 5º

A redação do §5º prevê: “Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores” (BRASIL, 2015c).

Tartuce e Neves (2014) dizem que pela redação do citado parágrafo, basta mero prejuízo ao consumidor para que seja aplicada a desconsideração. Entendendo, portanto, que não é eficaz o §5º do art. 28 do CDC, posto



que desprestigia construção doutrinária consolidada, além do que objetiva, em última análise, proteger a coletividade. E, em oposição aos protestos civilistas, este parágrafo costuma ser aplicado, amplamente, pela jurisprudência como precursor da teoria menor.

Na concepção de Farias e Rosenvald (2015), o §5º, autoriza a desconsideração da pessoa jurídica quando, esta, de alguma maneira, obste ao ressarcimento de prejuízos causados a terceiros (consumidores). Sendo assim, há a possibilidade de aplicação da disregard doctrine apenas quando for impossível o ressarcimento do dano devido ao exaurimento do patrimônio da empresa, ampliando as hipóteses de cabimento desta teoria. Consigne-se também que, a aplicação da teoria menor, prevista neste parágrafo, restringe-se às relações de consumo, não se aplicando às relações privadas em geral.

Justifica-se o largo espectro de incidência da teoria da superação no campo das relações de consumo em face da necessidade de conferir dilatado amparo aos consumidores, almejando o reequilíbrio das relações sociais, em razão de sua hipossuficiência e vulnerabilidade. Assim, permite-se o levantamento do manto societário da pessoa jurídica não apenas pela prática de atos abusivos, mas, igualmente, sem que qualquer

irregularidade societária tenha cometida, em hipóteses de má administração ou de insolvência patrimonial (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 396).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No transcorrer deste trabalho científico, foram feitas várias abordagens direcionadas ao estudo do instituto da desconsideração da personalidade jurídica na legislação consumerista.

Conceituou-se o termo desconsideração da personalidade jurídica, como sendo um instrumento do Direito utilizado para invadir o patrimônio pessoal do sócio, que compõe determinada pessoa jurídica, o qual se valeu da pessoa jurídica para praticar atos abusivos ou fraudes à lei.

Após, foram dadas pinceladas sobre a evolução histórica do instituto em comento, desde sua criação, com o famoso caso Salomon vs. Salomon Oil Co., até os dias atuais, com o acolhimento da desconsideração no Código do Consumidor Brasileiro.

Expôs-se também que, a desconsideração não tem o intuito de confrontar o princípio da autonomia patrimonial, pelo contrário, visa protegê-lo das fraudes e abusos que os sócios cometem sob o véu da pessoa jurídica, causando confusão patrimonial entre o patrimônio desta e o daqueles. Ademais, evidenciou-se que, diferente do que se permite na legislação civil, na consumerista, permite-se que o magistrado, de ofício, invoque a desconsideração da personalidade jurídica, diante de cada caso concreto.

No desenvolvimento do texto, procedeu-se à análise das duas teorias que fundamentam a desconsideração da personalidade jurídica: a teoria maior e a teoria menor. A teoria maior, adotada pelo Código Civil, defende que a desconsideração somente deve ser aplicada se comprovada a fraude à lei ou abuso de direito cometidos pelos sócios da pessoa jurídica, os quais causaram confusão patrimonial, com ou sem o elemento anímico em sua conduta. A teoria menor, ao revés, adotada pelo Código do Consumidor, por ser claramente mais benéfica aos consumidores, sustenta que a personalidade jurídica pode ser desconsiderada, desde que reste comprovada a insolvência da pessoa jurídica, ou seja, que esta não detenha capital social suficiente para cumprir com suas obrigações perante credores e/ou terceiros. Portanto, para a teoria menor, pode haver a desconsideração, independente de prova de abusos, fraude ou confusão patrimonial.

Analizou-se ainda, pontualmente, todo o art. 28 do CDC, artigo este que admite, expressamente, a desconsideração da personalidade jurídica. Por tal apreciação, foi possível identificar o visível conflito existente entre a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica nas relações de consumo, em conformidade com o caput, ou com o §5º do artigo. Isso porque, o caput segue os preceitos da teoria maior, aplicada pela legislação civilista; já o §5º, segue os mandamentos da teoria menor. Nesta senda, eis que surge a discussão doutrinária sobre qual teoria é a que deve ser adotada pelo CDC.

Pelo presente trabalho, é notório que a doutrina tende a adotar a teoria maior como a que deve ser aplicada pelo CDC, por ser a utilizada nas relações privadas em geral e garantir a preservação

do princípio da autonomia patrimonial, sendo os sócios responsabilizados civilmente pelos danos que causarem aos consumidores, somente com a comprovação das hipóteses previstas no caput do art. 28 do CDC. Por este motivo, a doutrina entende que, ao invés do §1º do mencionado artigo, deveria ter sido vetado o §5º, pois vai de encontro aos fundamentos do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Em contrapartida, a jurisprudência entende que a teoria menor deve ser a aplicada no direito consumerista, por ser a mais benéfica para os consumidores, abrangendo várias situações, no caso concreto. Assim, basta a insolvência da pessoa jurídica, para que esta seja desconsiderada e os consumidores possam ser ressarcidos. Ademais, os adeptos desta teoria, sustentam que o instituto não viola o princípio da autonomia patrimonial, porque acreditam que a desconsideração é meio pelo qual mantém separados os patrimônios da empresa e de seus sócios.

Por fim, existe uma preocupação doutrinária de que a desconsideração defendida pelo §5º do art. 28 do CDC, comece a ser usada por consumidores mal-intencionados que apenas querem tirar proveito das pessoas jurídicas e, por meio da facilidade que este instituto oferece, apenas com a comprovação da insolvência da empresa, consigam alcançar o patrimônio dos sócios da empresa, mesmo que não seja comprovado que estes agiram com abuso ou fraude à lei. Deste modo, tal interpretação sobre a aplicação da desconsideração, pode causar uma insegurança jurídica, sobrepondo os direitos particulares dos consumidores em detrimento dos direitos da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, até mesmo dos direitos da coletividade,

Todavia, conclui-se, que diante da vulnerabilidade e hipossuficiência imputada aos consumidores, parece mais acertado que seja aplicada a teoria menor, explicitada pelo §5º do art. 28 da legislação consumerista, a qual facilita que os consumidores possam ser ressarcidos de danos e/ou prejuízos que lhe sejam causados pelas pessoas jurídicas, mesmo que estas não disponham de capital social suficiente para adimplir suas dívidas, alcançando, assim, o

patrimônio dos sócios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERTON, Genacéia da Silva. A desconsideração da pessoa jurídica no Código do Consumidor: aspectos processuais. Disponível em: <[http://www.ambito-](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2095)

[juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2095](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2095)>. Acesso em: 23 out. 2015

ALVIM, Arruda; et. al. Código do Consumidor comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. REsp 279.273, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T, DJ 29/03/04. Acesso em: 23 out. 2015a.

_____. REsp 279.273/SP, TERCEIRA TURMA, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 4/12/2003, DJ 29/3/2004, p. 230. Acesso em: 24 out. 2015b.

_____. Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 26 out. 2015c.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 out. 2015d.

CEOLIN, Ana Caroline Santos. Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. O empresário e os direitos do consumidor. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. Manual de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Curso de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Curso de direito comercial. São Paulo:

Saraiva, 2008.

_____. Curso de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil 1: parte geral e LINDB. São Paulo: Atlas, 2015.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012.

FRASÃO, Charles Renaud. A desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro. Revista da Escola Superior de Magistratura. Rio Grande do Sul, 1996.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Oksandro. Desconsideração da personalidade jurídica. Curitiba: Juruá 2004.

KHOURI, Paulo R. Roque A. Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. São Paulo: Atlas, 2009.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. Manual de Direito do Consumidor: à luz da jurisprudência o STJ. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Manual de direito empresarial. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

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

REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. Curso de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 1998.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual. São Paulo: Método, 2014.

AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO NOS MOLDES DA RESOLUÇÃO DO CNJ Nº 213/15 PARA O ADOLESCENTE INFRATOR

Marcia Jaqueline Oliveira Santana

Bacharela em direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós graduada em Ciências Criminais no Instituto Excelência Ltda e em Direito do Estado na Faculdade Baiana de Direito. Mestrado em andamento em Constitucionalização do Direito na Universidade Federal de Sergipe. Promotora de Justiça no Ministério Público de Sergipe



INTRODUÇÃO

Em 2015, começou a implantação de audiência de custódia no Brasil. Esta implantação se fundou na necessidade de respeito a tratados internacionais ratificados pelo país e promulgados via decretos em 1992 e foi regulamentado o procedimento que traria o corpo do preso literalmente para audiência em que se decidia acerca da legalidade, adequação e conveniência da sua prisão. A expressão latina *habeas corpus*, significa que tenhas o corpo, mas no Brasil não se exigia para o julgamento a efetiva presença do preso ou detido, sendo uma faculdade quase nunca exercida pelo Juízo.

Não se pode olvidar que a implementação da audiência de custódia está ligada à problemática da superlotação carcerária, situação que foi discutida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 347, em que se deferiu medida cautelar para adoção de audiência de custódia em 90 dias em todo o país.

Este artigo visa também investigar os caminhos percorridos pela Jurisprudência brasileira desde 1992 com a promulgação dos tratados internacionais denominados Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica e do Pacto Internacional sobre Direitos civis e Políticos, até a implantação nacional da Audiência de Custódia. Serão examinados os motivos que culminaram nessa necessidade de implantar um direito depois de vinte anos de seu reconhecimento legal, especialmente a questão da superlotação carcerária e se esse problema também afeta os locais de internação de adolescentes infratores.

Busca-se também avaliar as diferenças entre a audiência de custódia regulamentada pela Resolução do Conselho Nacional de Justiça - CNJ nº 213 de 15 de dezembro de 2015 e a audiência de apresentação prevista no art. 184 do Estatuto da Criança e do

Adolescente - ECA, e se é necessária a extensão do que foi regulamentado pela audiência de custódia de adultos para os adolescentes infratores.

A audiência de custódia também pode ser denominada de audiência de apresentação, conceito que inclusive é mais adequado a audiência em si, que pode optar pela custódia ou liberação do indivíduo. No entanto, o termo audiência de custódia foi adotado pela Resolução do CNJ e consagrada nas implantações deste projeto ao longo do país.

DO PROBLEMA DA SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA E SITUAÇÃO DAS UNIDADES DE INTERNAÇÃO SOCIOEDUCATIVA

Está amplamente demonstrada a superlotação no sistema carcerário.

A situação é dramática, segundo o CNJ havia 563.526 pessoas presas no Brasil em 2014, 711.463 incluídas aquelas que estão em prisão domiciliar, o deficit de vagas no sistema é de 206.307. As vagas no sistema totalizam 357.219 e o número de pessoas presas sem computar a prisão domiciliar é de 563.526. O Brasil é o 4º do Ranking dos 10 países com maior população prisional em termos absolutos, se excluído o número de pessoas em prisão domiciliar, o que o faria subir para a 3ª posição à frente da Rússia. Caso todos os mandados de prisão em aberto fossem cumpridos teríamos 1.085.454 pessoas presas, desta forma o deficit de vagas no sistema é de 728.235 (CNJ, 2014).

Em 2014, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública registrou que havia 607.373 presos no sistema penitenciário e na custódia das polícias, desse total 37,9% estava na faixa etária de 18 a 24 anos e de 22,8%, na faixa etária de 25 a 29 anos. Entre 1999 e 2014 o

número de presos triplicou e não houve melhoria significativa de sensação de segurança, sequer de redução de crimes, mantida a mesma aceleração, serão 1,9 milhão de presos em 2030. Assim, como as principais vítimas do encarceramento, 68% das vítimas de morte por agressão eram pardas e pretas e 53% tinham entre 15 e 29 anos (2015).

Segundo o IPEA apenas um entre cada quatro condenados é reincidente legalmente, a famigerada taxa de reincidência de 70% refere-se ao número de pessoas que colecionam diversas passagens pelo sistema (2015, p.111).

A situação das unidades de internação é também preocupante.

Nas unidades de internação para adolescentes, segundo o CNJ a taxa de ocupação média no Brasil em 2011 é de 102%, os piores índices foram encontrados no Ceará (221%), Pernambuco (178%), Bahia (160%), Sergipe (108%), Paraíba (104%) e Alagoas (103%), o que indicou haver superlotação do sistema. O caráter aflagrante da medida socioeducativa de internação pode ser percebida nos seguintes dados: mais de 10% dos estabelecimentos registrou situações de abuso sexual, ocorreram mortes por homicídio em mais de 5% das unidades, havendo também registros de morte por suicídio, um terço dos adolescentes declarou sofrer agressão física pelos funcionários, 19% respondeu sofrer castigo físico e 10% recebeu agressões da Polícia Militar dentro da unidade, um quarto dos estabelecimentos registrou haver rebeliões ou motins no período da pesquisa (2012).

Em São Paulo, na Fundação Casa, no mês de maio de 2016, 107 adolescentes com medidas de internação determinadas judicialmente, foram liberados após cinco dias à espera de vagas. Segundo a reportagem são todos jovens envolvidos em casos graves, a maioria de roubos com emprego de arma de fogo e os motivos para a liberação decorreriam da paralisação de servidores e não manutenção de 70% da categoria em serviço. No ano passado, havia 9.374 jovens infratores na fundação, ante um total de 8.311 vagas disponíveis, também neste ano foi registrado o maior número de fugas, 487. A recusa de vagas é corriqueira (PAGNAN, 2016).

Registre-se que segundo o CNJ em 2011, São Paulo apresentava 112 estabelecimentos de execução de medida socioeducativa, o que representa mais que um terço do total de estabelecimentos existentes no País (2012, p.37).

De acordo com a Anistia Internacional, o sistema de justiça juvenil apresentou superlotação severa e condições degradantes, tendo vários adolescentes morrido em custódia além de grande número de denúncias de tortura e de violência contra meninos e meninas, esta instituição considerou que se aprovada a emenda constitucional da redução da maioridade, esta violará diversas obrigações do Brasil diante da legislação internacional de direitos humanos relativa a proteção dos direitos da criança e do adolescente (2015, p.84).

Para João Batista Costa Saraiva, a crise do sistema de atendimento a adolescentes infratores privados de liberdade é grave, sendo ainda pior a crise que assola o sistema penitenciário, sistema ao qual os defensores da redução da maioridade penal pretendem transferir os adolescentes acima de 16 anos que infrinjam a lei penal. Ressalta também o caráter aflagrante da medida socioeducativa de internação, já que envolve privação de liberdade (2009, p.96).



Segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública foram 15.221 adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de internação e 5.573 em medida de internação provisória em 2013. Os atos infracionais representaram 42% de roubo, 24,8% de tráfico e de 9,2% de homicídio em 2013. Em 1996 eram 4.245 adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa e 23.066 em 2013, percebe-se que quintuplicou o número de adolescentes, sem que houvesse um aumento de segurança ou de redução de crimes cometidos por estes (2015, p.124-129).

Segundo levantamento do SINASE em 2013, 57% dos jovens em restrição e privação de liberdade são considerados negros e pardos (BRASIL, 2015, p.31).

Desta forma, diante da superlotação dos sistemas de internação para adolescentes, frequentes violações

a direitos dos internos neste sistema é perceptível que devem ser adotadas cautelas para evitar a superlotação nestas unidades, já que há unidades onde a superlotação já existe e há muitas unidades trabalhando no limite de suas capacidades.

Não se deve olvidar também que é alta a taxa de retorno de egressos dos dois sistemas a indicar que o problema da criminalidade e da violência não serão atendidos com a construção de mais unidades para atendimento do deficit. O recrudescimento e ampliação da sanção penal são mais soluções reativas e que não avançam na pauta da modernização da segurança pública.

DA ADOÇÃO DE AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO

Para resolver o problema da superlotação carcerária editou-se a lei nº 12.403/2011 que alterou as medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal a fim de que somente fosse determinada prisão preventiva quando não cabível a substituição por outra medida cautelar.

No entanto, a média de prisão provisória em relação ao total de presos provisórios continua alta, 41% no Brasil segundo o CNJ (2014, p.8).

Para a Organização dos Estados Americanos - OEA, a aplicação arbitrária e ilegal da prisão preventiva é um problema crônico em muitos países da região. Assinalou o uso excessivo da prisão preventiva como uma das causas da superlotação e da falta de separação entre processados e condenados. A alta incidência de pessoas presas preventivamente são causadas pelo atraso na tramitação dos processos penais, ausência de assessoria legal adequada, influência da opinião pública e tendência de promotores e juízes de ordenar mandados de prisão para aquelas pessoas cujo processo está em trâmite em vez de recorrer a outras medidas, um problema complexo de deficiências estruturais nos sistemas de administração da justiça, receio de ameaças a independência judicial

e arraigada cultura e prática judicial (2013, p.2-3).

Constatou que há normas internacionais vinculantes que reconhecem o direito à presunção de inocência e excepcionalidade da detenção preventiva, assim como compromisso estabelecido de adotar medidas necessárias para remediar as condições desumanas das prisões e reduzir ao mínimo o número de detidos a espera de um julgamento. Também considerou que a prisão preventiva é contra a essência do Estado Democrático de Direito e resulta em uma espécie de pena antecipada. Não encontrou nenhuma informação empírica que demonstre que um aumento no uso da prisão preventiva contribui para diminuir os níveis de delinquência ou violência. (OEA,2013, p.7).

A OEA então recomendou que a prisão preventiva não seja usada como ferramenta de controle social ou forma de pena antecipada e que seja analisado o impacto real do uso excessivo da prisão preventiva sobre o fenômeno da delinquência. (2013, p.14).

Em fevereiro de 2015, o CNJ, o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo - TJ/SP lançaram o projeto Audiência de Custódia, para garantir a apresentação rápida do preso a um juiz em casos de prisão em flagrante, conforme previsto no art. 9, item 3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e art.7, item 7 do Pacto de São José da Costa Rica. Foi editado o Provimento nº 3 e 4/15 regulamentando as audiências de custódia em São Paulo. Estes provimentos foram discutidos no Supremo Tribunal Federal - STF por meio da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 5240 proposta pela Associação de Delegados de Polícia alegando-se sua inconstitucionalidade por usurpar a competência exclusiva da União e impacto nas atividades dos delegados em virtude dos provimentos do TJ/SP.

Na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade - ADI nº 5240 ficou assentado que o provimento atacado regulamenta procedimento legal de habeas corpus não exorbitando ou contrariando a lei processual vigente, não usurpa a competência da União, situando-se dentro dos limites da autogestão prevista no art. 96, I da Constituição Federal -CF e já



há legislação federal em sentido estrito legitimando a audiência de apresentação. No julgamento desta ADI discutiu-se acerca da escolha do termo audiência de custódia ou audiência de apresentação e no voto do Ministro Relator Luiz Fux, este cita que a denominação custódia, dá a ideia de que é para custodiar e não liberar eventualmente o preso e portanto a terminologia apresentação seria mais adequada, no entanto ao longo dos votos utiliza-se o termo custódia.

Sob outra perspectiva o Partido Socialismo e Liberdade - PSOL propôs a ADPF nº 347 em que pleiteou o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional relativamente ao sistema penitenciário brasileiro, adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos por ação e omissões dos Poderes Públicos da União, Estados e Distrito Federal. Destacou na inicial a superlotação e as condições degradantes do sistema e a ofensa a dignidade da pessoa humana, vedação da tortura e tratamento desumano, direito de acesso à Justiça, saúde, educação, trabalho e segurança dos presos. Pleiteou diversas liminares tais como determinação de que: juízes e tribunais lancem em casos de determinação/manutenção de prisão provisória, motivação expressa pela não aplicação

das medidas cautelares prevista no art.319 do CPP; a realização de audiência de custódia em até 24 horas contados do momento da prisão; consideração do quadro dramático do sistema penitenciário no implemento de cautelares; estabelecimento de penas alternativas à prisão, fruição de benefícios e direitos dos presos e abatimento da pena. Por maioria, na apreciação dos pedidos cautelares, determinou-se aos juízes e tribunais em 90 dias a realização da audiência de custódia com a apresentação do preso em prazo máximo de 24 horas, contado da prisão e à União a liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN para a finalidade que foi criado, abstendo-se de realizar contingenciamento.

Em dezembro de 2015, o CNJ estabeleceu a Resolução nº 213 e fixou a obrigatoriedade da audiência de custódia e estimulou sua implementação em todos os tribunais do país, a fim de cumprir os art. 9, item 3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e art.7, item 7 do Pacto de São José da Costa Rica.

Foi um longo caminho para que o Brasil decidisse aplicar esses dispositivos constantes nestes tratados internacionais.

A previsão da audiência de custódia foi respaldada no âmbito internacional inicialmente no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos adotado em 1966, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 592/1992, quando preconizava no art.9º, n.3 que qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deve ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade.

A Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, denominada comumente de Pacto de São José da Costa Rica, dispõe no art. 7, n. 5 que toda pessoa presa detida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. Este tratado entrou em vigor internacionalmente em 1978, mas o Brasil só aderiu em 1992.

Com a ratificação destes tratados pelo Brasil, a discussão que se iniciou tratou da constitucionalidade da prisão do depositário infiel face a dispositivo constitucional que o permitia e a legislação ordinária Decreto-lei nº 911/69 que equiparava o devedor fiduciante ao depositário infiel para fins de prisão civil. O Plenário do STF discutiu a matéria no HC nº 72.131/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 22 de novembro de 1995, ou seja, após a ratificação dos tratados internacionais que vedam a prisão por obrigação contratual (art.7º, n.7 do Pacto de São José da Costa Rica e art. 11 do Pacto de Direitos Civis e Políticos) e decidiu-se que os diplomas normativos de caráter internacional adentram o ordenamento jurídico interno no patamar da legislação ordinária e eventuais conflitos seriam resolvidos pela regra que lei posterior revoga a anterior, diante desta regra, poderia se pensar que como os decretos que ratificaram os tratados eram posteriores a 1969, sendo de 1992, estes o revogariam, no entanto, aplicou-se a seguinte regra: norma geral não revoga legislação ordinária de caráter especial e assim o D.L nº 911/69 foi considerado norma especial e o Pacto de São José da Costa Rica, lei geral ordinária que não revogaria este decreto.

A tese da legalidade ordinária dos tratados internacionais prevaleceu no STF, mantendo o entendimento firmado no HC nº 80.004/SE julgado

em 01/06/1977 com Relator Min. Cunha Peixoto, assim como a da aplicação da regra de que lei posterior revoga a anterior, sendo mantida esta tese em julgados posteriores a Constituição Federal de 1988 (RE nº 206.482-3/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 27/05/1998, HC nº 81.319-4/GO, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 24.04.2002, ADI-MC nº 1480/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18.5.2001, HC nº 81.139/GO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.8.2005, HC nº 79.870/SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 20.10.2000, HC nº 77.053/SP, Rel. Min. Maurício Correa, DJ 4.9.1998, RE nº 206.482/SP, Rel. Min. Maurício Correa, DJ 5.9.2003, RHC nº 80.035/SC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.8.2001).

A cláusula constante no §2º do art. 5º da CF que estabeleceu que os direitos e garantias expressos na Constituição Brasileira não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, não sensibilizou os membros da Suprema Corte para modificarem a jurisprudência que ainda assim considerava os tratados internacionais equivalentes a legislação ordinária.

A aprovação da emenda constitucional nº 45 em 08/12/2004 que acrescentou os parágrafos 3º e 4º ao art. 5º da CF, estabelecendo respectivamente que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados por três quintos dos votos dos respectivos membros, em dois turnos e em cada casa do Congresso Nacional serão equivalentes às emendas constitucionais; e que o Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão, por sua vez, proporcionou a mudança no entendimento da Suprema Corte consubstanciada no RE 466.343-1/SP. Este julgado assentou o anacronismo da tese da legalidade ordinária dos tratados internacionais de direitos humanos e se filiou a interpretação que atribui a característica de suprallegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos, seriam então infraconstitucionais e devido ao caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, seriam dotados de um atributo de suprallegalidade.

O voto vencedor deste julgamento concluiu que a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel prevista no art.5º, inciso LXVII não foi revogada pelo art. 7º, n.7 do Pacto de São José da Costa Rica ou art. 11 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina as

matérias tais como o DL nº 911/69 e o art. 1.287 do Código Civil de 1916.

Registre-se que o entendimento esposado anteriormente pela Suprema Corte antes da edição da EC nº 45/2004 e do RE nº 466.343-1/SP de que os tratados internacionais equivaliam a legislação ordinária e que a regra lei posterior revoga a anterior já serviriam para revogar o Decreto-Lei nº 911/69 e o art. 1.287 do Código Civil de 1916, no entanto esbarrariam na autorização constitucional expressa de prisão do depositário infiel do art. 5º, inciso LXVII da CF e o art. 652 do Código Civil de 2002. Todavia, o argumento esposado para afastar a norma constitucional foi o efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional anterior e posterior devido ao caráter supralegal dos tratados e não a equiparação dos tratados internacionais de direitos humanos às normas constitucionais.

Em conclusão assentou-se que o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos ratificados em 1992 têm lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos tornam inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. Houve assim mutação constitucional que não implica em reconhecimento de erro ou equívoco interpretativo em julgados pretéritos e sim um marco de evolução jurisprudencial, marca de qualquer jurisdição de perfil constitucional (RE nº 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 03/12/2008).

O art. 306 e 310 do CPP apenas versa que o auto de prisão em flagrante será recebido pelo juiz em 24 horas e que este, em decisão fundamentada, poderia relaxar a prisão ilegal, converter prisão em flagrante em prisão preventiva ou conceder liberdade provisória com ou sem fiança, nada expondo acerca da apresentação da pessoa presa sem demora a juiz. Não houve em relação a essa norma a eficácia paralisante desses tratados em relação a legislação ordinária posterior ou anterior ou inaplicabilidade da legislação infraconstitucional com ele conflitante. O art. 656 do CPP por sua vez aduz que se o juiz julgar necessário e estiver preso o paciente mandará que este seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar e apesar de não ser muito

utilizado na prática forense, foi utilizado pelo STF no julgamento da ADI nº 5240 para fundamentar a decisão que considerou válida o provimento do TJ/SP que regulamentou audiência de custódia com apresentação do preso ao juiz, defensor e promotor em 24 horas (art. 648, 654 e 660 do CPP).

DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E EXTENSÃO DA REGULAMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA A AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DO ADOLESCENTE INFRATOR

Sem dúvida o ECA sempre será um marco na legislação infanto juvenil brasileira, mas a sua promulgação não pode ser considerada como a decretação do fim da doutrina da situação irregular e menorista.

Ressalte-se que o princípio do superior interesse da criança foi trazido pela Declaração de Direitos da Criança de 1959, inserto no art. 5º do Código de Menores de 1979 e foi aplicado justificando toda espécie de medida. Devido a indeterminação quanto ao seu conteúdo e sua sustentação na lógica da incapacidade do menor, ao adulto, ao juiz de menores, ao Estado é que caberia reconhecer, no caso concreto, qual solução atenderia ao melhor interesse da criança ou bem-estar do menor.

Os resquícios dessa doutrina da situação irregular podem ser verificados em diversos artigos do ECA, tais como: o art. 175 que dispõe que a audiência preliminar será feita perante o Ministério Público, em que pode ser concertada a remissão, sem a presença obrigatória de defensor ao ato, neste dispositivo o papel do Parquet assemelha-se ao papel do antigo Juiz de Menores, que seria por si só responsável para resguardar os direitos e interesses do adolescente; no art. 98, a situação de risco e seu conteúdo aberto, assemelha-se à situação irregular, havendo espaço ao arbítrio e subjetivismos da identificação da ameaça ou violação de direitos das crianças e adolescentes; o art. 122, que não define conceitos como reiteração ou ato infracional grave e o art. 174, quando determina que deva o adolescente permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal.



O ECA foi resultado de um grande acordo nacional, razão pela qual traz em seu bojo concessões à velha doutrina menorista, havendo casos em que não se impõe ao adulto a privação de liberdade que se impõe ao adolescente, sob o falso argumento de que internação não é pena e se justifica no superior interesse da criança/adolescente (SARAIVA, 2009, p.85).

No Código de Menores de 1979, no art. 2º a criança e o adolescente estariam em situação irregular se vítima de maus-tratos ou autor de infração penal, não havia diferenciação e a ambos era cabível a medida protetiva.

A lei nº 8.069/90 fez uma clara distinção, mas não modificou a mentalidade brasileira de que o adolescente autor de ato infracional é protegido pela legislação. O caráter aflagrante da medida socioeducativa de internação não é reconhecido por grande parte da população, talvez pelo ranço histórico.

A etapa inaugurada com o ECA é denominada garantista pois introduziu a regra da proteção integral no art. 1º e o reconhecimento da criança e adolescente como sujeito de direitos e titulares de garantias no art. 3º.

Houve uma mudança de paradigma cujos aspectos principais são reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direito, participação comunitária nos Conselhos de Direitos que traçam diretrizes das políticas de atenção direta à infância e juventude, competência aos Conselhos Tutelares

para agir diante de ameaça e violação a direitos das crianças, municipalização da política de atendimento, eliminação das internações sem cometimento comprovado de crime ou contravenção e incorporação de princípios do direito penal na apuração de ato infracional (SPOSATO, 2006, p.61).

Para Karyna Sposato, reconhece-se uma responsabilidade especial para os adolescentes, ou seja àqueles de 12 a 18 anos de idade, fruto da inimputabilidade, sem contudo eximir estes de sua responsabilidade por atos delituosos, havendo reprovabilidade dos seus atos, assim como garantias que limitam o poder punitivo do Estado e orienta a sua atuação em prol da integração social do adolescente e observância dos seus direitos (2006, p.68-69).

Discute-se aqui a extensão da audiência de custódia ao julgamento de ato infracional praticado por adolescente. Registre-se que o art. 184 da Lei nº 8.069/90 prevê a audiência de apresentação, com a participação de seus pais ou responsável, no entanto, não há prazo previsto para esta apresentação e assim sua internação provisória é decretada com a apresentação do auto de flagrante de ato infracional e representação ministerial após oitiva informal com o promotor, sem que o adolescente apreendido seja imediatamente apresentado ao juiz e ao defensor em audiência oral.

As vantagens da regulamentação da audiência de custódia para os adultos presos em flagrante ou por cumprimento de mandado de prisão cautelar ou

definitiva é o prazo estabelecido de 24 horas para a apresentação, vedação da presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão durante audiência de custódia, presença de defensor e do Ministério Público e listagem de questionamentos que devem ser feitos pelo Juiz a fim de constatar tortura ou maus tratos, circunstâncias relativas a apreensão e abstenção de perguntas para produzir provas.

Para a OEA, a aplicação adequada do Direito Penal Juvenil apresenta os seguintes desafios: os juízes competentes para decidir os casos de menores infratores não estão devidamente capacitados, não se conta com catálogo de medidas cautelares distintas da internação provisória que lhe permita fazer o uso excepcional da medida e assegurar os fins do processo, papel importante da pressão social, inexistência de obrigação dos juízes de levar em consideração os laudos das equipes multidisciplinares e ausência de defensores públicos especializados (2013, p.86).

Dos adolescentes internados no Brasil 73% decorria de internação definitiva e 20% decorria de internação provisória, a variação entre as regiões é considerável e o Nordeste apresentou 33% de internação provisória e o Norte 27% (CNJ, 2012, 26-27).

Assim, apesar de não apresentar os índices de prisões preventivas alarmantes do sistema carcerário, o problema da internação provisória do adolescente também deve ser atacado, já que também sofrem com problemas de superlotação e tratamento em desacordo com as diretrizes legais já que 32% dos estabelecimentos não tinham enfermaria, 57% não dispõem de gabinete odontológico, 22% não possuem refeitório, 49% não possuem biblioteca e 52% não dispõe de área destinada a visita familiar (CNJ, 2012, p.39).

Já foi implementada a audiência de apresentação do adolescente nos moldes da Resolução nº 213/15 do CNJ em São Luís/MA e Imperatriz/MA desde junho de 2015, por meio de portaria da 2ª Vara da Infância e Juventude que estabelece o prazo de 24 horas para apresentação ao juiz, já há projeto de audiência de apresentação juvenil no Mato Grosso do Sul, algumas comarcas do interior de São Paulo como Itapevi implementaram e será implementada no Rio de Janeiro em junho de 2016 (CNJ, 2016a).

CONCLUSÃO

O deficit de vagas nas penitenciárias e estabelecimentos de internação socioeducativa, a superlotação em ambos sistemas, além da ausência de estudos que indicam impacto na redução da criminalidade pelo aumento da prisão preventiva ou internação provisória deveriam fazer os operadores do direito repensarem o sistema punitivo.

Os índices de retorno ao sistema de 70% na penitenciária comum e de 52,2% nos estabelecimentos de internação socioeducativa levantados pelo IPEA e CNJ respectivamente também corroboram a inutilidade da prisão ou internação como meio de ressocialização.

Segundo o Fórum Nacional de Segurança Pública, o número de homicídios dolosos no Brasil em 2014, quase 60.000, supera o número de homicídios intencionais de todos os países que não estejam em guerra declarada (2015, p.20-21).

Portanto, é necessário reconhecer a necessidade de implantação de uma cultura de paz e de reconhecimento da ineficácia da internação provisória e prisão preventiva na redução da violência e promoção da segurança pública.

A audiência de custódia não é a panaceia para o mal da superlotação carcerária mas pode indicar um início de mudança de cultura nos operadores do direito, pelo estabelecimento de prazo para apresentação do preso ou apreendido de 24 horas, exigência de juiz, defensor e promotor presentes nestas audiências, padronização de questionamentos que estimulam uma cultura de respeito aos direitos humanos, repúdio a tortura e maus tratos, opção por medidas cautelares e até encaminhamentos de natureza assistencial, além de permitir e exigir contato pessoal com o preso sem a presença dos agentes responsáveis por sua prisão. A audiência de custódia não tem finalidade probatória processual e tem a intenção de velar pela observância das garantias fundamentais do indivíduo detido e resultou na sua liberdade em 47,48% dos casos (CNJ, 2016b, p.8).

O contato pessoal com preso é importante para

a humanização da análise da necessidade de prisão preventiva do caso concreto, é distinto o diálogo presencial e oral entre promotor, defensor e juiz acerca da necessidade de prisão daquele sujeito ao suposto diálogo na tramitação de documentos e leitura de papéis frios. A preponderância da audiência oral traz em seu bojo um componente democrático que permite a atenção e escuta ativa aos argumentos alheios, inclusive o do detido, o que auxilia em uma maior participação e influência na decisão judicial, do que o auto de prisão em flagrante que se convertia em prisão preventiva indo diretamente ao juiz após conclusão pelo delegado de polícia.

A verificação de que a terminologia audiência de custódia se sobrepôs a denominação audiência de apresentação no Direito Penal comum não é mera coincidência, a cultura do encarceramento é muito forte e nas mais de 80 mil audiências realizadas, prevaleceu o resultado prisão preventiva em 52,52% dos casos (CNJ, 2016b, p.8).

O ideal seria desconstruir o imaginário coletivo de que a falta de punição é o motivo de toda violência e de que a prisão é instrumento necessário para afastar cautelarmente uma pessoa do convívio social como também para punir e reintegrar à sociedade aquele que descumpriu a lei. Este é um objetivo a ser perseguido para reduzir a população carcerária, por ora, o cumprimento da audiência de custódia é um bom presságio de guinada na mudança de paradigma do meio jurídico e quiçá na resolução do problema da superlotação carcerária que nos envergonha internacionalmente.

Portanto, a extensão dos preceitos trazidos pela regulamentação da audiência de custódia do Conselho Nacional de Justiça para a audiência de apresentação do adolescente prevista no art. 184 do ECA é importante para que o problema de superlotação das entidades de internação de adolescentes seja equacionado, diminuindo o número de internações provisórias no âmbito da justiça penal juvenil, que também são responsáveis pelo tratamento que ofende a dignidade da pessoa humana em condição peculiar de desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

ANISTIA INTERNACIONAL. Informe 2015/16 O Estado dos Direitos Humanos no Mundo. Disponível na Internet: <<https://anistia.org.br/direitos-humanos/informes-anuais/informe-anual-20152016-o-estado-dos-direitos-humanos-mundo/>>. Acesso em 25 mai. 2016.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos (SDH). Levantamento Anual Sinase 2013. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2015. Disponível em <<http://www.sdh.gov.br/noticias/pdf/levantamento-2013>>. Acesso em 29 mai. 2016.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário Brasileiro da Segurança Pública 2015. São Paulo, 2015. Disponível em <<http://www.forumseguranca.org.br/produtos/anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/9o-anuario-brasileiro-de-seguranca-publica>>. Acesso em 29 mai. 2016.

CNJ. Conselho Nacional da Justiça. Audiência de custódia começa a ser estendida aos menores infratores. Brasília, 2016a. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81834-audiencia-de-custodia-comeca-a-ser-estendida-aos-menores-infratores>>. Acesso em 7 jun. 2016.

CNJ. Conselho Nacional da Justiça. Audiência de custódia – dados estatísticos. Brasília, 2016b. Disponível em <<http://cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/.pdf>>. Acesso em 11 jun. 2016.

CNJ. Conselho Nacional da Justiça. Novo Diagnóstico de pessoas presas no Brasil. Brasília, 2014. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em 7 jun. 2016.

CNJ. Conselho Nacional da Justiça. Panorama Nacional da Execução das Medidas Socioeducativas de Internação. Brasília, 2012. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/panorama_nacional_doj_web.pdf>. Acesso em 7 jun. 2016.

EXTRA. Unidades para menores infratores

estão com dobro de sua capacidade máxima no Rio. Disponível em: <<http://extra.globo.com/casos-de-policia/unidades-para-menores-infratores-estao-com-dobro-de-sua-capacidade-maxima-no-rio-rv1-1-19348382.html>> Acesso em 1 jun. 2016.

IPEA. Reincidência Criminal no Brasil Disponível em <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf>. Acesso em 11 jun. 2016.

MENDEZ, Emilio Garcia. Adolescentes e Responsabilidade Penal: Um Debate Latino Americano. Buenos Aires, 2000. Por uma Reflexão sobre o Arbítrio e o Garantismo na Jurisdição Sócio-Educativa. Disponível em <<http://www.abmp.org.br/publicacoes/PortalABMPPublicacao88.doc>>. Acesso em 7 jun. 2016.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. Convenção sobre os direitos das crianças. Adotada e proclamada pela resolução 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989. Nova Iorque, 1989. Disponível em: <https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2016.

NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Adotada e proclamada pela resolução nº 2200 A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966. Nova Iorque, 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 5 jun. 2016.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. Regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça de menores. Adotada e proclamada pela resolução 40/33 da Assembleia Geral das Nações Unidas em 29 de novembro de 1985. Nova Iorque, 1985. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/pdf/SinaseRegrasdeBeijing.pdf>>. Acesso em: 29 mai. 2016.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. Regras mínimas das Nações Unidas para a proteção de jovens privados de liberdade. Adotada e proclamada por resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas em 14 de dezembro de 1990. Nova Iorque, 1990.

Disponível em: <http://www.mprs.mp.br/infancia/documentos_internacionais/id104.htm>. Acesso em: 1 jun. 2016.

NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 5 jun. 2016

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. Princípios orientadores das Nações Unidas para a prevenção da delinquência juvenil. Adotada e proclamada pela resolução 45/112 da Assembleia Geral das Nações Unidas em 14 de dezembro de 1990. Nova Iorque, 1990. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/pdf/SinasePrincipiosdeRiade.pdf>>. Acesso em: 1 jun. 2016.

OEA. Assembleia Geral. Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica. Adotada em 22 de novembro de 1969. São José da Costa Rica, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2016.

OEA. Relatório sobre o uso das prisões preventivas nas Américas - Introdução e Recomendações. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/Relatorio-PP-2013-pt.pdf>>. Acesso em: 7 jun. 2016.

PAGNAN, Rogério. Sem estrutura, gestão Alckmin nega vaga e manda jovem infrator para casa. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/05/1774777-sem-estrutura-gestao-alckmin-nega-vaga-e-manda-jovem-infrator-para-casa.shtml>> Acesso em 26 mai. 2016.

SARAIVA, João Batista Costa. Adolescente em Conflito com a Lei – da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SPOSATO, Karyna Batista. O direito penal juvenil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

REQUISITOS DE VALIDADE DO PSICOTESTE COMO ETAPA ELIMINATÓRIA DE CONCURSO PÚBLICO E SEU CONTROLE JUDICIAL

Renata Guimarães Prazeres

Bacharela em direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós-Graduada em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes. Advogada e Consultora Jurídica.



INTRODUÇÃO

O Estado de Sergipe, bem como os demais estados da Federação, utiliza a avaliação psicológica como etapa eliminatória de muitos dos processos seletivos para o provimento de seus cargos e, via de regra, os candidatos tidos como “não recomendados” nessa etapa ajuízam demandas judiciais, como o mandado de segurança, contra o Estado e suas Autoridades, visando garantir a sua permanência no concurso.

Considerando o universo de demandas em curso no Judiciário, a quantidade de ações em que o Estado de Sergipe litiga com candidatos de concursos públicos a respeito da validade do psicoteste é bastante significativa.

Também é relevante ressaltar o alto índice de êxito desses candidatos, tanto em suas pretensões liminares, quanto na efetiva desconsideração de suas reprovações nessa fase do certame, prosseguindo nas fases subsequentes, apesar de inaptos na avaliação psicológica.

O prejuízo da Administração Pública é evidente, visto que é desconsiderada, judicialmente, uma etapa de grande relevância ao interesse público, bem como a oneração da Fazenda Pública provocada pela avalanche de processos, que ocorre todas as vezes em que o psicoteste é utilizado como etapa de concurso público.

É possível afirmar que tais consequências decorrem, principalmente, da desatenção da Administração Pública com relação aos requisitos pacificados pela jurisprudência pátria, bem como às Resoluções do Conselho Federal de Psicologia, da validade da aplicação da avaliação psicológica como etapa eliminatória.

Com o fito de evitar irregularidades, há alguns requisitos a serem observados quando da sua aplicação, tais como o estabelecimento do perfil

profissiográfico do cargo, a definição de critérios objetivos para a aferição das características a serem avaliadas, a expressa previsão em lei, a publicização dos resultados e a possibilidade de recurso.

Por esta razão, a aludida etapa sofre severo controle judicial, a fim de garantir que todo o certame transcorra conforme os preceitos legais, respeitando, em todas as fases, os direitos dos candidatos participantes.

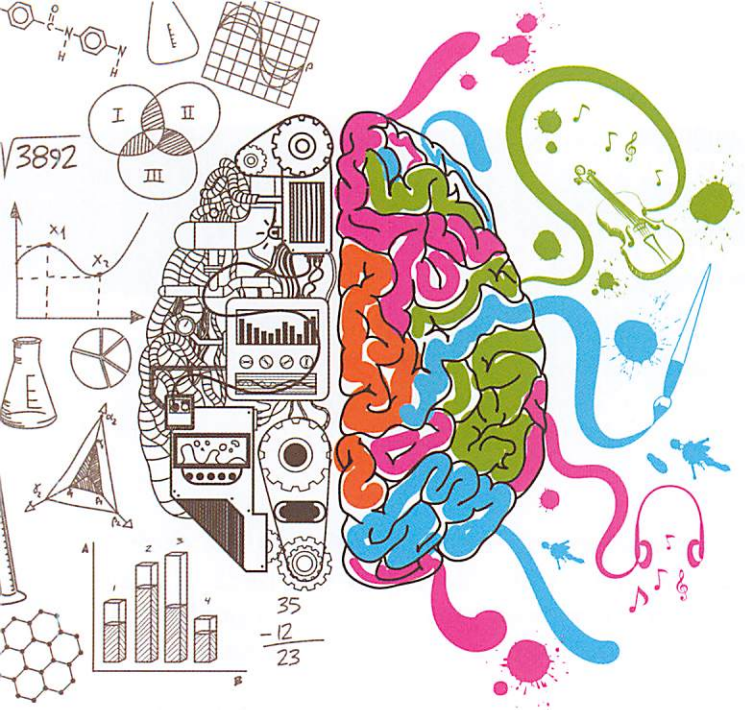
A AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Reconhecida historicamente como uma ciência de atuação limitada ao espaço clínico, a Psicologia tem sido cada vez mais frequentemente convocada a sair do consultório para intervir nos mais diversos setores da sociedade: na escola, no hospital, no sistema judiciário, no esporte, no recrutamento de pessoal, com o fito de compreender os aspectos relacionados aos sujeitos avaliados, tais como questões psíquicas, institucionais, políticas e sociais.

Dentre as ferramentas mais comumente utilizadas pelos psicólogos para este fim está a avaliação psicológica. Esta consiste em um processo de coleta de dados, cuja realização inclui métodos e técnicas de investigação, com vistas a uma melhor compreensão do avaliando, em seus aspectos objetivos (inteligência, atenção e memória) e projetivos (de personalidade) (NORONHA, 2002).

O teste psicológico, conforme sustentam Alchieri e Cruz (2003), é um instrumento objetivo e padronizado utilizado para medir, de forma indireta, os fenômenos e processos psicológicos pela investigação do comportamento humano. Desta forma, validade, padronização e precisão são pressupostos básicos para assegurar eficácia e eficiência para um teste seguro e de qualidade.



Em processos de seleção de pessoal, realizados por intermédio de avaliação psicológica, é possível recolher informações sobre as particularidades dos candidatos de modo a cotejá-las com os atributos que formam o perfil do cargo, ou seja, com as características imprescindíveis ao bom desempenho em cada tarefa. Nos concursos públicos, Faiad (2012) ressalta que o mesmo princípio é utilizado, e necessita, para tanto, de uma prévia análise do cargo, por meio do estudo das tarefas desempenhadas e dos pressupostos psicológicos essenciais para a boa execução de suas funções, para então realizar o mapeamento e a análise das características dos candidatos por meio da aplicação de testes validados.

Apesar de as referidas avaliações serem atividades exclusivas dos psicólogos, sua aplicação gera controvérsias. Enquanto alguns profissionais considerem os instrumentos como indispensáveis, outros são completamente contrários, considerando-os como “instrumentos de poder” cujo único objetivo é rotular os avaliados. A crítica ocorre, principalmente, quanto ao uso inadequado dos testes por alguns profissionais, bem como em relação à ausência de cientificidade dos próprios mecanismos (ALCHIERI; CRUZ, 2003).

Com o objetivo de evitar a aplicação da avaliação psicológica, nas seleções públicas, sem responsabilidade, seriedade e cientificidade, o Conselho Federal de Psicologia, através da Resolução nº 01, de 19 de abril de 2002 (Resolução 01/2002), estabeleceu normas para regulamentar a avaliação psicológica. Ela possui como objetivos orientar os órgãos públicos e demais pessoas jurídicas em relação

às informações que devem constar nos editais sobre a avaliação, bem como estabelecer normas que garantam a qualidade técnica, de modo a garantir os direitos dos candidatos (FAID, 2012).

2. A APLICAÇÃO DO TESTE

Urbina (2007) ensina que os fundamentos da administração dos testes se resumem na sua preparação adequada, nesta incluídos o ambiente da testagem, o testando e a pessoa que administra o teste.

Em primeiro lugar, a autora explica que, para um ambiente adequado, é necessário remover qualquer fonte potencial de distração e perturbação, como ruídos e outros estímulos. As salas devem estar bem ventiladas e iluminadas, e devem ser oferecidos assentos e espaço apropriados para os testandos. Ademais, devem ser observadas as instruções do manual do teste para sua administração, com a finalidade de serem replicadas as condições em que o teste foi padronizado.

Quanto aos testandos, a autora defende que é necessário estabelecer o rapport e orientar adequadamente o avaliando antes da administração do teste. O rapport consiste na relação harmônica que deve existir entre o examinador e o examinado, ao ser estabelecida uma atmosfera amigável desde o início da sessão de testagem. Para a autora, se não há um bom relacionamento, o desempenho no teste poderá ser afetado negativamente, até mesmo a ponto de ser invalidado. Para que ele seja construído, é necessário que o examinador tente despertar o interesse e a colaboração de quem está sendo avaliado no processo, para que ele possa reagir às tarefas propostas de maneira adequada, de modo a esforçar-se ao máximo nos testes de habilidade e responder aberta e honestamente aos instrumentos de avaliação da personalidade.

Também é importante considerar o contexto e circunstâncias nos quais os testes acontecem, pois esses têm influência significativa nas atitudes e motivações do avaliado. Dentre os fatores emocionais mais discutidos, está a ansiedade. A perspectiva de ser avaliado tende a provocar apreensão na maioria dos testandos, especialmente em sede de concursos públicos, visto ser a avaliação usada para a tomada de decisões que podem mudar, definitivamente, a vida dos candidatos. Por esta razão, na elaboração do

relatório/laudo avaliativo, deve ser considerado esse fator.

Por fim, a autora ressalta que é essencial a adequada preparação do examinador. O aplicador do teste deve seguir o seu manual de instruções, de modo a evitar desvios ou modificações dos procedimentos padronizados, sendo todas as modificações devidamente documentadas. Ademais, é necessário que a pessoa que administra os testes esteja totalmente familiarizada com os objetivos e procedimentos do instrumento, seja capaz de estabelecer rapport e esteja pronta para responder as perguntas dos testandos.

3. REQUISITOS DE VALIDADE EM SEDE DE CONCURSOS PÚBLICOS

Para realizar o estudo dos requisitos para a aplicação dos testes psicológicos nos concursos públicos, partir-se-á da análise da Resolução nº 01/2002, do Conselho Federal de Psicologia, bem como de outros instrumentos normativos vigentes, como o Decreto nº 6.944/2009 e a jurisprudência dos Tribunais Superiores.

3.1. DEFINIÇÃO E DIVULGAÇÃO DO PERFIL PROFISSIONAL DO CARGO

A Resolução, em seu artigo 2º, inciso I, determina que os testes a serem adotados na avaliação devem ser selecionados com base no perfil profissional do cargo pretendido, possibilitando avaliar características como inteligência, funções cognitivas, habilidades específicas e personalidade.

A profissiógrafia, ou análise profissional, é considerada um tipo de proposta metodológica que busca nortear o levantamento do perfil de um determinado cargo, através de uma análise detalhada de suas características e peculiaridades (BRANDÃO; BAHRY, 2005).

Essa metodologia centraliza a amostra estudada, através de dados coletados da população que o ocupa. A medição consiste na avaliação do perfil de comportamento de um grupo formado por grande parte dos ocupantes do cargo, de modo a garantir a representatividade e a fidedignidade das análises realizadas (PASQUALI et al, 2010).

Portanto, o perfil profissional não consiste

em uma mera descrição de funções, pois aprofunda e detalha as peculiaridades essenciais ao desempenho adequado das atribuições. Sendo assim, a profissiógrafia deve ser desenvolvida por meio de um criterioso trabalho de descrição de cargos e tarefas.

Nesse sentido, reconhecendo a importância da delimitação desse perfil, o "Decreto nº 6.944, de 21 de agosto de 2009, alterado pelo Decreto nº 7.308, de 22 de setembro de 2010", implementou regras para a realização de avaliações psicológicas em candidatos a cargos federais, a saber, estudo do perfil profissional:

§ 3º Os requisitos psicológicos para o desempenho no cargo deverão ser estabelecidos previamente, por meio de estudo científico das atribuições e responsabilidades dos cargos, descrição detalhada das atividades e tarefas, identificação dos conhecimentos, habilidades e características pessoais necessários para sua execução e identificação de características restritivas ou impeditivas para o cargo.

Conforme o exposto, é possível concluir que a mera descrição de tarefas ou o levantamento de requisitos informalmente elencados pela Banca Examinadora ou pela Comissão do Concurso não caracteriza ou sintetiza essa proposta. A análise profissional estabelece o dever de se ter uma cautela com a representatividade dos dados, que vai trazer relevância, validade externa e consistência aos mesmos (PASQUALI et al, 2010).

Nesse sentido, é consectário lógico do quanto exposto, que os perfis profissionais devem ser distintos para cargos diferentes. Cargos de assistentes técnicos administrativos devem ter o perfil distinto de um analista técnico, que deverá ser diferente de um promotor de justiça, por exemplo.

3.2. DA PREVISÃO LEGAL E EDITALÍCIA

O presente requisito deriva do texto constitucional e é objeto de súmula do Supremo Tribunal Federal. De fato, conforme preceitua o art. 37, incisos I e II, da Constituição Federal, os cargos, empregos públicos efetivos têm como única fonte de acesso o concurso público, regulado por lei.

Conforme Ieciona Santos (2012), a palavra "lei" é utilizada na sua acepção mais restrita, de ato normativo aprovado sob procedimento específico do Poder Legislativo, não sendo admissível a utilização

de atos de menor hierarquia jurídica, como decretos, resoluções, editais.

Em outras palavras, para que a Administração Pública possa estabelecer a avaliação psicológica como etapa eliminatória de concurso público, deve existir previsão legal nesse sentido, como determina a Súmula nº 686, do STF: "Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público".

Carvalho Filho (2007, p. 624) enfatiza a obrigação legal para exigir-se submissão a exame psicotécnico:

Não obstante, há que considerar-se que a exigência relativa à aferição psíquica do candidato ao concurso deve ser prevista em lei, como claramente estabelecido no art. 37, I, da CF. Se o exame psicotécnico é previsto apenas no ato da administração, como elemento de aferição psíquica, a exigência se configurará como inconstitucional.

Assim, se não houver previsão legal, nem o edital ou qualquer outra norma de natureza regulamentar poderá exigir a avaliação psicológica como etapa de concurso público.

Ademais, não é suficiente a previsão legal: a exigência também deve estar expressa no edital do concurso público, em razão de ser o instrumento a "lei do concurso".

3.3. CRITÉRIOS OBJETIVOS

De início, a necessidade de transparência relaciona-se a alguns princípios da Administração Pública, a exemplo dos princípios da publicidade, da isonomia e da vinculação da Administração Pública ao edital.

Atenta à necessidade da lisura, a Resolução nº 01/2002, do Conselho Federal de Psicologia, em seu artigo 1º, estabelece que a avaliação psicológica deva utilizar um conjunto de procedimentos objetivos e científicos na sua aplicação:

Art. 1º - A avaliação psicológica para fins de seleção de candidatos é um processo, realizado mediante o emprego de um conjunto de procedimentos objetivos e científicos, que permite identificar aspectos psicológicos do candidato para fins de prognóstico do desempenho das atividades relativas ao cargo pretendido.

Do mesmo modo, o Decreto Federal 6.944/2009, exige, em seu artigo 14, parágrafos 4º e 5º os seguintes requisitos prévios:

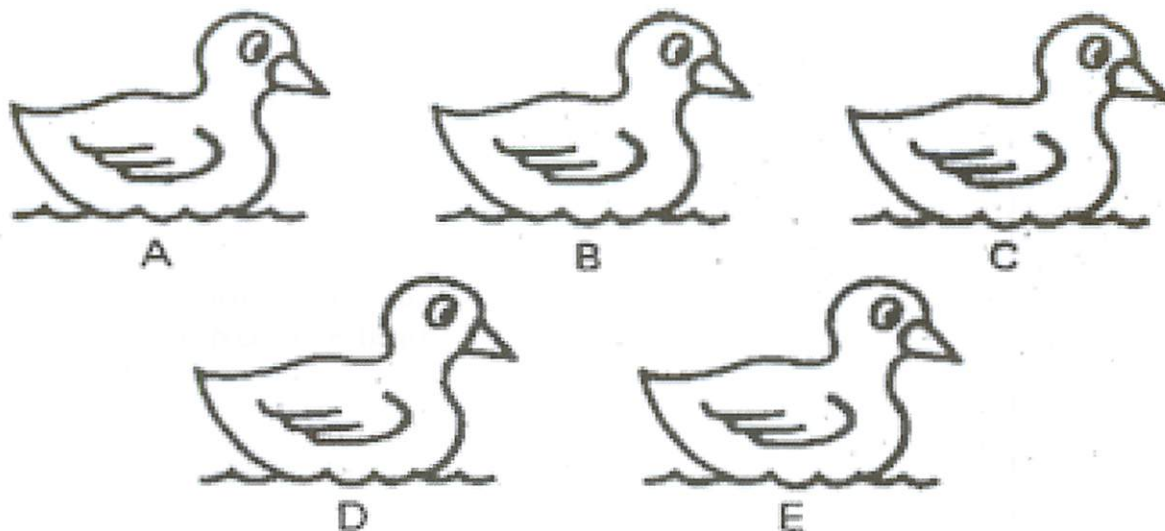
§ 4º A avaliação psicológica deverá ser realizada mediante o uso de instrumentos de avaliação psicológica, capazes de aferir, de forma objetiva e padronizada, os requisitos psicológicos do candidato para o desempenho das atribuições inerentes ao cargo.

§ 5º O edital especificará os requisitos psicológicos que serão aferidos na avaliação.

Seguindo a lógica exposta nas normas retro transcritas, não basta, para satisfazer a exigência da objetividade, que o edital traga informações genéricas acerca do que se pretende avaliar no teste psicológico, sem trazer quaisquer informações sobre os critérios de avaliação a que serão submetidos os candidatos. Ou seja, a mera alusão aos aspectos da personalidade, como o "equilíbrio emocional, agressividade, inteligência e aptidões específicas", relacionados ao satisfatório desempenho das funções inerentes ao cargo público, são insuficientes.



Isso porque definir "o que" se pretende mensurar difere radicalmente de "como" determinada característica será medida de forma objetiva. Para que isso ocorra de forma adequada, os critérios de avaliação da personalidade devem estar previstos de forma objetiva no edital, em consonância com o princípio da vinculação ao Edital.



Nesse sentido, Meirelles (2006) entende ser ilegal a exclusão ou reprovação de candidatos com base em critérios subjetivos, como a realização de exame psicotécnico sem critérios objetivos ou a avaliação sigilosa de conduta do candidato, sem motivação.

A impossibilidade do sigilo desses critérios também é tratada por Carvalho Filho (2007, p. 625):

Alguns órgãos administrativos não se sabe bem porque, ou se é para alguma ocultação escusa, já que não se vislumbra qualquer razão plausível, insistem em conferir ao exame psicotécnico caráter sigiloso, chegando mesmo ao ápice de inserir essa qualificação em cláusula de edital de concurso. Essa imposição é notoriamente ilegítima e ofende literalmente o princípio que assegura a qualquer indivíduo o direito à obtenção de informações perante os órgãos públicos (art. 5º, XXXIII, CF). Afinal, todos têm o direito de saber quais os motivos que conduziram o examinador a considerar o candidato inapto no exame psicotécnico, e, alias, em qualquer tipo de prova.

Ademais, importante salientar que o prévio estabelecimento dos critérios de avaliação, como as notas de corte, a forma como será realizada a média aritmética para se atingir o resultado final, previne os candidatos de possíveis abusos. A posterior divulgação dos critérios ou a sua não divulgação permite que esses sejam determinados de acordo com a vontade da autoridade que realiza o certame, que pode, inclusive, burlar o concurso público para beneficiar este ou aquele candidato, violando, frontalmente, a impessoalidade e o tratamento isonômico.

Por fim, o prévio e minucioso estabelecimento dos critérios permite um efetivo controle jurisdicional

de eventuais arbitrariedades e subjetivismos dessa fase do concurso. Por esta razão, a falta dos critérios de avaliação tem sido um dos motivos mais frequentes a ensejar a invalidação de testes psicológicos pelo Judiciário.

3.4. DIVULGAÇÃO DO RESULTADO E A POSSIBILIDADE DE REVISÃO

A natureza do exame psicotécnico não livra o seu resultado da necessidade de fundamentação. A mera classificação do candidato como apto e inapto, sem a explicitação dos motivos da reprovação, viola a moralidade, publicidade e impessoalidade nos concursos públicos. Isso quer dizer que o resultado do exame psicotécnico não pode ser tomado de forma sigilosa, sem que o candidato tenha acesso ao seu conteúdo ou como se defender das conclusões extraídas dele. É direito de o candidato saber as razões pelas quais foi considerado inapto para exercer as funções inerentes ao cargo público.

Antes da efetiva aplicação dos testes, deve ser divulgado prévia e amplamente o nome dos integrantes da comissão, formada por psicólogos, que irá promover a avaliação dos candidatos, sendo permitidas eventuais impugnações da composição, em razão de suspeição e impedimentos dos membros. Isso porque deve ser preservada a moralidade e impessoalidade do concurso, sobretudo, nesta etapa.

A divulgação dos resultados da avaliação psicológica deve ocorrer por intermédio da entrevista devolutiva, que consiste na comunicação pessoal do psicólogo aos candidatos reprovados, acerca das informações derivadas dos escores, incluindo suas

limitações, em linguagem que o interlocutor possa compreender (URBINA, 2007). É o que determina a Resolução nº 01/2002, do Conselho Federal de Psicologia, em seu artigo 6º:

Art. 6º A publicação do resultado da avaliação psicológica será feita por meio de relação nominal, constando os candidatos indicados.

§ 1º O sigilo sobre os resultados obtidos na avaliação psicológica deverá ser mantido pelo psicólogo, na forma prevista pelo código de ética da categoria profissional.

§ 2º Será facultado ao candidato, e somente a este, conhecer o resultado da avaliação por meio de entrevista devolutiva.

O meio tradicional de comunicação do resultado da avaliação é o laudo psicológico por escrito, que ajuda o avaliador a organizar, esclarecer e sintetizar as informações de todos os testes aplicados. Através desse instrumento, o candidato terá acesso aos motivos pelos quais foi considerado não-recomendado, aos testes produzidos por si mesmos e às explicações sobre o processo como um todo.

Urbina (2007) lista uma série de requisitos que devem estar presentes nesses relatórios: explicação clara do que o teste trata, do sentido dos escores, e das limitações da precisão dos escores, derivados de erro de mensuração. A autora ainda esclarece que a mera listagem dos escores em percentil, percentagem ou algum outro formato numérico, não é suficiente para transmitir seu sentido e suas implicações, pois que não fornece as explicações necessárias para a compreensão dos candidatos. Ademais, o laudo psicológico deve ser subscrito por todos os integrantes da comissão avaliadora da avaliação psicológica.

Nesse diapasão, a avaliação psicológica deve ter o seu resultado divulgado ao candidato, contendo as razões que embasaram a conclusão, a fim de que seja permitido exercer o devido controle formal e substancial para evitar abusos por excesso de subjetividade ou nítida intenção de prejudicar o candidato.

Divulgadas as razões da inabilitação, deverá ser disponibilizado prazo razoável para que os candidatos possam apresentar recurso contra a sua inabilitação. Nesse aspecto, importante ressaltar que a análise do recurso administrativo não poderá, em hipótese alguma, ser realizada pelos mesmos profissionais que realizaram a avaliação psicológica, sob pena de violação à impessoalidade, conforme determina

o parágrafo terceiro do art. 14-A, do Decreto nº 6.944/2009.

Da mesma forma que devem ser amplamente divulgados os nomes dos psicólogos que efetuarão a avaliação psicológica, é essencial que sejam propalados os nomes dos novos profissionais que efetuarão a revisão do resultado do teste psicológico, para o controle da legalidade e para possíveis impugnações. Também deve o resultado do recurso ser subscrito por todos os avaliadores.

Somente com o acesso a todas as informações de inabilitação e a possibilidade de recurso é que se estarão respeitados os ideais do acesso igualitário aos cargos públicos.

DO CONTROLE JURISDICIONAL DA AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA EM CONCURSOS PÚBLICOS

1. DO CONTROLE JURISDICIONAL DOS CONCURSOS PÚBLICOS

Há grande discussão sobre os limites que envolvem a atuação do Poder Judiciário nos concursos públicos. No início, a questão não era apreciada pelos juízes, pois prevalecia a discricionariedade da banca examinadora e da Administração responsável pelo concurso, não cabendo aos julgadores adentrar nesse mérito administrativo.

Mello (2014) ensina que o mérito administrativo é o campo de liberdade substanciado na lei para que o Administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções possíveis perante a situação vertente, de modo a eleger a solução ideal para melhor cumprir-se com o interesse público. Assim, o autor salienta que, no âmbito da discricionariedade, a Administração deve adotar a melhor decisão em favor do interesse público perseguido pela lei, de forma a escolher, dentre as possíveis soluções, a que seja adequada ao senso comum.

Nesse ponto, muito se tem debatido sobre a liberdade que as bancas organizadoras possuem na realização do concurso público. Entende-se que ela deve respeitar os limites técnicos e científicos do instituto, que é o que garante sua finalidade de selecionar pelo mérito o candidato mais apto a ingressar no serviço público.

Há que se realçar, no entanto, que a discricionariedade nos atos do concurso público não é tão ampla. Ela possui limitação nos critérios objetivos de natureza técnico-científica e nos parâmetros dos princípios da razoabilidade, legalidade, moralidade e impessoalidade, nos termos do que foi discutido no primeiro capítulo.

Importante ressaltar que, para Maia e Queiroz (2007, p.192), as bancas examinadoras possuem a chamada:

Discricionariedade técnica, proveniente da liberdade de adotar, dentre um leque de posições cientificamente razoáveis, aquela que melhor atenda ao escopo do concurso público, a partir dos critérios eleitos pela comissão e tendo em vista o princípio da eficiência administrativa

Atualmente, diversas demandas têm sido conhecidas e julgadas pelo Poder Judiciário, de modo a analisar variados aspectos dos concursos públicos. As lides, geralmente, versam sobre irregularidades no Edital, limitações ou restrições no ato de inscrição, condições para a posse, critérios de correção, aferição de títulos, ilegalidade na reprovação no exame psicotécnico.

O Poder Judiciário passou a entender que é possível fazer uma análise sobre o aspecto da legalidade do ato administrativo discricionário. Apesar de não caber ao magistrado apreciar o mérito dos atos administrativos, o exame de sua discricionariedade é possível para a averiguação de sua regularidade em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os determinam, evitando eventuais lesões ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade (MACHADO JÚNIOR, 2008).

Isso porque, o concurso público é uma ferramenta que visa moralizar e conferir igualdade ao acesso a cargos públicos. Impedir um maior controle sobre seus atos conferirá oportunidade para uma atuação irregular do Administrador, podendo macular, inclusive, o interesse público.

Nesse passo, Meirelles (2014) ensina que sempre caberá reanálise judicial do resultado dos concursos, porém esta será limitada à legalidade da constituição das bancas e comissão examinadora, dos critérios adotados para julgamento e classificação dos candidatos. Entretanto, o autor ressalta que a Administração é livre para estabelecer as bases do concurso e os critérios de julgamento, que deverão ser feitos com igualdade para todos os candidatos.

O que se nota é que, na grande maioria dos concursos públicos, existem excessos por parte da banca examinadora que ferem os seus princípios fundamentais, como o da publicidade, vinculação ao edital e razoabilidade. Onde for detectada ofensa a normas e princípios jurídicos haverá vício na legalidade, a ser passível de controle judicial, não podendo a Administração Pública e seus agentes arguirem mera invocação de exercício de competência discricionária (MOTTA, 2007).

Dessa forma, os candidatos, quando verificam que seus direitos são violados, devem utilizar o seu direito fundamental do acesso à justiça para impugnar atos praticados de forma autoritária, objetivando restabelecer a ordem jurídica, em vista do princípio da legalidade administrativa.

O Poder Judiciário deve analisar caso a caso a legalidade dos atos da Administração Pública em sede de Concurso Público, em conjunto com o edital do certame e os princípios que regem os atos administrativos, porquanto a discricionariedade das bancas examinadoras não pode ser intangível a ponto de macular direitos constitucionais.

2. O CONTROLE JURISDICIONAL DA AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA

O Supremo Tribunal Federal, diante dos inúmeros casos postos ao seu julgamento, no que se refere à avaliação psicológica em concursos públicos, já possui entendimento sedimentado.

A jurisprudência atual da Suprema Corte tem estabelecido três critérios como imprescindíveis na verificação da validade do exame psicotécnico, quais sejam: a previsão legal, a objetividade do edital e a possibilidade de revisão:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXAME PSICOTÉCNICO. CONCURSO PÚBLICO. NECESSIDADE DE CRITÉRIOS OBJETIVOS. REEXAME DE PROVAS E DE CLÁUSULAS DO EDITAL. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. O Supremo Tribunal Federal fixou jurisprudência no sentido de que o exame psicotécnico pode ser estabelecido para concurso público desde que por lei, tendo por base critérios objetivos de reconhecido caráter científico, devendo existir, inclusive, a possibilidade de reexame. Precedentes. 2. Reexame de fatos e provas e de cláusulas editalícias. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmulas ns. 279 e 454 do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental a que se nega provimento" (RE nº 473.719/DF-AgR,

Como é sabido, edital de abertura é a lei interna de um concurso público, e, após sua publicação, vincula tanto a Administração quanto os candidatos. O edital deve conter, de forma clara e objetiva, todas as regras que irão prevalecer no exame psicológico, bem como todos os critérios a serem analisados.

A Administração Pública, representada pela banca examinadora, tem grande discricionariedade técnica para determinar quais características psicológicas dos candidatos serão avaliadas, discriminando-as no edital. Nesse ponto, importante lembrar que essa discricionariedade encontra limitação no perfil profissiográfico, previamente delimitado e divulgado do cargo, sendo que essas características exigidas devem guardar profunda e detalhada correspondência com as peculiaridades necessárias ao desempenho competente das tarefas e atribuições.

Neste ponto, importante ressaltar que os Tribunais Superiores, a exemplo do Superior Tribunal de Justiça, têm entendido pela nulidade do exame psicotécnico realizado sem a divulgação de perfil profissiográfico.

Além da previsão editalícia da avaliação psicológica, bem como dos critérios avaliados, deve existir previsão legal da realização dessa etapa como eliminatória.

Ademais, a divulgação dos critérios de avaliação, as notas de corte, e a forma como será realizada a média aritmética para se atingir o resultado final, constituem a exigência da objetividade das questões. A falta de divulgação dos critérios adotados na avaliação psicológica em um concurso público deixa o examinador com larga margem para cometer arbítrios.

A objetividade desses exames está diretamente relacionada com a ausência de sigilo nos critérios da avaliação. Assim, para a avaliação psicotécnica se mostrar válida, deverá ter os seus critérios previamente divulgados, como as características a serem avaliadas, o paradigma de normalidade esperado, as técnicas utilizadas, o método e os resultados da avaliação, nome dos avaliadores, razões da aprovação ou reprovação, ou seja, o detalhamento e fundamentação de como se realizará a avaliação.

Importante ter em conta que o concurso público, nos atuais moldes, foi concebido exatamente para conter a subjetividade no recrutamento de servidores, separando-se da ideia de que os cargos públicos

pudessem ser patrimônio de seus ocupantes ou das autoridades que detinham esse poder de escolha. Deve o certame ser, portanto, um sistema essencialmente objetivo, sendo que a sua subtração resulta em sua total descaracterização.

A publicidade dos atos administrativos é condição de eficácia e moralidade. Mais especificamente no campo das avaliações psicológicas, as bancas examinadoras devem apresentar uma motivação justa, adequada e razoável às respostas aos recursos interpostos pelos candidatos em face da sua inaptidão. Isso porque, é através da motivação, aliada a ampla publicidade dos atos administrativos, que os candidatos têm condições de controlar a atuação da Administração Pública. A falta de publicidade e motivação na análise de recurso transborda arbitrariedade.

O ato de avaliação é discricionário, entretanto, trata-se de uma discricionariedade técnica, limitada aos parâmetros previstos no edital. A possibilidade de reexame é necessária para que os direitos dos candidatos não sejam ameaçados, visto ser necessário que os que forem reprovados nesta etapa tenham conhecimento sobre as razões da sua inabilitação.

A publicidade permite o controle, pelos interessados, dos atos praticados pelo Poder Público, através das garantias e remédios constitucionais, como o mandado de segurança, ou outros meios jurisdicionais.

Portanto, o controle judicial nas avaliações psicológicas dar-se-á sob o aspecto da legalidade em sentido amplo, tendo em vista coibir os atos que ferem os princípios da moralidade, ampla defesa e da publicidade dos atos administrativos. Restando identificada a violação a lei ou a princípio constitucional, dar-se-á o controle jurisdicional.

3. O MANDADO DE SEGURANÇA COMO MECANISMO JUDICIAL DE CONTROLE

Demonstrada a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no controle dos concursos públicos, e em especial, na avaliação psicológica, necessário ressaltar o mecanismo judicial mais utilizado para que seja efetivada essa fiscalização: o Mandado de Segurança.

Cretella Júnior (1992) define o Mandado de Segurança como sendo a ação civil de conhecimento,

de rito sumaríssimo, pela qual todo aquele que, por ilegalidade ou abuso de poder de autoridade pública, sofra violação de direito líquido, certo e incontestável, ou tenha justo receio de sofrê-la, tendo o direito de suscitar o controle jurisdicional do ato ilegal editado, ou a remoção da ameaça coativa, a fim de que se devolva ao interessado aquilo que o ato lhe ameaçou tirar ou tirou.

Direito líquido e certo é um direito que se origina de fato certo, que facilmente pode ser comprovado pelo seu titular, por meio de documentação inequívoca que não desperte dúvidas. Para a doutrina, direito líquido e certo é todo aquele cuja titularidade possa ser manifestamente demonstrada por quem o pretende (certo) e que esteja delimitado em sua extensão, estando exatamente dimensionado o alcance do direito pretendido (líquido) (BARBI, 2009).

A eficácia do controle judiciário da avaliação psicológica reclama a disponibilização de mecanismos efetivos e eficientes, visto que, normalmente, figura como uma das últimas etapas do concurso público. Por esta razão, o mandado de segurança, por ter um rito célere, se mostra o meio mais utilizado para evitar abusos por parte do Poder Público.

Verificada alguma irregularidade no processo de avaliação psicológica, como a falta do perfil profissiográfico, a não previsão legal, a subjetividade dos critérios ou a ausência de publicidade, busca o candidato lesado, por intermédio do mandado de segurança, coibir os atos ilegais da Administração nesta etapa.

O mandamus, ainda que sua atuação represente óbice inconveniente ao interesse público, visto que, muitas vezes, causa a paralisação do seguimento do concurso público, pode e deve ser utilizado quando a etapa do exame psicológico apresente ilegalidades a serem sanadas.

Nesse ponto, cabe destacar que, caso haja alguma irregularidade durante a aplicação do psicoteste, deve o candidato requerer que o psicólogo ou fiscal da sala, responsável pela direção dos testes, que conste o vício em ata. Como o mandado de segurança utiliza tão somente documentos pré-constituídos, a simples alegação sem comprovação da irregularidade no momento da realização do teste, não teria o condão de provar o direito líquido e certo.

Ademais, recebendo a inicial e verificando estarem presentes os seus requisitos, o juiz poderá

conceder a liminar, a fim de suspender o ato impugnado, se houver relevância nos fundamentos apresentados pelo Impetrante e a possibilidade de vir a tornar-se inócua a medida se deferida somente ao final, conforme determina o art. 7º, III, da Lei nº 12.016/2009¹.

Como consequência fundamental da concessão da ordem liminar, cujos efeitos perdurarão até a prolação da sentença, tem-se o aumento na carga de celeridade que já permeia esse instituto, ao conferir prioridade para o julgamento do mandado de segurança correlato, conforme disposto no art. 7º, § 4º², da lei mencionada.

Por fim, existindo questionamentos judiciais envolvendo o concurso, a homologação poderá ser feita parcialmente, gerando efeitos apenas aos cargos não envolvidos na demanda. Essa fragmentação visa, sobretudo, evitar que a ordem de classificação do candidato seja desrespeitada, visto que ele poderá retornar/continuar no certame em colocação distinta da anterior, e evitar injustiças (RODRIGUES, 2009)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Resta claro que os concursos públicos representam a forma mais eficiente de escolha das pessoas que atuarão no serviço público. Isso porque o instituto possibilita que sejam medidos os conhecimentos e as habilidades necessárias ao exercício das atribuições dos cargos públicos, dentro de um processo administrativo realizado com transparência e isenção.

No entanto, a simples escolha do concurso público como forma de promover a seleção de trabalhadores do Poder Público não assegura, por si só, que tal processo transcorrerá em atendimento à isonomia, à impessoalidade, à legalidade e demais princípios aplicáveis.

Quando o edital de um concurso estabelece a forma de como se dará o ingresso, reflete a disposição legal e constitucional, em conformidade com os princípios que regem o instituto. Neste sentido, alguns cargos públicos, devido às suas características próprias, têm como requisito a avaliação psicológica,

¹ Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: (...) III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

² § 4º Deferida a medida liminar, o processo terá prioridade para julgamento

que busca selecionar os candidatos que possuem adequação as características psíquicas inerentes ao bom desempenho da função.

O exame psicotécnico, conforme estudado, para atender a finalidade pública sem provocar violações arbitrárias aos direitos dos candidatos, deverá observar os pressupostos reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência.

Pelo requisito da previsão legal, o exame psicotécnico tem de estar previsto em lei formalmente elaborada pelo processo legislativo ordinário. O perfil profissiográfico do cargo deve ser previamente estabelecido por meio de estudos aprofundados sobre a atribuição das funções desempenhadas. A avaliação deverá ter critérios objetivos e a possibilidade da interposição de recurso, que visa o reexame do resultado questionado pelo candidato.

Somente com a observância destes pressupostos é que a legalidade pode ser efetivada, posto que, não há como garantir direitos dos candidatos que se submetem a tal exame, se há desrespeito aos mandamentos legais e constitucionais.

É nesse pano de fundo que vêm à tona o tema do controle jurisdicional dos concursos públicos, principalmente da avaliação psicológica, outrora visto sob um viés restritivo, no intuito de se preservar a separação dos Poderes, mas que o Estado Constitucional contemporâneo, de forma gradativa, assume nova conotação. Há muito se entendia que, em matéria de concurso público, o exame judicial deveria ficar limitado à legalidade do certame, o que acabava por permitir todo tipo de abuso.

Os atos discricionários, realmente, carregam um maior espaço para interferência dos sujeitos na complementação das suas finalidades. Isso, no entanto, não legitima toda e qualquer escolha da Administração, fator que conduz à arbitrariedade, visto excessiva a liberdade que se lhe atribuiu.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCHIERI, João Carlos; CRUZ, Roberto Moraes. Avaliação psicológica: conceito, métodos e instrumentos. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2003.

BARBI, Celso Agrícola. Do mandado de Segurança. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRANDÃO, Hugo Pena; BAHRY, Carla Patrícia.

Gestão por competências: métodos e técnicas para mapeamento de competências. Revista do Serviço Público, Brasília, v. 56 n. 2, p. 179-194, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 18. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Lei do Mandado de Segurança (de acordo com a Constituição de 5 de outubro de 1988). 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

FAID, Cristiane. Análise Profissiográfica e Mapeamento de Competências nas Instituições de Segurança Pública. Psicologia: Ciência e Profissão, Brasília, v. 32, n. 2, p. 388-403, 2012.

MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. O Regime Jurídico do Concurso Público e o seu Controle jurisdicional. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MOTTA, Fabrício. Concurso Público e constituição. Belo Horizonte: Forum, 2007.

NORONHA, Ana Paula Porto. Os problemas mais graves e mais frequentes no uso dos testes psicológicos. Psicologia: Reflexão e Crítica, Porto Alegre, v. 15, n. 1, p. 135-142, 2002.

PASQUALI, Luiz et al. Instrumentação Psicológica: fundamentos e práticas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

RODRIGUES, Vinícius Magno Duarte. Da retificação do edital de concurso público na perspectiva do direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas. Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF – IDAF, Curitiba, ano IX, n. 101, p. 421-422, dez. 2009/2010.

SANTOS, Fernanda Marinela de Sousa. Servidores públicos. Niterói: Impetus, 2012.

URBINA, Susana. Fundamentos da testagem psicológica. Porto Alegre: Artmed, 2007.

O INSUSTENTÁVEL GERENCIAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS NA REGIÃO METROPOLITANA DE ARACAJU

Sandro Luiz da Costa

Mestre e Doutor em Desenvolvimento e Meio Ambiente, pela Universidade Federal de Sergipe. Professor de Direito Ambiental e Urbanismo, e de Direito Penal, da Faculdade de Direito – FANESE (Aracaju/SE). Promotor de Justiça (MP/SE).



INTRODUÇÃO

A constante degradação antrópica da natureza tem causado reflexos que começam a fazer o ser humano repensar sua relação com o meio ambiente e os parâmetros de produção e consumo ilimitados atinentes ao sistema econômico corrente, buscando-se um ponto de equilíbrio que estabeleça o chamado desenvolvimento sustentável.

Voltando-se para o problema ambiental local, referente à conurbação da grande Aracaju, verifica-se um desequilíbrio na relação consumo/produção de lixo/meio ambiente, tendo-se em vista que, por falta da implantação de uma política de gestão integrada de resíduos sólidos¹, a cada dia recursos ambientais preciosos são desperdiçados e, de outro lado, aumenta-se o passivo ambiental decorrente da poluição ocasionada, especialmente, dentro do foco deste trabalho, com o incorreto gerenciamento de resíduos sólidos urbanos (RSU) na Região Metropolitana de Aracaju (RMA).

Dessa forma, o presente trabalho, com base em revisão bibliográfica e em pesquisa documental efetivada nos relatórios, perícias e outros documentos constantes do processo nº 2003.85.00.0033.80-1, que tramita na 1ª Vara da Justiça Federal em Sergipe, aponta, dentro dos seus limites, após análise qualitativa, a tendente insustentabilidade da forma de gerenciamento de resíduos sólidos adotados pelos municípios da Grande Aracaju, responsáveis que são por tal serviço de interesse predominantemente local.

¹ "Processo que compreende as ações referentes à tomada de decisões políticas e estratégicas quanto aos aspectos institucionais, operacionais, financeiros, sociais e ambientais relacionados aos resíduos sólidos, capaz de orientar a organização do setor" (Lima, 2005, p. 35).

DESENVOLVIMENTO

A questão do lixo tornou-se um grande problema no mundo, com reflexos que extrapolam a área ambiental, haja vista que a ausência de sustentabilidade do ciclo linear de produção, consumo e descarte de materiais, além de esgotar as reservas naturais, tem transformado nosso planeta em um largo depósito de lixo, causando a degradação do meio ambiente e afetando a saúde da população.

Estas preocupações sobre a insustentabilidade ambiental do sistema econômico e a busca de padrões equilibrados de coexistência com a natureza foram inclusive discutidas na Primeira Conferência Mundial sobre Ambiente Humano (Estocolmo - 1972); na reunião da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada em 1982 e consolidadas na Conferência das Nações Unidas do Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio 92), originando-se desta o nascimento da Agenda 21 Brasileira que, em 2002, foi apresentada na Rio+10 em Joanesburgo (Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável).

Mais especificamente, dentro da visão de administração dos resíduos sólidos urbanos (RSU), as políticas governamentais devem vislumbrar simultaneamente todas as fases do processo, buscando reduzir sua geração e investir no processo de tratamento dos resíduos gerados para que possam ser reutilizados ou aproveitados dentro do sistema econômico, diminuindo assim a quantidade de lixo destinada para aterros sanitários ou alternativas tecnológicas de destinação de resíduos, buscando, com isto, alcançar um sistema circular de manejo deste lixo produzido (LIMA, 2001).

Tais políticas e gestões públicas devem ser



resíduos sólidos, exigidos na forma desta Lei. (Art. 3, X, da Lei 12.305/2010).

Outro ponto indispensável e estabelecido pela norma acima referida é a definição de diretrizes da Política Nacional de Resíduos Sólidos, entre as quais se destacam: a) não geração, redução, reutilização e tratamento de resíduos sólidos, bem como destinação final ambientalmente adequada dos rejeitos; b) definição de processos que busquem a alteração dos padrões de produção e consumo sustentável de produtos e serviços; c) educação ambiental; d) transparência e participação social, dentre outras, mas com o objetivo comum: a busca pela sustentabilidade do sistema.

coordenadas entre todos os níveis dos entes federativos, dentro dos parâmetros de atribuição de competências estabelecidos pela Constituição Federal em vigor e com participação da sociedade, com o necessário controle social em todas as fases do processo.

Desta forma, coube à União estabelecer, através de lei federal, as regras gerais desta política, concretizadas na Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/2010), em que são apresentados os diversos conceitos deste sistema circular de fluxo de resíduos, tais como a gestão integrada de resíduos sólidos e o gerenciamento integrado de resíduos sólidos:

Gestão integrada de resíduos sólidos: conjunto de ações voltadas para a busca de soluções para os resíduos sólidos, de forma a considerar as dimensões política, econômica, ambiental, cultural e social, com controle social e sob a premissa do desenvolvimento sustentável. (Art. 3, XI, da Lei 12.305/2010). Gerenciamento de resíduos sólidos: conjunto de ações exercidas, direta ou indiretamente, nas etapas de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, de acordo com plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos ou com plano de gerenciamento de

Conforme relata Machado (2005), aos estados, por sua vez, cabem a definição de parâmetros normativos e de políticas e estratégias de âmbito regional. Neste sentido, em Sergipe, desde março de 2006, já vigora a Lei 5.857 que estabelece a Política Estadual de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos. Além disto, a Constituição Estadual prevê a instituição da Região Metropolitana ² de Aracaju (RMA), composta pelos municípios de Aracaju, Nossa Senhora do Socorro, São Cristóvão e Barra dos Coqueiros, norma esta que ainda depende da ratificação dos município para produzir seus efeitos jurídicos.

Tratando ainda da gestão regionalizada dos resíduos sólidos é de se ressaltar a importância da Lei Federal 11.107/2005, regulamentada recentemente pelo Decreto nº 6.017 de 17/01/2007, que estabelece regimento para a solução de problemas intermunicipais, através da implantação de consórcios, permitindo-se alternativas economicamente viáveis, em função da atuação conjunta de mais de um município, para a implantação de tecnologias eficazes para tratamento e disposição de resíduos e a gestão e gerenciamentos ininterruptos de resíduos sólidos.

2 "Agrupamento de municípios limítrofes que assuma destacada expressão nacional, em razão de elevada densidade demográfica, significativa conurbação e de funções urbanas e regionais com alto grau de diversidade, especialização e integração sócio-econômica, exigindo planejamento integrado e ação conjunta permanente dos entes públicos nela atuantes". (SILVA, 1995, p. 138).



Dentro ainda de uma visão constitucional, aos municípios restaram as atribuições mais importantes, cabendo-lhes a responsabilidade pela administração de questões de interesse predominantemente local, ligadas ao planejamento urbano, dentre as quais, não poderia ser excluída a responsabilidade pela correta gestão e gerenciamento do RSU produzido em seu território.

Apesar da Constituição Federal estar em vigor desde 1988 (BRASIL, 1988), verifica-se que poucos dos mais de 5.507 municípios brasileiros têm um plano de gestão integrada de resíduos sólidos (PGIRS), preocupando-se, em sua grande maioria, apenas em efetivar a coleta de todos os resíduos produzidos e, sem nenhum tratamento, depositá-los descontroladamente em vazadouros de lixo a céu aberto, sem nenhuma técnica ou precaução, causando assim, poluição³ com esta atividade não licenciada⁴ ambientalmente, constituindo-se tais fatos, em tese, ilícitos na esfera civil, administrativa e penal⁵.

3 "Art. 3º. Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: [...] III - poluição: a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos". Lei 6938/81. (Grifo do autor).

4 "Artigo 60. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente". Lei 9605/98.

5 "Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente

Neste sentido, consultando-se os dados da Pesquisa Nacional de Saneamento Básico (PNSB), realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia Estatística, em 2.000, o Brasil produzia diariamente 228.413 toneladas de lixo domiciliar, sendo que em 4.026 municípios brasileiros, com população de até 20.000 habitantes, 68,5% dos resíduos gerados são depositados em lixões e não em aterros sanitários ou alternativa de destinação final de resíduos ambientalmente correta. A PNSB 2.000 também informa que 2.569 cidades vazam os resíduos de serviços de saúde (RSS) juntamente com o RSU (IBGE, 2008).

Jesus & Melo e Souza (2008, p. 47), ressaltando a preocupação com sustentabilidade urbana, ressaltam que "os diversos problemas ambientais verificados nas cidades tornam os centros urbanos interesse de vários estudiosos, constituindo-se as questões urbanas numa preocupação dentre as mais diversas escalas de poder, tanto a nível municipal, quanto estadual e nacional, chegando até discussões mundiais,

equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações [...] §3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados". Constituição Federal de 1988.

6 Aterro sanitário de resíduos sólidos urbanos: Técnica de disposição de resíduos sólidos urbanos no solo, sem causar danos à saúde pública e à sua segurança, minimizando os impactos ambientais, método este que utiliza princípios de engenharia para confinar os resíduos sólidos a menor área possível e reduzi-los ao menor volume permissível, cobrindo-os com uma camada de terra na conclusão de cada jornada de trabalho, ou a intervalos menores, se necessário. ABNT. NBR 8419. 1983.



tornando a busca pela sustentabilidade urbana num dos maiores desafios da atualidade”.

Em Aracaju isto não é diferente, pois como salientado por Santos e Vargas (2008, p. 105), em uma análise histórica do uso da cidade de Aracaju e dos problemas sócio-ambientais gerados pelo processo de urbanização, verifica-se que desde o nascedouro desta cidade havia problemas relacionados ao lixo em todo o seu território: “se nos anos iniciais da cidade as áreas com melhores infra-estruturas sofreram problemas como lixo, falta de água tratada, disposição inadequada de águas servidas, esgotamento sanitário, nas regiões periféricas da cidade o problema era maior”.

Ainda em relação à destinação do RSU, é importante ressaltar que conforme dados da Agência de Proteção Ambiental Americana (EPA, 1996), nos Estados Unidos existiam mais de 3.000 aterros sanitários regulares distribuídos por seu território e na União Européia se verifica que, embora a destinação final de resíduos seja efetivada em sua grande maioria para aterros sanitários, já existem, desde 1999, diretrizes normativas estabelecidas pelo Conselho da União Européia para diminuição dos resíduos produzidos:

Os estados membros devem criar uma estratégia nacional para implementação da redução de lixo biodegradável destinado a aterros

em dois anos da data prevista no artigo 18 e notificar a Comissão desta estratégia. Esta estratégia deve incluir medidas para alcançar as metas enunciadas no parágrafo 2º, através de reciclagem, compostagem, produção de biogás ou recuperação de materiais/energia ⁷(tradução nossa). (EPA, 1996).

Essa estatística demonstra que enquanto a maior parte dos países desenvolvidos têm investido no processo de conscientização da população e no incremento das tecnologias de transformação (reciclagem) dos resíduos produzidos, destinando adequadamente os rejeitos restantes (ainda não se conseguiu eliminar todo RSU gerado em lugar nenhum do mundo (CHEREMISINOFF, 2003)) para aterros sanitários, o Brasil, e em especial, os municípios que fazem parte da RMA, estão depositando seus resíduos sólidos sem nenhuma preocupação ambiental, causando estragos irreparáveis ao meio ambiente e à saúde da população.

Em Aracaju, até 2013, tal destinação é efetivada para a lixeira do bairro Santa Maria e, antes de 1985, o

⁷ “Member States shall set up a national strategy for the implementation of the reduction of biodegradable waste going to landfills, not later than two years after the date laid down in Article 18(1) and notify the Commission of this strategy. This strategy should include measures to achieve the targets set out in paragraph 2 by means of in particular, recycling, composting, biogas production or materials/energy recovery. Within 30 months of the date laid down in Article 18(1) the Commission shall provide the European Parliament and the Council with a report drawing together the national strategies”. Diretriz do Conselho da União Européia de 26/04/1999, disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999L0031:EN:HTML>>. Acesso em: 13 out 2008.

lixo era encaminhado para a lixeira do bairro Soledade (CAMPÊLO; FREIRE, 2008), que, mesmo desativada há mais de 20 anos, ainda gera poluição ambiental, pois não foi efetivado um programa de recuperação de área degradada. Nos demais municípios da grande Aracaju tal situação não é diferente, contando cada um, até 2013, com pelo menos um vazadouro de lixo⁸.

Entre os diversos efeitos negativos⁹ da utilização de vazadouros de lixo pode-se citar o não tratamento do metano gerado pela decomposição de resíduos orgânicos, um dos gases que contribuem para o efeito estufa (GEE)¹⁰. Ressalte-se que o metano tem o potencial de contribuir 75 vezes (variação de 21 a 75 vezes conforme a linha de tempo adotada) mais para o efeito estufa do que o CO₂¹¹.

Nesse aspecto, é importante destacar que, ao contrário dos vazadouros e dos aterros controlados, os aterros sanitários, por sua própria definição, são projetados para eliminação ou aproveitamento energético do metano gerado, ocupando tal atividade, atualmente 11% do mercado global de carbono (UNEP, 2008), implementado pelo Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL), oriundo do protocolo de Kyoto¹² (vigente desde 2005) onde a redução de emissão de carbono CO₂ ou equivalente é compensada economicamente por empresas ou fundos governamentais.

Exatamente pelo fato de se tratar a destinação final de resíduos para vazadouros a céu aberto de ato lesivo ao meio ambiente foi ajuizada em 2003 uma ação civil pública pelo Ministério Público Estadual e Federal na Justiça Federal (litisconsórcio ativo). Em julho de 2006, os municípios de São Cristóvão, Aracaju e Nossa Senhora do Socorro, entre outros réus (incluindo-se a ADEMA e o IBAMA), aderiram a um termo de ajustamento de conduta (TAC) proposto pelo

Ministério Público, em que se comprometeram, dentre outras obrigações e com base em um cronograma proposto, ao seguinte: a) desativar os lixões e substituí-los por aterros sanitários; b) estabelecer provisoriamente aterros controlados, enquanto não instalado o aterro sanitário e c) recuperar as áreas degradadas dos antigos vazadouros de lixo dos municípios.

Em setembro de 2006 tal acordo foi homologado pela Justiça Federal, passando a constituir-se em título executivo judicial transitado em julgado. Pré-selecionada uma área em Nossa Senhora do Socorro para instalação do aterro sanitário metropolitano (área da Palestina), após atrasos no cronograma de entrega do estudo de impacto ambiental e seu respectivo relatório (EIA/RIMA), que culminaram com execução judicial do TAC em novembro de 2007, a Administração Estadual do meio Ambiente (ADEMA) reprovou definitivamente o EIA/RIMA (necessário para a licença ambiental prévia) em maio de 2008, estando o processo de seleção de área estagnado até o presente momento, não obstante o Ministério Público tivesse notificado em julho de 2008: a) os municípios para prosseguirem com o processo de eliminação dos vazadouros, submetendo desta vez três e não apenas uma área ao EIA/RIMA e b) à ADEMA para cumprir sua função fiscalizadora e autuar e multar os municípios, sem prejuízo de outras medidas administrativas mais drásticas, como, v.g., a interdição dos lixões¹³.

De outro lado, através de laudos emitidos pela ADEMA¹⁴, por provocação do Ministério Público, verificou-se que os municípios referidos não adotaram medidas mitigadoras previstas expressamente na cláusula décima do TAC para transformar seus lixões em aterros controlados¹⁵, enquanto não instalado

8 Dados constantes do processo n. 2003.85.00.0033.80-1 da 1ª vara da Justiça Federal- Seção de Sergipe.

9 Alguns outros aspectos negativos da disposição inadequada de RSU: a) associação entre mais de 20 doenças humanas com lixões; b) atração de roedores, aves e outros animais; c) proliferação de moscas; d) Contaminação do lençol freático e das águas superficiais, e) poluição atmosférica, f) poluição visual. (WEINER; MATTHEWS, 2003).

10 Methane has increased as a result of human activities related to agriculture, natural gas distribution and landfills. Methane. (IPCC, 2007. p. 135).

11 Ibid. p. 212.

12 "Protocolo segundo o qual os quarenta países mais industrializados do mundo reduziram suas emissões combinadas de gases de efeito estufa em pelo menos 5% em relação aos níveis de 1990 até o período entre 2008 e 2012". (LIMA, 2005, p. 207).

13 Para maiores detalhes vide nota pública lançada pela Associação do Ministério Público em julho de 2007, disponível em <http://www.asmp.org.br/NoticiaView01.asp?ident=2937>, Acesso em: 25 fev. 2009.

14 Processo n. 2003.85.00.0033.80-1.

15 "CLÁUSULA 10ª - Enquanto não iniciada a efetiva operação do novo Aterro Sanitário, os MUNICÍPIOS COMPROMISSÁRIOS obrigam-se, para atender às necessidades de recebimento e disposição adequada dos resíduos sólidos urbanos gerados nos municípios de Aracaju, Nossa Senhora do Socorro e São Cristóvão, bem como para atenuar os impactos existentes e controlar a geração de novos impactos potenciais em seus lixões:

1 - a manter a destinação de resíduos sólidos apenas para um único local de seus territórios, caso haja mais de um vazadouro no município, observando-se os seguintes requisitos mínimos:

a) isolamento da área com cercamento de todo o perímetro do vazadouro;

b) colocação de vigilância 24 horas por dia.

2 - a executar, no prazo de 90 (noventa) dias, uma nova célula no vazadouro

o aterro sanitário, o que ensejou, em julho de 2008, novas execuções junto à Justiça Federal por parte do Ministério Público, sendo que somente em 2013 os lixões tiveram suas atividades encerradas.

Vale ressaltar que, atualmente, mesmo com o encerramento dos lixões da RMA, o gerenciamento de resíduos sólidos continua insustentável pois os resíduos não são reaproveitados, sendo simplesmente destinados para o aterro sanitário privado localizado no município de Rosário do Catete, constituindo-se o gerenciamento apenas na coleta e disposição dos resíduos.

Além disto, não foi executada a recuperação das áreas degradadas dos antigos lixões que continuam e continuarão por muito tempo, se não houver uma intervenção energética do Poder Judiciário, causando poluição, com impactos negativos à sadia qualidade de vida da população das presentes e futuras gerações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enquanto, prioritariamente, discute-se a diminuição da produção de resíduos no planeta, paralelamente deve haver preocupação imediata com a destinação final adequada destes resíduos, já que no atual estágio tecnológico, após o processo de transformação, sempre sobrarão rejeitos.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, verifica-se a atribuição dos municípios para administração de questões de interesse predominantemente local, como é o caso da correta gestão e gerenciamento do RSU produzido em seu território.

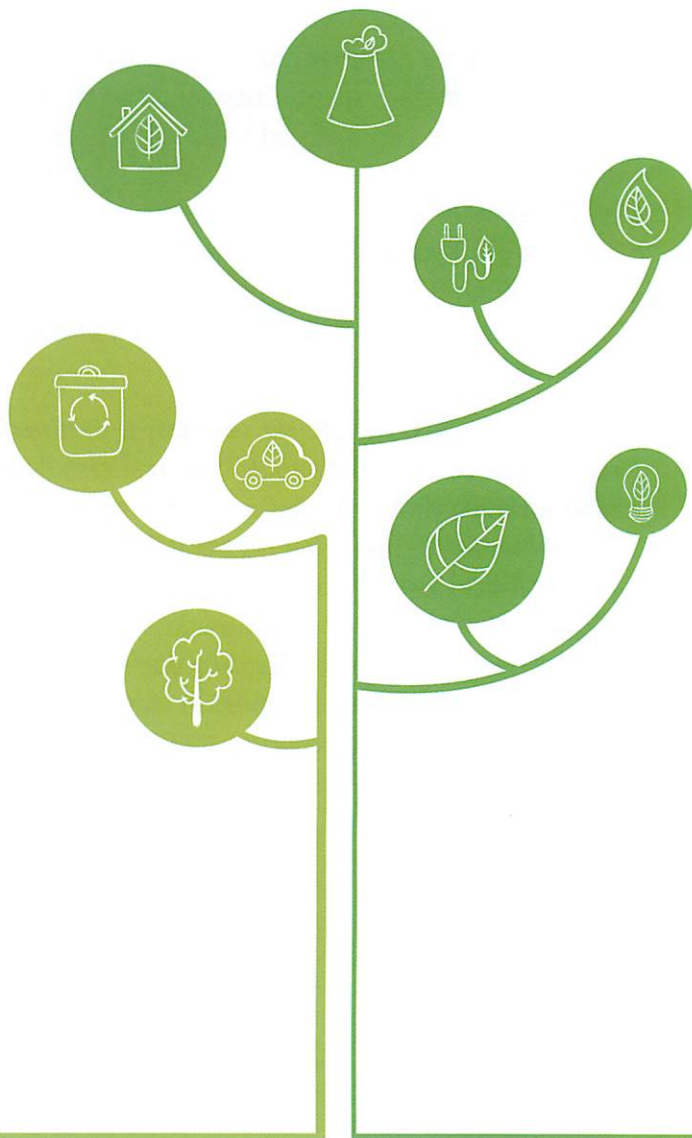
Apesar disso, grande parte dos municípios brasileiros destina RSU para vazadouros, sem nenhuma preocupação técnica ou ambiental. Na RMA, tal situação não é diferente, sendo efetivada a

destinação de resíduos para vazadouros até 2013, causando com isto danos ao meio ambiente e à saúde da população, sendo que estes vazadouros, apensar de encerradas as atividades, ainda causam poluição.

Tal atividade municipal constitui-se em ilícito administrativo, civil e penal, seja pela poluição causada, seja pela impossibilidade de obtenção de licença ambiental para localização, instalação ou operação de vazadouros.

Dentre os efeitos poluentes desta atividade lista-se a emissão de gases do efeito estufa, tais como o CH₄, que no aterro sanitário é eliminado ou aproveitado.

De outro lado, constata-se que não obstante já exista, desde 2006, decisão do Poder Judiciário Federal em Sergipe determinando a eliminação dos vazadouros em Aracaju, São Cristóvão e Nossa Senhora do Socorro, que foi implementada em 2013.



existente, com a finalidade de recebimento de resíduos sólidos urbanos, devendo apresentar, no mínimo, as seguintes características:

a) impermeabilização com argila compactada ($K < 5 \times 10^{-5} \text{ cm/s}$ - coeficiente de permeabilidade);

b) execução de drenos de gases e chorumes;

c) cobertura diária dos resíduos e cobertura final da célula provisória.

3 - a não depositar os resíduos perigosos no aterro sanitário, devendo ser estes destinados para tratamento em local adequado.

[...]

5 - Os municípios compromissários se obrigam a imediatamente realizar estudos para avaliar a quantidade de chorume existente em seus antigos lixões e, em caso de possibilidade de contaminação de recursos hídricos superficiais ou subterrâneos, deverão tomar medidas urgentes de contenção”.

No entanto, a situação ambiental e jurídica, no que tange à recuperação das áreas degradadas pelos vazadouros e a preocupação com a reutilização e reciclagem dos resíduos sólidos gerados, encontra-se inalterada, cabendo à sociedade e aos municípios cumprirem a sua função constitucional de preservação e proteção do meio ambiente e ao Poder Judiciário garantir a efetividade de suas decisões.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 7a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (1983). NBR 8.419 – Apresentação de projetos de aterros sanitários de resíduos sólidos urbanos. Rio de Janeiro, 1983.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado federal, 1988.
- _____. Lei dos Crimes Ambientais: Lei 9.605, 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1998.
- _____. Política Nacional do Meio Ambiente: Lei 6.938, 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1981.
- CAMPÊLLO, Lorena de Oliveira Souza; FREIRE, Eliane Oliveira de Lima. Informação Ambiental, Cidadania e Qualidade Ambiental em Espaços Urbanos: Os casos da Fábrica de Cimento Portland de Sergipe e da Lixeira da Soledade. In: MELO E SOUZA, Rosemeri; SOARES, Maria José Nascimento (Orgs). *Sustentabilidade, Cidadania & Estratégias Ambientais: A Experiência Sergipana*. São Cristóvão: Editora UFS, 2008.
- CHEREMISINOFF, Nicholas P. *Handbook of solid waste management and waste minimization Technologies*. Burlington-MA-USA: Elsevier's Science, 2003.
- CONSELHO DA UNIÃO EUROPÉIA, Diretiva nº1999/31/EC, de 26 de abril de 1999. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999L0031:EN:HTML>>. Acesso em: 13 out. 2008.
- EPA - ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY, 1996. Disponível em: <http://www.epa.gov/osw/nonhaz/municipal/landfill/tab_1.pdf>. Acesso em: 13 out. 2008.
- IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Pesquisa Nacional de Saneamento Básico - 2000. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/pnsb/lixo_coletado/defaultlixo.shtm>. Acesso em: 13 out. 2008.
- JESUS, Tânia Santos de Jesus; MELO e SOUZA, Rosemeri. Ambiente Urbano, Cidadania e Sustentabilidade na “Capital do Sertão”. In: MELO E SOUZA, Rosemeri; SOARES, Maria José Nascimento (Orgs). *Sustentabilidade, Cidadania & Estratégias Ambientais: A Experiência Sergipana*. São Cristóvão: Editora UFS, 2008.
- LIMA, Jose Dantas de. *Sistemas Integrados de Destinação Final de Resíduos Sólidos Urbanos*. João Pessoa, 2005.
- _____. *Gestão de Resíduos Sólidos Urbanos No Brasil*. João Pessoa, 2001.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 13a. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- PAINEL INTERGORVENAMENTAL DE MUDANÇAS CLIMÁTICAS (IPCC). *Fourth Assessment Report: Climate Change 2007- Synthesis Report*. Valência, 2007.
- SANTOS, Waldefrankly Rolim de Almeida Santos; VARGAS, Maria Augusta Mundim. Usos da Cidade e Problemas Sócio-Ambientais em Aracaju: Algumas Considerações Históricas. In: MELO E SOUZA, Rosemeri; SOARES, Maria José Nascimento (Orgs). *Sustentabilidade, Cidadania & Estratégias Ambientais: A Experiência Sergipana*. São Cristóvão: Editora UFS, 2008.
- SILVA, José Afonso. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.
- UNEP - UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. *Year Book 2008: An Overview of Our Changing Environment*. Kenya, 2008.
- WEINER, Ruth F. e MATTHEWS, Robin A. *Environment Engineering*. 4th. ed. Burlington-MA-USA: Elsevier's Science, 2003.

DEPENDÊNCIA QUÍMICA E (IN) IMPUTABILIDADE

Silvio Roberto Matos Euzébio

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe, Titular da 2ª Promotoria de Justiça da Infância e Adolescência da Capital, Ex-Juiz de Direito, Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Sergipe (UFS).



INTRODUÇÃO

O padrão de utilização de substâncias psicoativas constitui fator relevante no conjunto de elementos da criminalidade e também do crime. Apesar de apresentar efeito indutor de crimes no contexto social, também possui efeito limitador no contexto individual do agente.

Os conceitos de uso e de dependência de substâncias entorpecentes são relevantes para saúde pública e para caracterização da responsabilidade penal, que somente pode ser encontrada onde há o “domínio da vontade”, como explica TOLEDO (1991, p. 312).

Nos últimos tempos a relação entre dependência e inimputabilidade tem sido considerada de natureza causal, determinante e automática, fruto de interpretação açodada, imprecisa e descontextualizada do texto legal:

Ao legislador cabe realizar a tarefa da intertextualidade, construindo as regras e definindo, com o máximo de precisão, a hipótese da norma. Tem-se que levar em conta, entretanto, a dificuldade que é manter a precisão do discurso, visto que essa atividade é realizada com termos muitas vezes imprecisos, dada a predominância da linguagem vulgar no conteúdo dos textos positivados.

Além do que, excluindo a precisão da linguagem formalizada, todas as demais, por rigorosas que sejam, representam situações que estão certamente inseridas em seu contexto e outras claramente excluídas, havendo ainda uma terceira classe de situações que se põem em posição intermediária, não pontualmente incluídas, muitos menos prontamente excluídas, cuja dúvida resultará na convocação do Estado-Juiz, para definir acerca da incidência normativa.

(...)

A intertextualidade deixa patente que o sentido das normas transcende o próprio

texto, nas relações que se formam entre os textos elaborados pelo legislador e os textos dos intérpretes/aplicadores, numa atividade contínua do direito, na busca por imprimir certos valores na sociedade, mediante a regulação de condutas interpessoais. Essa atividade, no entanto, opera-se em constante transformação, de ordem pragmática, exigida pelo processo evolutivo a que todo organismo está submetido. (SOUZA, 2014, p. 101 e 103)

A (IR)RESPONSABILIDADE PENAL NO ÂMBITO NORMATIVO

A capacidade criminal está assentada sobre a imputabilidade, e sua ausência, a inimputabilidade, impõe a observância de direito subjetivo com tratamento conferido à própria irresponsabilidade:

É evidente que não pode haver direito subjetivo a praticar ato ilícito ou a responsabilizar-se por ele. A imputabilidade é situação jurídica unissubjetiva que qualifica a pessoa como responsável, penal e civilmente, pela prática de atos contrários a direito. Direito subjetivo há, mas à inimputabilidade. (MELLO, 2015, p. 117).

O sistema tem por pressuposto a imputabilidade:

Como ocorre em relação à capacidade para praticar ato ilícito, a criminal também constitui a regra, sendo exceção a incapacidade(=inimputabilidade). Por isso, todas as pessoas físicas são criminalmente capazes, exceto aquelas que a lei, de modo expresse, declara inimputáveis (os menores de 18 anos e as pessoas absolutamente incapazes, por questões de desenvolvimento mental, de entender, no momento de sua prática, a natureza ilícita do seu ato ou de determinar-se segundo esse entendimento). (MELLO, Ob. Cit. p. 134)

Vale assinalar, conforme PRADO (2002, p. 352), que a “embriaguez consiste em um distúrbio físico-mental resultante de intoxicação pelo álcool ou substâncias de efeitos análogos”.



O conceito de inimizabilidade decorrente do quadro de embriaguez, cf. Art. 28, II e §§, do Código Penal, está assentado no conjunto dos seguintes pressupostos: a) ocorre de modo a impossibilitar a total ou parcial a compreensão ou a autodeterminação do agente; b) no momento da sua conduta típica; e c) resulta de caso fortuito (ignorância) ou força maior (coação). Vejamos:

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

(...)

II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

A ausência de qualquer dos pressupostos, apesar do estado de intoxicação por álcool ou qualquer outra substância química análoga, descaracteriza a inimizabilidade, seja em grau absoluto ou relativo, pois, conforme FÜHRER, 2000, p. 85, "A simples intoxicação voluntária ou culposa não exclui a imputabilidade (art. 28, do Código Penal)". O delito praticado em decorrência do consumo do entorpecente em situação caracterizada como caso fortuito ou força maior, isenta o agente de pena posto que ausente o livre-arbítrio.

Por outro lado, o estado de intoxicação, decorrente do consumo ocasional ou habitual, não se confunde com o estado de dependência. A dependência é um

estado mórbido de dominação (aspectos físico e psíquico).

Considerando a extensão dos danos à saúde, o Conselho Federal de Medicina apontou as diferenças para Assistência Integral ao Dependente do Uso do Crack:

USO: qualquer consumo de substâncias, para experimentar, esporádico ou episódico;

ABUSO ou USO NOCIVO: consumo da SPA associado a algum prejuízo (biológico, psíquico ou social);

DEPENDÊNCIA: Consumo sem controle, geralmente associado a problemas sérios para o usuário – diferentes graus. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2011)

Por outro lado, é importante também não confundir o consumo ou a dependência química e seus efeitos com transtorno mental decorrente da utilização intensiva das aludidas substâncias psicoativas.

A utilização de substâncias psicoativas poderá constituir fator determinante para surgimento do transtorno mental, seja de caráter incapacitante pleno ou não, para o entendimento do caráter ilícito do fato ou a determinação conforme o mesmo entendimento:

"A matéria, evidentemente, não é passível de medição em balança de farmácia, como diria Néelson Hungria, mas é inegável que não se pode estabelecer a inimizabilidade apenas pelo grau de dependência, sem a minuciosa verificação de todos os requisitos legais e lógicos, além das circunstâncias especiais do crime, do tempo do crime e da personalidade do agente." (FÜHRER, 2000, p. 91)

Trata-se de um equívoco considerar, a priori, a dependência química como causa automática (ou infalível) da inimizabilidade, desprezada a ocorrência de transtorno mental.

Considerada em si mesma, a inimizabilidade "automática" apenas e tão somente decorrente do quadro de dependência química, seria apenas um "salvo-conduto" ou a legitimação para toda prática de violação aos bens jurídicos imprescindíveis à existência e ao desenvolvimento do indivíduo, da Sociedade e do Estado.

Ora, de acordo com a expressão do art. 26 do

Código Penal, a inimizabilidade é definida pela incapacidade de compreensão do caráter ilícito do fato, e pela incapacidade da vontade de agir de outra forma, em qualquer caso decorrente de doença mental:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Vale ressaltar, conforme o art. 26 do Código Penal, que apenas a ocorrência do transtorno mental não é suficiente para exclusão da capacidade penal:

"A inimizabilidade não é determinada, porém, exclusivamente, pela condição de alienado mental, pois o Código adicionou a esse critério dito biológico outro de natureza psicológica – o chamado critério biopsicológico: a incapacidade de, em razão da doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, entender o caráter ilícito do fato. Não basta, por conseguinte, seja o agente mentalmente enfermo, é preciso, ainda, que tal estado de perturbação da saúde mental o prive de discernimento, não podendo, em consequência, distinguir entre o certo e o errado." (QUEIROZ, 2005, p. 299.)

"Sistema biopsicológico ou misto – atende às bases biológicas que produzem a inimizabilidade como às suas consequências na vida psicológica ou anímica do agente. Resulta, assim, da combinação dos anteriores: exige, de um lado, a presença de anomalias mentais, e de outro, a completa incapacidade de entendimento (fórmula do art. 26, CP). É o acolhido, na atualidade, pela maioria das legislações penais (...)" (PRADO, 2002, p. 350.)

Ora, a incapacidade de entendimento e a ausência de livre-arbítrio não se presumem, mas devem ser aferidas em cada fato.

Assim, o status controverso reside no conceito de inimizabilidade, que foi acolhido pelo art. 26, do Código Penal nos exatos moldes do sistema biopsicológico, com suas duas condicionalidades: 1ª, incapacidade de compreensão do caráter ilícito do fato ou a incapacidade da vontade de agir de outra forma, e 2ª, que seja decorrência ou consequência de doença mental.

Além do mais, cabe a lembrança que a inimizabilidade é aferida no momento em que o agente pratica a conduta ilícita (cf. Art. 26 do CP, "era,

ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato..."). Pois, quando o agente se coloca deliberadamente na situação de inimputabilidade, ocorre a chamada *actio libera in causa*, senão vejamos:

"O sujeito utiliza a si mesmo como instrumento para a prática do fato. Nessa hipótese, considera-se, para o juízo de culpabilidade, a situação do agente no momento em que se colocou em estado de inconsciência. Aplica-se, então, o princípio das chamadas *actiones liberae in causa* sive *ad libertatem relatae*. O caso clássico da *actio libera in causa* (ação livre quando da conduta) é o da embriaguez preordenada, em que o indivíduo bebe com a intenção de cometer determinado delito (...) O mesmo acontece se, em vez de bebida alcoólica, intoxica-se com um estimulante, alcinógeno etc." (MIRABETE, 2000, p. 215).

Portanto, em caso da alegação de dependência química patológica, ou seja, de alteração mórbida da saúde mental, decorrente da dependência das chamadas substâncias psicoativas, é preciso aferir: em primeiro lugar, se o agente estava efetivamente sob o estado de intoxicação química; e imediatamente, se em razão desta utilização - ou de outra causa - o agente passou a sofrer de transtorno mental incapacitante para entender o caráter ilícito do seu comportamento ou conduta.

A confusão acerca da inimputabilidade como efeito infalível da dependência questão foi agravada a partir da interpretação literal do art. 19, da antiga Lei de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, de nº 6.368/76, reproduzida posteriormente nos arts. 45 e 46 da Lei nº 11.343/2006:

Art. 45. É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único. Quando absolver o agente, reconhecendo, por força pericial, que este apresentava, à época do fato previsto neste artigo, as condições referidas no caput deste artigo, poderá determinar o juiz, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado.

Art. 46. As penas podem ser reduzidas de um terço a dois terços se, por força das circunstâncias

previstas no art. 45 desta Lei, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Tanto nos termos do dispositivo da anterior Lei nº 6.368/76, quanto no da vigente Lei nº 11.343/2006, é imprescindível a demonstração da incapacidade, absoluta, de compreensão do caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com a mesma compreensão, ou por outras palavras, a inimputabilidade decorrente do quadro ou situação de toxofrenia não constitui questão pressuposta ou presumida, sob pena de afronta ou desprezo também ao conteúdo do referido art. 26, do Código Penal.

É um equívoco considerar a dependência química direta e automaticamente causa de inimputabilidade, antes do reconhecimento e da sua avaliação como causa de transtorno mental.

A ORDEM DOS FATORES

A inimputabilidade não é efeito da dependência, mas do transtorno mental causado pela dependência, como já assentado pela Jurisprudência:

Habeas corpus. 2. Art. 12, da Lei nº 6.368/76. Crime de ação múltipla. 3. Pretensa inimputabilidade. A dependência, por si só, não exclui o tráfico, se o agente goza plenamente das faculdades mentais, como atestam os laudos periciais. 4. Juntada de novos laudos. Inviabilidade de exame em habeas corpus. Matéria que somente poderá ser deduzida em revisão criminal. 5. Habeas corpus indeferido. (STF, 2ª Turma, HC 73841 / RJ, Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA, J. em 10/06/1996, Publicação DJ 06-10-2000 PP-00080, EMENT VOL-02007-01, PP-00115)

CRIME DE FURTO – EXAME DE DEPENDÊNCIA QUÍMICA – INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DA PERDA DA CAPACIDADE DE AUTODETERMINAÇÃO – INDEFERIMENTO. Estando consignada, no ato do Juízo, a inexistência de indícios de perda da capacidade de autodeterminação do acusado de prática do crime de furto, descabe cogitar de ilegalidade. (STF, 1ª Turma, HC 96939 / MS, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, J. Em 23/11/2010, Publicação Dje-240, DIVULG 09-12-2010, PUBLIC 10-12-2010, EMENT VOL-02448-01 PP-00010)

(...) 2. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em tema de "inimputabilidade (ou semi-imputabilidade), vigora, entre nós, o



critério biopsicológico normativo. Assim, não basta simplesmente que o agente padeça de alguma enfermidade mental (critério biológico), faz-se mister, ainda, que exista prova (v.g. perícia) de que este transtorno realmente afetou a capacidade de compreensão do caráter ilícito do fato (requisito intelectual) ou de determinação segundo esse conhecimento (requisito volitivo) à época do fato, i.e., no momento da ação criminosa" (HC n.º 55.230/RJ, Relator o Ministro Felix Fischer, DJ 1º/8/2006).(...) (Superior Tribunal de Justiça, AgRg no Habeas Corpus nº 237.695 - MS (2012/0064631-3), Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. em 27.08.2013, DJe: 03/09/2013).

(...) 1. A redução ou isenção das penas previstas nos arts 45 e 46 da Lei n. 11.343/2006 somente é aplicável quando comprovado que o agente, ao tempo da ação, não tinha plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, visto que a dependência química, por si só, não afasta a responsabilidade penal. (Superior Tribunal de Justiça, AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.065.536 - AC (2008/0127195-6), Relator: Ministro Og Fernandes, j. em 05.09.2013, DJe: 23/09/2013).

HABEAS CORPUS . TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL.

IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 46 DA LEI N.º 11.343/2006 NEGADA. MANIFESTA ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PACIENTE QUE POSSUÍA PLENA CAPACIDADE DE COMPREENDER O CARÁTER ILÍCITO DO FATO A ELE IMPUTADO E DE DETERMINAR-SE CONSOANTE TAL ENTENDIMENTO. CONCLUSÃO DIVERSA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial. 2. O Colegiado estadual negou a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 46 da Lei n.º 11.343/2006 à espécie por entender que o paciente ostentava plena capacidade de entendimento do caráter ilícito do fato a ele imputado e de determinar-se consoante esse entendimento, apesar da dependência química constatada, não se havendo falar, pois, em reconhecimento da semi-imputabilidade. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus. 3. Habeas corpus não conhecido. (STJ, 6ª Turma, HABEAS CORPUS Nº 273.390 - MG (2013/0217073-6), Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, J. em 29.08.2013 DJe: 12/09/2013).

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EXAME DE DEPENDÊNCIA QUÍMICA. ART. 19 DA LEI N.º 6.368/76 E ART. 45 DA LEI N.º 11.343/2006. POSSIBILIDADE, EM TESE, DE REALIZAÇÃO. DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA QUE, POR SI SÓ, NÃO EXCLUI A CULPABILIDADE. PERDA DO DISCERNIMENTO DO CARÁTER ILÍCITO DO FATO DECORRENTE DE CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR. DESCABIMENTO, NO CASO CONCRETO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE QUE OS PACIENTES ESTIVESSEM SOB O EFEITO DE ENTORPECENTES NO MOMENTO DA PRÁTICA DO DELITO. 1. Nos termos expressos do art. 19 da Lei n.º 6.368/76 (atual art. 45 da Lei n.º 11.343/2006), a inimizabilidade ou semi-inimizabilidade decorrente do uso de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, seria apta para excluir a culpabilidade não apenas dos delitos tipificados no próprio diploma legal, mas de qualquer infração penal. 2. Para que haja exclusão ou diminuição da culpabilidade, a perda ou redução da capacidade de entendimento do caráter ilícito do fato, em razão do uso do entorpecente, deve ser decorrente de caso fortuito ou força maior. Em outras palavras, a dependência química, por si só, não afasta ou reduz a responsabilização penal. 3. A tão-só alegação de ser o réu consumidor reiterado de drogas não torna obrigatória a realização do exame de dependência química, mas cabe ao Juiz, a partir da análise do acervo probatório e das circunstâncias do crime, avaliar a conveniência e necessidade do ato. 4. Ao afastar a referida nulidade, arguida na apelação defensiva, o Tribunal a quo, soberano na análise da matéria fática, entendeu que as provas colhidas na instrução não indicariam, sequer indiciariamente, que os Pacientes estivessem com a inteligência e volição prejudicadas durante a prática do crime, mas, ao contrário, as circunstâncias que envolveram o delito demonstrariam o pleno exercício da capacidade de discernimento dos agentes no momento da conduta delituosa. 5. Cerceamento de defesa ou prejuízo para a defesa não caracterizados. 6. Ordem denegada. (STJ, 5ª Turma, HC 118970 / SP - HABEAS CORPUS 2008/0232625-6, Relator Ministra LAURITA VAZ, Julgamento em 16/12/2010, Publicação/Fonte DJe 07/02/2011).

Ao tratar do tema, a Doutrina consignou:

“Seguindo a mesma orientação do CP (art. 26, caput), a Lei n. 6.368/76 adotou o critério biopsicológico na aferição da inimizabilidade, exigindo dois requisitos: 1º) que o crime tenha sido cometido em razão da dependência ou sob o efeito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica proveniente de caso fortuito ou força maior (causas); 2º) que o sujeito, no momento da realização da conduta, seja inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de

determinar-se de acordo com essa compreensão (feito). A presença isolada do primeiro requisito alternativo não conduz à inimizabilidade. Significa que a simples dependência de drogas, ainda que em relação a ela o sujeito tenha a autodeterminação comprometida, não causa inimizabilidade, desde que, no momento do fato, possua capacidade intelecto-volitiva.” (JESUS, 2005, p. 128)

A adoção do critério biopsicológico, pelo Legislador Penal (Código Penal, Lei nº 11.343/2006, e antecedente nº 6.368/76), ajuda no deslinde da questão: não basta que o agente seja apenas portador de transtorno mental, ou apenas que no momento do crime apresente desequilíbrio das funções psíquicas, inclusive por fator de ingestão tóxica.

CONCLUSÃO

A existência, ao tempo dos fatos, de quadro clínico definido como estado de dependência, ou pelo uso continuado de múltiplas substâncias psicoativas, não é suficiente para caracterizar inimizabilidade, se não houver reconhecimento que do quadro de toxofrenia resultou transtorno mental com o comprometimento da capacidade total ou parcial do agente compreender o caráter ilícito da sua conduta, ou de autodeterminar-se.

No caso do consumo incontrolável de substâncias psicoativas, a inimizabilidade pode constituir efeito do uso ou abuso de substâncias psicoativas, mas do transtorno mental correspondente, isto é, provocado pela dependência química, que lhe constitui o suporte fático:

No caso do consumo incontrolável e continuado de substâncias psicoativas, a inimizabilidade constitui efeito jurídico do transtorno mental, que, por sua vez, poderá resultar ou não da dependência química, isto é, provocado pela dependência química, que lhe constitui o suporte fático:

A característica essencial da dependência de substâncias consiste num conjunto de sintomas cognitivos, comportamentais e fisiológicos, capazes de indicar que o indivíduo continua a utilizar uma determinada substância, apesar dos problemas significativos causados pelo referido uso. A continuação da ingestão possui ainda um padrão que geralmente resulta em tolerância, abstinência e comportamento compulsivo.

A dependência, prevista nas disposições dos arts. 45 e 46 da Lei nº 11.343/2006, somente

constitui causa imediata da inimizabilidade, total ou parcial, quando a mesma compõe ou caracteriza doença mental equivalente, afastando a capacidade de compreensão do caráter ilícito da conduta, ou de autodeterminação do agente, nos moldes do art. 26, do Código Penal, posto que as normas são complementares.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. Diagnostic And Statistical Manual Of Mental Disorders Fourth Edition – DSM-IV. Disponível em <https://justines2010blog.files.wordpress.com/2011/03/dsm-iv.pdf>. Acesso em 05 de julho de 2016.

ARAUJO, Renata Brasil; OLIVEIRA, Margareth da Silva; PEDROSO, Rosemeri Siqueira; MIGUEL, Alessandra Cecília; de CASTRO, Maria da Graça Tanori. Craving e dependência química: Conceito, avaliação e tratamento. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/jbpsiq/v57n1/v57n1a11.pdf>. Acesso em 10 de julho de 2016.

BECHARA, Fábio Ramazzini. Legislação Penal Especial: Crimes Hediondos, Abuso de Autoridade, Tóxicos, Contravenções, Tortura, Porte de Arma e Crimes contra a Ordem Tributária. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Diretrizes Gerais Médicas para Assistência Integral ao Dependente do Uso do Crack (2011). Disponível em: <http://www.sbp.com.br/pdfs/diretrizes-medicais-integral-crack-cfm.pdf>. Acesso em 09 de julho de 2016.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. Tratado da Inimizabilidade no Direito Penal. São Paulo: Malheiros, 2000.

JESUS, Damásio E. de. Lei antitóxicos anotada. 8a. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARANHÃO, Odon Ramos. Psicologia do Crime. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia. 10. ed., 1ª Parte. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal, Parte Geral - Volume 1. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

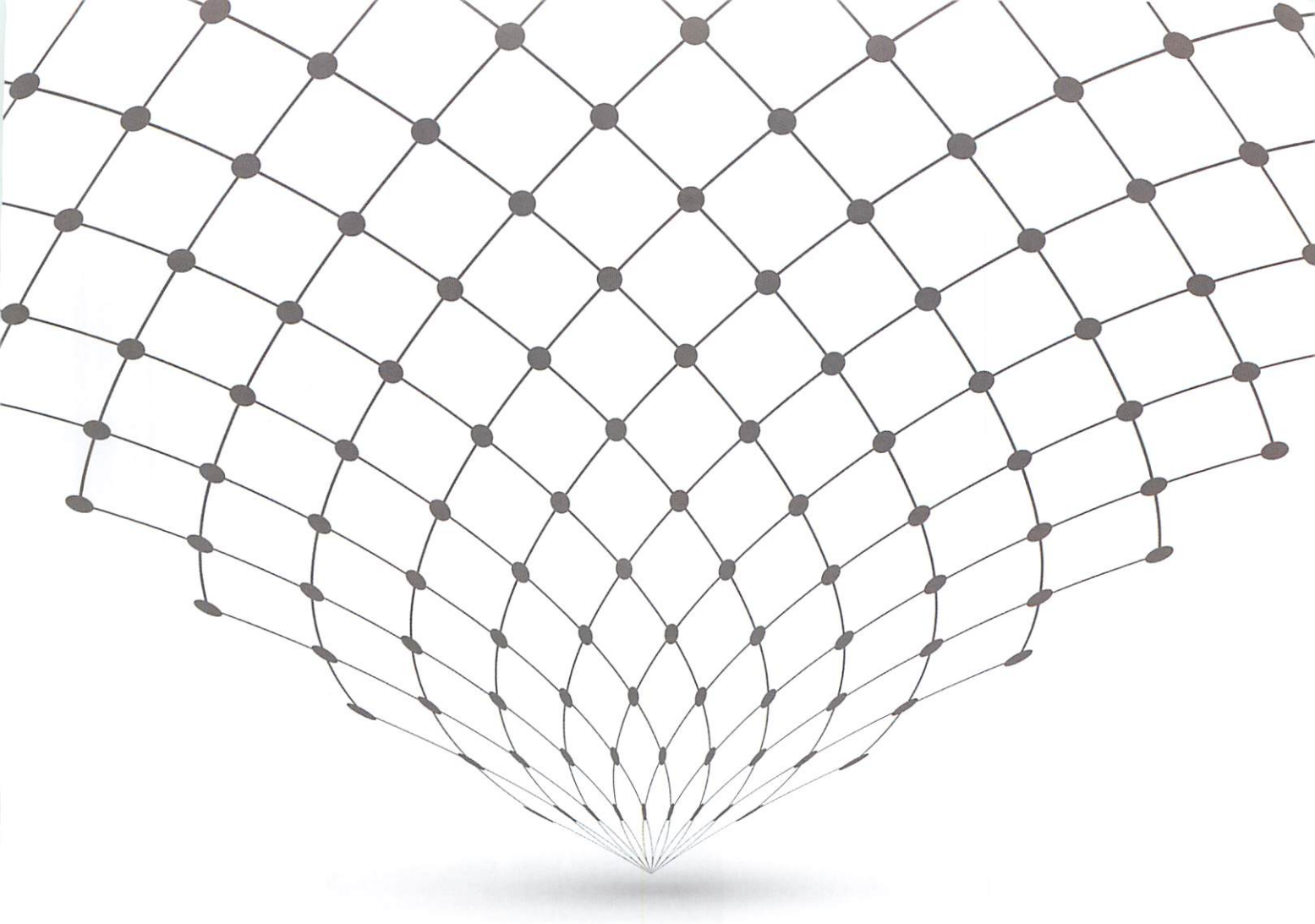
NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 11. Ed. São Paulo: Editora RT, 2012.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 1º Volume. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

QUEIROZ, Paulo. Direito Penal, Parte Geral. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SOUZA, Priscila. Intertextualidade na Linguagem Jurídica: Conceito, Definição e Aplicação, in: CARVALHO, Paulo de Barros; DE CARVALHO, Aurora Tomazini (Org). Construtivismo Lógico-Semântico - Vol I. São Paulo: Noeses, 2014.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 1991.



Escola Superior do Ministério Público de Sergipe

AMOSTRA DE EVENTOS CIENTÍFICOS 2015 - 2016*

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER EM DEBATE

INQUIETAÇÕES E POSSIBILIDADES

A Escola Superior do Ministério Público de Sergipe realizou, no dia 02 de março, o Seminário "Violência contra a mulher em debate: inquietações e possibilidades". O evento foi realizado em parceria com o **Centro de Apoio Operacional dos Direitos da Mulher** foi um sucesso e lotou o auditório da sede do Ministério Público em Sergipe.

A Promotora de Justiça e Diretora do Centro de Apoio Operacional dos Direitos da Mulher, Gicele Mara Cavalcante d'Ávila Fontes, esteve presente no seminário, e ressaltou que a concretização do evento veio com o intuito de aprofundar e discutir o tema sob diversos aspectos, como o tratamento do agressor e o acolhimento da mulher violentada.

Entre os temas abordados, a palestra "Lei Maria da Penha: um trabalho de grupo com agressores", foi ministrada pela Dra. Elaine de Souza Cordeiro, que é Psicóloga especialista em Psicologia Jurídica pela UERJ e Mestre em Psicologia pela UFRJ. "O trabalho em grupo visa informar, possibilitar a interação e a reflexão com foco na responsabilização", ressaltou a Psicóloga.

O evento ainda contou com o lançamento do livro da Dra. Elaine de Souza Cordeiro, intitulado "Violência contra mulher é crime! A Lei Maria da Penha e um trabalho de grupo com agressores".



NASCENTES DO SÃO FRANCISCO

Capacitação dos Conselho Municipais Ambientais



MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE
SALVANDO RIOS
Projeto Nascentes do São Francisco

No dia 20 de março, a água foi o assunto debatido no auditório Promotor de Justiça Valdir de Freitas Dantas. O evento, que foi um sucesso, foi fruto de uma parceria entre a **Escola Superior do Ministério Público de Sergipe e o Centro de Apoio Operacional do Rio São Francisco e Nascentes**.

O seminário foi dividido em dois momentos: no primeiro, aberto ao público, a Promotora de Justiça Allana Rachel Monteiro Batista Soares apresentou aos presentes o Projeto “*Nascentes do São Francisco*”; em seguida, o especialista em recursos hídricos da Agência Nacional de Águas (ANA), Rossir Ferreira Matos Sena, discorreu sobre o Programa “*Produtor de Água*”, desenvolvido pela referida agência.

O segundo momento do evento foi destinado a uma capacitação dos conselhos que foram implantados através do Projeto “*Nascentes do São Francisco*”. A capacitação foi realizada por uma equipe da Secretaria Estadual do Meio Ambiente e Recursos Hídricos, SEMARH, parceira do Projeto do MP.

“O evento teve essa finalidade, mostrar esse projeto-piloto desenvolvido em Canindé do São Francisco e ao mesmo tempo apresentar o segundo eixo do projeto, que é desenvolver o sistema de gestão ambiental municipal em todas as outras cidades do baixo são francisco”, disse a Promotora de Justiça e Diretora do C.A.Op. do Rio São Francisco e Nascentes, Allana Rachel Monteiro Batista Soares.



SEMINÁRIO

O MINISTÉRIO PÚBLICO E O COMBATE À CRIMINALIDADE



No dia 06 de abril a Escola Superior do Ministério Público abriu a programação científica de 2015 com o seminário *"O Ministério Público e o Combate à Criminalidade"*, ministrado por especialistas brasileiros que se dedicam aos estudos e à prática no combate à criminalidade.

O evento foi dividido em três painéis: o primeiro, com o tema *"Prevenção e Combate à Criminalidade: O papel do Ministério Público"*, teve como expositor o Dr. Daniel Ricardo de Castro Cerqueira, Doutor em Economia (PUC/RJ) e Pesquisador do IPEA, como debatedora a Dr.^a Christine Jacquet, Doutora em Sociologia e Ciências Sociais (Université Lumière Lyon, França), e como moderador o Dr. João Rodrigues Neto, Promotor de Justiça, Diretor do C.A.Op.(Centro de Apoio Operacional) da Segurança Pública.

O segundo painel foi exposto e debatido pelos Promotores de Justiça, Dr. Luis Claudio Almeida Santos, Doutor em Sociologia (UFS), e pelo Dr. Newton Silveira Dias Junior, Doutorando em Direito Penal (Universidade de Frankfurt) e Diretor da ESMP/SE, que trataram do tema *"Segurança Pública: Ilusões perdidas, novas esperanças"*.



O último painel abordou o tema *"Gestão Estratégica da Política de Segurança Pública"*, exposto pelo Dr. Álvaro Rogério Duboc Fajardo, Delegado Federal (SR/DPF/ES), contando como debatedora a Dr.^a Georlize Oliveira Costa Teles, Delegada de Polícia Civil do Estado e Secretária de Defesa Social do Município de Aracaju, e como moderador o Dr. Jarbas Adelino Soares Junior, Promotor de Justiça e Diretor do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado – GA ECCO (MP/SE).

SEMINÁRIO O MINISTÉRIO PÚBLICO E O COMBATE À CORRUPÇÃO



No dia 15 de maio a Escola Superior do Ministério Público de Sergipe realizou o Seminário **O Ministério Público e o Combate à Corrupção**. No evento foi lançada a Campanha intitulada *“Estratégias de Atuação contra a Corrupção”*.

“Nesse momento em que o país passa por situações gravíssimas de atos de corrupção, nada mais justo e coerente que o Ministério Público trate essa questão como prioridade absoluta. O dinheiro que é indevidamente apropriado ou desviado no país faz falta na saúde, na educação, e em todos os setores em que há necessidade de que o Estado preste um serviço de qualidade para a população”, disse o Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público de Sergipe, José Rony Silva Almeida.

No evento também foi criado, no âmbito do Ministério Público de Sergipe, um grupo denominado **Grupo de Combate à Improbidade Administrativa - G.C.I.A**, cuja ideia é de que o Centro de Apoio Operacional de defesa do patrimônio Público possa servir aos Promotores de Justiça que atuam no combate à improbidade administrativa.

Durante o seminário, foram ministradas duas palestras. A primeira, pelo Advogado no Rio de Janeiro e Doutor pela Universidade Complutense de Madrid, Fábio Medina Osório, que fez uma abordagem teórica acerca do tema, destacando o regime jurídico da lei de improbidade administrativa. A segunda, pelo Promotor de Justiça e Secretário de Estado no Espírito Santo, Marcelo Zenkner, em que discorreu sobre sua experiência prática, tratando do trabalho que desenvolveu ao longo dos seus 18 anos no combate à corrupção no Estado do Espírito Santo.



Seminário Dia Nacional de Combate ao Abuso e Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes

18 DE MAIO

Buscando conscientizar e mobilizar a sociedade sobre a gravidade do abuso e exploração sexual de crianças e adolescentes, o Ministério Público de Sergipe realizou um seminário em alusão ao dia 18 de maio, data que representa o dia nacional do enfrentamento a esta problemática.

O evento foi realizado pela **Escola Superior**, em parceria com o **Centro de Apoio Operacional da Infância e Adolescência**, e a **8ª Promotoria dos Direitos do Cidadão de Aracaju**.

O seminário contou com palestras do delegado de polícia do Departamento de Atendimento a Grupos Vulneráveis, Ronaldo Alves Marinho da Silva, que fez uma análise contextualizada sobre os avanços da Rede de Proteção no atendimento à violência sexual das crianças e adolescentes; da representante da Secretaria Estadual de Saúde, Patrícia Lima da Silva; do representante da SEIDES (Secretaria do Estado da Mulher, da Inclusão e Assistência Social, do Trabalho, dos Direitos Humanos e Juventude), Felipe Pereira de Oliveira, mostrando a assistência social em Sergipe; e da Presidente do Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente, Josevanda Mendonça Franco, que tratou do plano estadual de enfrentamento do problema.



CURSO PRÁTICO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA



Com o objetivo de capacitar membros e analistas do Ministério Público de Sergipe no tocante aos principais aspectos práticos que envolvem a aplicação da Lei de Improbidade, a Escola Superior do Ministério Público de Sergipe realizou com bastante êxito, o *Curso Prático de Improbidade Administrativa*.



O curso se desenvolveu em cinco módulos, que ocorreram nos dias 18 e 22 de maio; 08, 12 e 15 de junho de 2015, abrangendo diversos temas na área de improbidade administrativa, tendo como ministrantes os Promotores de Justiça do Ministério Público de Sergipe, Alexandre Albagli e Henrique Ribeiro Cardoso. Os participantes do curso demonstraram grande interesse e entusiasmo pelo dinamismo dos palestrantes.



III SEMINÁRIO DO TERCEIRO SETOR

No dia 01 de junho, o auditório Promotor de Justiça Valdir de Freitas Dantas foi palco do III Seminário do Terceiro Setor. O evento foi realizado pela **Escola Superior do Ministério Público** e pelo **Centro de Apoio Operacional do Terceiro Setor**, em parceria com o Conselho Regional de Contabilidade, com o objetivo de divulgar a Lei nº 13.019/2014, que trata do regime jurídico das parcerias voluntárias entre o Poder Público e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação.

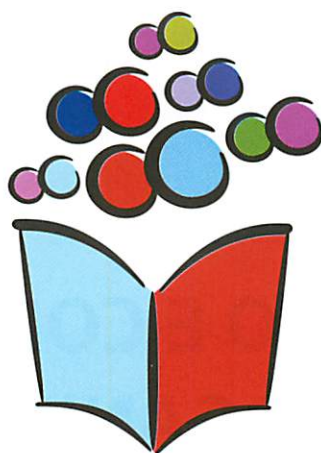


“O Seminário tem a finalidade de falar sobre transparência e fiscalização efetiva do dinheiro público. Esse é o grande objetivo que o Ministério Público pretende alcançar: preparar a instituição, membros e servidores e orientar representantes de ONGs e entidades do Terceiro Setor, para que possamos caminhar juntos e melhorar esse segmento em todo o país”, disse o Procurador-Geral de Justiça, José Rony Silva Almeida.

O III Seminário do Terceiro setor foi composto por três painéis. O primeiro teve como tema “A Lei 13.019/2014 – Regime jurídico das parcerias voluntárias, formalização e celebração do Termo de Colaboração e do Termo de fomento”.

O segundo painel abordou o tema “A contabilidade como instrumento para verificação da correta aplicação dos recursos públicos. Desafios no campo da transparência das prestações de contas e a relevância do controle social, com base da Lei nº13.019/2014”.

O terceiro e último painel apresentou o tema “Remuneração de Dirigentes: uma discussão sobre a realidade do terceiro setor e considerações sobre a Lei 13.019/14”.



**MINISTÉRIO PÚBLICO
PELA EDUCAÇÃO**
ESCOLA COM PARTICIPAÇÃO

“Estabelecer o direito à educação como prioridade”. Este é um dos principais objetivos do projeto Ministério Público pela Educação (MPEduc), uma parceria entre o Ministério Público do Estado de Sergipe (MPE) e o Ministério Público Federal (MPF).

“A ideia básica é que a gente possa tornar o MP Estadual e o MP Federal mais presentes nas escolas, inclusive no interior do Estado”, disse o Procurador-Geral de Justiça, José Rony Silva Almeida. Ele ressaltou apoio integral (ao projeto), a fim de que cada unidade de ensino no território do Estado seja visitada.

O MPEduc nasceu no Ministério Público Federal, há dois anos, mas desde o início foi concebido como um projeto do Ministério Público brasileiro. Aprovado pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), ele integra o planejamento estratégico da Instituição, que é una e indivisível. Atuando conjuntamente os Órgãos Ministeriais alcançarão maior capilaridade, produzindo um trabalho abrangente e efetivo. A qualidade dos serviços ofertados em cada escola será avaliada sob os seguintes aspectos: estrutura física, pedagogia, inclusão, alimentação escolar, transporte escolar, programas do governo federal e funcionamento dos dois principais Conselhos Sociais que atuam na análise da prestação de contas das verbas direcionadas à educação.



CURSO

INVESTIGAÇÃO E COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

Nos dias 16, 23 e 26 de outubro a Escola Superior do Ministério Público de Sergipe proporcionou aos Membros e Servidores da Instituição o **Curso de Investigação e Combate ao Crime Organizado**. O evento teve o objetivo capacitar e habilitar os participantes a fazer uso das mais modernas técnicas investigativas na proteção do patrimônio público, da previdência pública e da ordem tributária, nas esferas cível e criminal.



Ministrado pela Delegada de Polícia e Coordenadora do Laboratório de Tecnologia Contra Lavagem de Dinheiro – LABLD/SE, Danielle Garcia Alves, e pelo Gestor Estadual do INFOSEG e também Coordenador do LABLD/SE, Fábio Manguiera da Cruz, o evento foi dividido em três módulos que tinham como temas: Organizações Criminosas e a Delação Premiada no contexto Brasil; Redes e Sistemas no Combate as Organizações Criminosas; e O Crime de Lavagem de Dinheiro e a Atuação do LABLD.



SEMINÁRIO

CONTROLE E FISCALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA ATENÇÃO BÁSICA À SAÚDE



Ocorreu com grande êxito o Seminário sobre Controle e Fiscalização das Políticas Públicas na Atenção Básica à Saúde realizado no dia 09 de novembro, pela Escola Superior do Ministério Público de Sergipe, em parceria com o Centro de Apoio Operacional dos Direitos à Saúde com o apoio do Conselho Estadual da Saúde.

Dividido em três partes, a primeira palestra foi ministrada pelo Auditor Chefe do Departamento Nacional de Auditoria do SUS de Minas Gerais (Denasus-MG), João Batista, que tratou da Auditoria do SNA na Atenção Básica e seu Impacto na Rede de Assistência e Hospitalar do SUS (Decreto Federal nº 7.508/12).



Num segundo momento, o Conselheiro do Tribunal de Contas de Sergipe, Clóvis Barbosa de Melo, abordou o Papel do Tribunal de Contas na Fiscalização das Políticas de Saúde.

A terceira parte do seminário ficou a cargo do Promotor de Justiça, Presidente da Associação Nacional do Ministério Público de Defesa da Saúde (AMPASA) e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa da Saúde do Ministério Público de Minas Gerais, Gilmar de Assis, que explanou acerca das Perspectivas da Fiscalização das Políticas Públicas da Saúde na Atenção Básica.

“Nós estamos vivendo um momento muito difícil no Brasil onde a corrupção se tornou a regra e a honestidade tem sido exceção. O nosso maior desafio hoje é transformar o país em um lugar decente”, afirmou Clóvis Barbosa.

9 de dezembro

DIA INTERNACIONAL CONTRA A CORRUPÇÃO

TRANSPARÊNCIA E CONTROLE SOCIAL

“A corrupção, além de ser crime, é um imenso mal que assola o nosso país. Por isso, o MP Estadual e o MP Brasileiro adotaram esse tema como a sua principal luta”, disse o Procurador-Geral de Justiça do MP de Sergipe, José Rony Silva Almeida, durante a abertura do evento “Dia Internacional Contra a Corrupção: Transparência e Controle Social”, promovido pela Escola Superior do MPSE em parceria com o Fórum Permanente de Prevenção e Combate à Corrupção no Estado de Sergipe.

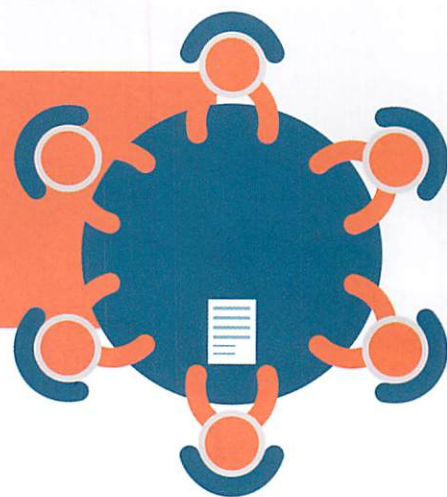
O evento teve como homenageado especial, o ex-Ministro Chefe da Controladoria-Geral da União (CGU), Waldir Pires de Souza, um ícone da política brasileira. Enquanto Ministro do Controle e da Transparência, na CGU, Waldir Pires implementou importantes políticas de controle da administração pública e de prevenção e combate à corrupção, entre elas, o “Programa de Fiscalização a partir de Sorteios Públicos”, o programa de capacitação de cidadãos para atuarem no controle social, “Olho Vivo no Dinheiro Público”, e o “Portal da Transparência”, ferramenta de prestação de contas governamental reconhecida e premiada no Brasil e no exterior.



“A ideia desse evento é ressaltar a necessidade do trabalho conjunto. Só através de atuação com parcerias podemos alcançar o nosso objetivo, que é de combater a corrupção”, destacou o Promotor de Justiça, Diretor do Centro de Apoio Operacional de Defesa do Patrimônio Público e da Ordem Tributária e Diretor-Geral em exercício da Escola Superior do MP, Henrique Ribeiro Cardoso.

O encontro também contou com palestras tendo como temas: “Impacto da Improbidade Administrativa (Lei 12.846/2013) no Combate a Corrupção”, abordado pelo Promotor de Justiça do Ministério Público de São Paulo e Doutor em Direito, Valter Foletto Santin; e “O Observatório Social de Aracaju como Ferramenta de Controle Social”, objeto de palestra ministrada pela Chefe da Divisão de Auditoria do Departamento de Controle Interno do Tribunal de Justiça de Sergipe, Sirley Maclaine da Graça Melo.

CURSO PRÁTICO DE GESTÃO DE GABINETES



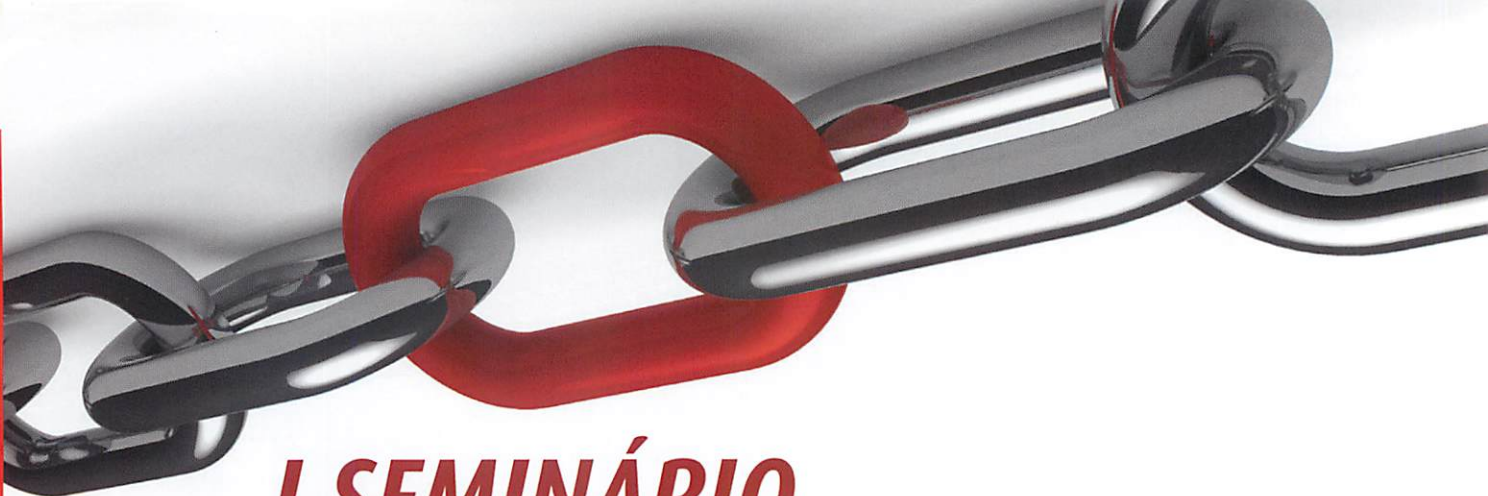
Membros e servidores do Ministério Público de Sergipe lotaram a Sala de aula 01 da ESMP no dia 22 de fevereiro para prestigiar o **Curso Prático de Gestão de Gabinetes**. A capacitação foi uma realização da Escola Superior de Sergipe, e teve como ministrante o Promotor de Justiça do MP/SE, Alexandre Albagli Oliveira.

Alexandre Albagli é autor do **Manual “Gestão de Gabinetes”**. Ele explicou e exemplificou para todos os presentes, algumas práticas do cotidiano que contribuem para a excelência dos trabalhos. Segundo ele, capacitar os membros e servidores da instituição é de suma importância para as promotorias, que terão um serviço mais rápido sem perder a qualidade.

“O objetivo do encontro foi ajudar os colegas do MP a operacionalizar de forma que as promotorias de justiça passem a funcionar com mais agilidade, dependendo o menor tempo possível, e com a excelência necessária.”, afirmou Alexandre.

Ainda de acordo com o Promotor de Justiça, essa necessidade de gerência se deve ao fato de que nos últimos anos a complexidade dos processos aumentou e abarrotou as promotorias de justiça. *“Se nós não tivermos a consciência de que somos gestores de gabinetes, vamos ser atropelados pelo tempo. Então, eu e minha equipe nos debruçamos por mais de um ano na busca por práticas que se mostraram vitoriosas para implementar em todos os setores do órgão.”, concluiu.*





I SEMINÁRIO

O MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DA SEGURANÇA PÚBLICA

Segundo o Anuário Estatístico De Segurança Pública – 2014 (dados de 2013), Sergipe é o Estado que tem o quarto maior índice de homicídios do Brasil. Ao longo do ano de 2013, o Estado registrou um total de 1043 vítimas dos chamados Crimes violentos letais intencionais (CVLI), nos quais estão incluídas as mortes decorrentes dos homicídios em sentido estrito, das lesões corporais seguidas de morte e dos latrocínios.

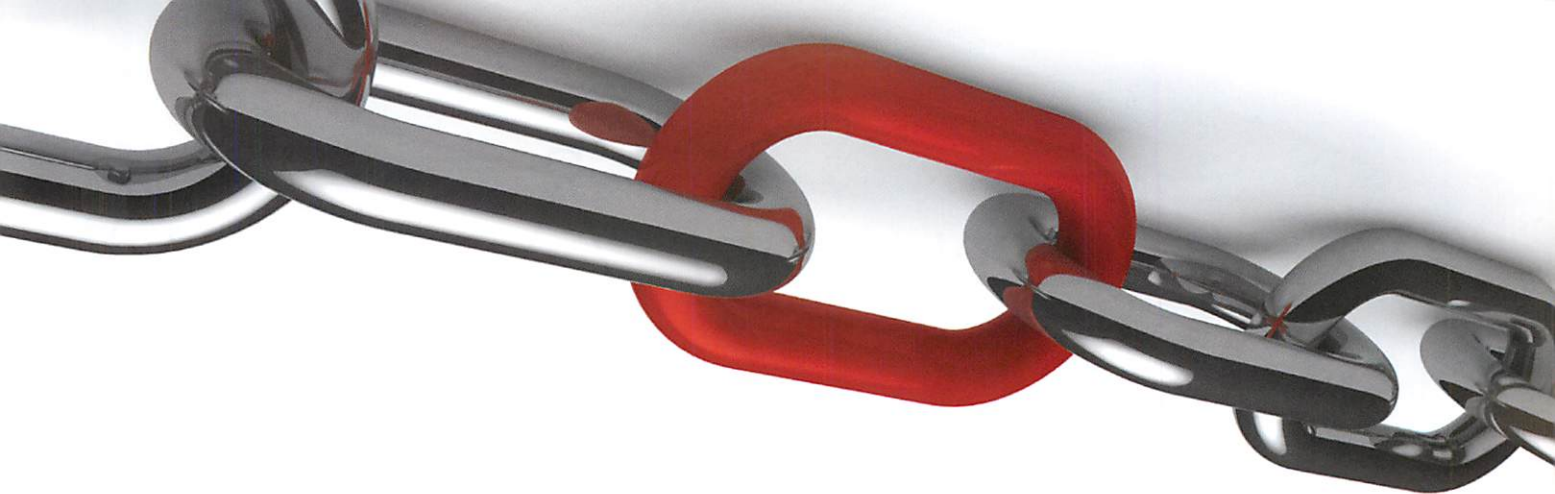


Pensando nisso, dando início a um conjunto de medidas a serem articuladas com outras Instituições, o Ministério Público de Sergipe promoveu o lançamento do **Fórum Estadual de Segurança Pública**, que ocorreu durante o I Seminário “O Ministério Público na Defesa da Segurança Pública”, no dia 14 de março, no Edifício-Sede do MP/SE, em Aracaju.



Através da integração entre o Ministério Público, o Poder Judiciário e o Poder Executivo, este último sobretudo por meio das Polícias Civil e Militar de Sergipe, o Fórum tem o objetivo de servir de instrumento para fomentar a adoção, no Estado de Sergipe, de medidas propostas pelo Ministério da Justiça, através do **Pacto Nacional pela Redução de Homicídios**, à semelhança de planos já adotados em outros Estados da Federação, a exemplo do “Pacto pela Vida” (Pernambuco e Bahia), “Estado Presente” (Espírito Santo), e “Ceará Pacífico”.

Segundo o Procurador-Geral do Ministério Público de Sergipe, José Rony Silva Almeida, é preciso



assegurar que a Segurança Pública seja tratada com prioridade absoluta e efetiva, e para que isso ocorra é necessária a integração de todos. *“A ideia do MP foi essa, congrega Estado, sociedade, Poder Judiciário e todas as pessoas que possam de algum modo ajudar a melhorar a segurança pública no nosso território, e focar para que o número de homicídios seja reduzido”,* ressaltou ele.

O Governador do Estado, Jackson Barreto, parabenizou o MP pela iniciativa de promover o encontro. *“O Governo de Sergipe parabeniza por essa ação, porque hoje, apesar dos problemas em outros setores, a segurança tem sido o grande questionamento da sociedade. É muito bom que o Ministério Público esteja pensando nesse tema como o Executivo e o judiciário também estão”,* concluiu Jackson Barreto.

Ainda de acordo com o Governador, o Ministério Público sergipano sempre orgulhou o Estado pela boa referência que tem em todo o parquet nacional: *“O conceito do MP de Sergipe é trabalho, competência, inteligência e compromisso”.*

Sintetizando o compromisso com a segurança pública do Estado foi firmada a *“Carta de Aracaju”*, assinada pelo Procurador – Geral de Justiça, pelo Governador do Estado e pelo Desembargador e Presidente do Tribunal de Justiça de Sergipe.

“A integração dos poderes buscando soluções e discutindo uma série de medidas, contribuirá para uma sociedade mais equilibrada, justa e que merece o respeito de todos”, afirmou o chefe do Poder Judiciário no Estado, Desembargador Luiz Mendonça.



O Ministério Público no NOVO CPC



Membros e Servidores do MPE e do MPF participaram, durante as manhãs dos dias 18, 25 e 29 de abril, e dos dias 02, 09 e 16 de maio, do **curso O Ministério Público No Novo Código De Processo Civil**. A capacitação foi uma realização da Escola Superior do MP/SE, e aconteceu para atender às necessidades dos integrantes e servidores de ambos os Ministérios Públicos.

O evento contou com a inauguração de um novo sistema de transmissão, que permitiu àqueles que não encontraram lugar disponível na sala em que ocorriam presencialmente as aulas, pudessem acompanhá-las em outra sala, em tempo real. Dessa forma, o curso pôde abranger um maior número de participantes, que podiam interagir com o professor, independente da sala em que estavam.

O evento teve como ministrantes o Procurador da República em Campinas, Edilson Vitorelli, que falou sobre os aspectos gerais e as principais inovações do novo CPC; o Advogado e também Professor da UFS, Arnaldo Machado, que, em sua primeira aula, tratou das disposições gerais aplicáveis a todos os procedimentos e sobre a tutela provisória; e, na segunda aula, explanou acerca do procedimento comum. Dando seguimento ao curso, o Promotor de Justiça do Ministério Público do Rio de Janeiro e Professor da UERJ, Humberto Dalla, tratou dos principais aspectos da atuação do MP no novo CPC. Por fim, em duas aulas ministradas nos dias 9 e 16 de maio, o Juiz de Direito e Professor da Universidade Federal de Sergipe, Leonardo Santana, abordou, respectivamente, os temas "procedimentos especiais" e "recursos" no novo CPC.



TREINAMENTO

SISTEMA DE INVESTIGAÇÃO DE MOVIMENTAÇÕES BANCÁRIAS - SIMBA

O Ministério Público de Sergipe, por intermédio da **Escola Superior** e do **Comitê Estratégico de Tecnologia da Informação**, promoveu no dia 27 de abril, no auditório Promotor de Justiça Valdir de Freitas Dantas, um treinamento sobre o **Sistema de Investigação de Movimentações Bancárias – SIMBA**.

O SIMBA é um conjunto de processos, módulos e normas para tráfego de dados bancários entre instituições financeiras e órgãos governamentais. Desenvolvido pela Assessoria de Pesquisa e Análise – ASSPA (unidade vinculada ao gabinete do Procurador-Geral da República do Ministério Público Federal), o sistema envolve a definição de processo para solicitação normatizada de dados bancários e a utilização de sistema de validação, transmissão e processamento de elementos.

“O SIMBA é um desejo antigo do nosso MP. É de extrema relevância ter um sistema que possa fazer apreciação de dados bancários. Trabalhei muito tempo na Promotoria de Patrimônio Público fazendo investigações, inclusive com quebra de sigilo bancário, e tínhamos uma dificuldade imensa porque a análise de dados era feita apenas através de extratos simples. Depois foi desenvolvida uma planilha no excel, mas nada se compara ao sistema do MPF”, destacou o Procurador-Geral de Justiça em Exercício e Presidente do Comitê Estratégico de Tecnologia da Informação do Ministério Público de Sergipe, Eduardo Barreto D’Ávila Fontes.

O treinamento foi ministrado pelo Analista da Secretaria de Pesquisa e Análise do MPF, Álvaro Casseb, e direcionado aos membros e servidores do MP/SE, especialmente aqueles com atuação nas Promotorias de Justiça Criminais e de Defesa do Cidadão. O Analista explicou o que é o SIMBA, as três fases de implantação, novidades do sistema, sua estrutura, além de ter trazido alguns casos práticos investigados pelo MP Federal.

Para o Promotor de Justiça do Controle Externo da Atividade Policial e integrante do Grupo de Atuação Especial no Combate ao Crime Organizado do MP de Sergipe, Jarbas Adelino Santos Júnior, o sistema é uma ferramenta muito eficaz nas investigações.



CICLO DE CAPACITAÇÃO EM PERÍCIAS III

BALÍSTICA

LOCAL DE CRIME

A Escola Superior do Ministério Público de Sergipe, dando continuidade ao Ciclo de Capacitação em Perícias, realizou, nos dias 23 e 30 de maio, na sala de aula 01 da ESMP, o curso **Balística Forense e Local de Crime**.

O evento foi direcionado aos Membros e servidores do MP/SE, e trouxe como ministrantes os peritos da Força Nacional de Segurança, Ladislau Brito e Paula Yara, que demonstraram grande entusiasmo com a aceitação e a participação de todos os inscritos.

O primeiro Curso dentro do Ciclo de Capacitação em Perícia foi sobre Cinemática em Acidente de Trânsito oferecido no mês de dezembro de 2014; já o segundo aconteceu em junho de 2015, e teve como tema Perícia Médico-Legal, com ênfase na interpretação de laudos cadavéricos.



CURSO DIREITO ELEITORAL ELEIÇÕES 2016



Com o intuito de capacitar membros e servidores do MP/SE e do TRE/SE, a **Escola Superior do Ministério Público em Sergipe**, em parceria com a **Escola Judicial Eleitoral (EJE/TRE-SE)**, realizaram o **curso "Direito Eleitoral – Eleições 2016"**, nos dias 13, 20 e 27 de junho e nos dias 04, 15, 22 e 29 de julho.

Com um total de sete encontros, diversos temas eleitorais foram debatidos, entre eles *"Crimes Eleitorais"*, *"Registro de Candidatura"*, *"Propaganda Eleitoral"*, *"Financiamento de Campanha"* e *"Inelegibilidades"*.



O Promotor de Justiça e Diretor da ESMP, Newton Silveira Dias Junior, falou sobre o sucesso do curso. *"Foi surpreendente a adesão dos colegas Promotores Eleitorais a este curso. A frequência foi excelente, demonstrando o acerto da Escola em programar um curso na área de Direito Eleitoral, providência oportuna diante da iminência de um pleito"*, disse ele.



O evento contou com palestrantes do Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe, do Ministério Público Federal (MPF/DFT e MPF/AL) e do Ministério Público dos Estados do Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul.

Devido ao grande sucesso do curso, que lotou a sala de aula 01 da ESMP, um módulo especial foi adicionado ao programa, para eliminar todas as dúvidas dos participantes e concluir o conteúdo previsto para o III Módulo, que tinha como tema previsto *"ações eleitorais"*.

O Diretor da ESMP aproveitou para agradecer a presença dos participantes. *"Foi salutar, para o sucesso do curso, a parceria feita pela primeira vez na história entre o MP e o TRE/SE, através de suas respectivas Escolas, com significativa participação também de servidores da Corte Eleitoral. Essa parceria foi fruto de um convênio que só se mostrou possível em razão do tirocínio institucional dos Chefes das Instituições envolvidas, quais sejam, o Procurador-Geral de Justiça, Dr. José Rony Almeida, e do Presidente do T.R.E. de Sergipe, Des. Osório de Araújo Ramos Filho"*, disse ele.

CURSO DESENVOLVIMENTO HUMANO

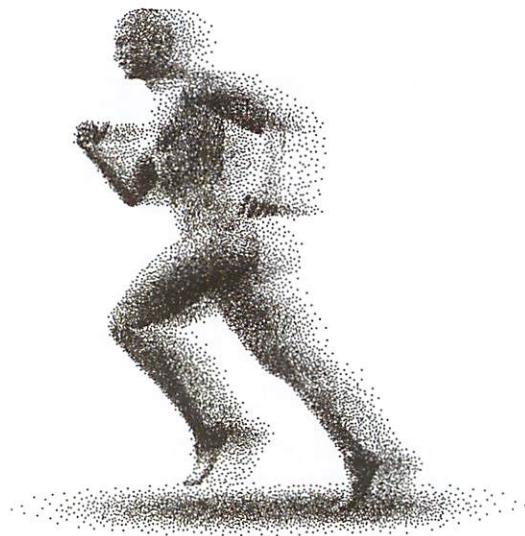
A Escola Superior do Ministério Público de Sergipe realizou o Curso de Desenvolvimento Humano, uma iniciativa a fim de desenvolver nos Membros e Servidores do Ministério Público conhecimentos, habilidades e atitudes necessários para atingir um maior bem-estar e produtividade na organização.

Utilizando técnicas oriundas da terapia cognitiva comportamental e da psicologia organizacional, os ministrantes estreitaram ao máximo a relação com os inscritos a fim de fazer com que eles participassem ativamente.

“A gente se preocupa muito em não dar um treinamento somente expositivo, somente na esfera do conhecimento, a gente procura realmente desenvolver a habilidade daquele participante, colocar aquilo em prática no dia a dia dele. A gente sempre acaba tentando puxar dos participantes situações que são da realidade dele, porque não adianta também a gente trazer exemplos que eles não vão se identificar, e quanto mais eles participam mais eficaz é o treinamento”, disse uma das ministrantes do curso, a Psicóloga Ana Andrade.

O curso foi dividido em três módulos, que abordaram os temas “Gerenciamento de Emoções e Pensamentos”, “Motivação” e “Relacionamento Interpessoal”.

“A psicologia é uma ciência que serve para desenvolver o que existe de melhor no ser humano. Partindo disso o PROPSI atua em palestras que desenvolvem tanto capacidades e habilidades interpessoais, ou seja, entre as pessoas, quanto capacidades intrapessoais, que é a capacidade de você passar a entender melhor como funciona os pensamentos, as emoções e os comportamentos. Quando a gente faz um trabalho bem feito que foca nessas duas habilidades básicas, a gente consegue ter um melhor resultado no ambiente de trabalho”, asseverou o também Psicólogo Danilo Rocha.



SEMINÁRIO SAÚDE MENTAL MUDANÇAS DE PARADIGMAS



No dia 19 de setembro a **Escola Superior do Ministério Público de Sergipe**, em parceria com o **Centro de Apoio Operacional dos Direitos à Saúde**, realizaram o Seminário **“Saúde Mental: Mudanças de Paradigmas”**. Com o intuito de discutir os avanços e estratégias efetivas em saúde mental, o evento foi realizado no auditório da sede do Ministério Público, no centro administrativo de Aracaju.

O Seminário contou com a presença de Membros e Servidores do Ministério Público de Sergipe, além de um público externo, observando-se grande adesão da plateia, que participou ativamente com interessantes questionamentos aos palestrantes.

No encontro foi lançada a **Comissão de Enfrentamento às Drogas do Ministério Público de Sergipe**, que visa à redução desse problema social. Também foi pauta do Seminário o **Projeto “Transformando Destinos”**, que recebe apoio do Ministério Público do Rio Grande do Norte no combate às drogas, tendo sido ainda apresentado ao público o **Painel- Saúde Mental no Estado de Sergipe: Políticas Públicas e Judicialização**.

Especialistas participaram do Seminário através de palestras, dentre eles o psiquiatra do Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas da USP, Leon de Souza Lobo Garcia; as Promotoras de Justiça do Rio Grande do Norte, Iara Maria Pinheiro Albuquerque e Luciana Andrade D’Assunção, que atuam no projeto **“Transformando Destinos”**; a Promotora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Anabelle Macedo Silva; a Coordenadora Estadual de Atenção Psicossocial do Estado de Sergipe, Sony Regina Petris; representantes do Núcleo da Saúde da Defensoria Pública do Estado de Sergipe, Saulo Lamartine Macedo e Gustavo Dantas Carvalho, e o Promotor de Justiça do Ministério Público de Sergipe, Nilzir Soares Vieira Junior.



I CURSO BÁSICO DE PRÁTICAS AUTOCOMPOSITIVAS

Nos dias, 26 de setembro, 14, 17 e 21 de outubro de 2016, a Escola Superior do Ministério Público realizou o I Curso Básico de Práticas Autocompositivas, com o objetivo de estimular a importância de trabalhar na plataforma do consenso e da cooperação, diferentemente da estrutura do conflito e da competição, próprios da vida judicial.

Diversos temas foram debatidos nos quatro encontros, entre eles "Neurobiologia e os Métodos Autocompositivos de Resolução de Problemas – Por que cooperar é melhor", "Teoria do Conflito e Teoria dos jogos", "Fundamentos de Negociação", "Processo de Mediação", "O Ministério Público e a mediação", "Política Pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses".

O evento foi direcionado para Membros e Servidores do Ministério Público, que participaram com afimco de todos os encontros apresentando suas experiências e tirando as dúvidas do processo da autocomposição.



2º FÓRUM SOBRE O TERCEIRO SETOR

No dia 29 de setembro de 2016 foi realizado, no auditório da sede do Ministério Público de Sergipe, o **II Fórum sobre o Terceiro Setor**. O evento foi uma realização da **Escola Superior do Ministério Público**, em parceria com o **Centro de Apoio Operacional do Terceiro Setor**, com o apoio do **Conselho Regional de Contabilidade de Sergipe**.

Com o tema *“Regime Jurídico das parcerias voluntárias, formalização e celebração do Termo de Colaboração e prestação de contas”*, o contador, engenheiro civil, especialista em Terceiro Setor e conselheiro do CRC-SP, Marcelo Roberto Mo-nello, deu início ao encontro, que é mais um desdobramento do Projeto ONG Transparente.

O **Projeto ONG Transparente** tem como objetivo a identificação e seleção de entidades sem fins lucrativos que sejam idôneas, transparentes, cumpram os fins sociais e o dever de prestação de contas, com base na Lei de Acesso a Informação.

Diversas entidades não-governamentais se fizeram presentes no encontro, que debateu também as dificuldades enfrentadas no dia a dia, as conquistas do Terceiro Setor nos últimos anos e os possíveis caminhos que poderão ser seguidos nos próximos anos.

No encontro foi divulgado ainda o Informativo Nº 1, elaborado, em conjunto, pelo Ministério Público do Estado de Sergipe através do Centro de Apoio Operacional do Terceiro Setor e da Escola Superior do Ministério Público de Sergipe, Programa de Voluntariado da Classe Contábil – PVCC e Conselho Regional de Contabilidade/Se, que tem por objetivo implementar mais uma etapa do Projeto ONG Transparente.

O **Projeto ONG Transparente** foi desenvolvido pelo Centro de Apoio Operacional do Terceiro Setor, com participação de diversos órgãos públicos, como Conselho Regional de Contabilidade/Se, Programa de Voluntariado da Classe Contábil – PVCC, Controladoria Geral da União- CGU, Controladoria Geral do Estado de Sergipe - CGE, Controladoria Geral do Município – CGM, Tribunal de Contas do Estado de Sergipe – TCE/SE, Tribunal de Contas da União -TCU, Receita Federal, Ministério O Ministério Público Federal, Polícia Federal, Polícia Civil - DEOTAP. Lançado em 2013, o projeto tem como principal objetivo selecionar, divulgar e auxiliar as entidades não governamentais, que dão transparência as suas ações gerenciais e prestação de contas, permitindo o controle social e o controle por resultados pela sociedade, com base na Lei nº 12.527/2011.

O acesso à informação foi erigido a condição de direito fundamental. As entidades não governamentais que recebem recursos públicos e/ou contribuições populares, para cumprimento de fim social, devem prestar informações suficientemente claras



II Workshop EDUCAÇÃO INCLUSIVA



A Escola Superior do Ministério Público, em parceria com o Centro de Apoio Operacional de Defesa dos Direitos Humanos, realizou no dia 27 de outubro de 2016 o II Workshop de Educação Inclusiva.

No evento destinado a Membros e Servidores do Ministério Público e a Professores das redes pública e privada de ensino,

debateram-se ideias, métodos e técnicas que contribuem para inclusão de todo e qualquer indivíduo na sociedade, por meio da educação, independente de suas restrições e condições.



O workshop contou com a presença da Professora Margarida Maria Teles, mestre em educação, que palestrou sobre as estratégias e recursos no processo de aprendizagem; do Professor Richardson Batalha de Albuquerque, que fez uma avaliação do aluno com deficiência, com foco na pessoa com deficiência intelectual; e por fim, foi realizada uma roda de conversa mediada pela Professora Rita de Cácia Santos Souza, Pós-doutora em formação de professores para cultura inclusiva.



Escola Superior do Ministério Público de Sergipe

NORMAS DE PUBLICAÇÃO REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

I- DISPOSIÇÕES INICIAIS

1- A *Revista do Ministério Público de Sergipe* (ISSN 1806-2598 - versão impressa) é um periódico de conteúdo científico e profissional da área de Direito, tendo como objetivo fomentar o debate jurídico sobre temas que guardem pertinência com a atuação ministerial.

2- A Revista do Ministério Público de Sergipe recebe contribuições na forma de artigos científicos da área jurídica, ou em áreas afins, a exemplo da Sociologia, Psicologia, Antropologia, desde que a temática esteja associada à área jurídica.

3- Serão aceitas contribuições de autores que se insiram em alguma(s) das seguintes categorias:

- a) Membros e servidores do Ministério Público de Sergipe;
- b) Profissionais das carreiras jurídicas, inclusive titulares de cargos públicos privativos de Bacharel em Direito;
- c) Pesquisadores com título de Mestre ou Doutor em Ciências Jurídicas, bem como em áreas afins, nos termos do item I.2.

4- Os trabalhos deverão ser encaminhados, **dentro do período indicado em edital de chamada de artigo**, por meio eletrônico (*e-mail para revista.esmp@mpse.mp.br*), em arquivo *word* ou *writer*, acompanhados de formulário próprio. Para efeito de comprovação do envio, será considerada válida, exclusivamente, a confirmação do recebimento a ser enviada ao autor através do mesmo *e-mail*.

5- O formulário de encaminhamento a que se refere o item anterior será disponibilizado no site da Escola Superior (<http://www.escolasuperior.mpse.mp.br>), devendo, após impresso, preenchido e assinado, ser digitalizado e encaminhado como anexo, juntamente

com o artigo, na forma do item I.4.

II- NORMAS EDITORIAIS DA REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE.

1- Os artigos científicos deverão ser inéditos, assim considerados aqueles que nunca foram objeto de divulgação impressa ou digital, e estar de acordo com as normas específicas da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas) e com o novo acordo ortográfico da Língua Portuguesa, somente sendo aceitos para publicação trabalhos de **autoria individual**.

2- Os textos devem conter, no mínimo 10 e no máximo **15 (quinze) páginas**, admitindo-se, excepcionalmente, a critério do conselho editorial, artigos com um número de páginas superior. Nesses limites devem estar incluídos todos os elementos a que se refere o item II.8.

3- O texto do artigo não deve mencionar o nome **do autor em nenhuma hipótese, de forma a garantir o anonimato necessário à avaliação. O autor será identificado, apenas**, no formulário de encaminhamento do artigo, endereçado ao Editor da Revista do Ministério Público.

4- Para cada artigo será designado um dos membros do conselho editorial, na condição de avaliador, e outro na condição de revisor, sendo, posteriormente, a análise de ambos submetida à apreciação do colegiado.

5- A avaliação dos artigos, depois da análise prévia de admissibilidade realizada pelo Editor da Revista, será procedida por dois pareceristas integrantes do conselho editorial, um na condição de avaliador, e o outro na de revisor, cuja identidade não será revelada, os quais analisarão os artigos conforme os seguintes critérios e respectivos pesos:

I- Conteúdo: Argumentação científica consistente, concatenação e logicidade no desenvolvimento do trabalho, problematização, objetivos, referencial teórico (**peso 6**);

II- Redação: Observância das normas gramaticais vigentes, coesão e coerência textual (**peso 3**);

III- Originalidade: Relevância do tema, ineditismo e atualidade (**peso 1**);

6- Eventualmente, o Conselho Editorial poderá sugerir modificações no trabalho aprovado, a fim de adequar o texto à publicação.

7- Os trabalhos deverão utilizar os editores de texto *Word* (Microsoft) ou *Writer* (BrOffice), com os seguintes padrões ao longo do texto:

a) Páginas tamanho A4, com margem superior 2,5cm; inferior 2cm; direita e esquerda 2cm, devendo o texto apresentar-se sem a utilização de espaços entre os parágrafos, e com alinhamento justificado.

b) Fonte *Time New Roman* 12 para o texto e *Times New Roman* 10 para notas de rodapé;

c) Título e subtítulos em negrito;

d) As notas de rodapé devem ser evitadas sempre que possível. No entanto, quando apontadas no corpo do texto, devem ser indicadas com números arábicos sequenciais, imediatamente depois da frase a que digam respeito.

e) As citações no corpo do texto devem ser feitas por sobrenome do autor, data e, se possível, número de página da publicação. Quando se tratar de dois autores, os dois devem ser citados; no caso de mais de dois autores, a citação deve ser acompanhada pelo sobrenome do autor seguido da expressão et al. As citações devem ter referência bibliográfica e quaisquer incorreções serão de inteira responsabilidade do autor.

f) As citações com mais de três linhas devem ser feitas em parágrafo independente, com recuo de 4 cm; fonte no tamanho 10; espaçamento simples, sem aspas e sem itálico. As citações com até três linhas devem ser inseridas no próprio corpo do texto, entre aspas e sem itálico.

g) As referências bibliográficas completas devem ser apresentadas ao final do texto, em ordem alfabética, segundo os padrões da ABNT (NBR-6023).

h) Todo destaque ao texto deverá ser dado através do uso do itálico (não deve ser usado negrito ou sublinhado).

i) As citações no corpo do texto devem seguir o padrão NOME, DATA, PÁGINA, para as citações textuais diretas (FERNANDES 2005, p. 149), que deverão obrigatoriamente vir entre aspas; e NOME DATA (FERNANDES, 2005) para as citações indiretas, com a bibliografia relacionada ao final do texto por ordem alfabética, consoante as normas da ABNT (NBR-6023).

j) O nome dos artigos, livros, ensaios, teses, dissertações ou capítulos de livros, citados no corpo do texto, devem estar entre aspas e sem itálico.

l) Os títulos das seções do trabalho científico devem ser alinhados à esquerda e numerados com algarismos arábicos (1,2, 3...).

8- A estrutura do artigo científico a ser submetido à análise do Conselho Editorial deverá necessariamente conter:

I- Elementos pré-textuais: Cabeçalho contendo o título do artigo;

II- Elementos textuais: introdução, desenvolvimento e conclusão;

III- Elementos pós-textuais: referências bibliográficas.

9- A exatidão e a adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados ou mencionados no corpo do artigo são de responsabilidade exclusiva do autor.

10- O envio dos artigos implica automática autorização do seu autor para publicação de forma totalmente graciosa, não ensejando, portanto, direito a qualquer retribuição financeira, assumindo o autor total responsabilidade pelo conteúdo do texto enviado.

11- Os autores colaboradores da revista possuem a mais ampla liberdade, sendo de sua responsabilidade única e exclusiva as ideias e conceitos constantes do trabalho, bem como a obediência à legislação autoral vigente no país.

12- Quando feita a primeira impressão da revista, deverá o autor responsabilizar-se pelas revisões e correções necessárias, em tempo hábil, para a impressão da versão final.

Conselho Editorial:

Dr. Newton Silveira Dias Junior

Dr. Henrique Ribeiro Cardoso

Dr. Carlos Augusto Alcântara Machado

Dr. Alexandre Albagli Oliveira

Dr. Manoel Cabral Machado Neto

Mais informações:

ESMP/SE

Fone: (79) 3209-2400, ramais 2531 e 2533

E-mail: revista.esmp@mpse.mp.br

Site: <http://www.escolasuperior.mpse.mp.br>



Escola Superior do Ministério Público de Sergipe



MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

FOTO- CHRIS BROTA (PUBLICITÁRIA)
ESCULTURA DO ARTISTA SERGIPANO BETO PEZÃO